

Міністерство освіти і науки України
Національний університет
«Одеська юридична академія»
Південний регіональний центр
Національної академії правових наук України

ПРАВОВЕ ЖИТТЯ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

МАТЕРІАЛИ

Міжнародної
науково-практичної конференції,
присвяченої ювілею
академіка С. В. Ківалова

16–17 травня 2014 року
м. Одеса

У двох томах

Том I



Одеса
«Юридична література»
2014

УДК 340(477)(063)
ББК 67(4Укр)я43
П685

Перший том матеріалів Міжнародної конференції «Правове життя сучасної України», присвяченої ювілею академіка С. В. Ківалова, містить праці науковців з найактуальніших проблем адміністративного права та процесу, доктринального розвитку фінансового права, теоретичних та практичних проблем сучасного конституціоналізму, сучасних питань конституційних основ судової та правоохоронної систем та адвокатури України, досліджень сучасної цивілістики та цивільного процесу, доктринальних та практичних концептів господарського права та процесу, права інтелектуальної власності та корпоративного права, актуальних напрямків формування сучасної кримінально-правової доктрини, проблем кримінології та кримінально-виконавчого права, досліджень в сфері кримінально-процесуального права, криміналістики, судової психології та медицини.

Збірник розрахований на аудиторію наукових працівників, викладачів, студентів вищих юридичних навчальних закладів, а також юристів-практиків, які цікавляться проблемами сучасної юриспруденції, галузевими напрямками розвитку права та державного будівництва.

Відповідальний редактор **В. М. Дрьомін**

Друкується за рішенням вченої ради Національного університету «Одеська юридична академія» (*протокол № 5 від 16 квітня 2014 р.*)

Матеріали видано в авторській редакції.

ISBN 978–966–419–175–0 (у 2 т.)
ISBN 978–966–419–176–7 (т. 1)

- © Національний університет «Одеська юридична академія», 2014
- © Південний регіональний центр Національної академії правових наук, 2014

ЮВІЛЕЙ
СЕРГІЯ ВАСИЛЬОВИЧА КІВАЛОВА
(до 60-річчя від дня народження)

Першого травня 2014 року виповнилось 60 років від дня народження Сергію Васильовичу Ківалову. С. В. Ківалов — відомий український політик, державний та громадський діяч, народний депутат України III—VII скликань, президент Національного університету «Одеська юридична академія», широко відомий в Україні та за її межами фахівець з конституційного права, адміністративного права та процесу, митного права, теорії державного управління, прав людини, діяльності судових та правоохоронних органів, доктор юридичних наук, професор, академік, керівник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України, академік Національної академії педагогічних наук України, голова Комітету Верховної Ради України з питань верховенства права та правосуддя.

Сергій Васильович Ківалов народився 1 травня 1954 року. Пройшовши військову службу на Далекому Сході (1972—1974 рр.), Сергій Ківалов вступив до Свердловського юридичного інституту, який закінчив у 1980 році, поєднуючи навчання з громадською роботою на посаді голови профкому інституту. Після закінчення інституту продовжив навчання в аспірантурі, активно займався науковою діяльністю та дисертаційним дослідженням у сфері проблем управління галузями народного господарства. Згодом, у 1986 році, успішно захистив кандидатську дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на

тему «Управління автомобільними шляхами загального користування в РРФСР (адміністративно-правові питання)».

З 1985 по 1990 рік працював в органах внутрішніх справ: заступником начальника МУВС УВС Свердловської області (1985–1986), командувачем підрозділу оперативного реагування ППС УВС Свердловської області (1986–1987), старшим викладачем, начальником циклу адміністративного права та адміністративної діяльності Одеського училища міліції МВС України (1987–1989). У 1986 році брав участь у ліквідації наслідків Чорнобильської аварії.

З 1987 року працює доцентом за сумісництвом на юридичному факультеті Одеського державного університету ім. І. І. Мечникова, а з 1990 р. — доцент, з 1991 р. — заступник декана юридичного факультету Одеського державного університету ім. І. І. Мечникова. Крім того, Сергій Ківалов у цей час був обраний депутатом Жовтневої ради депутатів трудящих м. Одеси і протягом 1989–1994 рр. був головою постійної комісії з питань законності і правопорядку Жовтневої райради.

Як науковця Сергія Васильовича цікавить проблематика митного права та митної справи, яка мала велике значення для становлення та розвитку економіки в країні. За його ініціативою на юридичному факультеті ОДУ ім. І. І. Мечникова розробляється курс митного права, а С. В. Ківалов готує перші в Україні навчальні посібники з цих питань: «Организационно-правовые основы таможенного дела в Украине», «Средства осуществления таможенной политики в Украине», «Таможенное право Украины».

Після створення на базі юридичного факультету Одеського державного університету ім. І. І. Мечникова Юридичного інституту Сергій Ківалов був призначений проректором з навчальної роботи. У 1996 році Сергій Васильович захистив докторську дисертацію на тему: «Организаційно-правові основи митної справи в Україні». Цього ж року в Юридичному інституті створена перша в Україні кафедра морського і митного права, яку він очолив.

У 1997 році Сергію Васильовичу Ківалову присвоєно звання професора й колективом інституту він був обраний ректором Юридичного інституту, а коли інститут було реорганізовано в академію — ректором Одеської державної юридичної академії.

У 1998 році на з'їзді представників вищих юридичних навчальних закладів та наукових установ Сергія Ківалова обрали членом Вищої ради юстиції України, а з 2001 по 2004 рік він очолював цей конституційний орган, беручи безпосередню участь у реалізації судової реформи, формуванні кадрового складу судової гілки влади. З лютого до грудня 2004 р. очолював Центральну виборчу комісію.

У 2010 році Одеська національна юридична академія набуває статусу Національного університету, а Сергій Васильович Ківалов стає президентом Національного університету «Одеська юридична академія» і одночасно очолює кафедру адміністративного та фінансового права.

Як президент Національного університету «Одеська юридична академія» Сергій Васильович докладає максимум зусиль для вдосконалення навчального процесу, підвищення рівня наукових досліджень та зміцнення матеріальної бази університету, який став провідним юридичним вищим навчальним закладом, де навчається близько двадцяти тисяч студентів та працює близько тисячі співробітників.

Напрями наукових досліджень С. В. Ківалова багатоаспектні — проблеми концептуального забезпечення та практичного впровадження судової реформи в Україні, шляхи вдосконалення законодавства щодо функціонування системи державної служби в Україні, державна митна політика: стан, проблеми та перспективи розвитку митної справи в Україні, традиції та новації в сучасному українському державотворенні, теоретико-правове забезпечення реалізації адміністративної реформи в Україні, державна політика в галузі освіти: міжнародні стандарти та вітчизняний досвід; проблеми та перспективи розвитку юридичної освіти та формування правової культури суспільства. Автор понад 500 наукових праць, під його керівництвом захищено більше п'ятдесяти докторських та кандидатських дисертацій.

Сергій Васильович брав участь а підготовці таких праць, як «Основи правознавства» (2000–2013) «Введение в украинское право» (2005, 2009), «Адміністративне право України» (2008, 2009, 2011), «Кодекс адміністративного судочинства України: Науково-практичний коментар» (2009), «Судоустрій України: підручник»

(2010, 2011), «Заохочувальні адміністративні процедури» (2011), «Проходження служби в органах прокуратури: адміністративно-правове регулювання» (2011), «Адміністративне судочинство у справах, пов'язаних із виборчим процесом: монографія» (2011), «Державна служба в Україні: навчальний посібник» (2011), «Публічна служба в Україні: підручник (2011), «Предметна підсудність в адміністративному судочинстві: монографія» (2012), «Адміністративне судочинство в Україні: теорія, правове регулювання, практика: монографія» (2013), «Державна служба в Україні: теоретико-правова характеристика у контексті реформування законодавства: монографія» (2013), «Дисциплінарна відповідальність державного службовця в Україні: питання теорії і правового регулювання : монографія» (2013), «Правова доктрина України. Т. 2, 5» (2013) та ін. Деякі праці видані мовами багатьох зарубіжних країн.

Результатом законотворчої роботи С. В. Ківалова є більш ніж 350 законопроектів, внесених у порядку законодавчої ініціативи, з яких 230 було прийнято Верховною Радою України як Закони України. Проведено понад 160 експертиз законопроектів та інших проектів нормативно-правових актів. Сергій Васильович бере активну участь у роботі багатьох державних, міжнародних, громадських організацій. Є членом десятків редколегій наукових видань, часописів та ін. Голова спеціалізованої вченої ради по захисту кандидатських та докторських дисертацій Національного університету «Одеська юридична академія».

Сергій Васильович Ківалов — академік, керівник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України.

Разом з науковою та викладацькою діяльністю С. В. Ківалов завжди займається громадською роботою, бере активну участь у суспільно-політичному житті нашої країни.

Багато уваги приділяє духовному вихованню молоді. На території НУ ОЮА з ініціативи С. В. Ківалова та при його безпосередній участі було зведено перший в Україні студентський храм — церкву Святої мучениці Тетяни, покровительки студентства.

У структурі НУ ОЮА з 1998 року функціонує перша в Україні Юридична клініка при вищому навчальному закладі, де студенти

та викладачі надають безкоштовні юридичні консультації мало-забезпеченим мешканцям Одеси та Одеської області.

С. В. Ківалов обирався народним депутатом України III, IV, V та VI скликань. Сьогодні народний депутат Верховної Ради України С. В. Ківалов очолює Комітет з питань верховенства права та правосуддя Верховної Ради України.

Указом Президента України призначений членом Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанська комісія).

Протягом декількох років, як представник України в Парламентській асамблеї Ради Європи, є членом Комітету з юридичних питань і прав людини. За дорученням цього комітету працював над проблемою удосконалення діяльності та виконання рішень Європейського суду з прав людини. У січні 2013 р. С. В. Ківалов на засіданні ПАРЄ вперше від України виступив доповідачем і представив доповідь «Забезпечення життєздатності Страсбурзького суду: структурні недоліки в країнах-учасниках», яка була одногосно підтримана депутатами.

За цикл робіт «Комплекс наукових досліджень проблем судово-правової реформи в Україні у 2001–2011 роках та їх використання у фаховій підготовці юристів» С. В. Ківалов став лауреатом Державної премії України в галузі освіти.

Загалом же діяльність С. Ківалова було відзначено не раз: він нагороджений орденами «За заслуги» III–I ступенів, Ярослава Мудрого V ступеня, орденом Сергія Радонезького II–I ступенів, орденом Преподобного Нестора Літописця I ступеня, Почесними грамотами Верховної Ради України та Кабінету Міністрів України.

Сергій Васильович Ківалов удостоєний багатьох іноземних нагород та відзнак: Кавалер «Великої стрічки» «Орден Незалежності» Йорданії вищого ступеня (2003); Кавалер (Командор) Національного Ордена Лівану Кедрів III ступеня (2003); Почесна відзнака Союзу болгарських командос «Слава і честь» (2007); Орден Всесвітньої асоціації юристів «Орден справедливості» I ступеня (2008); Почесний професор Віденського міжнародного університету (2008) тощо.

Неодноразово ставав лауреатом та переможцем конкурсів: у 2008 р. — Всеукраїнського конкурсу «Юрист року» у номінації «Юрист — державний діяч» та щорічного конкурсу

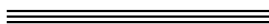
«Найвпливовіший чоловік Одеси»; у 2010 р. — загальнонаціональної програми «Людина року» в номінації «Юрист року»; у 2012 р. — почесна грамота Рейтингу популярності «Народне визнання» у номінації «За зміцнення іміджу України на міжнародній арені»; у 2013 р. — Всеукраїнського конкурсу «Юрист року» у номінації «Юрист — державний діяч» тощо.

Крім того, Сергій Ківалов — Почесний працівник прокуратури України, Державний радник юстиції I класу, заслужений юрист України, член Вищої ради юстиції України. За визначні досягнення у зміцненні миру й утвердженні верховенства права Світова Асоціація Юристів нагородила С. В. Ківалова Вищим орденом юстиції.

Але найдорожчою нагородою для одесита Сергія Ківалова, за його словами, є звання Почесного громадянина м. Одеси (2004), а з 2013 р. — звання Почесного громадянина Одеської області.

Колектив Національного університету «Одеська юридична академія» та Південного регіонального центру Національної академії правових наук України щиро вітає шановного Сергія Васильовича Ківалова з ювілеєм і бажає йому доброго здоров'я, благополуччя, плідної праці на правничій ниві, сил і натхнення в діяльності з розбудови правової держави України.

Частина 1



КОНСТИТУЦІЙНІ ТА ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ОСНОВИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СТАЛОГО РОЗВИТКУ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВНОСТІ ТА ПРАВА

Розділ 1

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ: СУЧАСНИЙ ВИМІР

Підрозділ 1.1

СУЧАСНА ДОКТРИНА АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

КІВАЛОВ С. В.

президент Національного університету «Одеська юридична академія»,
професор кафедри адміністративного та фінансового права,
доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України

АДМІНІСТРАТИВНЕ СУДОЧИНСТВО УКРАЇНИ: ПЕРСПЕКТИВИ РЕФОРМУВАННЯ

Одним із найбільш негативних чинників, що зумовлюють низький стан оперативності та якості розгляду спорів в адміністративних судах, а також недостатньо ефективний судовий захист прав і свобод громадян, є розмитість термінологічного апарату Кодексу адміністративного судочинства України (далі — КАС України), що, у свою чергу, ускладнює правозастосовчу діяльність адміністративного суду. Проте, незважаючи на значну кількість наукових праць, присвячених проблематиці діяльності адміністративних судів, подальше оформлення базових процесуальних інститутів, окремі питання щодо особливостей організації та функціонування судів потребують подальшого критичного наукового аналізу, у тому числі й деяких доопрацювань. Крім того, недостатня розробленість теоретичного підґрунтя здійснення провадження в адміністративному суді, організації адміністративного судочинства, недосконалість правового регулювання цієї сфери обумовлюють актуальність та важливість глибокого і всебічного наукового дослідження широкого кола питань, пов'язаних з адміністративно-правовими засадами організації та функціонування системи адміністративних судів.

У зв'язку з вищенаведеним, особливого значення набуває необхідність систематизації основних недоліків теоретико-правового забезпечення діяльності адміністративних судів та формулювання на цій основі науково обґрунтованих пропозицій щодо його удосконалення.

Першочерговим завданням у цьому напрямку є конкретизація права на судовий захист прав, свобод та інтересів осіб в адміністративному судочинстві та правового регулювання гарантій їх забезпечення при здійсненні судочинства. У широкому розумінні право на судовий захист являє собою конституційне право, що визначає та фіксує ступінь свободи правомірної поведінки і полягає у можливості носія такого права самостійно вчиняти юридично значущі активні дії з метою охорони або захисту своїх прав, свобод та законних інтересів виключно за встановленою процесуальним законодавством процедурою. Нечіткість і неконкретність визначення сутності й обсягу права на судовий захист в адміністративному суді, відсутність єдиних підходів щодо розуміння передумов та умов реалізації цього права є суттєвим фактором, який зумовлює низку недоліків процесуального порядку здійснення адміністративного судочинства, зокрема, спірність норм, що визначають окремі процесуальні строки, необґрунтоване повернення позовної заяви, залишення її без руху чи без розгляду та відмова у відкритті провадження у справі тощо.

Можливість реалізації особою права на судовий захист нерозривно пов'язане з досконалістю процесуального порядку, передбаченого для вирішення правових спорів. Отже, адміністративне судочинство як судовий порядок вирішення спорів у публічно-правовій сфері здійснюється у чіткій відповідності до цілої системи принципів шляхом реалізації відповідних судових процедур. Принципи адміністративного судочинства сприяють правильному пізнанню та застосуванню адміністративно-процесуальних норм, є основою для законодавчої практики, підготовки, розробки і прийняття відповідних їм за змістом правових норм та подальшого їх удосконалення, характеризують суть та значення права як регулятора суспільних відносин у галузі здійснення правосуддя в адміністративних справах, його соціальну цінність. Визначення сутності принципів адміністративного судочинства є проблемою багатоплановою, а тому її аналіз має здійснюватися за різними напрямками.

Питання формування основоположних засад адміністративного судочинства перебуває у безпосередньому зв'язку з проблемою сутності й змісту публічно-правового спору, що розглядається і вирішується в адміністративних судах. Щодо публічно-правового спору слід зазначити, що він є основною правовою категорією, що характеризує предмет судового розгляду під час здійснення адміністративного судочинства та

визначає межі юрисдикції адміністративного суду. Опрацювання поняття «публічно-правовий спір» на теоретичному рівні, у тому числі через його співвідношення із такими категоріями, як «юридичний конфлікт», «приватно-правовий спір» має створити умови для вироблення ефективних критеріїв способів і форм його вирішення, розмежування судових юрисдикцій. Неоднозначність розуміння і тлумачення поняття «публічно-правовий спір» ускладнює практичну діяльність щодо захисту прав, свобод, інтересів фізичних та юридичних осіб у сфері публічних правовідносин, спричиняє значне й необґрунтоване звуження сфери прав, свобод та інтересів, що можуть захищатися адміністративними судами.

Чіткий розподіл компетенції між судами адміністративної та інших юрисдикцій на законодавчому рівні визначений лише частково, оскільки наявні критерії такого розмежування частіше за все мають формальний характер. Зокрема, під критеріями розмежування судових юрисдикцій розуміються, по-перше, законодавчо закріплені ознаки, за якими визначається компетенція адміністративних судів щодо розгляду справ; по-друге, законодавчо визначені категорії справ, що належать до однієї юрисдикції. При цьому, до загальних критеріїв, які частіше за все оцінюються при визначенні належності справи до юрисдикції адміністративного суду, слід віднести: наявність у спорі суб'єкта владних повноважень; предмет спору, який впливає в результаті реалізації цим суб'єктом своїх функцій та повноважень; характер спірних правовідносин, які повинні бути публічними. Водночас, кожен із критеріїв потребує уточнення: 1) визначення суб'єкта владних повноважень хоча і міститься у КАС України, проте не закріплює «закритого переліку», оскільки містить формулювання «...інший суб'єкт при здійсненні ними владних управлінських функцій»; 2) предмет спору конкретизовано лише щодо окремих категорій справ адміністративної юрисдикції; 3) публічний характер спірних правовідносин є складним для визначення, оскільки в основі більшості публічних правовідносин лежать порушені приватні інтереси особи.

Ефективність виконання адміністративними судами завдання щодо захисту прав, свобод та інтересів людини у публічно-правових відносинах напряму залежить від досконалості процесуальних норм, у тому числі й тих, що визначають правила підсудності справ. Саме правила підсудності справ адміністративним судам створюють умови для об'єктивного, повного, швидкого вирішення публічно-правового спору, і, відповідно, для реалізації людиною права на судовий захист. Незважаючи на те, що інститут підсудності є невід'ємною частиною кожної процесуальної галузі, залишається багато прогалин у визначенні поняття і змісту підсудності, її видів, вимог до формування правил

підсудності, особливостей реалізації правил підсудності щодо окремих категорій спорів.

Серед напрямків удосконалення правового регулювання правил підсудності в адміністративному судочинстві можна визначити скорочення практики поєднання подвійних повноважень апеляційних адміністративних судів: перегляд справ в апеляційному порядку та розгляд справ по першій інстанції. Право особи на оскарження судового рішення визнається й гарантується Конституцією України, і можливість його реалізації вимагає створення належних умов в організації здійснення судочинства. Основні аргументи такої позиції закріплено у п. 3 розділу 3 Концепції удосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, де зазначено, що кожен суд має виконувати функції лише однієї інстанції. Проте, в адміністративному судочинстві суд кожної ланки все ще може виконувати у певних випадках функції суду першої інстанції. Якщо доцільність віднесення оскарження рішень найвищих органів державної влади або рішень щодо встановлення Центральної виборчої комісії України результатів виборів та референдуму не викликає заперечень, то наявність повноважень щодо розгляду справи по першій інстанції апеляційними судами не знаходить аргументів на підтримку. Щодо виборчих спорів, які розглядаються Київським апеляційним судом, варто врахувати наявність у системі адміністративних судів суду, наділеного виключними повноваженнями щодо розгляду окремих категорій справ, у тому числі і виборчих спорів — окружного адміністративного суду, юрисдикція якого поширюється на м. Київ. Щодо справ, пов'язаних із примусовим відчуженням земельної ділянки, слід урахувати, що ці справи не мають масового характеру, окружні адміністративні суди мають достатні можливості для їхнього якісного розгляду й вирішення.

Важливими питаннями адміністративного судочинства є систематизація і нормативне закріплення умов набуття приватною особою правосуб'єктності відповідача, до яких варто зарахувати: перебування цих суб'єктів у публічно-правових відносинах або здійснення публічних повноважень, які призводять до виникнення юридичних фактів; зіткнення правових інтересів суб'єктів, яких не наділено владними повноваженнями, та інших учасників публічно-правових відносин; існування законодавства, яке врегульовує перебування суб'єктів, яких не наділено владними повноваженнями, у публічно-правових відносинах і передбачає можливість здійснення цими суб'єктами публічних повноважень; подання позивачем адміністративного позову, його прийняття уповноваженим судом та відкриття провадження у справі.

БІЛА-ТІУНОВА Л. Р.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
завідувач кафедри адміністративного та фінансового права,
доктор юридичних наук, професор

ЩОДО ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ПРИСЯГИ ДЕРЖАВНОГО СЛУЖБОВЦЯ

Присяга — це: урочиста офіційна обіцянка додержувати певних зобов'язань, клятва вірності якій-небудь справі; урочиста обіцянка, часто підкріплена згадуванням чогось дорогого, священного для того, хто обіцяє; запевнення у правдивості сказаного. Таке правове явище, як присяга, має глибоке історичне коріння, що сягає ще часів звичаєвого права. Вважається, що вона, як суспільне явище, первинно мала зміст релігійного обряду, яким скріплювалось урочисто прийняте особою зобов'язання. Історично, в основі присяги лежить страх перед невидимою силою, руйнівна дія якої може навалитися на особу, яка присягнула, у разі порушення вірності присязі. Присяга, як правове явище, вже за часів Київської Русі мала декілька самостійних значень: а) зобов'язання суддів судити по праву, яке супроводжувалося ритуалом її принесення — «Хресне цілування»; б) форма забезпечення достовірності особистих доказів у цивільному та кримінальному судочинстві. У правовій літературі пропонуються різні підходи до юридичного визначення присяги: це офіційна урочиста обіцянка додержуватися певних зобов'язань, зокрема, на підтвердження правдивості свідчень, вірності тій чи іншій справі, діяти відповідно до конституції тощо; це клятва на вірність конституції та служінню народу, яку в обов'язковому порядку дає посадова особа, яка вступає на високу державну посаду. Наведені приклади свідчать про різні підходи як до визначення сутності присяги, так і до тих наслідків, які пов'язанні з її прийняттям. У зв'язку із цим постає закономірне питання: присяга — це тільки урочиста обіцянка додержуватися певних зобов'язань, чи це — конкретна клятва (зобов'язання) — акт, який породжує юридичні факти? У тому разі, коли чинне законодавство не пов'язує настання певного правового статусу особи із прийняттям присяги, вона відіграє роль тільки урочистої обіцянки, а в разі, коли такий статус набувається тільки за умови прийняття присяги — вона являє собою зобов'язання, яке породжує певні юридичні факти (присяга працівника прокуратури, військова присяга, присяга працівника органів внутрішніх справ тощо).

Порівняльний аналіз текстів Присяги державного службовця, передбаченого Законами «Про державну службу» 1993 і 2011 рр. свідчить про певні відмінності між ними, які, насамперед, стосуються переліку

тих обов'язків, які покладають на себе службовці, приймаючи Присягу, зокрема, новітніми є такі положення у тексті нової Присяги: а) *поважати* та охороняти права, свободи і законні інтереси *людини* і громадянина, *честь держави*; б) сумлінно виконувати свої *службові* обов'язки.

У Присязі знаходить свій вияв конституційне положення про те, що джерелом влади є народ України і саме йому адресовано Присягу, яку приймає державний службовець: «... вступаю на військову службу і урочисто клянусь народу України завжди бути вірним і відданим йому ...», «... вступаючи на службу до органів внутрішніх справ України, складаю Присягу і урочисто клянусь завжди залишатися відданим народові України ...», «Вступаючи на митну службу, урочисто зобов'язуюсь бути відданим Українському народу, справі української державності ...», «... вступаючи на службу до Державної кримінально-виконавчої служби України, клянусь завжди залишатися відданим Українському народові...». Таким чином, вірне служіння (відданість) народові України є визначальним положенням будь-якої Присяги в Україні.

Новітнім є положення про те, що особа, яка призначена на посаду державної служби вперше, виголошує Присягу у присутності державних службовців самостійного структурного підрозділу, на посаду в якому її призначено, представників служби персоналу відповідного державного органу (ст. 9 Закону «Про державну службу») та керівника державної служби у цьому органі або апараті (ст. 8 Закону) чи уповноваженої ним особи (для участі у прийнятті Присяги). Таким чином, виголошення Присяги особою, яка призначена на посаду державної служби має характер урочистості, яка повинна підкреслити особливий статус державного службовця і його відповідальність за цей статус.

Оскільки момент призначення особи на посаду державної служби і момент виголошення Присяги не співпадають, важливе значення має вирішення питання про правові наслідки відмови особи від прийняття Присяги. Відповідно до ч. 3 ст. 18 Закону «Про державну службу» (2011) у разі відмови особи від складення Присяги державного службовця вона вважається такою, що відмовилася від зайняття посади державної служби, а акт про її призначення на посаду державної служби у зв'язку з цим скасовується суб'єктом призначення. Таким чином, відмова від складення Присяги — це відмова від зайняття посади державної служби, а відмова від зайняття посади державної служби — це підстава для скасування акту про призначення цієї особи на посаду державної служби.

Звернення до зарубіжного досвіду країн Західної Європи свідчить про те, що прийняття присяги публічного службовця є характерним для переважної більшості цих країн з певними особливостями її прийняття: § 58 Федерального закону Німеччини «Про статус чиновників»

передбачає, що чиновник повинен скласти присягу «Я присягаю дотримуватись Основного закону Федеративної Республіки Німеччина і всіх діючих в Федеративній Республіці законів і сумлінно виконувати свої службові обов'язки, і допоможе мені Бог». Присяга може бути складена і без слів «допоможе мені Бог»; ст. 39 Закону Польщі «Про цивільну службу» визначає, що службовець цивільної служби складає урочисту присягу такого змісту: «Присягаю служити Польській Державі, дотримуватися Конституції Республіки Польща, сумлінно і неупереджено виконувати обов'язки службовця цивільної служби згідно з найкращими знанням і волею». При цьому, до змісту присяги службовець може додати слова «І допоможи мені, Боже».

КОЛОМОЄЦЬ Т. О.

Запорізький національний університет, декан юридичного факультету,
завідувач кафедри адміністративного та господарського права,
доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України

КОДИФІКАЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ: ПРІОРИТЕТИ СУЧАСНОГО ПЕРІОДУ

В умовах реформаційних державотворчих та правотворчих процесів в Україні, докорінного перегляду сутності, призначення адміністративного права, зміни базової моделі адміністративно-правових відносин істотно актуалізується питання модифікації адміністративного законодавства, усунення тієї множинності та розмаїття розмаїття нормативно-правових актів як джерел адміністративного права, які, завдяки тому, що були прийняті різними суб'єктами нормотворчості, у різні історичні періоди, з різним ступенем дотримання правил нормотворчої техніки та технології, урахування передумов прийняття, запозичення (в т. ч. й штучного) зарубіжного досвіду, інколи навіть суперечать один одному за змістовним наповненням, не у повній мірі узгодженою із потребами правозастосування. Такий стан справ не є виправданим, тим більше в умовах зміни системи джерел адміністративного права України. Зміна останньої за рахунок запровадження нормативних договорів, судових прецедентів, звичаєвого права, адміністративно-правової доктрини (адміністративного договірної права, адміністративного прецедентного права, адміністративного звичаєвого права, адміністративно-правової доктрини), в той же час не знижує ролі і значення адміністративного законодавства, однак істотно актуалізує потребу його модифікації, і, перш за все, за рахунок його кодифікації.

Доцільність кодифікації адміністративного законодавства обґрунтовувалася вченими-адміністративістами у різні історичні періоди (наприклад, роботи О. М. Якуби, О. М. Турубінера, І. І. Петрова, Б. Б. Хангельдієва, О. П. Коренєва, Л. В. Ковалєва, І. М. Пахомова, В. Б. Авер'янова та ін.). Такої ж позиції дотримуються вчені-адміністративісти і на сьогоднішній день (роботи Ю. П. Битяка, В. К. Колпакова, С. В. Ківалова, О. І. Миколєнка, Д. М. Лук'янець, І. О. Федорова, Д. С. Астахова, Р. С. Мельника, О. В. Кузьменко, О. В. Констанція, А. М. Школика та ін.). При цьому слід зазначити, що, незважаючи на пріоритетність акценту на дослідження окремих спеціальних аспектів кодифікації адміністративного законодавства, вчені-адміністративісти одностайні (і це є характерним для різних історичних періодів) у тому, що суцільна (повна, тотальна) кодифікація адміністративного законодавства неможлива, перш за все з урахуванням специфіки самої галузі адміністративного права, її предмету, полі структурного характеру, підвищеної мобільності. Кодифікація має характер часткової — підгалузевої, інституціональної і це підтверджується досвідом вітчизняної кодифікаційної діяльності та її результатами.

В сучасних умовах, зберігаючи базовий підхід до часткової — підгалузевої, інституціональної (шоправда з урахуванням модифікації системи адміністративного права України) кодифікації адміністративного законодавства України, можливим є виокремлення кількох пріоритетних її напрямків.

Так, доцільною є кодифікація (чергова, з урахуванням історичного кодифікаційного та правозастосовного досвіду) адміністративно-деліктного законодавства як різновид підгалузевої кодифікації. Вже давно назріла потреба прийняття нового (а не зміна та доповнення чинного) кодифікованого адміністративно-деліктного акту. Останній варто підготувати з урахуванням тих проектних напрацювань, які є в наявності на сьогоднішній день (проекти акту, підготовлені різними суб'єктами), з обов'язковим акцентом на потребу високого рівня підготовки матеріалу, поєднання матеріальних та процедурних нормативних положень, розподілених у різних розділах кодексу (розподіл має бути достатньо чітким), при дотриманні загальних правил щодо структури кодифікованого акту (розділи глави, статті), розширення системи суб'єктів адміністративної відповідальності за рахунок юридичних осіб, модифікації системи адміністративних стягнень із нормативним визначенням засад максимального використання їх ресурсу в сучасних умовах, деталізації процедурних положень, а також максимальної фіксації норм-принципів, норм-дефініцій й мінімізації положень з оціночними поняттями, «відкритих переліків», положень із «вузькоспеціалізованим змістовним наповненням».

Кодифікації потребує й адміністративно-процедурне законодавство, тим більше, що вже понад 10 років триває процес підготовки та обговорення проекту відповідного підгалузевого кодифікованого акту. Ці роботи варто активізувати й завершити прийняттям Адміністративно-процедурного кодексу України, який, незважаючи на новаційний характер, має детально визначити засади всіх різновидів адміністративних процедур.

Враховуючи здійснення кодифікації адміністративно-процесуальних норм, доцільним в сучасних умовах є удосконалення окремих положень кодифікованого акту — КАС України (представництво, строки, витрати, підсудність, процесуальний примус тощо), що сприятиме ефективності його застосування.

Доречною, у контексті перегляду системи адміністративного права, впровадження нових інститутів, підгалузей, є й кодифікація нормативних положень інших, в т.ч. нових підгалузей та інститутів, розробка і прийняття цілої науки кодексів, серед яких цілком можуть бути: Службовий кодекс, Дорожній кодекс, Муніципальний кодекс тощо. Інша справа, що має бути виваженим, обґрунтованим підхід до інституціональної, підгалузевої кодифікації, без штучного запозичення зарубіжного досвіду, із урахуванням реалій сучасного періоду. За таких умов відбудеться істотна модифікація вітчизняного адміністративного законодавства, підвищення ефективності його застосування.

ТОДОЩАК О. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
декан судово-адміністративного факультету,
доцент кафедри адміністративного та фінансового права,
кандидат юридичних наук, доцент

ПОВНОВАЖЕННЯ ЗАХИСНИКА У СПРАВАХ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ

Адміністративне законодавство лише в загальних рисах окреслює права захисника в провадженні по справах про адміністративні правопорушення, не конкретизуючи їх, що не сприяє ефективності захисту прав та свобод особи в адміністративно-деліктному процесі наявність відсилок до інших законодавчих актів. Таким чином, впорядкування та максимально повно врегулювання прав захисника саме на рівні адміністративно-деліктного законодавства є одним із важливих напрямків його реформування.

Уніфікація прав захисника в провадженнях у справах про адміністративні правопорушення потребує здійснення їх класифікації та обрання найбільш оптимального варіанту групування цих прав. В літературі висловлюються різні підходи щодо класифікації прав захисника. Так, Я. Серебряков пропонує розподіляти права захисника в провадженні по справам про адміністративні правопорушення на підставі критерію спрямованості на вирішення конкретних задач захисної діяльності: 1) в'ясування обставин справи, вирішення питання про можливість здійснювати захист по даній справі, відпрацювання захисної позиції та узгодження її із підзахисним (право знайомитися із всіма матеріалами справи); 2) встановлення обставин, що виключають притягнення підзахисного до адміністративної відповідальності, пом'якшують можливе покарання, виправдовують підзахисного або спростовують докази його винуватості (право захисника надавати докази та заявляти клопотання); 3) відстоювання обраної захисної позиції при розгляді справи про адміністративне правопорушення (право на участь у розгляді справи, право надавати докази та заявляти клопотання); 4) забезпечення прав та свобод особи, щодо якої здійснюється провадження по справі про адміністративне правопорушення, а також під час застосування заходів адміністративного примусу забезпечувального характеру (Серебряков Я. *Защитник в производстве по делам об административных правонарушениях* : автореферат дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук: специальность 12.00.14. — Омск, 2003. — С. 14).

Виходячи з положень чинного законодавства, права захисника в провадженні в справах про адміністративні правопорушення можливо класифікувати і за ознакою суб'єктного складу надання правової допомоги (адвокати та інші фахівці в галузі права). Виходячи з такого критерію коло прав, що надаються адвокатам є більш широким (Титикало Р. С. *Процесуальні права захисника у провадженні у справах про адміністративні правопорушення* // Науковий вісник Київського національного університету внутрішніх справ. — 2008. — № 6. — С. 82)

Так, відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокат має право вчиняти будь-які дії, не заборонені законом, правилами адвокатської етики та договором про надання правової допомоги, необхідні для належного виконання договору про надання правової допомоги, зокрема: 1) звертатися з адвокатськими запитами, у тому числі щодо отримання копій документів, до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, підприємств, установ, організацій, громадських об'єднань, а також до фізичних осіб (за згодою таких фізичних осіб); 2) представляти і захищати права, свободи та інтереси фізичних осіб, права та інтереси юридичних осіб у суді, органах державної влади та органах місцевого

самоврядування, на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форми власності, громадських об'єднаннях, перед громадянами, посадовими і службовими особами, до повноважень яких належить вирішення відповідних питань в Україні та за її межами; 3) ознайомлюватися на підприємствах, в установах і організаціях з необхідними для адвокатської діяльності документами та матеріалами, крім тих, що містять інформацію з обмеженим доступом; 4) складати заяви, скарги, клопотання, інші правові документи та подавати їх у встановленому законом порядку; 5) доповідати клопотання та скарги на прийомі в посадових і службових осіб та відповідно до закону одержувати від них письмові мотивовані відповіді на ці клопотання і скарги; 6) бути присутнім під час розгляду своїх клопотань і скарг на засіданнях колегіальних органів та давати пояснення щодо суті клопотань і скарг; 7) збирати відомості про факти, що можуть бути використані як докази, в установленому законом порядку запитувати, отримувати і вилучати речі, документи, їх копії, ознайомлюватися з ними та опитувати осіб за їх згодою; 8) застосовувати технічні засоби, в тому числі для копіювання матеріалів справи, в якій адвокат здійснює захист, представництво або надає інші види правової допомоги, фіксувати процесуальні дії, в яких він бере участь, а також хід судового засідання в порядку, передбаченому законом; 9) посвідчувати копії документів у справах, які він веде, крім випадків, якщо законом встановлено інший обов'язковий спосіб посвідчення копій документів; 10) одержувати письмові висновки фахівців, експертів з питань, що потребують спеціальних знань; 11) користуватися іншими правами, передбаченими цим Законом та іншими законами (Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2013. — № 27. — Ст. 282).

Проект Кодексу України про адміністративні проступки від 26 травня 2004 року за № 5558, закріплюючи, що інтереси суб'єкта адміністративного проступку і потерпілого в провадженні у справі про адміністративний проступок може представляти захисник (ст. 699 проекту), надають рівні за обсягом права суб'єкту адміністративного проступку та його представнику, а саме: право знайомитися з матеріалами справи, давати пояснення, подавати докази, заявляти клопотання; виступати рідною мовою і користуватися послугами перекладача, якщо не володіє мовою, якою ведеться провадження; оскаржувати рішення суду у справі. Безпосередньо процесуальному статусу захисника присвячена ст. 700 згаданого Проекту, яка встановлює право захисника брати участь в провадженні у справі про адміністративний проступок з моменту складення протоколу про адміністративний проступок або адміністративного затримання особи, яка притягається до адміністративної

відповідальності, знайомитися з матеріалами справи, заявляти клопотання, виступати по суті справи, оскаржувати рішення суду (Проект Кодексу України про адміністративні проступки від 26 травня 2004 р. за № 5558 // Всесвітня мережа Інтернет. — www.rada.gov.ua).

Положення Проекту можна вважати позитивним зрушенням, але нажаль, і він не закріплює чіткого та повного переліку прав захисника в провадженні в справах про адміністративні правопорушення.

ДОДІНА Є. Є.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри адміністративного та фінансового права,
кандидат юридичних наук, доцент

ДОКАЗИ У СПРАВАХ ПРО ПРИМУСОВЕ ВИДВОРЕННЯ ІНОЗЕМНОГО МІСІОНЕРА

30.09.2013 Пленум Вищого адміністративного суду України ухвалив Постанову № 12 у зв'язку зі змінами, внесеними до Кодексу адміністративного судочинства України, Законів України від 5 листопада 1991 року № 1789-ХІІ «Про прокуратуру», від 8 липня 2011 року № 3671-VI «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту», від 22 вересня 2011 року № 3773-VI «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», для забезпечення однакового застосування адміністративними судами законодавства під час розгляду спорів щодо примусового повернення і примусового видворення іноземного місіонера з України. Так, Пленум Вищого адміністративного суду України постановив щодо унесення до постанови Пленуму Вищого адміністративного суду України від 25 червня 2009 року N 1 «Про судову практику розгляду спорів щодо статусу біженця та особи, яка потребує додаткового або тимчасового захисту, примусового повернення і примусового видворення іноземця чи особи без громадянства з України та спорів, пов'язаних із перебуванням іноземця та особи без громадянства в Україні», зі змінами і доповненнями, внесеними постановами Пленуму Вищого адміністративного суду України від 20 червня 2011 року № 3 та від 16 березня 2012 року № 3 змін. Зокрема, у зв'язку з тим, що з 26 грудня 2011 року (часу набрання чинності Законом України від 22 вересня 2011 року № 3773-VI «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства») органи внутрішніх справ не мають повноважень на звернення до суду щодо примусового видворення іноземців та осіб без громадянства, оскільки відповідно

до статті 30 цього Закону зазначені повноваження покладені на центральний орган виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері міграції, ураховуючи правила процесуального правонаступництва (стаття 55 КАС України) та норми матеріального права про передачу повноважень до центрального органу виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері міграції, належним позивачем у таких справах буде центральний орган виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері міграції.

Примусове видворення іноземного місіонера здійснюється лише на підставі постанови адміністративного суду. З таким позовом до адміністративного суду мають право звернутися центральний орган виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері міграції, органи охорони державного кордону (стосовно іноземців та осіб без громадянства, які затримані ними у межах контрольованих прикордонних районів під час спроби або після незаконного перетинання державного кордону України) або органи Служби безпеки України.

Згідно вимог ст. 106 КАС України у позовній заяві зазначається зміст позовних вимог згідно з ч. 3 ст. 105 КАС України і виклад обставин, якими органи Державної прикордонної служби України обґрунтовують свої вимоги, перелік документів та інших матеріалів, що додаються. На підтвердження обставин, якими обґрунтовуються позовні вимоги, органи Державної прикордонної служби України зазначають докази, про які їм відомо і які можуть бути використані судом. Відповідно до Кодексу адміністративного судочинства України доказами в адміністративному судочинстві є будь-які фактичні дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення осіб, які беруть участь у справі, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи. Тобто доказом є не факт, обставина, а фактичні дані — це інформація, за допомогою якої можна пізнати факт. За допомогою доказів відбувається пізнання фактів, що мають значення для правильного вирішення справи. Розуміння самого доказу не знайшло одностайного розв'язання в юридичній літературі: перші розглядають докази як єдність фактичних даних та їх процесуальних джерел, інші вважають, що слід розрізняти докази, як відомості про факти, обставини та їх процесуальні джерела. Особливістю доказів є те, що вони мають бути одержані у встановленому законом порядку, в іншому разі вони не будуть мати доказової сили. Функція доказів полягає в тому, що вони забезпечують безпомилковість, незаперечність та повноту інформації. Через це до доказу висувається вимога достовірності.

Поняття доказів у справах про адміністративні правопорушення співпадає з поняттям доказів в адміністративному судочинстві, де під доказами розуміються будь-які фактичні дані, на підставі яких суд

встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення осіб, які беруть участь у справі, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи. Ці дані встановлюються судом на підставі пояснень сторін, третіх осіб та їхніх представників, показань свідків, письмових і речових доказів, висновків експертів.

Докази суду надають особи, які беруть участь у справі. Суд може запропонувати надати додаткові докази або витребувати додаткові докази за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, або з власної ініціативи. Належними в справах про примусового видворення іноземного місіонера за межі території України є докази, які містять інформацію щодо предмету доказування. Суд не бере до розгляду докази, які не стосуються предмету доказування. Сторони мають право обґрунтовувати належність конкретного доказу для підтвердження їхніх вимог або заперечень. Докази, одержані з порушенням закону, судом при вирішенні справи не беруться до уваги.

ЖУРАВЕЛЬ М. В.

Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова,
докторант кафедри адміністративного і господарського права,
кандидат юридичних наук

ОЗНАКИ ПРАВОВИХ АКТІВ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ

Серед загальної системи вимог до правових актів державного управління (підзаконність, офіційність, правомочність, імперативність та належне юридичне оформлення) розглянемо лише ті, що належать до групи основних і стосуються не так юридичної форми, як тих сутнісних ознак, які дають змогу встановити якісні властивості зазначених актів.

Як правило, першою і найбільш характерною ознакою правових актів державного управління є те, що всі вони мають яскраво виражений підзаконний характер. Це означає, що всі правові акти державного управління видаються виключно на основі Конституції України, законів держави і відповідно до актів вищестоящих органів виконавчої влади. Часто ця вимога набуває своєї формально-юридичної фіксації й у самому правовому акті державного управління. Загалом підзаконний характер правових актів державного управління впливає із загальних властивостей самої виконавчої влади, яка за своїм функціональним призначенням спрямована на виконання Конституції та законів держави. Втім, варто наголосити на цьому моменті, оскільки доволі часто

причиною незадовільної якості правових актів державного управління є саме їх невідповідність як Конституції, так і чинному законодавству. У цьому сенсі дуже важливим стає прийняття спеціального закону, який чітко ввормував би порядок видання нормативно-правових актів в Україні та встановив гарантії забезпечення їх підзаконного характеру. Таким законом міг би стати Закон України «Про нормативно-правові акти», проект якого свого часу вже було розроблено у Верховній Раді України, але так і не було прийнято. Указуючи на підзаконний характер правових актів державного управління, варто пам'ятати ще про один аспект цієї проблеми. Річ у тому, що, наголошуючи на цій властивості та вимозі, йдеться не лише про дотримання відповідності нижчих правових актів вищим, а й про збереження системного характеру нормотворчої діяльності органів виконавчої влади в цілому. У цьому сенсі всі правові акти державного управління повинні прийматися на основі Програми діяльності Кабінету Міністрів України, щорічної Державної програми економічного і соціального розвитку України, законів України, актів та доручень Президента України. До речі, ця норма міститься і в Тимчасовому регламенті Кабінету Міністрів України, де зазначається, що за пропозиціями міністерств, інших центральних органів виконавчої влади Мініюстом щороку формується орієнтовний план законопроектної роботи на наступний рік. Зазначені пропозиції готуються з урахуванням відповідних положень законів України, актів та доручень Президента України, актів Кабінету Міністрів та планів законотворчої діяльності Верховної Ради і повинні містити: а) назву законопроекту; б) обґрунтування необхідності прийняття закону (його цілі, загальна характеристика, основні положення, а також положення Програми діяльності Кабінету Міністрів України, на виконання яких спрямовується законопроект); в) обґрунтування необхідності розроблення концепції законопроекту та термін її подання до Кабінету Міністрів; г) перелік центральних органів виконавчої влади, установ та організацій, які пропонується залучити до розроблення законопроекту; д) термін подання законопроекту Кабінетові Міністрів.

Іншою характерною ознакою правових актів державного управління є їх імперативний характер. Як правило, суть цієї ознаки тлумачиться як зобов'язання всіх осіб, до кого спрямовуються зазначені управлінські акти, їх виконувати. Причому в самих правових актах державного управління чітко вказуються як суб'єкти, на які покладаються певні обов'язки, так і ті дії, що їм необхідно вчинити. При цьому в самих актах державного управління можуть міститися норми, які передбачають установлення фіксованих заходів відповідальності у разі ігнорування відповідними особами цих актів, їх недотримання, перешкоджання їх реалізації або їх неналежному виконанню. Втім, як свідчить досвід

адміністративно-правового розвитку України, доволі часто спостерігається виникнення розбіжності між вимогою імперативності правових актів державного управління та її об'єктивним забезпеченням. У зв'язку з цим яскравою ілюстрацією є поява цілої низки актів державного управління, спрямованих на встановлення додаткових інститутів контролю або прийняття додаткових мір щодо контролю за дотриманням вимоги обов'язкової реалізації тих чи інших правових актів державного управління. Повноваження контролю за забезпеченням імперативності правових актів управління покладено на уряд, причому перелік для розгляду на засіданнях Кабінету Міністрів питань, пов'язаних з виконанням Конституції та законів України, актів Президента України та Кабінету Міністрів, а також із звітуванням керівників органів (організацій) про результати діяльності цих органів (організацій), формується на квартал Міністром Кабінету Міністрів за пропозиціями Прем'єр-міністра, Першого віце-прем'єр-міністра, віце-прем'єр-міністрів і затверджується розпорядженням Кабінету Міністрів. Як свідчить досвід сучасної України, зазначена проблема не лише є не вирішеною, а й багато в чому стан забезпечення вимоги імперативності правових актів державного управління погіршився. Причому в окремі періоди (маються на увазі насамперед кінець 2005 — початок 2006 р.) відсутність надійних механізмів забезпечення імперативності правових актів державного управління призвела до формування об'єктивної загрози всій системі виконавчої влади в цілому, а також стабільності забезпечення прав і свобод людини та громадянина в Україні.

Нарешті, останньою принциповою ознакою правових актів державного управління, яка дає змогу оцінювати якість їхнього впливу на формування і розвиток адміністративно-правових відносин, є вимога правомочності зазначених управлінських актів. Подекуди можна зустріти тезу про тотожність вимоги правомочності ознаці підзаконності правових актів державного управління. Але, думається, такий висновок є некоректним за тієї причини, що під правомочністю мається на увазі не відповідність актів управління вищестоящим нормативно-правовим актам, а насамперед ті властивості, що пов'язані із їх виданням. У цьому сенсі граничної ваги набуває те, щоб кожен конкретний правовий акт державного управління приймався належним органом виконавчої влади відповідно до характеру та в межах наданої йому компетенції. Тобто в правових документах, що регламентують діяльність органів виконавчої влади, завжди містяться норми, які наділяють зазначені органи нормотворчими повноваженнями. У цьому аспекті стає цілком очевидною потреба чіткого визначення повноважень тих чи інших органів виконавчої влади, оскільки майже в усіх без винятку випадках установлення правомочності актів державного управління пов'язано із визначенням

компетенції та прав, що надаються конкретним органам виконавчої влади. З цієї точки зору недотримання вимоги правомочності правових актів державного управління поставатиме водночас і як порушення компетенції тих органів виконавчої влади, які ці акти видали.

КОЗАЧУК Д. А.

Національного університету «Одеська юридична академія»
доцент кафедри адміністративного та фінансового права,
кандидат юридичних наук, доцент

ОЗНАКИ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ

Адміністративна відповідальність є специфічною формою негативного реагування з боку держави в особі її компетентних органів на відповідну категорію протиправних проявів, згідно з якою особи, які їх вчинили, повинні дати за свої неправомірні дії і понести за це адміністративні стягнення у встановлених законом формах і порядку (Герасименко Е. С. Питання реформування інституту адміністративної відповідальності / Е. С.: Автореф. дис.... к.ю.н. — К., 2000. — С. 16).

Окрім особливостей, які характеризують адміністративну відповідальність як різновид юридичної відповідальності, адміністративній відповідальності державних службовців властиві також окремі специфічні риси. Передусім, слід відзначити, що державні службовці підлягають адміністративній відповідальності на загальних засадах і як спеціальні суб'єкти. Як спеціальні суб'єкти адміністративної відповідальності державні службовці вчиняють правопорушення, пов'язані з їхньою службовою діяльністю, причому такі правопорушення не завжди є «корупційно спрямованими».

Особливістю адміністративної відповідальності державних службовців є її зв'язок з дисциплінарною відповідальністю. Підтвердженням наявності такого зв'язку є норми профільних законів у сфері державної служби, зокрема, ст. 14 Закону України «Про державну службу» 1993 р. визначає, що «дисциплінарні стягнення застосовуються до державного службовця за... вчинок, який порочить його як державного службовця або дискредитує державний орган, в якому він працює» (Про державну службу України: Закон України від 16.12.1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 52. — Ст. 490). Коментуючи цю норму, Л. Р. Біла-Тіунова зазначає, що проступком, який ганьбить честь і гідність державного службовця є навмисне порушення закону

(Закон України про державну службу : Науково-практичний коментар / С. В. Ківалов, Л. Р. Біла. — О. : Фенікс, 2009. — С. 76), відтак, ці порушення можуть бути передбачені КпАП України. Більш однозначно на зв'язок між адміністративною і дисциплінарною відповідальністю вказує ст. 5 Дисциплінарного статуту органів внутрішніх справ України. Згідно з її положеннями особи рядового і начальницького складу, яких в установленому законодавством порядку притягнуто до адміністративної, кримінальної або матеріальної відповідальності, водночас можуть нести і дисциплінарну відповідальність згідно з цим Статутом (Дисциплінарний статут органів внутрішніх справ України : Закон України від 22.02.2006 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 29. — Ст. 245). У Законі України «Про державну службу» 2011 р. законодавцем передбачено перелік підстав притягнення державного службовця до дисциплінарної відповідальності, серед яких у ст. 52 закріплено невиконання або неналежне виконання посадових обов'язків; порушення правил професійної етики державного службовця; нежиття передбачених законом заходів щодо усунення конфлікту інтересів. Наведені підстави також корелюються з окремими складами адміністративних правопорушень, зокрема, ст. 172⁷, 186³, 188³⁹, 188⁴¹ КпАП України.

Порядок притягнення державних службовців до адміністративної відповідальності також характеризується відмінними рисами. Так, передусім слід відзначити, що як правило, притягнення державного службовця до адміністративної відповідальності здійснюється у судовому порядку. Також варто відзначити, що проходження процедури у справах щодо адміністративного правопорушення, скоєного державним службовцем, містить у собі окремі етапи, які відсутні у провадженні відносно особи, яка не є державним службовцем, наприклад, внесення інформації у Єдиний державний реєстр осіб, які вчинили корупційні правопорушення, що формується та ведеться Міністерством юстиції України (Про затвердження Положення про Єдиний державний реєстр осіб, які вчинили корупційні правопорушення : Наказ Міністерства юстиції України від 11.01.2012 р. // <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0028-12>).

Адміністративна відповідальність державних службовців характеризується специфікою нормативного регулювання. Безперечно, основним нормативно-правовим актом, який регулює це питання є Кодекс України про адміністративні правопорушення. Саме цей акт містить конкретні склади адміністративних правопорушень, встановлює санкції за їх вчинення та регулює процедуру притягнення державного службовця до адміністративної відповідальності. Водночас, норми КпАП України містять посилання на Закон України «Про засади запобігання

і протидії корупції» від 7.04.2011 р. (Про засади запобігання і протидії корупції : Закон України від 7.04.2011 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 40. — Ст. 404), в якому визначаються особи, які підлягають адміністративній відповідальності за вчинення правопорушень, передбачених Главою 15А. Звертає на себе увагу і те, що формулювання визначень, які використовуються в КпАП України щодо корупційних правопорушень випливають із норм Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». При кваліфікації правопорушення враховуються також положення Закону «Про державну службу» та нормативно-правових актів, якими регулюється відповідні правовідносини, зокрема, положень про органи державної виконавчої влади, в яких визначено права і обов'язки державних службовців, Законів України «Про інформацію», «Про доступ до публічної інформації», «Про державну таємницю» та ін.

БОНДАРЕНКО К. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри адміністративного та фінансового права,
кандидат юридичних наук, доцент

ДО ВИЗНАЧЕННЯ ЗМІСТУ ЮСТИЦІЇ ЯК ОБ'ЄКТА ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ

Термін «юстиція» у перекладі з латинської (*justitia*) означає «справедливість, законність». Саме на органи юстиції покладається реалізація та практичне виконання державної правової політики в сучасній Україні, тобто діяльність держави у сфері юстиції створює правове підґрунтя для розробки та здійснення державної політики в усіх інших галузях, забезпечуючи тим самим функціонування органів державного управління в належному правовому просторі. З огляду на зазначене вивчення цієї галузі є безумовно актуальним для державно-правових наук.

Галузь юстиції завжди привертала і продовжує привертати увагу вчених науки адміністративного права через свою, з одного боку, важливість для належного розвитку держави і, з іншого боку, специфічність та несхожість з іншими галузями державного управління. Вчені розглядали галузь юстиції, її особливості, її об'єкти, управлінські форми і методи, але деякі питання залишилися поза їхньою увагою. Мова йде, зокрема, про визначення власно галузі «юстиція» як частини адміністративно-політичної сфери державного управління.

У сучасному стані система органів юстиції включає: Міністерство юстиції України; Головні управління юстиції Міністерства юстиції України в Автономній Республіці Крим, в областях, містах Києві та Севастополі, районні, районні у містах, міські (міст обласного значення), міськрайонні, міжрайонні управління юстиції, управління та відділи Державної виконавчої служби, реєстраційні служби, відділи державної реєстрації актів цивільного стану реєстраційних служб.

Під державним управлінням у галузі юстиції прийнято розуміти виконавчо-розпорядчу діяльність суб'єктів державного управління, яка полягає в організаційному забезпеченні функціонування судів, державного нотаріату, органів запису актів громадянського стану, судово-експертних установ та організацій адвокатів (Колпаков В. К. Адміністративне право України : підручник / В. К. Колпаков. — К.: Юрінком Інтер, 1999. — С. 259).

Управління юстицією — це діяльність, спрямована па виконання завдань зміцнення законності, організації захисту прав і законних інтересів громадян та їх об'єднань, підприємств, установ, організацій і держави.

Теоретики, зокрема Битяк Ю. П., Кісіль З. Р., Стеценко С. Г. зазначають, що особливостями галузі юстиції є:

- багатооб'єктність в цій галузі управління;
- різне правове становище об'єктів правового впливу, диференційною ознакою котрих зазвичай виступають їх призначення і характер компетенції;
- різноманітність форм і методів управління, які застосовуються органами юстиції;
- керуючий вплив органів управління юстицією має рекомендаційний характер і зводиться, переважно, до вирішення організаційних питань, оскільки більшість об'єктів у цій галузі є самостійними і незалежними в своїй практичній діяльності (Остапенко О. І. Адміністративне право: Навчальний посібник / О. І. Остапенко, З. Р. Кісіль, М. В. Ковалів, Р. В. Кісіль. — К.: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. — С. 237).

Також висловлюється думка про такі особливості (окрім вищезазначених) юстиції як галузі управління як:

- комплексність;
- значні контрольні повноваження;
- реалізація на практиці взаємодії держави та недержавних інституцій (Стеценко С. Г. Адміністративне право України: Навчальний посібник / С. Г. Стеценко. — К.: Атіка, 2007. — С. 559).

На сьогоднішній день, до органів юстиції, окрім Міністерства юстиції, також належать територіальні органи юстиції, а саме: управління

юстиції, управління та відділи Державної виконавчої служби, реєстраційні служби та відділи державної реєстрації актів цивільного стану реєстраційних служб. Ще до органів юстиції відносять державні нотаріальні контори, науково-дослідні установи судових експертиз, представників Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини і регіональні відділення Секретаріату Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини, підрозділи з питань банкрутства.

Дійсно, всі вищезазначені органи, відділи та служби є надзвичайно різними за напрямками діяльності, завданнями та повноваженнями, тому, існуючі теоретичні погляди на особливості галузі юстиції видаються обґрунтованими та цілком сформованими.

Аналізуючи напрями діяльності та повноваження органів юстиції, можна дійти висновку, що змістом юстиції як об'єкта державного управління є специфічна державно-правова діяльність органів у трьох основаних напрямках: 1) реєстрація; 2) облік; 3) виконання. При цьому під «реєстрацію» у загальному вигляді можна розуміти визнання державою певних фактів, що мають юридичне значення, визнання державою набуття, зміни або припинення прав та обов'язків шляхом відповідного засвідчення та внесення даних до реєстрів. Облік неодмінно пов'язаний з реєстрацією та включає заходи щодо зберігання та використання даних, документів, інформації тощо, що мають юридичне значення. Виконання є вчиненням державними органами дій та заходів щодо забезпечення виконання владних рішень, актів, що засвідчують набуття, зміни або припинення прав та обов'язків, забезпечення державного примусу.

Реєстраційну функцію виконують Державна реєстраційна служба України та органи реєстрації актів цивільного стану. Функцію виконання здійснюють Державна виконавча служба, Державна пенітенціарна служба України. Облікову функцію реалізують Державна архівна служба, органи нотаріату.

МОГИЛ С. К.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
заступник голови Вишого господарського суду України,
доцент кафедри адміністративного та фінансового права,
кандидат юридичних наук, доцент

СЛУЖБА ПЕРСОНАЛУ ЯК ОРГАН УПРАВЛІННЯ ДЕРЖАВНОЮ СЛУЖБОЮ

Закон «Про державну службу» (2011) увів в нормативний обіг поняття «служба персоналу» (Служба персоналу — це колишня кадрова служба (відділ кадрів)) щодо адміністративних державних службовців, на який і поширюється дія цього Закону. У своїй діяльності служба персоналу керується цим Законом, іншими законами, Типовим положенням про службу персоналу державного органу, органу влади Автономної Республіки Крим або їх апарату (Про затвердження Типового положення про службу персоналу державного органу, органу влади Автономної Республіки Крим або їх апарату: наказ Нацдержслужби України від 05.03.2012 р.) і Положення про службу персоналу органу державної влади, затвердженого керівником цього органу.

Служба персоналу утворюється в державному органі, органі влади АРК або їх апаратах, в залежності від чисельності працівників апарату, підпорядкованих територіальних органів, підприємств, установ і організацій, що належать до сфери їх управління, а також від обсягу, характеру та складності управління персоналом, у такій організаційній формі: а) департамент; б) управління; в) відділ; г) сектор; д) спеціаліст із питань управління персоналом (вводиться до штатного розпису органу державної влади з розрахунку до 35 осіб на одного спеціаліста служби персоналу).

У разі наявності територіальних органів, підпорядкованих органів, підприємств, установ і організацій, що належать до сфери управління органу державної влади (далі — підпорядковані організації), чисельність служби персоналу збільшується залежно від кількості персоналу, супроводження проходження служби якого здійснюється службою персоналу (із розрахунку до 50 осіб на одного спеціаліста служби персоналу).

Основними завданнями служби персоналу є: а) забезпечення здійснення керівником державної служби в органі державної влади своїх повноважень; б) забезпечення реалізації державної політики у сфері державної служби з питань управління персоналом органу державної влади; в) добір персоналу органу державної влади; г) організація заходів з підвищення рівня професійної компетентності персоналу органу державної влади; д) організаційно-методичне забезпечення управління

персоналом в органі державної влади; ж) спрямування, координація, організаційно-методичне керівництво та контроль за роботою з персоналом у підпорядкованих організаціях; з) документальне оформлення вступу на державну службу, її проходження та припинення.

Відповідно до своїх завдань служба персоналу: вивчає поточну та перспективну потребу в персоналі та вносить відповідні пропозиції керівникові державної служби в органі державної влади; планує роботу з персоналом в органі державної влади; здійснює аналітично-консультативне забезпечення роботи керівника державної служби в органі державної влади з питань управління персоналом та вносить йому відповідні пропозиції щодо удосконалення роботи з персоналом; здійснює організаційне забезпечення роботи галузевої (регіональної) ради по роботі з кадрами; у межах своєї компетенції бере участь у розробленні структури апарату органу державної влади та його штатного розпису; надає методичну допомогу та контролює розроблення посадових інструкцій персоналу органу державної влади; у межах компетенції розробляє та погоджує проекти нормативно-правових актів органу державної влади; разом з іншими структурними підрозділами: а) вивчає особисті, професійні, ділові якості осіб, які претендують на зайняття посад в органі державної влади, керівників підпорядкованих організацій; б) планує переміщення по службі державних службовців органу державної влади з урахуванням їх індивідуальних здібностей, професійної підготовки та результатів роботи, вносить відповідні пропозиції керівникові державної служби в органі державної влади; в) розробляє вимоги до напряму підготовки (отриманої особою спеціальності) та інші вимоги до рівня професійної компетентності осіб, які претендують на зайняття посад державної служби груп II, III, IV і V; г) розробляє та у разі необхідності переглядає профілі професійної компетентності державної служби в органі державної влади; д) вносить за поданням структурних підрозділів пропозиції керівникові державної служби в органі державної влади щодо переміщення державних службовців; ж) здійснює організаційно-методичне забезпечення проведення конкурсу на заміщення посад груп II, III, IV і V в органі державної влади та відповідних посад у підпорядкованих організаціях, призначення на які здійснюються керівником органу державної влади; з) здійснює 1 раз на 2 роки підготовку проекту програми іспиту (тестів) для проведення конкурсу на зайняття посад державної служби груп II, III, IV і V; і) вивчає потреби та вносить керівникові державної служби в органі державної влади пропозиції щодо організації підготовки, перепідготовки й підвищення кваліфікації персоналу органу державної влади та підпорядкованих організацій; ї) формує замовлення та організовує підготовку, перепідготовку і підвищення кваліфікації персоналу органу державної влади та

підпорядкованих організацій, забезпечує укладання відповідних угод із навчальними закладами тощо.

Служба персоналу має право: а) взаємодіяти із структурними підрозділами органу державної влади, підпорядкованими організаціями, державними органами та органами місцевого самоврядування з питань, що належать до її компетенції; б) одержувати у встановленому законодавством порядку від посадових осіб та іншого персоналу органу державної влади та підпорядкованих організацій інформацію, матеріали та пояснення (у тому числі письмові), необхідні для здійснення покладених на неї завдань; в) за погодженням з керівником державної служби в органі державної влади брати участь у конференціях, семінарах, нарадах та інших заходах із питань управління персоналом; г) на обробку персональних даних фізичних осіб відповідно до законодавства з питань захисту персональних даних для виконання покладених на неї повноважень; д) за дорученням керівника державної служби представляти орган державної влади в інших органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, і установах та організаціях з питань, що належать до її компетенції.

Службу персоналу (департамент, управління, відділ, сектор) очолює керівник, який призначається на посаду та звільняється з посади керівником державної служби, крім випадків, установлених законодавством.

ПУЗАНОВА Г. Й.

Міжнародний гуманітарний університет,
доцент кафедри конституційного права та державного управління,
кандидат юридичних наук

ФОРМИ ДЕРЖАВНОЇ ПОЛІТИКИ ІНОЗЕМНОГО ІНВЕСТУВАННЯ

Державна політика іноземного інвестування (далі — ДПІ) є одним із напрямів державної економічної політики, яка, як і інші напрями державної політики, реалізується в визначених організаційно-правових формах. Форма ДПІ — це засоби організації та правового закріплення прийомів, принципів та методів впливу на іноземних інвесторів з метою залучення іноземних інвестицій в економіку України. Основними формами ДПІ є правові та організаційні.

В організаційних формах державного управління реалізується діяльність державних органів по керівництву і управлінню процесами соціальних перетворень, що здійснюються в державі і суспільстві. Ці форми

включають в себе прийняття державно важливих рішень зі стратегічних і тактичних питань, визначення шляхів і засобів їх реалізації, прийняття оперативних заходів впливу при виникненні тих чи інших нестандартних ситуацій. Для вироблення оптимальних варіантів вирішення тієї чи іншої державно значущої проблеми проводяться сесії, засідання, наради, конференції, експертизи, консультації та узгодження, а також інші заходи, що властиві і ДПП. Якщо правова форма передбачає імперативність і формальну визначеність у волевиявленні керуючого суб'єкта, то організаційні форми рухливі, динамічні, припускають зіставлення різних точок зору, дискусії, пошуки компромісів, розгляд альтернативних варіантів, ліній поведінки для досягнення поставлених цілей. Через них матеріалізуються правові форми управління, функціонує механізм реалізації права (Государственное управление : основы теории и организации : учебник. В 2 т. — Т. 2 / Под ред. В. А. Козбаненко. — Изд. 2-е, с изм. и доп. — М. : «Статут», 2002. — с. 36).

Правова ДПП є складовою загальної правової політики та водночас — інвестиційної політики і призначена забезпечити реалізацію економічних завдань за допомогою формування відповідного нормативно-правового середовища іноземного інвестування шляхом організації правотворчого процесу з визначенням пріоритетів спрямованості правового регулювання та системи основних його правових засобів, механізмів та режимів з метою встановлення оптимального правового інвестиційного порядку та залучення іноземних інвестицій. Основним призначенням правової форми ДПП є характерне для державної діяльності юридичне волевиявлення керуючого суб'єкта, яке передбачає настання певних юридично значимих наслідків для іноземних інвесторів.

Особливості правового регулювання іноземного інвестування, роль та значимість іноземних інвестицій для розвитку економічних процесів в Україні та ін., дозволяє визначити іноземне інвестування як самостійний напрям економічної діяльності, який потребує правового забезпечення. Регулювання іноземного інвестування здійснюється за допомогою норм загального та спеціального законодавства. Так, Закон України «Про режим іноземного інвестування» від 19 березня 1996 р. (Про режим іноземного інвестування : Закон України від 19 березня 1996 р. // Відомості Верховної ради. — 1996. — № 19. — Ст. 80), який є спеціальним нормативно-правовим актом, визначає основні види і форми іноземних інвестицій, методи і способи їх оцінки, у ньому зафіксовані загальні гарантії захисту іноземних інвесторів і переведення за кордон прибутків і доходів в іноземній валюті та ін.

Особливістю вітчизняного інвестиційного законодавства є те, що окремі аспекти в інвестиційній сфері, окрім вищевказаного нормативно-правового акту, регулюються також нормами господарського,

податкового, валютного, банківського, фінансового, митного, цивільного й земельного законодавства, правовими актами про приватизацію, підприємництво, інноваційну діяльність, цінні папери та фондовий ринок, концесії тощо. Іноземне інвестування в Україні регулюють понад 130 нормативних актів (Адаптація законодавства України до законодавства Європейського Союзу : стан, проблеми та перспективи [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://uareferats.com/index.php/referat/details/20727>).

Крім того, важливе значення в регулюванні іноземного інвестування мають норми міжнародного права, які регулюють інвестиційні відносини: двосторонні угоди; договори з міжнародними організаціями; універсальні договори (конвенції), ратифіковані Верховною Радою України. Укладаючи міжнародні угоди держави переслідують наступні цілі: забезпечити ефективну реалізацію прав своїх фізичних та юридичних осіб в іншій державі; держава, яка приймає іноземні інвестиції надає іноземним інвесторам належний захист і гарантії, перш за все, гарантію застосування передбаченого такою угодою режиму для інвестицій, незалежно від змін, що можуть статися в країні-реципієнті, у тому числі і в законодавстві. Однак аналіз міжнародного законодавства вказує на необхідність удосконалення даного напрямку правового регулювання та розширення співробітництва з зарубіжними країнами по інвестиційним питанням шляхом подальшого укладання міжнародних договорів та угод.

Аналіз стану правового регулювання в інвестиційній сфері України свідчить про те, що інвестиційне законодавство потребує подальшого вдосконалення, адже, незважаючи на розгалужену систему правових актів, говорити про цілісну і взаємоузгоджену систему законодавства наразі передчасно. Крім того, необхідно створювати нове інвестиційне законодавство відповідно до міжнародних принципів і стандартів. Таким, чином потребують подальшого вдосконалення як правові, так і організаційні форми ДПП.

КОРНУТА Л. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри адміністративного та фінансового права,
кандидат юридичних наук

**СУБ'ЄКТИ ДИСЦИПЛІНАРНОГО ПРОВАДЖЕННЯ
ЩОДО ДЕРЖАВНОГО СЛУЖБОВЦЯ: КРИТЕРІЇ ВИЗНАЧЕННЯ
ТА НЕОБХІДНІСТЬ ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАКРІПЛЕННЯ**

Звертаючи увагу на реалії сьогодення та стрімкий розвиток і удосконалення державної служби в Україні, важливе значення має удосконалення механізму реалізації дисциплінарної відповідальності. Украй важливим є висвітлення питання нормативного закріплення суб'єктів дисциплінарного провадження щодо державного службовця. Суб'єктами дисциплінарного провадження щодо державних службовців є особи, які, відповідно до законодавства, беруть участь у провадженні, набувають прав та обов'язків та реалізують їх. Значним недоліком вітчизняного законодавства у сфері регулювання дисциплінарного провадження щодо державних службовців є відсутність чіткого визначення кола суб'єктів дисциплінарного провадження. Закон України «Про державну службу» (1993) взагалі не регламентує питання суб'єктів провадження. У Законі «Про державну службу» (2011) виокремлюються лише суб'єкти, уповноважені застосовувати дисциплінарні стягнення (ст. 54). Тому, можна стверджувати, що чітке виокремлення груп суб'єктів дисциплінарних проваджень щодо держслужбовців у законодавчих актах все ж відсутнє.

Зарубіжний досвід Німеччини та Російської Федерації указують на чітке законодавче визначення кола суб'єктів, які беруть участь у дисциплінарному провадженні щодо державних службовців. Законодавство визначає правовий статус суб'єктів, визначаючи їх основне призначення у провадженні (Публічна служба. Зарубіжний досвід та пропозиції для України / [за заг. ред. В. П. Тимощука, А. М. Школика]. — К. : Конус-Ю, 2007. — 735 с.).

Виходячи з аналізу теоретичних напрацювань та закордонного досвіду, до суб'єктів дисциплінарного провадження щодо державного службовця необхідно віднести: 1) суб'єкт, уповноважений застосовувати дисциплінарні стягнення (суб'єкт дисциплінарної влади); 2) суб'єкти дисциплінарного обвинувачення; 3) суб'єкти щодо яких здійснюється провадження; 4) суб'єкти дисциплінарного захисту; 5) суб'єкти, що сприяють проведенню дисциплінарного провадження (потерпілий, свідок, експерт, спеціаліст, перекладач).

Суб'єкт уповноважений застосовувати дисциплінарні стягнення (суб'єкти дисциплінарної влади). Основне призначення цієї групи

суб'єктів дисциплінарного провадження полягає: по-перше, у вирішенні питання щодо порушення дисциплінарного провадження; по-друге, у перевірці матеріалів, що були надані суб'єктом дисциплінарного обвинувачення; по-третє, у розгляді матеріалів справи та прийнятті законного та обгрунтованого рішення; по-четверте, у встановленні відповідного виду дисциплінарного стягнення за вчинення дисциплінарного проступку. Це єдиний суб'єкт дисциплінарного провадження, статус якого визначено в Законі «Про державну службу» (2011).

Суб'єкти дисциплінарного обвинувачення. Основне призначення цієї групи суб'єктів дисциплінарного провадження полягає в тому, що вони: по-перше, здійснюють заходи щодо виявлення дисциплінарного проступку, а по-друге, обгрунтовують необхідність притягнення винних осіб до відповідальності перед суб'єктом, уповноваженим застосовувати дисциплінарні стягнення. У Законі «Про державну службу» (2011) законодавець у ст. 54 визначив лише суб'єктів, які уповноважені застосовувати дисциплінарні стягнення.

Суб'єкти щодо яких здійснюється провадження. Цю групу суб'єктів представляє державний службовець, який вчинив дисциплінарний проступок, або підозрюється у його вчиненні.

Наступною групою суб'єктів є суб'єкти дисциплінарного провадження, до яких належить захисник. Українським важливим є закріплення в Законі України «Про державну службу» (2011) такого суб'єкта, оскільки, згідно із ст. 59 Конституції України кожен має право на правову допомогу, на забезпечення цього права та права на захист від обвинувачення при вирішенні справ у судах та в інших державних органах. Відповідно до цієї статті, Конституційний Суд України своїм рішенням від 16.11.2000 р. встановив, що, закріпивши право фізичної особи на правову допомогу, конституційний припис «кожен є вільним у виборі захисника своїх прав» за своїм змістом є загальним і стосується не лише підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного, але й інших фізичних осіб, яким гарантується право вільного вибору захисника з метою захисту своїх прав та законних інтересів, що виникають із цивільних, трудових, сімейних, адміністративних та інших правовідносин, а не тільки з кримінальних. Отже, положення ст. 59 Конституції поширюється і на правовідносини, що виникають під час дисциплінарного провадження стосовно державних службовців. Таким чином, виходячи із вищенаведеного, захисник уповноважений здійснювати такі функції, як захист прав і законних інтересів та надання правової допомоги особі, щодо якої здійснюється дисциплінарне провадження. Для виокремлення особливої ролі такої групи суб'єктів, саме в дисциплінарному провадженні щодо державного службовця, вбачається необхідним в Законі закріпити «суб'єкти дисциплінарного захисту». Розглядаючи цю

групу суб'єктів дисциплінарного провадження, необхідно зазначити, що суб'єкт дисциплінарного захисту — це захисник, тобто особа, яка є адвокатом або іншим фахівцем у галузі права, який відповідно до закону має право на надання правової допомоги.

Наступною групою суб'єктів є суб'єкти, що сприяють проведенню дисциплінарного провадження. До них належать: потерпілий, свідок, експерт, спеціаліст, перекладач, тобто це ті особи, які за необхідності можуть брати участь у провадженні для забезпечення законодавчих принципів та для повного та всебічного розгляду та вирішення справи.

Отже, на основі аналізу питання поняття, видів та суб'єктів дисциплінарного провадження щодо державного службовця, можна зробити висновок, що відсутність чіткого нормативного закріплення питання є значною прогалиною законодавства і сприяє порушенню закону при здійсненні дисциплінарного провадження та зловживанню окремих груп суб'єктів своїми повноваженнями.

ПАНФІЛОВ О. Є.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри адміністративного та фінансового права,
кандидат юридичних наук

ОСОБЛИВОСТІ ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ ПРО КОРУПЦІЙНІ АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ

Чинне законодавство не містить поняття провадження у справах про адміністративні правопорушення, проте таке поняття було вироблене наукою адміністративного права. Як відзначають С. В. Ківалов та Л. Р. Біла-Тіунова, провадження у справах про адміністративні правопорушення є одним із специфічних та важливих адміністративно-юрисдикційних проваджень, що входять до адміністративно-юрисдикційного процесу (Ківалов С. В., Біла Л. Р. Адміністративне право України: навч.-метод. посіб. / С. В. Ківалов, Л. Р. Біла. — 2-ге вид., перероб. і доповн. — Одеса: Юридична література, 2002. — С. 52). Адміністративно-юрисдикційний процес визначають як врегульовану адміністративно-процесуальними нормами правозастосовну та правоохоронну діяльність органів державного управління, а в передбачених законом випадках — і інших органів та їхніх посадових осіб і представників громадських організацій щодо застосування адміністративно-правових санкцій при вирішенні індивідуально-конкретних справ, які

виникають із правовідносин, не пов'язаних з управлінським (службовим) підпорядкуванням (Масленников М. Я. Административно-юрисдикционный процесс: сущность и актуальные вопросы правоприменения по делам об административных правонарушениях. — Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1990. — С. 22).

На думку А. С. Васильєва та М. П. Орзіха, провадження у справах про адміністративні правопорушення повинно регулюватись як особливий вид юрисдикційної діяльності, що вирізняється набором специфічних, лише йому властивих ознак (особливістю матеріально-правових норм і матеріально-правових відносин, реалізація яких опосередковується даним провадженням; специфікою процесуальних норм і процесуальних відносин, які складають його зміст; характером індивідуально-конкретних справ, які розглядаються, та юридичними наслідками їх вирішення) (Васильєв А. С., Орзіх М. Ф. К вопросу о соотношении и отраслевой принадлежности административного процесса и производства по делам об административных правонарушениях / А. С. Васильев, М. Ф. Орзіх // Производство по делам об административных правонарушениях в органах внутренних дел. — К., 1983. — С. 3—9). При цьому під адміністративно-юрисдикційною діяльністю прийнято розуміти правила та порядок притягнення до адміністративної відповідальності, що являє собою порядок провадження в справах про адміністративні правопорушення.

Виходячи зі сказаного, провадження у справах про корупційні правопорушення визначають як регламентовану адміністративно-процесуальними нормами діяльність державних органів, спрямовану на розгляд справ про ці адміністративні правопорушення, застосування в необхідних випадках адміністративних стягнень.

В літературі з адміністративного права провадження у справах про адміністративні правопорушення класифікуються за різними критеріями. Так, за критерієм обсягу та складності виділяються наступні види проваджень:

1) звичайне провадження, яке характеризується наявністю наступних ознак: черговість проходження усіх обов'язкових стадій провадження; 15-денний строк розгляду справ; необов'язковість присутності правопорушника при розгляді справи. Таке провадження здійснюється щодо більшості адміністративних проступків, відповідальність за які передбачена КУпАП;

2) спрощене провадження, яке характеризується тим, що в даному випадку протокол про адміністративне правопорушення не складається, а посадова особа, яка виявила правопорушення, сама приймає рішення про накладення на винного попередження або штрафу та виконує своє рішення (ст. 258 КУпАП);

3) особливе провадження, яке характеризується наступними ознаками: строки розгляду справи менше загальностановленого 15-денного строку; присутність правопорушника при розгляді таких справ є обов'язковою. Це провадження в адміністративних справах про правопорушення, які перераховані в ч.ч. 2 і 3 ст. 277 КУпАП та ч.ч. 2 і 3 ст. 268 КупАП (Миколенко А. И. Административный процесс и административная ответственность в Украине: учебное пособие. — Харьков : Одиссей, 2004. — С. 132–133).

Діяльність учасників провадження у справах про адміністративні правопорушення розвивається в часі як послідовний ряд пов'язаних між собою процесуальних дій щодо реалізації прав та взаємних обов'язків, що об'єднуються в окремі етапи провадження, які прийнято називати стадіями. Стадіями адміністративно-юрисдикційного провадження виступають логічно пов'язані етапи вчинення дій суб'єктів правозастосування, що слідують один за іншим та направлені на вирішення певного проміжного завдання. Провадження в адміністративно-юрисдикційному процесі здійснюється на підставі значної кількості процесуальних норм, в той час, як його стадія регламентується меншою кількістю процесуальних норм. Таким чином, провадження в адміністративно-юрисдикційному процесі є більш широким поняттям, ніж його стадія (Масленников М. Я. Административно-юрисдикционный процесс: сущность и актуальные вопросы правоприменения по делам об административных правонарушениях. — Воронеж : Изд-во Воронеж. ун-та, 1990. — С. 17).

Аналіз положень КУпАП, що регулюють особливості провадження у справах про корупційні правопорушення приводить до висновку, що дана категорія належить до особливих проваджень, оскільки хоча для неї і встановлено загальний строк розгляду справи, це провадження характеризується ускладненою процедурою та додатковими вимогами щодо його здійснення.

ФЕДЧИШИН С. А.

Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого,
асистент кафедри адміністративного права, кандидат юридичних наук

ПАТРОНАТНІ ПОСАДИ ДИПЛОМАТИЧНОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ

В умовах реформування дипломатичної служби України важливого значення набуває дослідження посад, на яких проходять службу її працівники, з'ясування їх правового статусу. Безпосередньо це стосується й такого особливого виду (типу) посад працівників дипломатичної служби України як патронатні посади, визначення їх специфіки, відмежування від адміністративних і політичних посад.

Аналіз законодавства України та наукових джерел дозволяє виділити ознаки, що притаманні патронатним посадам (від лат. *patronatus* — «стан або права патрона»). Зокрема, до них відносять те, що: 1) особи, які займають патронатні посади, здійснюють свою діяльність не від імені держави та її органів, а від імені певної посадової особи (патрона), реалізують свої завдання та функції в інтересах цієї посадової особи, їй підпорядковуються та несуть перед нею відповідальність; 2) правом добирати та приймати осіб на патронатні посади наділені особи, які займають переважно державні політичні посади (Президент України, Голова Верховної Ради, члени Уряду України та ін.); 3) прийняття на патронатні посади здійснюється у позаконкурсний спосіб, хоча може встановлюватись й термін випробування та проводитись стажування; 4) особи, які займають патронатні посади, звільняються із займаної посади у разі звільнення тієї особи, яка прийняла їх на службу; 5) виконання особами, які займають патронатні посади, як правило, консультативно-дорадчих функцій та ін. (Див.: Битяк Ю. П. Державна служба в Україні: організаційно-правові засади. — Х., 2005. — С. 135–137; Ківалов С. В., Біла-Тіунова Л. Р. Публічна служба в Україні. — Одеса, 2009. — С. 129–131, 443–446 та ін.).

Зокрема, відповідно до ст. 9 Закону України «Про дипломатичну службу» від 20.09.2001 р. Міністр закордонних справ України має право самостійно добирати та приймати осіб на посади для роботи в патронатній службі, яка забезпечує його діяльність. До складу патронатної служби можуть включатись посади помічника, радника, керівника прес-служби та ін. Цим посадам властиві всі наведені вище особливості. Працівники патронатної служби підпорядковуються безпосередньо Міністру, їх основними завданнями є: а) підготовка необхідних матеріалів та документів для Міністра, облік, аналіз кореспонденції, що надходить на його ім'я, підготовка проектів доручень, протокольних рішень

тощо; б) надання окремих фахових консультацій, а також роз'яснень з питань діяльності Міністра або МЗС України (за дорученням Міністра); в) взаємодія з підрозділами МЗС України, закордонними дипломатичними установами України, представництвами МЗС на території України, органами держави та місцевого самоврядування у розв'язанні питань, що виникають під час опрацювання доручень Міністра; г) організація зустрічей Міністра з громадськістю, представниками ЗМІ, посадовими особами інших органів, прийом відвідувачів та іноземних делегацій. Порядок проходження дипломатичної служби працівниками патронатної служби Міністра закордонних справ визначається Постановою Кабінету Міністрів України від 16.11.2002 р.

У свою чергу, в контексті питань, що розглядаються, заслуговує на увагу посада дипломатичного радника центрального органу виконавчої влади, введення якої вперше було передбачено Указом Президента України «Про Положення про дипломатичного радника центрального органу виконавчої влади» від 31.12.2005 р. Дипломатичний радник центрального органу виконавчої влади (далі — дипломатичний радник) є дипломатичним працівником, тимчасово відрядженим Міністром закордонних справ України до центрального органу виконавчої влади для виконання дипломатичних функцій. Повною мірою усвідомлюючи складність дискусій щодо патронатних посад, які тривають в науці адміністративного права, на підставі аналізу законодавства, що визначає статус посади дипломатичного радника, можна стверджувати, що ця посада відзначається низкою особливих рис, відмінних від патронатних посад державної та дипломатичної служби (наприклад, патронатної служби Міністра закордонних справ). Розкриємо деякі з таких ознак.

По-перше, не дивлячись на те, що посада дипломатичного радника термінологічно пов'язується із категорією «радник», що більшою мірою властива для позначення патронатних посад, відповідно до законодавства вона не зводиться виключно до обслуговування інтересів певної особи, а визначається радником державного органу в цілому. Власне це отримало безпосереднє втілення у назві посади — «дипломатичний радник центрального органу виконавчої влади». Згідно п. 3 Положення про дипломатичного радника, що затверджене Указом Президента України від 31.12.2005 р. основними завданнями дипломатичного радника є: представлення позиції МЗС України під час здійснення центральним органом виконавчої влади (далі — ЦОВВ) заходів у сфері зовнішніх зносин; надання допомоги у здійсненні зв'язків ЦОВВ з відповідними органами іноземних держав та міжнародними організаціями; забезпечення ЦОВВ необхідною для ефективного виконання покладених на нього завдань інформацією щодо політичного та економічного становища в світі, зовнішньої та внутрішньої політики

іноземних держав, міжнародних організацій; розроблення і внесення в установленому порядку пропозицій щодо підвищення ефективності діяльності ЦОВВ у сфері зовнішніх зносин; забезпечення взаємодії ЦОВВ з МЗС України. Таким чином, дипломатичний радник, будучи відрядженим МЗС України, має своїм основним призначенням сприяти підвищенню ефективності реалізації завдань МЗС України щодо координації заходів ЦОВВ у сфері зовнішніх зносин.

По-друге, особливими є порядок призначення та звільнення з посади дипломатичного радника. Зокрема, тимчасове відрядження дипломатичних працівників до ЦОВВ для призначення на посади дипломатичних радників здійснюється за наказом Міністра закордонних справ України після погодження кандидатур із керівниками цих ЦОВВ, а власне вже саме призначення на посаду дипломатичного радника здійснюється за наказом керівника відповідного ЦОВВ. Відкликання дипломатичного радника з тимчасового відрядження здійснюється за наказом Міністра закордонних справ також за погодженням із керівником ЦОВВ.

Крім того, при дослідженні патронатних посад дипломатичної служби слід мати на увазі й те, що відповідно до законодавства дипломатичні працівники проходять дипломатичну службу як на дипломатичних посадах в системі органів дипломатичної служби, так і відповідних посадах структурних підрозділів Адміністрації Президента України, Апарату Верховної Ради та Секретаріату Кабінету Міністрів України, а також крім ЦОВВ можуть бути тимчасово відряджені й до інших державних органів для виконання дипломатичних функцій.

ЗАЯРНИЙ О. А.

Київський національний університет ім. Тараса Шевченка,
асистент кафедри адміністративного права, кандидат юридичних наук

САВЧУК Є. Ю.

Київський національний університет ім. Тараса Шевченка,
студентка 5 курсу юридичного факультету,
спеціалізація «адміністративне право»

АНАЛІЗ ДЕЯКИХ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ НОРМ ЩОДО ЗДІЙСНЕННЯ ГРОМАДСЬКОГО КОНТРОЛЮ В УКРАЇНІ

Актуальність теми дослідження обумовлена тим, що однією з ключових функцій права є контрольна функція, яка передбачає контроль за діяльністю всіх осіб, що підпадають під юрисдикцію права, здійсненням обов'язків і зобов'язань, контроль за виконанням норм закону і контроль з метою попередження зловживання окремими видами населення своїми правами та повноваженнями. Саме останній вид контролю є найбільш актуальним для українського суспільства, у якому досі панує стереотип недовіри до того, хто наділений владними повноваженнями. А тому на перший план перед правом виходить завдання щодо забезпечення ефективних механізмів контролю за діяльністю державних органів влади. Одним з них, і досить ефективним, як доводить історичний досвід зарубіжних країн, є громадський контроль, як складова частина адміністративного контролю у взаємовідносинах між державою з одного боку та громадянами з іншого.

Останніми роками з'явилися праці про адміністративні правовідносини з точки зору забезпечення контролю громадськістю на діяльність державних органів влади таких українських дослідників, як: С. В. Антонова, Н. Б. Болотіна, І. В. Виноградова, Т. В. Волинець, В. О. Галай, Р. Ю. Гревцова, Л. М. Дешко, Н. В. Іларіонова, О. О. Прасов, В. М. Самсонов, О. Ю. Кашинцева, Н. І. Копачовець, О. В. Крилов, П. Є. Лівак, К. Б. Наровська, А. А. Старченко, Д. В. Карамішев, Т. О. Тихомирова, В. Ю. Стеценко, Я. М. Шатковський та ін. Кожен з них досліджував окремі питання правового забезпечення і правового регулювання даного питання.

Однак, наразі відсутні ґрунтовні дослідження самого інституту громадського контролю в Україні, зокрема у тому, що стосується його правового регулювання з точки зору адміністративного права.

Метою даного дослідження є аналіз змісту та імплементації адміністративно-правових норм, що регулюють питання забезпечення громадського контролю в Україні.

Суть громадського контролю розкривається у положеннях статті 38 Конституції України: «громадяни мають право брати участь в управлінні державними справами, у всеукраїнському та місцевих референдумах, вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування» (Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. — К. : Велес, 2005. — 48 с.). Зрозуміло, що дана норма передбачає лише теоретичне право на здійснення громадянами громадського контролю, не визначаючи ані його меж, ані конкретних механізмів здійснення.

Єдиного підходу до розуміння громадського контролю в українській правовій думці немає. Так само немає єдиного підходу до розуміння самого визначення громадського контролю, його суб'єктів, об'єктів та механізмів функціонування.

Ми спираємось на думку Є. Захарова про те, що об'єктом громадського контролю є діяльність держави і місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб. При цьому державні органи — це не тільки ті органи державної влади, які мають владні повноваження, але й будь-які організації, установи чи підприємства, що фінансуються з державного бюджету (Євген Захаров: Громадський контроль і права людини // «Опора». — 04.12.2009. — С. 4–5.). В Україні, на жаль, у якості такого об'єкту розглядають найчастіше тільки органи громадського самоврядування, тим самим суттєво звужуючи область громадського контролю.

Ключовим недоліком нинішньої адміністративної правової системи в Україні є той факт, що наразі контрольні функції суб'єктів громадського контролю закріплюються в окремих нормативних актах, що призводить до розмитості розуміння його функцій загалом.

Закон України «Про інформацію» закріплює як обов'язок органів державної влади та органів місцевого самоврядування інформування про свою діяльність та прийняті рішення (ст. 10). Держава гарантує вільний доступ суб'єктів інформаційних відносин до статистичних даних через запит (ч. 3 ст. 13) (Про інформацію: Закон України // ВВР. — 1992. — № 48. — Ст. 650).

Згідно з Законом України «Про звернення громадян», громадяни України мають право звертатись до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, установ та організацій незалежно від форм власності, до підприємств, до засобів масової інформації, до посадових осіб згідно з їх функціональними обов'язками із зауваженнями, скаргами та пропозиціями щодо їх статутної діяльності, заявою чи клопотанням стосовно реалізації своїх соціально-економічних, політичних та особистих прав і законних інтересів та скаргами про їх порушення (ч. 1 ст. 1) (Про звернення громадян: Закон України // ВВР. — 1996. — № 47. — Ст. 256).

До механізмів громадського контролю в Україні зазвичай відносять звернення, інформаційні запити, опитування, громадські слухання, моніторинг діяльності тих суб'єктів контролю, що розглядаються. Проте, практика показує недостатню ефективність цих засобів у сучасному українському суспільстві.

Отже, для зміцнення громадського контролю необхідні кількісний і якісний ріст громадських організацій, підвищення їхньої компетентності, інституційної і ресурсної спроможності, покращення комунікацій, пошук і використання нових технологій контролю, вдосконалення спільних дій.

АДАБАШ О. В.

Національний університету «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри адміністративного та фінансового права, аспірант

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ РЕЖИМ»

В умовах сучасної демократії одним із головних завдань державної влади є захист інтересів громадянського суспільства та держави в цілому, що реалізується у процесі державного управління, однією з характерних ознак якого є регулятивний характер.

Термін «правовий режим» досить часто зустрічається у законодавстві, крім цього, в Україні правовим режимом присвячено ряд законів. Проте, категорія «адміністративно-правовий режим» є недостатньо дослідженою в юридичній науці, що викликає необхідність його наукового обґрунтування.

Варто зазначити, що загалом вчені під правовим режимом визначають встановлену законом специфічну систему правового регулювання (правових заходів), що має імперативний характер та спрямована на досягнення конкретної мети у певній сфері державного управління. Однак такий підхід має загальнотеоретичний характер, та не відображає специфіку притаманну саме адміністративному праву. Тому в адміністративному праві використовується більш вузьке поняття — «адміністративно-правовий режим».

Слід сказати, що адміністративно-правовий режим відрізняється від інших режимів особливим предметом регулювання (відносини у сфері державного управління). Тривалий час поняття «адміністративно-правовий режим» пов'язувалось переважно в контексті заходів, які направлені на подолання надзвичайних ситуацій, таких наприклад, як

(режим надзвичайного стану, режим воєнного стану тощо), при яких відбувається вимушене обмеження прав та свобод людини і не може розповсюджуватися в умовах нормального функціонування держави та суспільства. З цієї точки зору предмет регулювання адміністративно-правових режимів значно звужується до регулювання лише екстраординарних ситуацій в державі, що не є вірним та підтверджується існуючою практикою застосування адміністративно-правових режимів.

Ю. А. Тихомиров, зазначає, що адміністративно-правові режими не мають тільки «надзвичайний» та «екстраординарний» характер, однак, їх не слід «ототожнювати ні з загальноправовим регулюванням, ні з процесом реалізації права», тому як «вони є особливим видом регулювання, у межах якого створюється і використовується специфічна комбінація юридичних, організаційних та інших засобів для забезпечення того або іншого державного стану» (Тихомиров Ю. А. Административное право и процесс: полный курс / Ю. А. Тихомиров. — М., 2001. — С. 400–401).

І. С. Розанов характеризує адміністративно-правовий режим як встановлену в законодавчому порядку сукупність правил діяльності, дій або поведінки громадян та юридичних осіб, як порядок реалізації ними своїх прав у певних умовах (ситуаціях) забезпечення і підтримання суверенітету й оборони держави, інтересів безпеки й охорони громадянського порядку спеціально створеними для цієї мети службами державного управління (Розанов И. С. Административно-правовые режимы по законодательству Российской Федерации, их значение и структура // Государство и право. — 1996. — № 9. — С. 85).

С. В. Ківалов та Л. Р. Біла визначають адміністративно-правовий режим як самостійний правовий інститут з організаційно-забезпечувальними елементами, спрямований на встановлення оптимальних, з точки зору держави, відносин у конкретній, порівняно вузькій, однак життєво важливій сфері, яка забезпечує безпеку особи, суспільства і держави. (Адміністративне право України : навч.-метод. посіб. / за ред. С. В. Ківалова, Л. Р. Білої. — О., 2003. — С. 195).

Варто було б відмітити, що не дивлячись на те, що серед науковців є досить багато відмінностей у визначенні поняття «адміністративно-правового режиму», однак більшість учених сходяться в тому, що це певний набір правових інструментів, які застосовуються для регулювання певної сфери суспільних відносин та пов'язані з особливими ситуаціями в державній діяльності та суспільному житті.

Сутність адміністративно-правових режимів полягає в тому, що у випадках передбачених законом для суб'єктів управлінських відносин утворюється ряд заборон, обмежень та обов'язків з метою обмеження їх можливості діяти на власний розсуд для захисту прав, свобод і інтересів громадян, громадянського суспільства та інтересів держави.

Тобто, суб'єкти владних повноважень, які мають повноваження щодо здійснення режимних заходів, зобов'язані вжити міри по забезпеченню прав і свобод громадян та національних інтересів, в свою чергу фізичні і юридичні особи повинні утриматись від вчинення заборонених дій. Кожен адміністративно-правовий режим є самостійним правовим інститутом з певним набором правових заходів, який покликаний регулювати коло правовідносин в певній, особливо важливій для держави сфері. Таким чином утворюється особливий правовий «вакуум» у якому діють особливі правила, за порушення яких учасники режиму притягуються до відповідальності. Адміністративно-правовий режим являє свого роду набором певних правових засобів, яким держава регулює окремі сфери відносин.

Отже, враховуючи вищенаведене, можна зробити висновок, що адміністративно-правовим режимом є передбачена законом сукупність заходів адміністративно-правового впливу, що встановлюють межі поведінки, визначають заборони та обмеження щодо вчинення окремих дій, забезпечується засобами державного примусу, яким наділені компетентні органи чи особи, метою якого є забезпечення безпеки держави в цілому або в окремих, важливій для неї сфері діяльності.

БАБЕНКО О. І.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри адміністративного та фінансового права

ОСОБЛИВОСТІ АДМІНІСТРАТИВНОГО НАГЛЯДУ ЗА ОСОБАМИ, ЗВІЛЬНЕНИМИ З МІСЦЬ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ

Право, як загальна форма й офіційний чинник свободи суспільства, за останні роки все більше отримує визнання в українській державі. Це є закономірністю у розвитку української державності, оскільки «прорив» української громадянської свідомості до демократії, громадянського суспільства, лібералізації економіки і політики тягне за собою актуалізацію ідеї свободи, справедливості і соціального компромісу. Адміністративна реформа, що вже тривалий час здійснюється в Україні, спрямована на зміцнення демократичних засад державної влади, для якої гідність особи, її права та свободи, справедливість є найвищими цінностями. Важливою умовою створення правової держави є надійний громадський порядок, при якому громадяни впевнені, що їхні права та свободи достатньо захищені та гарантовані державою (Ярмак Х. П.

Адміністративний нагляд за особами. Звільненими з місць позбавлення волі // Південноукраїнський правничий часопис: Щоквартал. наук. журн. — 2009. — № 1).

Відповідно до ст. 64 Конституції України конституційні права та свободи не можуть бути обмежені, крім випадків, чітко визначених Конституцією України. Одним із засобів захисту прав, свобод та законних інтересів фізичних та юридичних осіб, охорони громадського порядку та гарантування громадської безпеки є адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі, що також є одним із методів адміністративної діяльності міліції, на чому неодноразово наголошувалось в юридичній літературі (Бандурка О. М. Заходи адміністративного припинення в діяльності міліції: Дис. канд. юрид. наук. — Х.: Укр. юрид. академія, 1994. — 158 с.).

Адміністративний нагляд — це система тимчасових примусових профілактичних заходів спостереження й контролю органами внутрішніх справ за поведінкою окремих осіб, звільнених з місць позбавлення волі. Його метою є запобігання повторному вчиненню вказаними особами злочинів і здійснення виховного впливу на них. Порядок встановлення й виконання адміністративного нагляду регламентується Законом України від 1 грудня 1994 р. «Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі» (далі — Закон), до якого пізніше було внесено цілий ряд змін та доповнень. У 2003 р. наказом Міністерства внутрішніх справ України № 1303/203 була затверджена Інструкція про порядок організації здійснення адміністративного нагляду за особами, звільненими з місць позбавлення волі. Аналіз Закону та Інструкції показує, що піднаглядні мають усю повноту соціально-економічних, політичних та особистих майнових і немайнових прав, гарантованих Конституцією України та іншими законами.

Гарантією забезпечення можливості використання піднаглядними своїх прав і свобод, на думку А. П. Головіна, є закріплені у законодавстві принцип індивідуалізації застосування обмежень (Головін А. П. Діяльність міліції щодо забезпечення конституційних прав та свобод людини і громадянина // Всеобщая декларация прав человека как международный стандарт правового положения личности в Украине: Сборник материалов научно-практической конференции. — Луганск: РИО ЛИВД, 1999. — С. 240–246). Вони обираються для піднаглядного, виходячи з його особливостей, характеру й спрямованості скоєних ними у минулому злочинних діянь, його способу життя та поведінки, сімейного стану, звичок, схильностей, кола знайомих, місця й особливостей роботи та інші обставини.

Одним із головних завдань адміністративного нагляду за особами, звільненими з місць позбавлення волі є їх ресоціалізація та соціальна

адаптація. Так під ресоціалізацією ст. 6 Кримінально-виконавчого кодексу України розуміє свідоме відновлення засудженого в соціальному статусі повноправного члена суспільства; повернення його до самостійного загальноприйнятого соціально-нормативного життя в суспільстві (Кримінально-виконавчий кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 3—4. — Ст. 21.). Необхідною умовою ресоціалізації є виправлення засудженого, що проявляється в процесі позитивних змін, які відбуваються в його особистості та створюють у нього готовність до самокерованої право слухняної поведінки.

У свою чергу, соціальна адаптація — це комплекс правових, економічних, організаційних, соціально-психологічних та інших заходів, що здійснюються щодо звільнених осіб з метою пристосування до умов соціального середовища, захисту їхніх прав та законних інтересів (Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід і пропозиції для України / Автор-упорядник В. П. Тимошук. — К.: Факт, 2003. — 496 с.).

Умови і порядок надання всебічної допомоги особам, звільненим із місць позбавлення волі, визначені Законом України «Про соціальну адаптацію осіб, які відбувають чи відбули покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк», який набув чинності з 9 грудня 2012 року (Про соціальну адаптацію осіб, які відбувають чи відбули покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк :Закон України від 9 грудня 2012 р. // Офіційний вісник України. — 2011 р., № 28, стор. 21, ст. 1154).

Сьогодні в Україні про колишніх засуджених піклуються 35 центрів соціальної адаптації, притулків різних форм власності (комунальної, недержавної), головне завдання яких полягає в наданні всебічної допомоги громадянам, котрі відбули кримінальні покарання.

Отже, можна стверджувати, що адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі, є важливим видом заходів адміністративного примусу. І хоча ці заходи можуть обмежувати права окремих громадян, проте, вони направлені на встановлення громадського порядку та забезпечення прав та свобод громадян, а також виправлення та надання певної допомоги щодо осіб, звільнених з місць позбавлення волі.

ЛАВРЕНОВА О. І.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри адміністративного та фінансового права, аспірант

ДО ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПЛАТИ ЗА НАДАННЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПОСЛУГ ДЕРЖАВНИМИ СЛУЖБАМИ

Закон України «Про центральні органи виконавчої влади» від 17.03.2011 р. встановив, що у разі якщо більшість функцій центрального органу виконавчої влади складають функції з надання адміністративних послуг фізичним і юридичним особам, центральний орган виконавчої влади утворюється як служба. Отже, можна зробити висновок, що головним призначенням державних служб є надання адміністративних послуг фізичним і юридичним особам.

15 лютого 2006 року Розпорядженням Кабінету Міністрів України було схвалено «Концепцію розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади». 27 січня 2010 року Кабінет Міністрів України прийняв Постанову «Про затвердження Методики визначення собівартості платних адміністративних послуг». А вже 6 вересня 2012 року було прийнято Закон України «Про адміністративні послуги». У даних актах закріплено поняття та ознаки адміністративної послуги, принципи та критерії якості надання адміністративних послуг, а також детально врегульовано порядок їх надання.

Проте, незважаючи на безперечні досягнення в плані правового регулювання надання адміністративних послуг, досі залишається законодавчо не врегульованим питання плати за надання адміністративних послуг. Саме тому на сьогодні дана проблема набуває особливої актуальності.

В Законі України «Про адміністративні послуги» зазначено, що при наданні адміністративних послуг у випадках, передбачених законом, справляється плата (адміністративний збір). Суб'єкт надання адміністративних послуг не може надавати інші платні послуги, не передбачені законом про перелік адміністративних послуг та плату (адміністративний збір) за їх надання. Проте на сьогодні в Україні до цього часу не прийнято закон, який би врегулював питання плати за надання адміністративних послуг, встановив би чіткий перелік платних адміністративних послуг.

Ще у жовтні 2011 року Центром політико-правових реформ було розроблено проект Закону України «Про адміністративний збір». У даному проекті було визначено критерії платності або безоплатності відповідних адміністративних послуг, порядок визначення розмірів плати

за конкретні види адміністративних послуг, а також порядок використання отриманих коштів.

В липні 2013 року Міністерством економічного розвитку та торгівлі України було оприлюднено для обговорення проект Закону України «Про перелік адміністративних послуг та плату (адміністративний збір) за їх надання». Даний проект містить в собі перелік безоплатних та платних послуг, а також розміри плати за надання останніх. Розмір плати за адміністративні послуги в даному акті встановлюється в фіксованій сумі, у відносних одиницях віднеоподаткованого мінімуму доходів громадян абомінімальної заробітної плати. Проте слід зазначити, що законопроектом не врегульовано деякі важливі аспекти плати за надання адміністративних послуг, зокрема: критерії платності та безоплатності адміністративних послуг, порядок розрахунку розміру плати, порядок внесення адміністративного збору, порядок відшкодування адміністративного збору у разі відмови в наданні адміністративної послуги тощо.

На сьогоднішній день жоден із зазначених законопроектів не знайшов відображення в діючому законодавстві. Регулювання плати за надання адміністративних послуг здійснюється на рівні підзаконних нормативно-правових актів.

Прикладом таких актів виступають зокрема наступні документи: Постанова Кабінету Міністрів України від 26.10.2011 р. «Про затвердження переліку платних адміністративних послуг, які надаються Державною пробірною службою, та розмір плати за її надання», Постанова Кабінету Міністрів України від 01.06.2011 р. «Про затвердження переліків платних адміністративних послуг, які надаються Міністерством екології та природних ресурсів і Державною службою геології та надр», Постанова Кабінету Міністрів України від 13.07.2011 р. «Про затвердження Порядку справляння плати за надання платних адміністративних послуг з оформлення та видачі документів у галузі державного експортного контролю і переліку платних адміністративних послуг, що надаються Державною службою експортного контролю, та розміру плати за їх надання» тощо. Проте більшість таких актів містять лише перелік платних адміністративних послуг без наведення конкретного розміру плати за їх надання, вказуючи лише на нормативно-правовий акт, яким встановлено розмір такої плати.

Практика показує, що таке регулювання не може в повній мірі забезпечити ефективне надання платних адміністративних послуг в Україні. Так, Постанова Кабінету Міністрів України від 04.06.2007 р. «Про затвердження переліку платних послуг, які надаються підрозділами Міністерства внутрішніх справ та Державної міграційної служби, і розміру плати за їх надання» закріплює офіційний перелік платних

адміністративних послуг, що надаються Державною міграційною службою. При аналізі даного документу стає зрозуміло, що в дійсності Державна міграційна служба надає громадянам більше платних послуг, ніж це передбачено в зазначеному акті. Зокрема, тут не згадуються такі платні послуги як реєстрація місця проживання особи в Україні та видача паспорта громадянина України у разі обміну замість втраченого чи пошкодженого, які є досить поширеними в повсякденному житті. Слід зазначити, Декрет Кабінету Міністрів України «Про державне мито» від 21.01.1993 р. передбачає справляння державного мита за реєстрацію місця проживання особи в Україні у розмірі 0,05 неоподаткованого мінімуму доходів громадян, а за видачу паспорта громадянина України у разі обміну замість втраченого чи пошкодженого — у розмірі 2 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

В свою чергу перелік безоплатних адміністративних послуг, що надаються державними службами, взагалі не визначається хоч якимось нормативно-правовим актом. Хоча серед всіх адміністративних послуг безоплатні послуги становлять більшість.

ХАМХОДЕРА О. П.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри адміністративного та фінансового права, аспірант

ЗАХОДИ РЕАГУВАННЯ У СФЕРІ ДЕРЖАВНОГО КОНТРОЛЮ: НОВІ МЕХАНІЗМИ ЗАСТОСУВАННЯ

З 1 липня 2013 року набрали чинності зміни до законодавства, якими закріплено два додаткові порядки застосування заходів реагування у сфері державного нагляду (контролю): за постановою адміністративного суду, прийнятою в результаті розгляду позову контролюючого суб'єкта; за рішенням такого суб'єкта, із наступним підтвердженням його обґрунтованості адміністративним судом. Через призму функціонування інспекцій, як органів виконавчої влади, покликаних першочергово втілювати «зворотній зв'язок», спробуємо окреслити деякі проблеми реалізації нововведень.

Згідно першого механізму відбувається: повне або часткове зупинення виробництва (виготовлення) або реалізації продукції, виконання робіт, надання послуг. Матеріально-правове закріплення даного переліку заходів, за нечисленними винятками, передбачене Законом України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» (далі — Закон № 877). Обмеженість його дії лише

частиною обраних для аналізу носіїв влади обумовлює розрізненість порядків втілення їхніх правомочностей по зупиненню. Державні інспекції, котрі не керуються вказаним законом (Держатомрегулювання, Держархбудінспекція), як і раніше самостійно реалізують відповідні заходи.

Стосовно органів, на яких поширюється зазначений акт вищої юридичної сили, виникає ряд інших проблем. Кожна з наступних призводить до неоднакової правозастосовчої практики:

1. Поверхнєве закріплення предметної основи судового механізму, яке відбулося без внесення змін до статусних законів суб'єктів контролю, де й надалі зупинення (припинення, заборона) формулюється як автономне повноваження. Зазвичай, колізії вирішуються на користь більш нового загального положення, проте спостерігається й відмінний підхід.

2. Невизначеність щодо поширення розглядуваного порядку на вжиття державними інспекціями корегувальних заходів у межах спеціфічного виду діяльності — ринкового нагляду (обмеження, заборона надання продукції на ринок, вилучення її з обігу, відкликання). Інколи суди заперечують проти цього, посилаючись на спеціальне законодавче регулювання та неідентичність мір: «заборона надання продукції на ринок» і «зупинення реалізації продукції». Натомість, варто відмітити, що під час проведення ринкового нагляду все-таки застосовується Закон № 877. Обмеження дії окремих його норм на дану сферу чітко закріплене в п. 4 Перехідних положень Закону України «Про державний ринковий нагляд і контроль нехарчової продукції» та не стосується приписів про судовий порядок втілення засобів реагування. Отже, останній загалом допустимий. Термінологічні ж розбіжності в позначенні заходів залишають можливою сутнісну схожість. Надання продукції на ринок — будь-яке платне або безоплатне постачання продукції для її розповсюдження, споживання (використання); «реалізація» відображає його платну складову та розкривається як діяльність суб'єктів господарювання з продажу товарів (робіт, послуг). Таким чином, заборона надання продукції на ринок є водночас і зупиненням її реалізації, що віднесене до адміністративної юстиції.

3. Неоднакове трактування сформульованої Законом № 877 групи мір: «повне або часткове зупинення виробництва (виготовлення) або реалізації продукції, виконання робіт, надання послуг» (ч. 5 ст. 4). Звукувальний підхід обстоює вжиття заходів реагування: лише щодо конкретних предметів приватноправових угод (речей, робіт, послуг), а не господарської діяльності загалом (підкріплюється відсутністю чіткої вказівки про її зупинення); тільки на підставі порушень, які безпосередньо стосуються процесу створення та кінцевої якості товару, а не

будь-яких інших суміжних питань підприємництва (дотримання екологічного законодавства, охорона праці, тощо). Більш виправданим видається протилежний бачення, що відступає від формально-догматичного тлумачення. Як на нас, використане парламентом словосполучення є розгорнутим позначенням господарювання, а його обмеження не повинно пов'язуватись виключно з властивостями розміщеного в ринкову пропозицію. Особливо вагомим ресурсом широкого підходу стає альтернативне розуміння «виконання робіт»: не в значенні об'єкту угод (підряд, науково-дослідні роботи, тощо), а в значенні діяльності, прояву внутрішньої та зовнішньої функціональної активності суб'єкта.

Очевидно, застосування судом заходів реагування потребує додаткової правотворчості. Кабінетом Міністрів України схвалений та розміщений для обговорення проект відповідного акту вищої юридичної сили (Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо застосування заходів реагування до суб'єктів господарювання» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.dkrp.gov.ua/info/1572.htm>). Він покликає розв'язати більшість висвітлених проблем, зокрема — усунути невизначеність стосовно юрисдикції на зупинення саме «господарської діяльності», оскільки передбачає відповідну вказівку; узгодити спеціальні закони, що визначають повноваження суб'єктів контролю, із діючим судовим порядком. Планується також розширення останнього на додаткові сфери (містобудування) та види заходів; приміром (в природоохоронному напрямку) — на зупинку транспортних засобів та проведення їх огляду, огляд знярядь добування об'єктів рослинного та тваринного світу (пп. 1 п. 5 проекту), вчинюваних сьогодні екологічною інспекцією самостійно. Процедурне значення та зміст приведеної міри викликають сумніви у доцільності пропонованого перетворення.

Вжиття заходів реагування органом контролю із наступним підтвердженням їх обґрунтованості адміністративним судом допущене Законом № 877 та процесуально забезпечене статтею 183—6 КАС, котра поки-що залишається повністю незатребувана практикою. Матеріальним правом не визначається жодного виду реагування, обґрунтованість якого повинна підтверджуватись. Встановлення таких передбачене згаданим законопроектом. Проте, його аналіз породжує додаткові питання щодо співвідношення порядків. Приміром: чому зупинення місцевими радами будівництва у зв'язку з порушенням містобудівної документації планується втілювати через суд, а зупинення будівельних робіт, які не відповідають вимогам законодавства (будівельним нормам, містобудівним умовам та обмеженням, затвердженому проекту, будівельному паспорту забудови землі, тощо) — посадовими особами Держархбудінспекції з наступним підтвердженням судом обґрунтованості (п. 6 і 22 проекту)?

Видається, змістовна близькість вказаних реагувань повинна обумовлювати однаковість механізмів реалізації. Приведене свідчить про необхідність доопрацювання законопроекту та про відсутність чіткої доктринальної основи (обґрунтованих критерії, мети) розмежування нових порядків втілення припиняючих повноважень у сфері державного контролю.

САНДУЛ Я. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри адміністративного та фінансового права, аспірант

ЩОДО РЕФОРМУВАННЯ ВИКОНАВЧИХ ОРГАНІВ МІСЦЕВИХ РАД: АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Конституція України встановила якісно нову модель організації влади на місцевому рівні, закріпивши систему та правовий статус органів місцевого самоврядування і місцевих органів виконавчої влади, що згодом були деталізовано у галузевому законодавстві. Функціонування такої моделі протягом двадцяти років дозволило виявити її сильні та слабкі сторони, то ж наразі тривають науково-практичні розробки щодо інституційного оновлення системи влади на місцях.

Лише протягом 2013 р. було підготовлено два фундаментальних проекти з цього приводу: Концепція реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні (Проект Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні [Електронний ресурс]. — Режим доступу www.kmu.gov.ua/control/uk), а також проект Концепції внесення змін до Конституції України (Проект Концепції внесення змін до Конституції України [Електронний ресурс]. — Режим доступу <http://uaag.org.ua>), щодо яких здійснювалось загальне громадське та фахове обговорення на всіх рівнях. Навесні 2014 р. роботи, пов'язані із реформуванням системи влади на місцях, активізувалися із новою силою а їх результатом є затвердження Урядом Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні (що, в цілому, базується на Концепції 2013 р.) (Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні» від 01.04.2014 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу <http://minregion.gov.ua>). Вказане підкреслює особливу актуальність та своєчасність обраної тематики.

У зазначених концептуальних документах велику увагу приділено й удосконаленню системи виконавчих органів місцевих рад. Адміністративно-правовий статус виконавчих органів визначено Конституцією України, Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні» та галузевим законодавством. Як уявляється, головними проблемами функціонування виконкомів місцевих рад в адміністративно-правовому аспекті є: недостатня визначеність обсягу їх компетенції, велика кількість делегованих повноважень та складність їх відмежування від власних, складнощі у управлінській взаємодії із місцевою радою та місцевими органами виконавчої влади.

У Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні (далі — Концепція) ці проблеми виокремлено цілком правильно та зазначено, що певні фактори «приводить до конфлікту компетенції як між органами місцевого самоврядування, так і між органами місцевого самоврядування та місцевими органами виконавчої влади». Думається, що слід підтримати шлях подолання зазначеної проблеми, сформульований як «розмежування повноважень між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування на засадах децентралізації влади».

Необхідно підкреслити, що у Концепції зроблено спробу вирішити одне з найголовніших питань в інституційній організації влади в Україні — розмежувати предмети відання органів місцевого самоврядування, у першу чергу, виконкомів місцевих рад та органів виконавчої влади.

Так, відповідно до Концепції основними повноваженнями органів місцевого самоврядування базового рівня є забезпечення місцевого економічного розвитку (залучення інвестицій, розвиток підприємництва); розвитку місцевої інфраструктури, зокрема доріг, мереж водо-, тепло-, газо-, електропостачання і водовідведення, інформаційних мереж, об'єктів соціального та культурного призначення; планування розвитку території громади; вирішення питань забудови території (відведення земельних ділянок, надання дозволів на будівництво, прийняття в експлуатацію будівель); благоустрою території; надання житлово-комунальних послуг (централізоване водо-, теплопостачання і водовідведення, вивезення та утилізація відходів, утримання будинків і споруд, прибудинкових територій комунальної власності); організації пасажирських перевезень на території громади; утримання вулиць і доріг у населених пунктах; громадської безпеки; гасіння пожеж; управління закладами середньої, дошкільної та позашкільної освіти; надання послуг швидкої медичної допомоги, первинної охорони здоров'я, з профілактики хвороб тощо.

У свою чергу, структурні підрозділи територіальних органів центральних органів виконавчої влади на базовому рівні надаватимуть

послуги з санітарно-епідеміологічного захисту; соціального захисту населення (виплата пенсій, субсидій, компенсацій, забезпечення надання пільг); казначейського обслуговування; реєстрації актів цивільного стану.

Думається, що розмежування предметів відання в Концепції підлягає додатковій деталізації та обґрунтуванню. Незрозумілим залишається критерій розподілу повноважень (хоча критерії відомі та ними має бути «питання місцевого значення» та «державний інтерес»). Тому, наприклад, виникають питання щодо віднесення до органів державної влади вирішення питань з санітарно-епідеміологічного захисту.

Внаслідок того, що не було чітко обрано критерій розмежування повноважень, вирішення проблеми їхнього дублювання буде ускладненим. Крім того, Концепцією не сформовано перелік повноважень, які доцільно делегувати виконавчим органам місцевих рад. Хоча практика свідчить, що, наприклад, реєстрації актів цивільного стану має бути повернута саме до виконавчих органів місцевих рад в якості делегованих повноважень.

На жаль, Концепція не вирішує питання й щодо взаємодії виконкомів із державними органами. Так, визначений у Концепції принцип «підконтрольності органів місцевого самоврядування органам виконавчої влади у питаннях дотримання Конституції та законів України» та викладення необхідності зміні статусу місцевих державних адміністрацій з органів загальної компетенції на контрольно-наглядові органи у системі виконавчої влади з функцією координації діяльності територіальних органів центральних органів виконавчої влади на відповідній території, на нашу думку, не призведе до вирішення поставлених завдань, а лише ускладнить становище.

БЛОКУР Є. І.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри адміністративного та фінансового права, аспірант

СУТНІСНІ ОЗНАКИ ПОНЯТТЯ «ФУНКЦІЇ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ»

Термін «функція» широко використовується в юридичній літературі, та в залежності від явища, що відображає, часто має досить різні тлумачення: діяльність, обов'язок, робота; зовнішній прояв властивостей якого-небудь об'єкта; роль, яку виконує певний об'єкт або процес; назва і / або характеристика напряду діяльності. Враховуючи

таку багатозначність, навряд чи можна прийняти єдине стає поняття функції, яке в рівній мірі відносилось б до кожної категорії в юридичній науці. Базовим для розкриття сутнісних ознак поняття «функції державного управління» виступає категорія більш загального порядку — «функції управління». Найбільш часто в науковій літературі «функції управління» визначаються як частини змісту управлінської діяльності (напрямки, види), які характеризуються відповідною цільовою самостійністю та якісною однорідністю (Адміністративне право України: Підручник / Ю. П. Битяк, В. М. Гарашук, О. В. Дьяченко та ін.; За ред. Ю. П. Битяка. — К.: Юрінком Інтер, 2007. — С. 124). Функції управління є універсальними, тобто властиві будь-яким видам соціального управління, в тому числі і державному управлінню. Поняття «функції управління» є родовим по відношенню до функцій державного управління. Отже, останнім властиві родові ознаки загальносоціологічного поняття «функції управління»: 1) є одним з елементів змісту управління; 2) обумовлені цілями і завданнями управління; 3) мають об'єктивний характер, тобто обумовлюються об'єктивними закономірностями; 4) мають конкретний зміст і здійснюються за допомогою конкретних способів і форм управління; 5) чітко визначена якісна ознака напрямку діяльності — однорідність діяльності; 6) повинні бути спрямовані на забезпечення життєво необхідних потреб об'єкта управління; 7) є основою для формування структури керуючої системи та взаємодії її компонентів; 8) реалізуються через управлінські відносини.

У юридичній літературі існують різні тлумачення і самого поняття «функції державного управління», при цьому не існує загальноприйнятого його визначення. Наявність різних дефініцій говорить про складність даної категорії державного управління. Слід враховувати, що зміст і обсяг поняття функцій державного управління залежить від того, який зміст вкладається в поняття державного управління. Так поняття державного управління в більшості випадків трактують або за допомогою поняття «вплив», а функції державного управління відповідно — як види впливу, або за допомогою поняття «діяльність», а функції державного управління відповідно — як види діяльності, як складові змісту управлінської діяльності. Також є відмінності у виділенні кола суб'єктів, які здійснюють державне управління, а значить, і реалізують його функції. За одними уявленнями вчених — суб'єктом державного управління виступає держава в цілому, інші точки зору зводяться до того, що суб'єктом державного управління є не всі органи державної влади, а їх частина, уповноважена здійснювати державне управління. Або коло суб'єктів державного управління зводиться лише до органів виконавчої влади. Не вдаючись в глибоке вивчення питання про визначення поняття державного управління, необхідно відзначити, що

у даній роботі під державним управлінням розуміється — самостійний вид державної діяльності, який носить підзаконний, виконавчорозпорядчий характер, органів (посадових осіб) щодо практичної реалізації функцій і завдань держави в процесі регулювання економічною, соціально-культурною та адміністративно-політичною сферами.

Щоб розкрити сутність і специфіку функцій державного управління, окрім родових ознак необхідно визначити й їх особливості. Перш за все, функції державного управління мають державно-владний, політичний характер. Вони здійснюються від імені та в інтересах держави, на підставі застосування державно-владних повноважень, якими органи державного управління наділені законом для реалізації цих функцій. Функції державного управління відображають зміст державної управлінської діяльності та є його складовими. За допомогою функцій державного управління реалізуються цілі та завдання державного управління, а також функції держави в цілому. Це означає, що цілі і завдання державного управління обумовлюють функції державного управління. На основі цілей (завдань), що стоять перед державним управлінням, можна виділити перелік об'єктивно необхідних функцій державного управління. Функції державного управління визначаються об'єктивними закономірностями, тобто мають об'єктивний характер. Вони спрямовані на забезпечення певних груп потреб і завдань, внаслідок чого мають відносну самостійність і однорідність. Самостійність і однорідність функцій державного управління забезпечується окремими цілями і комплексом управлінських дій, які властиві саме цій функції. Функції державного управління мають конкретний зміст і здійснюються за допомогою конкретних методів і форм державного управління (наприклад, примусові механізми, видання правових актів управління і т. д.). Функції державного управління реалізуються в процесі державно-управлінських відносин. Функції державного управління характеризуються забезпечувальним характером, який ґрунтується на розумінні визначального значення об'єкта в державному управлінні. Як зазначає В. Я. Малиновський, в умовах демократичної, правової, соціальної держави державне управління спрямоване на забезпечення прав і свобод людини, високої якості життя громадян, безпеки їх існування та надання управлінських послуг. Звідси походить суттєва особливість управлінських функцій — постійна спрямованість на реалізацію життєво важливих потреб об'єкта управління, забезпечення його оптимального стану і розвитку (Малиновський В. Я. Оптимізація функцій органів виконавчої влади України: теоретико-методологічні засади: Автореф. дис. ... канд. політ. наук: 23.00.02 / В. Я. Малиновський; Українська Академія державного управління при Президентові України. — Чернівці, 2002. — С. 8).

Підводячи підсумок, на основі визначених сутнісних характеристик можна дати таке визначення поняття функції державного управління — це відносно самостійні й однорідні складові змісту державно-управлінської діяльності, які відображають окремі напрямки (види) цієї діяльності, здійснюються уповноваженими органами (посадовими особами) державного управління і спрямовані на забезпечення виконання цілей і завдань державного управління.

ФУГЛЕВИЧ К. А.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри адміністративного та фінансового права, аспірант

**ПРИВІЛЕЙОВАНІ КАТЕГОРІЇ СУБ'ЄКТІВ ЗВЕРНЕННЯ
ЗА НАДАННЯМ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПОСЛУГ**

В Україні сьогодні динамічно формується правова основа державного регулювання правовідносин з надання адміністративних послуг. Основним базуєтворюючим нормативним актом в цій сфері є закон України «Про адміністративні послуги», направлений на створення правових засад реалізації прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб у сфері надання адміністративних послуг. В ч. 2 ст. 1 цього нормативно-правового акту законодавчо закріплюється визначення суб'єктів звернення — фізична особа, юридична особа, яка звертається за отриманням адміністративних послуг.

Слід зазначити, що в ст. 6 вищевказаного закону зафіксовано право суб'єкта звернення на безоплатне отримання інформації про адміністративні послуги та порядок їх надання. Разом з тим в ч. 1 ст. 11 закону вказується, що при наданні адміністративних послуг у випадках, передбачених законом, справляється плата, так званий адміністративний збір.

В п. 7 цієї статті зазначено, що суб'єкт надання адміністративних послуг не може надавати інші платні послуги, не передбачені законом про перелік адміністративних послуг та плату (адміністративний збір) за їх надання, а в ст. 5 закону закріплюється вимога законодавця щодо законодавчого встановлення такої ознаки, як платність чи безплатність надання адміністративної послуги («п. 4 — платність або безоплатність надання адміністративної послуги» встановлюється виключно законами, які регулюють суспільні відносини щодо надання адміністративних послуг).

Таким чином, закон визначає дві можливості надання адміністративних послуг — безоплатну та платну. В ч. 2 ст. 11 Закону України

«Про адміністративні послуги» визначається, що надання адміністративних послуг у сфері соціального забезпечення громадян здійснюється на безоплатній основі. Тобто законодавець встановлює певне обмеження на платність — послуги, які надаються в сфері соціального забезпечення. При цьому законодавчо відсутнє визначення поняття «адміністративна послуга в сфері соціального забезпечення», що є суттєвим недоліком.

Слід відмітити, що термін «соціальне забезпечення» згадується в багатьох нормативних актах, але не розшифровується. Відповідно до кодифікації МОТ термін «соціальне забезпечення» є системою права, яка включає: соціальне страхування, соціальну допомогу, державну допомогу, що фінансується за рахунок податків; провіденційні (ощадні) фонди тощо.

Платність адміністративних послуг на сьогодні визначається великим переліком нормативних актів. В деяких з них передбачено надання окремим категоріям суб'єктів звернення за адміністративною послугою певних пільг. Крім цього в Україні окремими нормативними актами встановлюються категорії осіб, які мають право на певний вид пільг. Відповідно утворено два масиви нормативних актів, де визначаються пільги та встановлюються категорії осіб, які мають право на їх отримання.

Пільга в тлумачних словниках визначається як повне або часткове звільнення від дотримання встановлених законом загальних правил, виконання яких-небудь обов'язків (Великий тлумачний словник української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. — К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. — С. 972).

Відповідно до ст. 4 закону України «Про державне мито» до категорії осіб, які мають право на звільнення від сплати державного мита відносяться: а) певна категорія громадян України (які можуть бути поділені за видами адміністративних послуг — наприклад, громадяни за посвідчення їхніх заповітів і договорів дарування майна на користь держави або за видачу свідоцтв про право на спадщину); б) фінансові органи та державні податкові інспекції; в) неповнолітні, військовослужбовці, батьки новонароджених дітей; г) громадяни, віднесені до категорій 1—4 постраждалих внаслідок Чорнобильської катастрофи; д) інваліди Великої Вітчизняної війни та сім'ї воїнів (партизанів), які загинули чи пропали безвісти, і прирівняні до них у встановленому порядку особи; е) інваліди I та II груп; ж) місцеві державні адміністрації, виконкоми місцевих Рад народних депутатів, підприємства, установи, організації, колективні сільськогосподарські підприємства; з) іноземні громадяни; і) всеукраїнські та міжнародні об'єднання громадян; к) різні державні фонди, установи та організації.

На сьогодні існує необхідність чіткого розмежування цих суб'єктів отримання пільг щодо звільнення від державного мита за критерієм отримувачів адміністративних послуг. Адже в законі України «Про адміністративні послуги» вказано, що суб'єктом звернення за наданням адміністративною послугою є фізична особа, юридична особа, яка звертається за отриманням адміністративних послуг, а суб'єктом надання адміністративної послуги — орган виконавчої влади, інший державний орган, орган влади Автономної Республіки Крим, орган місцевого самоврядування, їх посадові особи, уповноважені відповідно до закону надавати адміністративні послуги.

Встановлення суб'єктів звернення за наданням адміністративної послуги, які мають право на звільнення від державного мита при сплаті вартості надання такої послуги слід здійснювати за ознаками: наявності статусу фізичної чи юридичної особи, яка визначена в ст. 4 Декрету КМУ «Про державне мито»; можливість віднесення даної послуги до категорії платної адміністративної, що повинно бути відображено у відповідному нормативному акті.

Слід відмітити, що категорія пільг може виходити за межі платності адміністративної послуги. Якщо проводити аналогії, то в ст. 20 Закону України «Про звернення громадян» вказується, що звернення громадян, які мають встановлені законодавством пільги, розглядаються у першочерговому порядку. Тобто в даному випадку пільги стосуються черговості розгляду заяв. В законі України «Про адміністративні послуги» законодавець пішов іншим шляхом і не включив таке формулювання до тексту статті про строки надання адміністративних послуг.

КОРОВАЙКО А. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри адміністративного та фінансового права

ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ МЕТОДУ ПЕРЕКОНАННЯ В ДЕРЖАВНОМУ УПРАВЛІННІ У ГАЛУЗІ ЗАКОРДОННИХ СПРАВ

Сутність переконання становить система методів правового характеру, які здійснюються органами виконавчої влади і які мають прояв у застосуванні заохочувальних, роз'яснювальних та виховних заходів з метою формування у суб'єктів і об'єктів управління розуміння необхідності виконання приписів нормативних актів (Адміністративне право України: Підручник / За заг. ред. д.ю.н., проф. Коломoeць Т. О. — Київ:

Істина, 2008. — С. 111). Переконання також слід розглядати як соціальну категорію, що історично склалася в процесі взаємного спілкування людей і являє собою метод здійснення публічної влади. Історично, ще із часів СРСР застосування методу переконання у державному управлінні здійснювалося для проведення широкої ідеологічної роботи. Не випадково, реалізація переконання здійснюється шляхом роз'яснення та обговорення. Метод переконання, як уявляється, ґрунтується також і на авторитеті держави, права та свідомому ставленні службовців до своїх обов'язків.

У структурі методу переконання є такі прийоми та засоби, як підготовка та прийняття нормативно-правових актів, що вирішують конкретні завдання, які здійснюють вплив на суб'єкт управління у вигляді вихідних результатів, тобто виконанні функцій, що на них покладені. Тому, аналізуючи застосування переконання у галузі закордонних справ, органи влади найчастіше використовують такий засіб переконання як соціально-психологічний (пропагандистський) вплив. Прикладом застосування такого засобу переконання можна назвати офіційні проголошення щодо визначення курсу України на Євроінтеграцію — упродовж періоду з початку незалежності наміри України щодо курсу на Євроінтеграцію були визначені Законом України від 1 липня 2010 р. «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» (Про засади внутрішньої і зовнішньої політики України : Закон України від 01.07.2010 № 2411-VI. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2411-17>), що передбачав — забезпечення інтеграції України в європейський політичний, економічний, правовий простір з метою набуття членства в ЄС, що закріплено у різних документах, зокрема Стратегії інтеграції України до ЄС, а також підтримано різними документами Верховної ради України.

Застосування методів переконання МЗС України демонструють різного роду заяви щодо міжнародного співробітництва (наприклад, спільна заява Міністрів закордонних справ України та Республіки Казахстан про можливості подальшої співпраці в окремих галузях) ([Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://mfa.gov.ua/ua/legal-acts/2094-spilyna-zajava-ministriv-zakordonnih-sprav-ukrajini-ta-respubliki-kazahstan>).

Прикладами застосування окремих засобів переконання є також інформаційні повідомлення для громадян, щодо введення в дію окремих інструкцій та положень шляхом висвітлення на веб-сайтах нормативних документів, які містять у собі офіційну інформацію, наприклад висвітлення на сайті Інструкції про порядок оформлення іноземцям та особам без громадянства віз для в'їзду в Україну і транзитного проїзду через її територію від 12.03.2012 р. № 17; Інструкції про порядок оформлення іноземцям та особам без громадянства віз для в'їзду в Україну і

транзитного проїзду через її територію від 26.07.2011 р. № 196; Інструкції про порядок консульської легалізації офіційних документів в Україні і за кордоном від 04.06.2002 р. № 113; Положення про консульський збір України від 05.01.2011 р. тощо.

Іншим прикладом інформування стало доведення до відома Інструкції про порядок погодження зі Службою безпеки України оформлення віз іноземцям та особам без громадянства дипломатичними представництвами та консульськими установами України за кордоном в державі їх тимчасового або постійного проживання, яка затверджена спільним Наказом Служби Безпеки України та Міністерства закордонних справ України від 16.02.2012 р.

Основними засобами реалізації методу переконання, які також застосовують у державному управлінні в галузі закордонних справ, є: організація та проведення державних і громадських заходів, що спрямовані на вирішення зовнішньополітичних завдань; критика роботи і поведінки окремих осіб; роз'яснення завдань державного управління; виховання; інструктажі осіб підпорядкованого апарату, а також громадськості з питань найбільш дійового виконання поставлених завдань; заохочення; організація певних заходів тощо (Кісіль З. Р. Адміністративне право : навч. посіб. / Кісіль З. Р., Кісіль Р. В. — 3-тє вид. — К.: Алерта ; ЦУЛ, 2011. — с. 202).

Значною мірою дія методу переконання спрямована на забезпечення свідомого ставлення до своїх обов'язків працівників органів управління, оскільки здійснюється вплив не лише на свідомість, але і на поведінку особи. Метою такого впливу є формування у працівника думки та усвідомлення не лише у правильності його поведінки, але й у її великій цінності для всієї держави. Такий результат досягається проведенням виховної роботи, вчиненням дій, що запобігають скоєнню дисциплінарних проступків. Як уявляється, застосування методу переконання реалізується також у спосіб забезпечення поширення позитивного досвіду серед працівників дипломатичних установ, наставництва їх діяльності та приведення особистого прикладу.

Що ж до позиції законодавця, то він передбачає пріоритет методів переконання та виховання при стимулюванні високого рівня службової дисципліни, проте не передбачає в жодному спеціальному законі їхнього нормативного закріплення.

Застосування методу переконання в державному управлінні у галузі закордонних справ може бути спрямовано на: переконання громадян держави чи іноземних держав; переконання осіб, що уповноважені на виконання державних функцій у структурі закордонних справ та переконання представників іноземних держав. Застосування методів переконання у дипломатичній діяльності здійснюється через дипломатичні

прийоми, візити всіх дипломатичних працівників, дипломатичні бесіди, резолюції тощо.

Як уявляється, при використанні методу переконання, присутні елементи адміністративно-розпорядчого впливу, оскільки застосування методу реалізується та контролюється суб'єктами управління — органами державної влади у галузі закордонних справ, діяльність яких є адміністративно-регламентованою та субординаційною. Метод переконання є взаємопов'язаними з іншими методами державного управління, що застосовуються системно на усіх стадіях управлінського процесу та напрямках впливу у галузі закордонних справ.

ДИМОН І. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри адміністративного та фінансового права

СУТНІСТЬ ТА ЗНАЧЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРИПИНЕННЯ ЯК ЗАХОДУ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРИМУСУ

Адміністративний примус є одним із видів державного примусу. Йому, як і державному примусу в цілому, притаманні риси, сутність яких зводиться до використання державними органами, а в окремих випадках і громадськими об'єднаннями, засобів примусового характеру з метою забезпечення належної поведінки. Адміністративний примус спрямований на забезпечення законності і правопорядку. Застосування заходів адміністративного примусу, як прояву державного регулювання правовідносин, характеризує та визначає ступінь сформованості громадсько-правової свідомості населення в дотриманні чинних норм у їх державницькому і загальнолюдському призначенні, значущості громадських та правових цінностей для суб'єктів права, готовності до їх виконання, включно з наданням допомоги органам державного контролю в боротьбі з «повсякденними» правопорушеннями.

В адміністративно-правовій літературі питання класифікації заходів адміністративного примусу до сьогоденішнього часу однозначно не вирішено, не дивлячись на його суттєве і практичне, і теоретичне значення. Так, більшість учених-адміністративістів погоджуються з класифікацією, запропонованою М. І. Єропкіним: 1) заходи адміністративного попередження (запобігання); 2) заходи адміністративного припинення; 3) заходи адміністративної

відповідальності (Еропкин М. И. О классификации мер административного принуждения. — 1963. — С. 60–68).

Серед заходів адміністративного примусу, найбільш чисельними є заходи адміністративного припинення. У чинному законодавстві і в спеціальній літературі немає ні визначення заходів адміністративного припинення, ні чіткої класифікації цих заходів. Слід звернути увагу й на те, що поняття «заходи адміністративного припинення» є виключно теоретичним, у нормативних актах він не використовується. Так, у ст. 2 Закону України «Про міліцію» про «припинення правопорушень» сказано лише, як про основне завдання міліції, для виконання якого вона можуть застосовуватися різноманітні засоби як правового, так й іншого характеру, серед яких також заходи адміністративного припинення. Заходи адміністративного припинення вживаються для примусового припинення протиправних дій, що мають ознаки адміністративних проступків, а в деяких випадках і злочинів, недопущення їх шкідливих наслідків і забезпечення застосування до винної особи адміністративного стягнення, а у виключних випадках і кримінального покарання (Битяк Ю. П. Административное право Украины (общая часть). — 1999. — С. 116).

Для розуміння сутності адміністративного припинення важливо з'ясувати також зміст терміна «припинення». Слово «припинення» означає перервати яку-небудь дію, процес, стан, що триває, змусувати кого-небудь перестати роботи щось, поводити себе відповідно до встановленого порядку, не давати безчинствувати (Бахрах Д. Н. Административное принуждение в СССР, его виды и основные тенденции развития: Автореф. дис. ... докт. юрид наук. — 1972. — С. 32–38). Отже, можна зробити висновок, що припинення є неможливим без наявності певних дій, процесу тощо, які тривають у часі. Це ж стосується й адміністративного припинення.

Застосування заходів адміністративного припинення завжди пов'язується з необхідністю охорони особистих і суспільних інтересів, вони мають нормативну основу застосування у межах правоохоронних відносин. Застосування заходів адміністративного припинення дозволяє оперативню й безпосередньо розв'язати конфліктну ситуацію шляхом примусового припинення протиправного зазіхання.

З розвитком правової науки заходи адміністративного припинення, зазнали розподілу. Результатом логічного поділу є класифікація на: 1) заходи припинення загального призначення; 2) заходи припинення спеціального призначення (Зеленько В. Л. Вопросы теории и практики применения милицией мер административного пресечения правонарушения. — 1976. — С. 9). Заходи адміністративного припинення загального призначення застосовуються повсякденно значною кількістю

суб'єктів державного управління і становить важливий інструмент в їх діяльності. До них можна віднести: вимогу громадян припинити неправні дії, привід, адміністративне затримання, огляд тощо.

До заходів припинення спеціального призначення можна віднести заходи фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї. У зв'язку з розвитком суспільства, та застосування принципу гуманізму, першочергово використовують спеціальні засоби, тому що їх застосування є більш доцільним, ніж застосування вогнепальної зброї.

Значення, яке мають заходи адміністративного припинення в правоохоронній діяльності міліції, обумовлено тим, що вони є найпоширенішою групою заходів адміністративного примусу взагалі і тих, що застосовуються міліцією. В разі застосування заходів адміністративного припинення забезпечується можливість притягнення правопорушника до відповідальності причому не тільки адміністративної.

Тому можна зробити висновок, що заходи адміністративного припинення — це засноване на законі примусове припинення діянь, що мають ознаки адміністративного правопорушення, а в окремих випадках — і кримінально-правовий характер, спрямоване на недопущення шкідливих наслідків протиправної поведінки та притягнення винних до адміністративної та інколи до кримінальної відповідальності.

Заходи адміністративного припинення застосовуються з метою: припинення порушень правових норм, запобіганню вчиненню нових правопорушень, створення умов для подальшого притягнення винних до відповідальності, усунення шкідливих наслідків правопорушення, відновлення попереднього правового стану.

ТУРСЬКА В. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри адміністративного та фінансового права

ПРОГАЛИНИ У РЕГУЛЮВАННІ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЖОРСТОКЕ ПОВОДЖЕННЯ З ТВАРИНАМИ

Жорстоке поводження з тваринами суперечить сформованим у суспільстві фундаментальним принципам гуманного ставлення до тварин та чинному законодавству. Зокрема, це передбачено у ст. 35 Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження», яка передбачає настання кримінальної та адміністративної відповідальності за порушення вимог даного Закону у частині жорстокого поводження

з тваринами. Даний Закон містить наступне визначення жорстокого поводження з тваринами: знущання над тваринами, вчинене із застосуванням жорстоких методів або з хуліганських мотивів, а також нацькування тварин одна на одну, вчинене з хуліганських чи корисливих мотивів.

Кримінальну відповідальність передбачено ст. 299 КК України «Жорстоке поводження з тваринами», яка передбачає злочин, зміст якого складають: знущання над тваринами, вчинене із застосуванням жорстоких методів або з хуліганських мотивів, а також нацькування зазначених тварин одна на одну, вчинене з хуліганських чи корисливих мотивів.

Стаття 89 КУпАП «Жорстоке поводження з тваринами» передбачає адміністративну відповідальність за вчинення адміністративного правопорушення, зміст якого складають: жорстоке поводження з тваринами, їх мордування або вчинення інших дій, що призвели до їх мучення, каліцтва чи загибелі. Так як законодавством передбачено адміністративну та кримінальну відповідальність за одне й те саме правопорушення виявляється складним розмежування жорстокого поводження з тваринами, що кваліфікується як кримінальне правопорушення, передбачене ст. 299 КК України, від адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 89 КУпАП.

Варто зазначити, що однією з важливих особливостей адміністративної відповідальності є її тісний зв'язок з організаційно-управлінськими відносинами в суспільстві, які в цілому можна розглядати безпосереднім об'єктом посягання адміністративного проступку. Нормами особливої частини чинного КУпАП охоплені проступки, які до сфери управління не стосуються. Одним із таких є адміністративне правопорушення передбачене ст. 89 КУпАП «Жорстоке поводження з тваринами». Цей проступок за юридичною природою не є адміністративним, оскільки відносини, що охороняються названою вище нормою, не стосуються державного управління або місцевого самоврядування.

Виходячи з особливостей об'єктивної сторони, адміністративними проступками слід визнати тільки порушення правил, стандартів, нормативів, встановлених органами виконавчої влади та місцевого самоврядування, а також порушення вимог законів, контроль за виконанням яких покладено на органи виконавчої влади та місцевого самоврядування. Проте, ні КК України, ні КУпАП не передбачає відповідальність за порушення правил утримання та поводження з тваринами, які передбачені у Законі України «Про захист тварин від жорстокого поводження». В зв'язку з цим пробілом, останнім часом все частіше правниками звертається увага на недоречність дублювання норми, що передбачає відповідальність за жорстоке поводження з тваринами та

неврегулювання на законодавчому рівні питання відповідальності за порушення правил утримання та поводження з тваринами. Так, наприклад, Головка І. А. запропонувала назву ст. 89 КУпАП сформулювати як «Порушення встановлених правил поводження з тваринами». Такий текстуальний виклад норми адекватно відобразить її зміст та віднесення до адміністративних правопорушень у сфері охорони природи, використання природних ресурсів, охорони культурної спадщини.

Наразі, у парламенті зареєстровано проект закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення (щодо відповідальності за жорстоке поводження з тваринами та порушення правил їх утримання)». За словами авторів законопроекту (І. Фаріон, Р. Кошулинського та ін), документ покликаний удосконалити правові механізми регулювання захисту тварин від жорстокого поводження та дотримання правил їхнього утримання.

Законопроект пропонує чітко розмежувати: кримінальний відповідальності підлягає жорстоке поводження з тваринами, їхнє катування та умертвіння, а адміністративній — порушення правил утримання та поводження з тваринами.

Необхідність приведення положень Кримінального кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення у відповідність з положеннями Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження», який регулює відносини людини із тваринним світом відповідно до сучасних поглядів та європейських стандартів безумовно, є також важливим аргументом на користь внесення змін.

Статтю 89 Кодексу України про адміністративні правопорушення пропонується викласти у новій редакції:

«Стаття 89. Порушення встановлених правил утримання та поводження з тваринами, що виключають жорстокість

Порушення встановлених правил утримання та поводження з тваринами, що виключають жорстокість — тягнуть за собою накладення штрафу від дев'яти до двадцяти одного неоподатковуваного мінімуму доходів громадян.»

Таким чином запроваджується адміністративна відповідальність за порушення вимог Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження», яким визначено правила утримання тварин та правила поводження з тваринами, що виключають жорстокість (ст. 7). Так, відповідно до положень цієї статті Закону, умови утримання тварин повинні відповідати їх біологічним, видовим та індивідуальним особливостям. Умови утримання тварин повинні задовольняти їх природні потреби в їжі, воді, сні, рухах, контактах із собі подібними, у природній активності та інші потреби. Кількість тварин, що утримуються, обмежується

можливістю забезпечення їм умов утримання відповідно до вимог закону. Місце утримання тварин повинно бути оснащено таким чином, щоб забезпечити необхідні простір, температурно-вологісний режим, природне освітлення, вентиляцію та можливість контакту тварин із природним для них середовищем.

Як уявляється, доцільним є внесення змін до законодавства та нового текстуального викладу норми, який адекватно відобразить її зміст та віднесення до адміністративних правопорушень у сфері охорони природи, використання природних ресурсів, охорони культурної спадщини, а також врегулює питання адміністративної відповідальності за порушення правил утримання та поводження з тваринами.

ФАЄР Ю. Г.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
здобувач кафедри адміністративного та фінансового права

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ДЕРЖАВНО-СЛУЖБОВИХ ВІДНОСИН

Із вступом особи на державну службу виникають певні правові відносини між цією особою і державним органом, які регулюються чинним законодавством і, насамперед, цим Законом. Ці відносини називаються державно-службовими відносинами і вони характеризуються рядом особливостей, які дозволяють відмежувати їх від інших трудових відносин. Державно-службові відносини — це правовідносини, для яких застосовується виключно метод нормативного регулювання, тобто застосування законів і підзаконних нормативно-правових актів. Натомість, метод договірного регулювання, який є основним у трудовому праві, щодо державно-службових відносин застосовуватися не може, оскільки ці відносини виникають при реалізації публічного, а не приватного інтересу, тобто вони виникають у сфері функціонування державних органів та їхніх посадових осіб, стосовно яких діє принцип «дозволено тільки те, що передбачено законодавством». Стосовно методу договірного регулювання державно-службових відносин слід зазначити, що його частка є настільки незначною, що вона не може суттєво вплинути на їхню природу в цілому.

Державно-службові відносини — це «владовідносини», тобто їх учасники є юридично нерівними, оскільки однією із сторін завжди є державний орган або посадова особа — «суб'єкт призначення», якого наділено певними державно-владними повноваженнями щодо іншої

сторони, яка, у свою чергу, підпорядкована першій і зобов'язана виконувати всі її приписи і розпорядження, за винятком випадків, передбачених чинним законодавством. Таким чином, державний службовець завжди знаходиться у службовій підлеглості від суб'єкта призначення, що є однією з ознак інституту державної служби як ієрархічної системи.

Державно-службові відносини — це статусні службові відносини, оскільки вони, у переважній більшості, визначають правовий статус (правове становище) державних службовців. Оскільки державні службовці є однією із сторін цих відносин, чинним законодавством вони наділяються певними правами, обов'язками і повноваженнями, і щодо них передбачаються обмеження і заборони, гарантії й умови здійснення державної служби, правовий захист і юридична відповідальність, тобто, таким чином, визначається їхній правовий статус.

Переважна більшість службових відносин регулюється нормами публічних галузей права: конституційне, адміністративне, фінансове, кримінальне. Частка відносин, яка регламентується КЗпПУ (робочий час, службові відрядження, загальні підстави припинення державної служби), є незначною і суттєво не впливає на сутність інституту державної служби як публічної інституції. При цьому слід зазначити, що в міру подальшого розвитку інституту державної служби, удосконалення законодавства про державну службу, його адаптації до стандартів ЄС відбувається поступове і цілеспрямоване звуження кола суспільних відносин, на які поширюється дія норм трудового права на користь норм адміністративного права.

Зміст державно-службових відносин характеризується правами й обов'язками сторін цих відносин, яким притаманний державно-владний характер, оскільки ці відносини: а) виникають у сфері функціонування державних органів та їх апарату; б) пов'язані з реалізацією державно-владних повноважень як суб'єктом призначення, так і державним службовцем, який: виступає від імені держави за дорученням держави з використанням державно-владних повноважень, які делеговані йому державою; в) спрямовані на забезпечення реалізації або захисту публічного інтересу (прав, свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб); г) гарантуються державою, у тому числі і через державний примус; д) перелік прав і обов'язків сторін визначається чинним законодавством.

Державно-службові відносини являють собою відносини, що виникають із приводу забезпечення виконання завдань і функцій держави. Ця особливість логічно впливає з поняття державної служби, в якому зазначається, що «це професійна діяльність... з підготовки пропозицій щодо формування державної політики, забезпечення її реалізації та надання адміністративних послуг», тобто, здійснюючи цю

діяльність, державний службовець вступає у відповідні правовідносини — державно-службові відносини, для: реалізації не своїх власних, а публічних — інтересів, не своїх власних повноважень, а державно-владних повноважень, не від свого імені, а від імені держави. Тільки держава безпосередньо або опосередковано, через чинне законодавство, визначає статус державного службовця: завдання і функції, права й обов'язки, повноваження й обмеження, тобто без такого визначення фізична особа не володіла би статусом державного службовця. З іншого боку, саме державний службовець забезпечує реалізацію завдань і функцій держави, оскільки це є його основним призначенням і без нього реалізація завдань і функцій держави була би просто неможливою.

Державно-службові відносини характеризуються тим, що їх обумовлює наявність обов'язкових сторін, якими є: суб'єкт призначення — державний орган або його апарат (посадова особа), з одного боку, і державний службовець — з іншого. Відсутність хоча б однієї із зазначених сторін свідчить про відсутність державно-службових відносин. Винятком із цього положення є державно-службові відносини, які виникають при набутті особою статусу державного службовця, коли замість державного службовця стороною цих відносин є громадянин, який претендує на посаду державного службовця, тобто його можна розглядати як кандидата на державну службу.

Для державно-службових відносин характерним є те, що вони можуть виникати, змінюватися й припинятися за ініціативи однієї із сторін: або суб'єкта призначення, або державного службовця, тобто вони можуть реалізуватися так: а) державний орган або його апарат (посадова особа) — державний службовець; б) державний службовець — державний орган або його апарат (посадова особа). При цьому, для виникнення таких правовідносин згода іншої сторони є необхідною тільки у тому разі, коли це передбачено чинним законодавством.

Підрозділ 1.2

ОСНОВНІ НАПРЯМКИ РЕФОРМУВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА І АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРОЦЕДУР

САРИБАЄВА Г. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри адміністративного та фінансового права,
кандидат юридичних наук, доцент

ОСОБЛИВОСТІ ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ В АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВАХ ДЕРЖАВНОЮ ВИКОНАВЧОЮ СЛУЖБЮ УКРАЇНИ

Відповідно до Конституції України обов'язковість рішень суду визнається однією з основних засад судочинства і вони є обов'язковими до виконання на всій території України. Згідно з практикою Європейського суду з прав людини обов'язковість судових рішень гарантована, а право на судовий захист уявляється примарним, якщо правова система держави буде дозволяти, щоб обов'язкове рішення суду залишилося недіючим на шкоду однієї зі сторін (п. 40–41 рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Хорнсбі проти Греції» від 19.03.1997 р.).

В Україні у разі, якщо судові рішення не виконуються добровільно та у встановлений строк, виконуються примусово органами Державної виконавчої служби в порядку, встановленому Законом України «Про виконавче провадження». Значення виконавчого провадження полягає у тому, що воно гарантує фактичну реалізацію рішень судів та інших органів, завершує юрисдикційну діяльність щодо захисту суб'єктивних прав громадян та юридичних осіб, забезпечує зміцнення законності у сфері матеріально-правових відносин та сприяє вихованню громадян і посадових осіб у дусі виконання законів України. За загальним правилом виконавче провадження як завершальна стадія судового провадження та примусове виконання рішень інших органів (посадових осіб) — це сукупність дій органів і посадових осіб, спрямованих на примусове виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб), які провадяться на підставах, у спосіб та в межах повноважень, визначених Законом України «Про виконавче провадження» (далі — Закон), іншими нормативно-правовими актами, виданими відповідно до

зазначеного Закону та інших законів, а також рішеннями, що відповідно до цього Закону підлягають примусовому виконанню.

З визначенням виконавчого провадження як «завершальної стадії судового провадження та примусового виконання рішень інших органів (посадових осіб)» не можна погодитись, оскільки термін «судове провадження» взагалі відсутній як у теорії процесуальних галузей, так і у нормативно-правових актах, що регулюють процесуальний порядок розгляду справи судом. Вбачається, що законодавцем було зроблено спробу назвати узагальнюючим терміном сукупність цивільного процесу, господарського процесу, адміністративного процесу тощо.

Обов'язковими до виконання є судові рішення, що набрали законної сили за правилами ст. 254 Кодексу адміністративного судочинства України (далі — КАС України). У тих випадках, коли суд допустив негайне виконання постанови на підставі ст. 256 КАС України, така постанова є обов'язковою для виконання вже до набрання нею законної сили. У частині встановлення обставин обов'язковими для судів є преюдиціальні рішення (ч. 1 і 4 ст. 72 КАС України).

Спеціальних (скорочених) строків пред'явлення виконавчого листа до виконання рішень в адміністративних справах законом не передбачено, що є суттєвою прогалиною законодавства. Так, правилами ст.ст. 171, 171–1 КАС України визначені особливості розгляду адміністративних справ щодо законності (крім конституційності) постанов Верховної Ради України, указів та розпоряджень Президента України, постанов та розпоряджень Кабінету Міністрів України, постанов Верховної Ради Автономної Республіки Крим, актів Вищої Ради юстиції, законності та відповідності правовим актам вищої юридичної сили нормативно-правових актів міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, Ради міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих державних адміністрацій, органів місцевого самоврядування, інших суб'єктів владних повноважень.

Однією з особливостей, зокрема, є вимога до відповідача після набрання постановою законної сили невідкладно опублікувати резолютивну частину постанови про визнання нормативно-правового акта незаконним або таким, що не відповідає правому акту вищої юридичної сили, і про визнання його нечинним у виданні, в якому його було офіційно оприлюднено (Адміністративна юстиція України: проблеми теорії і практики. Настільна книга судді / За заг. ред. Пасенюка О. М.; О. М. Пасенюк — К.: Істина, 2007. — С. 417).

КАС України запроваджено нове поняття — примирення. На етапі виконання рішення примирення можливе у двох формах. Це мирова угода або відмова стягувача від примусового стягнення. Визначення поняття примирення КАС України не містить. За змістом ч. 1 ст. 113 КАС України

сторони можуть повністю або частково врегулювати спір на основі взаємних поступок. Взаємність поступок є обов'язковою умовою примирення, а його досягнення має наслідком закриття провадження у справі.

Питання відстрочення і розстрочення виконання, заміна, встановлення способу і порядку виконання судового рішення у КАС України (ст. 263) та у Законі «Про виконавче провадження» (ст. 36) врегульовані дещо по-різному. Так, КАС України містить перелік (не вичерпний) обставин, що ускладнюють виконання судового рішення, надає право ініціативи суду, встановлює форму звернення з такою ініціативою державного виконавця (подання замість заяви) та передбачає винятковість випадків відстрочення і розстрочення виконання, зміни, встановлення способу і порядку виконання рішення. У той же час у Законі наведені обставини, що зумовлюють обов'язкове зупинення виконавчого провадження, та випадки, коли виконавче провадження може бути зупинено, чого не передбачає КАС України.

Суд апеляційної чи касаційної інстанції, ухвалюючи нове судове рішення, яким закриває провадження у справі, залишає позовну заяву без розгляду або відмовляє у задоволенні адміністративного позову чи задовольняє позовні вимоги у меншому розмірі, повинен зобов'язати позивача повернути відповідачеві безпідставно стягнене з нього за скасованим судовим рішенням або визначити інший спосіб і порядок здійснення повороту виконання.

Якщо питання про поворот виконання судового рішення помилково не було вирішено судом апеляційної чи касаційної інстанції, заява відповідача про поворот виконання розглядається адміністративним судом, у якому знаходиться справа. Заяву про поворот виконання може бути подано протягом одного року з дня виникнення підстав для повороту виконання.

ОСАДЧИЙ А. Ю.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри адміністративного та фінансового права,
кандидат юридичних наук, доцент

ПРАВО НА ЗВЕРНЕННЯ З АДМІНІСТРАТИВНИМ ПОЗОВОМ

Одним з основних прав людини є право на судовий захист. Право на судовий захист реалізується при відправленні правосуддя у рамках відповідних судових процедур. Отже, форми реалізації права на судовий

захист обумовлюються особливостями процесуальної форми певного різновиду судочинства. Складовою права на судовий захист у позовному провадженні адміністративного процесу виступає право на звернення з адміністративним позовом. Залежно від підходів до розуміння адміністративного позову право на звернення з адміністративним позовом позначається правниками і як право на адміністративний позов і як складова останнього — право на пред'явлення адміністративного позову. Але така різниця у підходах щодо найменування права на звернення з адміністративним позовом не змінює його сутності, як забезпеченої законом можливості звернутися до адміністративного суду з вимогою про захист прав, свобод та інтересів у публічно-правових відносинах або на виконання повноважень, якщо за законом реалізація таких повноважень можлива внаслідок вирішення публічно-правового спору. Тобто, за своїм змістом це право на процес незалежно від його результату, право на діяльність адміністративного суду з розгляду публічно-правового спору.

Право на звернення з адміністративним позовом здебільшого розглядається у двох аспектах — як елемент процесуальної правоздатності та як суб'єктивне процесуальне право. У якості складової адміністративної процесуальної правоздатності право на звернення з адміністративним позовом характеризує можливість кожного, з моменту виникнення у особи відповідної правоздатності, звернутися з адміністративним позовом до суду. Право на звернення з адміністративним позовом, як суб'єктивне процесуальне право, належить не будь-якій особі, яку наділено адміністративною процесуальною дієздатністю, а лише певній особі за конкретних обставин. Отже, наявність у особи права на звернення з адміністративним позовом як суб'єктивного процесуального права, а також і його реалізація, обумовлюється КАС України низкою обставин процесуально-правового характеру.

Обставини, які обумовлюють саме існування у особи права на звернення з адміністративним позовом позначаються як передумови такого права. Обставини, які обумовлюють належний порядок реалізації права на звернення з адміністративним позовом позначаються як умови реалізації такого права. Для виникнення адміністративного судочинства з розгляду публічно-правового спору необхідна як наявність у особи права на звернення з адміністративним позовом, так і дотримання встановленого процесуального порядку реалізації такого права.

Задля забезпечення доступності правосуддя КАС України встановлено мінімальну кількість обставин, з якими пов'язано існування права на звернення з адміністративним позовом як суб'єктивного процесуального права. Аналіз норм КАС України дозволяє виділити наступні передумови права на звернення з адміністративним позовом:

1) наявність у сторін адміністративної процесуальної правоздатності; 2) віднесення публічно-правового спору до адміністративної юрисдикції; 3) відсутність у спорі між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав таких, що набрали законної сили постанови суду, ухвали про відмову у відкритті провадження в адміністративній справі, ухвали про закриття провадження в адміністративній справі, ухвали про залишення позовної заяви без розгляду у зв'язку з пропуском строку звернення до адміністративного суду (крім випадків, коли така ухвала винесена до відкриття провадження в адміністративній справі); 4) не настала смерть фізичної особи чи не припинено юридичну особу, які звернулися із позовною заявою або до яких пред'явлено адміністративний позов, якщо спірні правовідносини не допускають правонаступництва.

Аналіз норм КАС України дозволяє виділити наступні умови реалізації права на звернення з адміністративним позовом: 1) дотримання вимог до позовної заяви; 2) наявність у особи, яка подає позовну заяву адміністративної процесуальної дієздатності; 3) наявність повноважень на ведення справи, якщо позовна заява подається представником; 4) відсутність у провадженні цього або іншого адміністративного суду справи про спір між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав; 5) підсудність справи цьому адміністративному суду; 6) подання суб'єктом владних повноважень позовної заяви із вимогою про стягнення грошових коштів, яка ґрунтується на підставі рішення суб'єкта владних повноважень, після закінчення місячного строку.

Відсутність передумов права на адміністративний позов свідчить про відсутність у особи права на адміністративний позов. Процесуальним наслідком відсутності передумов права на адміністративний позов виступатиме відмова у відкритті провадження в адміністративній справі. У разі, якщо зазначені обставини з'ясовано судом після відкриття провадження у справі — на подальших стадіях адміністративного процесу — процесуальним наслідком виступатиме закриття провадження у справі. Повторне звернення з тожним адміністративним позовом, щодо якого постановлено ухвалу про відмову у відкритті провадження або про закриття провадження у справі, не допускається.

Недотримання умов реалізації права на адміністративний позов не позбавляє особу самого цього права і, відповідно, можливості судового розгляду публічно-правового спору у подальшому, за умов дотримання встановленого процесуального порядку реалізації такого права. Процесуальним наслідком з'ясування суддею на стадії відкриття провадження у справі обставин, які свідчать про недотримання вимог до позовної заяви виступатиме залишення позовної заяви без руху. А якщо недоліки позовної заяви позивачем не усунуто або не дотримано інші

умови реалізації права на адміністративний позов — процесуальним наслідком буде повернення позовної заяви позивачеві. Якщо недотримання умов реалізації права на адміністративний позов з'ясовано судом після відкриття провадження у справі — на подальших стадіях адміністративного процесу — позовна заява, за деякими виключеннями, залишається без розгляду (ст. 155 КАС України). Повернення позовної заяви, залишення позовної заяви без розгляду (зокрема й з підстав недотримання умов реалізації права на адміністративний позов) не позбавляє особу права повторного звернення до адміністративного суду з тотожним адміністративним позовом.

ОСАУЛЕНКО С. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри адміністративного та фінансового права,
кандидат юридичних наук, доцент

**ОСОБЛИВОСТІ ЗАХОДІВ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРИМУСУ
В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ**

Застосування заходів примусу під час здійснення судочинства покликано забезпечити можливість впливу на осіб, які порушують під час судового засідання встановлений порядок. Водночас, примусові заходи, які застосовуються судом під час судового провадження мають суттєві відмінності у порівнянні із заходами позасудового адміністративного примусу. По-перше, адміністративний примус використовують у публічному управлінні для охорони суспільних відносин, які виникають у цій сфері виконавчо-розпорядчої і організаційно власної діяльності в той час як судовий примус застосовується для забезпечення додержання встановленого порядку здійснення правосуддя. По-друге, механізми правого регулювання адміністративного і судового примусу передбачають різні підстави і порядок застосування відповідних примусових заходів. Застосування заходів процесуального примусу припускається при наявності однієї з наступних підстав — порушення порядку у залі судового засідання або невиконання розпоряджень головуєчого. Коло підстав для застосування заходів адміністративного є набагато ширшим і включає стихійні лиха, епідемії, проступки, злочини, а також об'єктивно протиправні дії, що не є порушеннями, тому що вчиняються неосудними особами. По-третє, порядок застосування адміністративно-примусових заходів здебільшого регулюють норми адміністративного права, які знаходять своє вираження у багатьох

нормативних актах, зокрема Закон України «Про міліцію», Кодекс України про адміністративні правопорушення, тощо. Разом з тим, порядок застосування заходів процесуального примусу регламентується процесуальними нормами, які містяться у КАС України, Цивільному процесуальному кодексі України, Кримінально-процесуальному кодексі України, Господарсько-процесуальному кодексі України. Нарешті, застосування адміністративного примусу — це результат реалізації державно-владних повноважень органів публічного управління, в той час як застосування процесуального примусу є результатом діяльності судових органів в особі головуючого в судовому засіданні.

Заходи процесуального примусу завжди спрямовані на забезпечення всебічного, повного і об'єктивного з'ясування всіх фактичних обставин по справі, а також на дотримання і реалізацію процесуальних прав самих учасників адміністративного судочинства. З цією метою законодавець покладає обов'язок слідкувати за дотриманням порядку в залі судового засідання не тільки на головуючого в судовому засіданні а й на судового розпорядника, який повинен забезпечувати належний стан залу засідання, а також слідкувати за додержанням порядку усіма присутніми. Тим не менш, головуючий в судовому засіданні залишається єдиною особою, яка уповноважена застосовувати заходи процесуального примусу.

Як встановлюють положення ч. 2 ст. 268 КАС України, головуючий у судовому засіданні повинен вжити негайних заходів процесуального примусу, одразу після виявлення факту порушення, шляхом проголошення ухвали про застосування таких заходів. Виконання зазначених в ухвалі суду (яка може бути проголошена усно) заходів процесуального примусу покладається на судового розпорядника, а у разі необхідності, також на спеціальні підрозділи судової міліції. Всі виявлені порушення порядку ведення судового засідання разом з заходами процесуального примусу, спрямованими на їх усунення, є юридичними фактами, які створюють певні правові наслідки.

На наявність зв'язку між заходами процесуального примусу в адміністративному судочинстві і штрафними санкціями звертали увагу фахівці в галузі адміністративного процесу. Провадження у справі про неповагу до суду регламентується нормами КпАП України, якими передбачено складення протоколу про адміністративне правопорушення секретарем судового засідання, а також розгляд справи про адміністративне правопорушення місцевим загальним судом у порядку, встановленому нормами КпАП України. Стосовно наведеного механізму висловлені певні застереження, оскільки існує точка зору, що він ускладнений і не сприяє його поширеному використанню судами, не дає можливості застосовувати його як засіб процесуального примусу.

Відповідно до ч. 3 ст. 269 КАС України особа, до якої було застосовано заходи процесуального примусу, не звільняється від виконання своїх процесуальних обов'язків, що підкреслює стимулюючі, а не каральні завдання процесуального примусу. Отже, застосування заходів процесуального примусу не є кінцевою метою, а лише засобом для забезпечення реалізації (дотримання, виконання тощо) норм процесуального права в адміністративному судочинстві.

Спільними рисами заходів процесуального примусу і заходів відповідальності є те, що вони можуть застосовуватися за вже вчинене порушення, водночас, застосування до особи заходу процесуального примусу не виключає можливості застосування до неї механізмів притягнення до адміністративної відповідальності, наприклад, за прояв неповаги суду.

Заходи адміністративного припинення, спрямовані на недопущення настання негативних наслідків або на створення умов, що унеможливають вчинення правопорушення, яке вже розпочалось, також мають спільні ознаки із заходами процесуального примусу. Слід звернути увагу на те, що в обох випадках застосування цих заходів має спільну мету, яка не пов'язана з покарання особи, але зумовлює можливість припинити протиправну поведінку.

Таким чином, заходи процесуального примусу, які застосовуються в адміністративному судочинстві, слід вважати самостійним різновидом заходів державного примусу, які за своєю сутністю близькі до заходів припинення, і, водночас, наділені окремими ознаками заходів відповідальності.

БАЧЕРІКОВ О. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри адміністративного та фінансового права,
кандидат юридичних наук, доцент

ЗВЕРНЕННЯ ПОДАТКОВИХ ОРГАНІВ ДО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ

Згідно з п. 5 ч. 2 ст. 17 КАС України (Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 року // Відомості Верховної Ради України, 2005. — № 35–36, № 37. — Ст. 446) адміністративні суди розглядають справи за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, встановлених законом.

Особливості розгляду адміністративними судами звернень податкових і митних органів визначаються нормами ст. 183 кодексу (Податковий

кодекс України: Закон України від 2 грудня 2010 року // Відомості Верховної Ради України, 2011. — № 13–14, № 15–16, № 17, ст. 112.). Відповідно до п. 8 цієї статті, судовий розгляд таких справ здійснюється у триденний строк з моменту відкриття провадження.

Разом з тим, деякі звернення цих органів можуть бути розглянуті адміністративним судом і в загальному порядку.

1. Зупинення видаткових операцій платника податків на рахунках платника податків.

В інформаційному листі Вищого адміністративного суду України від 29.04.2013 № 642/12/13–13 звертається увага, що норми Податкового кодексу України вживають два терміни, які позначають арешт коштів на рахунках платника податків — власне арешт коштів, а також зупинення видаткових операцій на рахунках платника податків (Інформаційний лист Вищого адміністративного суду України від 29.04.2013 № 642/12/13–13 // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>).

Положення п. 94.6 статті 94 Податкового кодексу України встановлюють, що керівник органу державної податкової служби може звернутись до адміністративного суду з вимогою застосувати адміністративний арешт коштів на рахунку платника податків.

Якщо рішення про зупинення видаткових операцій платника податків приймається адміністративним судом в порядку статті 183 КАС України, то розгляд справи про застосування адміністративного арешту коштів на рахунку платника податків може бути здійснено виключно в загальному позовному порядку.

Відповідно до частини другої статті 59 Закону України від 7 грудня 2000 року № 2121-III «Про банки і банківську діяльність» зупинення власних видаткових операцій банку за його рахунками, а також видаткових операцій за рахунками юридичних або фізичних осіб здійснюється лише в разі накладення арешту (Про банки і банківську діяльність: Закон України від 7 грудня 2000 року // Відомості Верховної Ради України, 2001. — № 5–6. — Ст. 30.). Таким чином, можемо дійти висновку, що терміни «зупинення видаткових операцій на рахунках» і «арешт грошових коштів на рахунках» є тотожними.

2. Стягнення коштів за податковим боргом з фізичної особи.

Відповідно до пункту 87.11 статті 87 Податкового кодексу України орган стягнення звертається до суду з позовом про стягнення суми податкового боргу платника податку — фізичної особи. Стягнення податкового боргу за рішенням суду здійснюється державною виконавчою службою відповідно до закону про виконавче провадження.

Здійснюючи правовий аналіз даної норми, Вищий адміністративний суд України в інформаційному листі від 22.04.2011 № 571/11/13–11 уточнює, що зміст вимоги про стягнення суми податкового боргу з фізичної особи не тотожний змісту вимоги про стягнення коштів за податковим боргом, передбаченого статтею 183³ Кодексу адміністративного судочинства України (Інформаційний лист Вишого адміністративного суду України від 22.04.2011 № 571/11/13–11 // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.)

У разі пред'явлення органом державної податкової служби подання про стягнення податкового боргу з платника податків — фізичної особи у порядку статті 183 Кодексу адміністративного судочинства України суд відмовляє у прийнятті такого подання на підставі частини четвертої вказаної статті. Таким чином, стягнення коштів за податковим боргом з платників податку — фізичних осіб здійснюється лише у загальному порядку позовного провадження.

3. Стягнення коштів за податковим боргом з юридичної особи.

Згідно з ч. 3 ст. 183 кодексу, подання подається до суду першої інстанції протягом двадцяти чотирьох годин з моменту встановлення обставин, що зумовлюють звернення до суду.

Правовий механізм виникнення у платника податків податково-го зобов'язання і податкового боргу регламентується положеннями Податкового кодексу України. Так, норми статті 54 кодексу встановлюють порядок виникнення податкових зобов'язань — коштів, які необхідно сплатити до відповідного бюджету. Розмір податкового зобов'язання встановлюється самим платником податків, а в деяких випадках — контролюючим органом шляхом вручення податкового повідомлення-рішення. Податкове зобов'язання, яке є узгодженим (не оскаржується), повинно бути сплачено у десятиденний термін відповідно до положень статті 57 Податкового кодексу України.

Несплачені податкові зобов'язання і нарахована пеня складають податковий борг платника податків (відповідно до статті 14 Податкового кодексу України), суму якого необхідно сплатити на підставі податкової вимоги контролюючого органу протягом 60 днів, згідно з положеннями статей 59, 95 Податкового кодексу України.

Таким чином, право на звернення до адміністративного суду про стягнення коштів у рахунок погашення податкового боргу в порядку статті 183 виникає у контролюючого органу на наступний день після закінчення 60 днів з дня надіслання платникові податків податкової вимоги.

Разом з тим, Вищий адміністративний суд України підкреслює, що, якщо податковий орган у встановлений час не звернувся у порядку

статті 183, він може звернутись до адміністративного суду у загальному порядку з адміністративним позовом про стягнення коштів з платника податків.

Отже, положення діючої редакції КАС України встановлюють, що ідентичні за своїми правовими наслідками, однак різні за формою рішення адміністративного суду приймаються після розгляду відповідних справ за різними процесуальними механізмами. Наведене може розцінюватись як недолік законодавчої техніки.

ЗАКАЛЕНКО О. В.

Національний університету «Одеська юридична академія»,
асистент, аспірант кафедри адміністративного та фінансового права

ЩОДО МОЖЛИВОСТІ ЗАПРОВАДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ЗУСТРІЧНОГО ПОЗОВУ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Визнання Україною найважливіших міжнародних стандартів у галузі захисту прав людини потребує відповідного юридичного механізму забезпечення захисту прав і свобод громадян, юридичних осіб, що обумовлює актуальність утворення в Україні адміністративної юстиції. У контексті зазначеного особливого значення набувають питання щодо належного правового захисту відповідача від позову в адміністративному суді, оскільки адміністративні суди є новітнім організаційним утворенням у судовій системі України і потребують створення належної і теоретичної, і законодавчої бази щодо забезпечення реалізації свого основного завдання.

У науковій літературі немає єдиного визначення поняття «зустрічний позов». Як уявляється, під зустрічним позовом більшість авторів розуміють позов відповідача до позивача, тобто заяву у процесі, який уже розпочато, для спільного розгляду з первісним позовом. При цьому, зустрічний позов являє собою самостійну вимогу відповідача до позивача. Ряд авторів, при визначенні зустрічного позову, вкладають у це поняття і процесуальну мету зустрічного позову. Так, С. Н. Абрамов зустрічним позовом вважає зустрічну самостійну вимогу відповідача до позивача, поглинання або погашення прав позивача (Абрамов С. Н. Советский гражданский процесс. — М., 1952. — С. 22–27). М. А. Гурвич вважає, що зустрічний позов — це звернення відповідача до суду із проханням про захист самостійної вимоги до позивача шляхом розгляду спору про цю вимогу в тому самому процесі (Гурвич М. А. Право на иск. — М.,

1949. — С. 10—12). Таким чином, зустрічний позов є найбільш дієвим засобом захисту відповідача проти позову, оскільки він спрямований на повний чи частковий підрив підстави первісного позову. Задоволення зустрічного позову повністю або частково виключає задоволення первісного позову.

Законодавець, прийнявши КАС України, надав відповідачу можливість на захист від пред'явленого йому позову. Заперечення щодо конкретного адміністративного позову має вираження у відхиленні позову відповідачем з відповідним обґрунтуванням своєї позиції як певними обставинами, так і пред'явленими доказами. Таке заперечення може набувати процесуального або матеріально-правового характеру.

Досить цікавим та спірним моментом є можливість викладення відповідачем своїх заперечень у формі зустрічного позову. Водночас, процесуальний порядок подання зустрічного позову та об'єднання в одне провадження двох справ із зустрічними вимогами КАС України не врегульовано. Так, у листі Вищого адміністративного суду України № 09.1—22/688 від 25.07.2007 р. «Про деякі питання практики застосування адміністративними судами норм КАС України та інших нормативно-правових актів», по-перше, роз'яснено, що відсутність інституту зустрічного позову є особливістю адміністративного судочинства, по-друге, зосереджено увагу на тому, що в адміністративному процесі не використовується аналогія закону на підставі статей 123, 124 ЦПК України, оскільки КАС України не передбачено об'єднання справ за участі одних і тих самих сторін, які в одній справі мають статус позивача, а в іншій — відповідача. Отже, відповідач у справі може заявити свої вимоги до позивача у формі окремого позову і таким чином реалізувати своє право на судовий захист (Про деякі питання практики застосування адміністративними судами норм Кодексу адміністративного судочинства України та інших нормативно-правових актів : лист Вищого адміністративного суду України від 25.07.2007 року // <http://zakon3.rada.gov.ua>).

Останнім часом все більше учених-адміністративістів та юристів-практиків звергаються до досить складного та дискусійного питання щодо можливості застосування інституту зустрічного позову в адміністративному судочинстві. На підставі аналізу судової практики К. Ю. Пуданс-Шушлебін пропонує передбачити у КАС України випадки, коли суб'єктом публічної влади може бути подана зустрічна вимога до позивача, яка безпосередньо пов'язана з первинним адміністративним позовом, зокрема, коли йдеться про публічно-правовий спір між іноземцем та центральним органом виконавчої влади — Державною міграційною службою, в якому позивач оскаржує відмову в наданні йому статусу біженця. Звернення центрального органу виконавчої

влади із зустрічним позовом до адміністративного суду на підставі, що йому відомо про незаконний перетин державного кордону зазначеною особою, могло би бути розглянуто в одному провадженні із позовом іноземця, що сприятиме вирішенню даного публічно-правового спору в одному судовому процесі (Пундас-Шушлебін К. Ю. Проблема реалізації права відповідача на захист від адміністративного позову // Держава і право. — 2008. — Вип. 40. — С. 245).

Відповідно до статті 183–3 КАС України органи державної податкової служби мають право здійснюється в судовому порядку стягнення коштів з платника податків за податковим боргом, і тому на нашу думку доцільно передбачити щодо даної категорії справ інститут зустрічного позову для більш швидкого розгляду та винесення рішення судом, а також для реалізації та захисту прав та інтересів платників податків. Предметом такого позову є вимоги про скасування податкового повідомлення-рішення, що визначає суму податкового зобов'язання платників податків. При цьому, статтею 183–3 КАС України передбачено порядок провадження у справах за зверненням органів державної податкової служби, у тому числі за податковим боргом. Відповідно до статті 14.1.175 Податкового кодексу України, під податковим боргом розуміють суму грошового зобов'язання (з урахуванням штрафних санкцій за їх наявності), самостійно узгодженої платником податків або узгодженої в порядку оскарження, але не сплаченої платником податків у встановлений строк, а також пеню, нараховану на суму такого грошового зобов'язання (Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 р. // <http://zakon3.rada.gov.ua>). Фактично відмова в задоволенні вимог про скасування податкового повідомлення-рішення забезпечила ефективний захист інтересів держави при поданні зустрічного позову за участі органів державної податкової служби про стягнення податкового боргу.

Таким чином у КАС України доцільно було б передбачити норми, які б наділяли відповідача правом пред'явлення зустрічного позову, який може заявлятися для сумісного розгляду з первісним позовом, зокрема у випадках, коли спір виникає з однакових правовідносин, або вимоги за позовом можуть зараховуватися або задовольнятися зустрічним позовом, а також можливість виключати повністю або частково вимогу первісного позову.

БІЛА Ю. 3.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
викладач Івано-Франківського коледжу Відокремленого структурного підрозділу
«Івано-Франківський факультет» НУ ОЮА,
здобувач кафедри адміністративного та фінансового права

СТАДІЇ ПРАВОТВОРЧОЇ ПРОЦЕДУРИ

Правотворча процедура, яка реалізується у сфері публічного управління, є складним у структурному аспекті явищем і роль учасників цієї процедури на кожній її стадії є унікальною. Починаючи від виявлення правотворчої ініціативи, ефективність діяльності суб'єктів правотворчої адміністративної процедури забезпечує не лише поступову реалізацію завдань окремих стадій процедури, але й є умовою здійснення кожної послідувочої стадії та процедури в цілому. Саме тому визначення суб'єктного складу кожної стадії адміністративної правотворчої процедури, з'ясування їх завдань та повноважень становить необхідну передумову формування завершеної моделі правотворчої процедури та її наступну правову регламентацію.

Процедурні стадії складають основний з точки зору предметної характеристики структурний елемент процедур видання підзаконних нормативно-правових актів в сфері публічного управління. В юридичній літературі поняття «стадія» правотворчості визначається по-різному. Не дивлячись на відмінність у визначеннях поняття «стадія» правотворчої процедури, можна виділити наступні спільні в цих визначеннях моменти (ознаки стадії): а) сукупність певних процедурних дій; б) самостійність, яка характеризується власними завданнями, суб'єктами, часовими межами та ін.; в) пов'язаність спільною метою з іншими стадіями процедури; г) завершеність процедурних дій. Враховуючи це, під стадіями процедури видання нормативно-правових актів органами публічного управління слід розуміти відносно самостійні, завершені, але пов'язані між собою процедурні дії, що утворюють логічну послідовність створення підзаконних нормативно-правових актів.

Незважаючи на те, що система стадій правотворчих адміністративних процедур по-різному визначається вченими, як уявляється, можна приєднатися до найбільш поширеного підходу щодо групування стадій процедури видання нормативно-правових актів органами публічного управління: оцінка необхідності прийняття акту та підготовка його проекту; погодження проекту, його обговорення та прийняття; реєстрація нормативно-правового акту в органах юстиції; оприлюднення акту.

Отже, першою стадією правотворчої адміністративної процедури є оцінка необхідності прийняття акту та підготовка його проекту. Вона включає правову ініціативу, аналіз ситуації та підготовку проекту

рішення. Встановлення необхідності прийняти акт органу публічного управління започатковує процедуру його розроблення. Така необхідність визначається певними підставами, які передують підготовчим діям над проектом. Адміністративно-правовий акт може бути прийнято за наявності фактичних та юридичних підстав: до фактичних підстав відносяться такі, що відбивають об'єктивну потребу в прийнятті нормативно-правового акту, наприклад, це необхідність стабільного регулювання певних суспільних відносин; юридичною підставою прийняття правового акту управління може слугувати нормативно-правовий акт, доручення щодо розробки та прийняття певного акту.

Другою стадією адміністративної правотворчої процедури є стадія погодження проекту, його обговорення та прийняття. Вчені відзначають, що більшість рішень неминуче набувають компромісного характеру, та створюється рівновага сил з приводу його оцінки. В певних випадках підготовлений проект акту, переходить до етапу його погодження. Погодження може бути внутрішнім та зовнішнім.

Реєстрація адміністративно-правового акту в органах юстиції є третьою факультативною стадією процедури адміністративної правотворчості. Згідно з Указом Президента України «Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади від 3 жовтня 1992 р., такий порядок встановлюється щодо нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади, приписи яких зачіпають права та законні інтереси громадян або мають міжвідомчий характер. Необов'язковість цієї стадії обумовлена тим, що не всі адміністративно-правові акти підлягають реєстрації в органах юстиції, а тільки ті, що вказані вище. Проте, як уявляється, доцільно було б істотно розширити перелік підзаконних нормативно-правових актів, що підлягають державній реєстрації. Мова йде, перш за все, про нормативні акти органів місцевого самоврядування, які в більшості випадків не реєструються.

Останньою, четвертою стадією адміністративної правотворчої процедури є оприлюднення акту, яке може здійснюватися різними способами. Указом Президента України «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності» від 10 червня 1997 р. встановлено особливості оприлюднення актів Президента України та Кабінету Міністрів України. За загальним правилом з моменту видання актів органами виконавчої влади вони набирають чинності, якщо більш пізній строк набрання ними чинності не передбачено в цих актах. Виняток становить порядок набрання чинності актів, які визначають права і обов'язки громадян — вони набирають чинності з дня їх опублікування в офіційних друкованих виданнях.

Включення нормативно-правових актів центральних органів виконавчої влади до Єдиного державного реєстру не передбачає проведення їх правової експертизи, яка здійснюється в загальному порядку державної реєстрації нормативно-правових актів, визначеному Порядком подання нормативно-правових актів на державну реєстрацію до Міністерства юстиції України та проведення їх державної реєстрації. Таке включення передусім здійснюється з метою належного обліку нормативно-правових актів і не впливає на введення актів Кабінету Міністрів України в дію. Таким чином, набрання чинності нормативними актами центральних органів виконавчої влади з моменту доведення їх до адресатів гарантуватиме знання прав і обов'язків усім суб'єктам, кого стосуються ці акти. Крім того це сприятиме забезпеченню обов'язковості цих актів на території України.

ШКАРНЕГА О. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри адміністративного та фінансового права

МИРНІ ЗІБРАННЯ ЯК КАТЕГОРІЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА

Свобода мирних зібрань відноситься до категорії особливо цінних основних прав людини, так як вона сприяє формуванню суспільної думки, фундаменту будь-якої демократії, і дає можливість тим, у кого немає прямого доступу до прийняття політичних рішень, — бути почутим. Кодекс адміністративного судочинства України містить у собі дві статті, щодо реалізації права на мирні зібрання, а саме, ст. 182 «Особливості провадження у справах за адміністративними позовами суб'єктів владних повноважень про обмеження щодо реалізації права на мирні зібрання» та ст. 183 «Особливості провадження у справах за адміністративними позовами про усунення обмежень у реалізації права на мирні зібрання». Але, в Кодексі не дається визначення поняття мирні зібрання, а тільки мається на увазі проведення зборів, мітингів, походів, демонстрацій тощо. Тому виникає необхідно визначити, що взагалі таке мирне зібрання, яким воно буває.

Мирні зібрання можна розтлумачити як масові заходи громадян, відкриті й доступні кожному, хто бажає взяти у них участь. Мирні заходи найчастіше проводяться з метою вираження ставлення тих чи інших груп, об'єднань громадян до суспільних явищ та проблем, привернення уваги органів влади до них та є однією із форм безпосередньої

демократії. Основною рисою мирних зібрань є мирний характер їх проведення. За характером, метою, місцем проведення розрізняють різні форми мирних зібрань. Так, ст. 39 Конституції України визначає мирні заходи як збори, мітинги, походи і демонстрації (Конституція України від 28.06.1996 р. Офіційний веб-портал Верховної Ради України. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр/>). Необхідно зазначити, що цей перелік не є вичерпним. У свою чергу, Кодекс адміністративного судочинства України (стаття 182) визначає мирні зібрання як збори, мітинги, походи, демонстрації тощо, тобто передбачає можливість прояву мирних зібрань в інших формах (Кодекс Адміністративного Судочинства України від 06.07.2005 р. Офіційний веб-портал Верховної Ради України. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>). Таким чином, до мирних можна віднести також релігійні зібрання, які проводяться релігійними організаціями відповідно до статті 21 Закону України від 23 квітня 1991 р. «Про свободу совісті та релігійні організації». Такими зібраннями можуть бути публічні богослужіння, релігійні обряди, церемонії та процесії (Про свободу совісті та релігійні організації : Закону України від 23 квітня 1991 р. Офіційний веб-портал Верховної Ради України. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/987-12>).

Щодо визначення форм та видів мирних зібрань у національному законодавстві, то необхідно зазначити, що залежно від поставленої мети та методів проведення масові заходи громадян розподілено на кілька категорій Статутом патрульно-постової служби міліції України, затвердженим наказом Міністерства внутрішніх справ України від 28 липня 1994 р. № 404. Так, відповідно до підпунктів 332–336 пункту 4 розділу XV цього Статуту:

– збори — це спільна, спеціально організована невелика присутність громадян у громадському або іншому місці, викликана необхідністю обговорення різних політичних, соціальних, економічних, культурних та інших проблем;

– мітинг — масові збори з питань злободенних, переважно політичних питань, які проводяться, як правило, на вулицях, майданах, стадіонах, парках. Неодмінні атрибути мітингу — масова аудиторія, промовці, лозунги, прапори, заклики (усні, друковані, письмові);

– демонстрація — масове находиття громадян з приводу висловлення будь-яких громадсько-політичних настроїв, в тому числі з питань протесту або незгоди будь з чим. (Цей захід може проявлятися також у проступку однієї особи, здійсненні нею вчинку з метою підкреслення свого відношення до будь-якої події чи посадової особи тощо);

– вуличний похід проводиться з тією ж метою, що і демонстрація, мітинг, однак відрізняється меншою динамікою, відсутністю мітингово-демонстраційної атрибутики;

– пікетування — форма демонстрації, під час якої виставляються представники будь-де, наприклад, перед будинками об'єднань, підприємств з метою висловлення протесту проти чого-небудь, для забезпечення охорони на місці проведення страйку або демонстрації (Про затвердження Статуту патрульно-постової служби міліції України : Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 28 липня 1994 р. № 404. Офіційний веб-портал Верховної Ради України. [Електронний ресурс]. Режим доступу:<http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0213-94>)

Таке визначення пікетування, на нашу думку, не дає змоги правильно розкрити зміст цього заходу. Під пікетуванням як формою безпосередньої демократії необхідно розуміти публічне вираження колективної або індивідуальної думки (демонстрація підтримки, солідарності, протесту проти чого-небудь) шляхом розташування громадян біля певного об'єкта. Під час пікетування можуть використовуватися плакати, транспаранти, інші засоби наочної агітації.

Водночас невідповідність змісту зібрання будь-якому з наведених визначень не може бути перешкодою для його проведення за умови мирного характеру та мети такого зібрання (Довідка Вищого Адміністративного Суду України «Щодо вивчення та узагальнення практики застосування адміністративними судами законодавства під час розгляду та вирішення впродовж 2010–2011 років справ стосовно реалізації права на мирні зібрання (збори, мітинги, походи, демонстрації тощо)» від 01.04.2012 року. Офіційний веб-портал Верховної Ради України. [Електронний ресурс]. Режим доступу:<http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/n0002760-12>)

Таким чином, установлений Конституцією та іншими актами законодавства України перелік мирних зібрань не є вичерпним, мирні зібрання можуть знаходити й інші форми вираження. Для ідентифікації зібрання як мирного не є визначальним з'ясування питання про те, чи підпадає воно під зміст того чи іншого наданого в нормативних актах визначення, основними ознаками такого зібрання є мирні мета та характер його проведення. Але, в подальшому виникає необхідність систематизації та конкретизації визначення права на мирні зібрання, у відповідному законі про мирні зібрання.

Підрозділ 1.3

ФІНАНСОВЕ ПРАВО УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ І ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ

ЛАТКОВСЬКА Т. А.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
професор кафедри адміністративного та фінансового права,
доктор юридичних наук, професор

СУЧАСНА АКТУАЛІЗАЦІЯ ФІНАНСОВО-ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ ДЕРЖАВИ

Політична діяльність держави проявляється у всіх сферах суспільного життя, займаючи особливе місце у фінансово-правовій сфері. Фінансово-правова політика, виступаючи невід'ємною частиною правової політики, необхідної для розвитку фінансової системи, формується в залежності як від пріоритетних напрямків розвитку країни, так і виходячи із загальнонаціональних інтересів, які визначають розвиток галузей, що мають структуроване значення. Плануванням та здійсненням фінансово-правової політики держави займаються всі органи державної влади. Аналізуючи завдання фінансово-правової політики, слід відмітити серед них такі, які є першочерговими, а це — забезпечення стійкого економічного зростання, ефективне використання фінансових ресурсів, забезпечення надійного та стійкого функціонування кредитного та фінансового ринків.

Безумовно, правова політика держави є багатоскладовим явищем, виступаючи за змістом та за формою різновидом державної політики у сфері створення та застосування норм права. Право є джерельною основою будь-якого виду правової політики. Це політика правового розвитку держави, її юридичного вигляду. Вона покликана закладати основні начала, стратегію та тактику формування законодавчих актів та сприяти як утворенню умов застосування законів, так і спрямовувати даний процес в русло адаптації правових норм до реальних умов функціонування суб'єктів права. Водночас, правова політика не одновимірна, вона рухлива і мінлива, їй властиві різноманітні варіанти свого втілення. Як правило, реалізується вона у сфері різноманітних правовідносин — конституційних, фінансових, кримінальних, цивільних тощо. Стан суспільства багато в чому залежить від того, наскільки держава здатна визначити спрямованість та зміст своєї політики, яка

повинна сприяти рішенню як існуючих насущних питань в усіх сферах суспільного життя, так і проблем, пов'язаних зі стратегічною перспективою розвитку даного суспільства.

Кожен вид правової політики держави реалізується в особливих, притаманних лише їй формах. Базовим критерієм у цьому питанні є специфіка предмета та методу правового регулювання.

Так, предмет фінансово-правового регулювання змінювався упродовж багатьох десятиліть. Розвиток ринкових відносин обумовив стрімкий розвиток фінансово-правових механізмів управління суспільством. Фінанси як інструмент управління суспільством виступили основним джерелом інформації про всі без виключення процеси в життєдіяльності суспільства і держави, вони завжди забезпечували та забезпечують прозорість діяльності держави, дають можливість здійснювати відслідковування за усіма процесами, що відбуваються у країні. Суспільні відносини, виникаючі у процесі діяльності держави та органів місцевого самоврядування, обумовленої функціонуванням фінансової системи, потребують постійного упорядкування — чіткого визначення прав та обов'язків суб'єктів, які беруть у них участь, а також їх відповідальності у випадку порушення встановленого порядку, тобто у правовому врегулюванні відносин.

В предмет фінансового права включаються суспільні відносини, що формуються в процесі здійснення державою фінансової діяльності, діяльності з мобілізації коштів у публічні централізовані і децентралізовані фонди держави і органів місцевого самоврядування та інші публічні фонди, їх розподілу і використання, а також у ході контролю за рухом цих коштів.

У цих відносинах виявляється владно-організуюча роль держави і органів місцевого самоврядування в розподілі і перерозподілі національного доходу країни. І держава, і органи місцевого самоврядування у цих відносинах виражають публічний фінансовий інтерес.

З прийняттям Бюджетного та Податкового кодексів, вперше на кодифікаційному рівні визначені податкові та бюджетні правовідносини. Прийняття Податкового кодексу сприяло скасуванню великої низки законів України, які на протязі багатьох років регулювали оподаткування і слугували об'єктом критики та вдосконалення. Стосовно Бюджетного кодексу, то в його основу лягли модернізація бюджетної системи України, її напрями, завдання та мета, запровадження програмно-цільового методу у бюджетному процесі України, ключовими позиціями якого у бюджетному процесі виступають бюджетні програми, відповідальні виконавці бюджетних програм, паспорти бюджетних програм, результативні показники бюджетних програм.

Суттєві перетворення стали можливими з набуттям Україною незалежності й завдяки сучасним підходам українських фахівців у галузі

дослідження фінансово-правових питань та нових підходів до законотворчості. Події останніх місяців, криза, в якій опинилася країна, відсутність коштів на казначейському рахунку, коливання національної валюти вимагають осмислення та термінового підвищення ефективного правового регулювання фінансових правовідносин для стабілізації фінансової ситуації. Сьогодні прийнято Закон України «Про запобігання фінансової катастрофи та створення передумов для економічного зростання в Україні» (ЗУ від 27 березня 2014 р. № 1166-VII). З метою стабілізації економічної ситуації в державі та економного і раціонального використання державних коштів Кабінет Міністрів України затвердив заходи щодо економного та раціонального використання державних коштів, передбачених для утримання органів державної влади та інших державних органів, утворених органами державної влади підприємств, установ та організацій, які використовують кошти державного бюджету (Постанова Кабінету Міністрів «Про економію державних коштів та недопущення втрат бюджету» від 1 березня 2014 р. № 65). Вважаємо, що діяльність держави у сфері фінансово-правових відносин потребує відповідного теоретичного обґрунтування. Тож на шляху формування фінансово-правової політики першочерговим завданням має стати її наукове обґрунтування з виробленням єдиних принципів, розробкою концепції фінансово-правової політики як доктринального напрямку, що охоплює такі наукові проблеми, як визначення місця фінансово-правової політики в правовій системі держави, мети та завдання фінансово-правової політики, форми її реалізації, правове забезпечення фінансово-правової політики.

НЕСТЕРЕНКО А. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри адміністративного та фінансового права,
кандидат юридичних наук, доцент

ФІНАНСИ (ПУБЛІЧНІ ТА ПРИВАТНІ) ЯК БАЗОВА ОСНОВА ФІНАНСОВОЇ СИСТЕМИ ДЕРЖАВИ

Питання відносно суті фінансів досліджується як у фінансовій, так і у фінансово-правовій науці. Проте історичний аналіз і сучасні підходи відносно категорії «фінанси» свідчать про відсутність єдиної точки зору. Тлумачення фінансів відрізняється різноманітністю, що багато в чому пояснюється різними завданнями використання цього поняття, різними філософськими і економічними школами. Вчені — економісти

зазначають, що поняття «фінансова система» є розвитком більш загального поняття «фінанси» (Финансы. Денежное обращение. Кредит: учебник для вузов / Л. А. Дробозина, Л. П. Окунева, Л. Д. Андросова и др., Под ред. Л. А. Дробозиной. — М., 1997. — 477 с.). Тому еволюція розуміння фінансів призводить до відповідної зміни у розумінні та визначенні фінансової системи держави (Нечай А. А. Проблеми правового регулювання публічних фінансів та публічних видатків. — Чернівці, 2004. — 264 с.). Фінанси є важливою теоретичною базою, початковою методологічною позицією для з'ясування сутності категорії «фінансова система».

З розвитком держави певною мірою змінюється і погляд вчених на поняття фінансів. Неоднозначність тлумачення, розуміння фінансів можна пояснити тим, що фінанси є багатостороннім і складним явищем, що характеризується різними істотними ознаками, має певні якості й форми прояву, а отже і проявляється у різних аспектах: економічному та юридичному.

Як економічна категорія, фінанси займають певну нішу в системі економічних стосунків. З цих позицій, фінанси опосередковують всю сукупність грошових стосунків, що виникають в процесі руху фінансових (грошових) ресурсів в публічно-правовій і приватно-правовій формах, освіти і використання на цій основі публічних і приватногосподарських доходів в результаті приведення в дію фінансових інструментів і механізмів (Барулин С. В., Барулина Е. В. К вопросу о сущности финансов: новый взгляд на дискуссионную проблему // финансы № 7, 2007. — С. 56. (С. 55- 58)).

Таким чином, фінанси, з точки зору економічної категорії, є особливою сферою економічних стосунків, що характеризує участь держави в процесі виробництва і розподілу. Постулатом в науці фінансів і фінансового права довгі роки виступає мета функціонування фінансової системи — накопичення з подальшим розподілом певної частини ВВП в централізованих і децентралізованих грошових фондах.

Розглядаючи категорію фінансів, необхідно виходити з того, з одного боку, фінанси — це особлива сфера економічних відносин. Їх зміст, характер використання, закономірності розвитку визначаються соціально-економічними відносинами, що привалюють у державі, природою та функціями держави. Тому можна цілком погодитися з висновком, що фінанси, як і фінансова система в цілому, мають визначальне значення для розвитку суспільства; вони служать економічною основою (базисом) самого існування держави (Ковальчук А. Т. Фінансове право України. Стан та перспективи розвитку. — К.: Парламентське вид-во, 2007. — С. 23.). З іншого боку, фінанси — це вартісна категорія, яка органічно пов'язана з рухом вартості в її грошовій формі, з утворенням

та використанням різних грошових фондів (державного бюджету, місцевих бюджетів, позабюджетних, у тому числі соціальних фондів), із грошовими відносинами, що існують між державною та приватним господарством.

Монаєнко А., в свою чергу, визначає під публічними фінансами — суспільні відносини, які пов'язані із задоволенням усіх видів публічного інтересу і виникають у процесі утворення, управління, розподілу (перерозподілу) та використання фондів коштів держави, місцевого самоврядування й фондів коштів, за рахунок яких задовольняються суспільні інтереси, визнані державою або органами місцевого самоврядування, незалежно від форми власності таких фондів. (Монаєнко А. Правовий зміст видатків як складової частини фінансової системи // Право України, № 9—2008. — С. 72 (С. 69- 75).

Змінилося і само поняття «фінанси». Якщо раніше воно по суті збігалось з тими стосунками, які виникали в процесі фінансової діяльності держави, то тепер, слідуючи західним лексичним стандартам, цим поняттям стали охоплювати собою будь-які грошові стосунки (Худяков А. И. К вопросу о содержании некоторых финансово-правовых категорий // Финансовое право № 2, 2010. — С. 12 (С. 10—13)).

Ковальчук А. Т. у своєму авторефераті дисертації на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук вважає, що в ринкових умовах фінансовим правом регулюються фінанси держави і та частина недержавних фінансів, яка запускається в подальший круговорот як фінансовий капітал та інвестиційний ресурс й використовується як фінансове джерело загальнонаціональних програм і проєктів. (Ковальчук А. Т. Фінансове право України в ринкових умовах: проблеми формування, розвитку, застосування.// Автореферат дис. на здоб. наукового ступеня д.ю.н. К. — 2009. С. 7.). Отже, у радянський період термін «фінанси» використовувався стосовно відносин, пов'язаних із централізованими та децентралізованими грошовими фондами, що перебували у власності держави.

З переходом до ринкової економіки державна власність починає скорочуватися. Роздержавлення та приватизація державних підприємств, створення приватного сектора економіки викликає зміни і у змісті поняття «фінанси». Цей термін застосовується вже не тільки щодо сфери державної власності, але й поширюється на сферу дії приватних відносин, що й раніше було притаманне країнам з ринковою економікою. У зв'язку з цим фінанси починають розглядати як публічно-правову та приватноправову категорії.

Так, сучасний вчений Монаєнко А. дає наступне визначення фінансової системи країни — це сукупність підсистем публічних та приватних фінансів, кожна з яких має окремі ланки, що утворюються групами

фінансових відносин, яким притаманні специфічні особливості та котрі виникають у процесі утворення, розподілу й використання публічних і приватних фондів коштів, що існують у державі (Монаєнко А. Правовий зміст видатків як складової частини фінансової системи // Право України, № 9–2008. — С. 75 (С. 69–75)).

БОДНАРУК Ю. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри адміністративного та фінансового права,
кандидат юридичних наук, доцент

ПОДАТКОВЕ ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРОВАДЖЕННЯ

В попередніх роботах автора була сформульована концепція податкового процесу та визначено його загальну побудову — «статичну», що виявляється у поділі податкового процесу на податкові провадження та процедури, та «динамічну», що характеризується розподілом таких проваджень та процедур з одного боку за вектором реалізації податкового зобов'язання платника, з іншого — за вектором розвитку облікового провадження — від постановлення платника на облік в контролюючих органах до зняття його з обліку (див. Боднарук Ю. В. Структура і взаємодія елементів податкового процесу // Актуальні проблеми держави і права: Зб. наук. пр. — Вип. 35. — Одеса: Юрид. л-ра, 2007. — С. 116–120; Боднарук Ю. В. Сучасне розуміння категорії «податковий процес» в Україні // Юридичний вісник. — № 2. — 2012. — С. 50–54.).

За вектором розвитку податкового зобов'язання усі податкові провадження, залежно від характеру зв'язку із відповідною стадією, було запропоновано поділити на два види — «закріплені» (що відбуваються лише на певній стадії) та «наскрізні» (що відбуваються на будь-якій стадії). Серед наскрізних проваджень виділялись податково-контрольне та провадження з оскарження (позасудового) рішень, дій та бездіяльності контролюючих органів.

З прийняттям Податкового кодексу України певні аспекти діяльності контролюючих (в розумінні ПК України) органів отримали врегулювання на рівні закону. Йдеться про інформаційні відносини за участю контролюючих органів, перш за все, — про отримання ними т.зв. податкової інформації, тобто відомостей і даних, що створені або отримані суб'єктами інформаційних відносин у процесі поточної діяльності і необхідні для реалізації покладених на контролюючі органи завдань і функцій у порядку, встановленому Податковим кодексом України

(ст. 16 Закону України «Про інформацію»). Цим питанням присвячена окрема глава — глава 7 «Інформаційно-аналітичне забезпечення діяльності контролюючих органів» Розділу II «Адміністрування податків, зборів, платежів» ПК України.

Такі зміни законодавства дають підстави говорити про формування нового податкового провадження у складі «наскрізних» податкових проваджень, предметною характеристикою якого є діяльність щодо отримання/надання інформації з метою реалізації прав, обов'язків та повноважень учасників податкових правовідносин. Податковим кодексом визначено невичерпний перелік суб'єктів, що можуть чи зобов'язані надавати таку податкову інформацію, її орієнтовний склад. До таких джерел інформації належать перш за все самі платники податків, податкові агенти, а також інші органи державної влади, місцевого самоврядування, банки, органи влади інших держав, міжнародні організації. Ст.73 ПК України визначає способи отримання контролюючими органами податкової інформації, які відповідають процедурам податкового інформаційного провадження. Так, ними є процедура періодичного надання інформації контролюючим органам, процедура отримання інформації за письмовим запитом контролюючого органу та зустрічна звірка. Більш детальна регламентація вказаних процедур делегована уряду. Зокрема, процедури періодичного надання інформації та отримання її за письмовими запитами деталізовано постановою Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2010 р. № 1245 «Про затвердження Порядку періодичного подання інформації органам державної податкової служби та отримання інформації зазначеними органами за письмовим запитом», процедури проведення зустрічних звірок — постановою Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2010 р. № 1232 «Про затвердження Порядку проведення органами державної податкової служби зустрічних звірок».

Не розглядаючи конкретно вказані податкові процедури, слід вказати на підстави віднесення означеного податкового провадження до категорії «наскрізних». Так, інформаційно-аналітичне забезпечення діяльності контролюючих органів — комплекс заходів щодо збору, опрацювання та використання інформації, необхідної для виконання покладених на контролюючі органи функцій. Реалізація таких функцій (і відповідно інформація, яка отримується та використовується з цієї метою) може відбуватися на будь-якій стадії реалізації податкового (грошового) зобов'язання платника податку. В межах податково-облікового провадження платник, державний реєстратор чи інший орган державної влади надає документи/інформацію для постановлення на облік зобов'язаних осіб, відокремлених підрозділів юридичних осіб, внесення змін до облікових даних (у разі зміни назви, місцезнаходження,

організаційно-правової форми, системи оподаткування тощо), про припинення юридичних осіб, смерть фізичних осіб — для зняття їх з обліку. В межах стадії добровільної реалізації податкового зобов'язання платник декларує свої об'єкти (бази) оподаткування, надає документи про право на податкові пільги, додає документи та інформацію, якими обґрунтовує свої заяви про розстрочення/відстрочення податкового боргу тощо. На стадії примусової реалізації податкового зобов'язання податковий орган може запитувати інформацію про рух та залишок коштів на банківських рахунках платника, виявляти майно та активи платника задля використання їх в якості забезпечення виконання податкового зобов'язання. Але найбільш тісні зв'язки податкової інформаційного провадження виявляються саме з податковим контрольним провадженням. Інформація, отримана податковим органом у встановленому законом порядку, може бути використана як підстава для проведення позапланових документальних перевірок та як підстава для висновків під час проведення перевірки (ст. 83 ПК України).

Слід додатково звернути увагу на той факт, що не слід отожднювати податкову інформацію з інформацією, на підставі якої контролюючим органом може бути вирахована сума податкового зобов'язання. Розширювальне тлумачення норм про податкову інформацію може призвести до неправомірного використання податковими органами «непрямих» методів визначення сум податкових зобов'язань (див. Боднарук Ю. В. Проблеми використання «інших» джерел інформації при визначенні сум податкових зобов'язань // Правове життя сучасної України: матер. міжнар. наук. конф. 20–21 травня 2011 р., м. Одеса. Т. 2. — 2011. — С. 50–52.).

Можливим також видається розгляд питання щодо включення до складу податкового інформаційного провадження процедур надання податкових консультацій, врегульованих Главою 3 Розділу II РК України, адже податкові консультації є по суті актами офіційного тлумачення норм податкового законодавства з метою надання допомоги платникам стосовно практичного використання конкретної норми закону або нормативно-правового акта з питань адміністрування податків чи зборів та іншого законодавства, здійснення контролю за дотриманням якого покладено на органи державної податкової служби. Це також інформаційні відносини, але вже зворотної спрямованості, контролюючий орган виступає джерелом, а не отримувачем інформації.

СІДОР М. І.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри адміністративного та фінансового права,
кандидат юридичних наук, доцент

ОСОБЛИВОСТІ СУБ'ЄКТНОГО СКЛАДУ УЧАСНИКІВ БЮДЖЕТНОГО ПРОЦЕСУ НА ТРЕТІЙ СТАДІЇ БЮДЖЕТНОГО ПРОЦЕСУ

Бюджетний процес щорічно поновлюється, проходячи одні і ті ж самі стадії. На кожній стадії бюджетного процесу вирішуються питання, які в інший час не можуть бути вирішені. Стадії бюджетного процесу йдуть послідовно і цей порядок змінити не можливо.

Бюджетний кодекс України передбачає чотири стадії бюджетного процесу: 1) складання проекту бюджету; 2) розгляд проекту та прийняття закону про Державний бюджет України, рішень про місцеві бюджети; 3) виконання бюджету, в тому числі у разі необхідності внесення змін до закону про Державний бюджет України, рішення про місцеві бюджети; 4) підготовка та розгляд звіту про виконання бюджету і прийняття рішення про нього. Ці стадії бюджетного процесу взаємопов'язані за своїм змістом та діями, а також взаємообумовлені, так як наступна стадія не може початись без логічного завершення попередньої. Їх послідовність встановлена не лише нормативно, а й визначена логічно природою самого процесу.

Під стадією як юридичною категорією розуміють систему процесуальних дій певних суб'єктів правовідносин, спрямованих на досягнення визначеної конкретної мети, при здійсненні яких виникають правовідносини між учасниками цієї стадії бюджетного процесу. На кожній із стадій бюджетного процесу беруть участь у межах своїх повноважень певні учасники бюджетного процесу.

На стадії виконання бюджету в бюджетному процесі беруть участь всі учасники бюджетного процесу. Для забезпечення оптимізації механізму виконання бюджетів, злагодженої взаємодії казначейських та фінансових органів у бюджетному процесі, необхідно глибше розмежувати повноваження між учасниками бюджетного процесу. Розподілити функції між зазначеними суб'єктами необхідно на засадах закріплення за ними тих завдань, які вони в змозі виконати найбільш ефективно. Отже фінансові органи мають зосередити свою увагу на питаннях стратегічного прогнозування та планування показників дохідної та видаткової частини бюджету. У виконанні бюджету беруть участь усі державні та муніципальні органи, підприємства й організації. До основних учасників бюджетного процесу на стадії виконання Державного бюджету

належать: Кабінет Міністрів України, Міністерство фінансів України, Державна казначейська служба України, Державна податкова служба України та Державна митна служба України.

Відповідно до діючого бюджетного законодавства на стадії виконання бюджету, у разі необхідності, до Державного бюджету України можуть вноситися зміни. Але вбачається, що внесення змін та доповнень до закону про Державний бюджет України необхідно розглядати як окреме провадження бюджетного процесу, яке не входить до жодної стадії бюджетного процесу, тобто позастадійне провадження. Це обумовлено тим, що, як уже зазначалося вище, перед кожною стадією ставляться певні завдання та досягаються певні цілі, які не можуть бути досягнені на інших стадіях. Ціллю стадії виконання бюджету є дотримання та виконання показників щодо доходів та витрат, яких було заплановано. Метою внесення змін та доповнень до закону про Державний бюджет України є вдосконалення поточного бюджетного законодавства, спрямоване на встановлення відповідності запланованих бюджетних показників фактичним реаліям економічного життя країни. Методи досягнення цілей та дії, які здійснюються в межах кожної із стадій, також кардинальним чином відрізняються.

Необхідність розмежування стадії виконання бюджету та внесення змін та доповнень також обумовлена кількісним та якісним складом учасників бюджетного процесу, які реалізують свої бюджетні повноваження в межах певної стадії. Тобто коло учасників бюджетного процесу, які беруть участь на стадії виконання, відрізняється від кола суб'єктів, які задіяні під час внесення змін та доповнень. Якщо на стадії виконання бюджету беруть участь всі учасники бюджетного процесу, то під час внесення змін та доповнень до закону про Державний бюджет України бере участь обмежена кількість учасників бюджетного процесу в особі суб'єктів, що наділені правом законодавчої ініціативи та безпосередньо законодавчий орган, тобто Верховна Рада України.

Необхідність розгляду внесення змін та доповнень до закону про Державний бюджет як позастадійного провадження обумовлена також тим, що, як уже зазначалося вище, стадії бюджетного процесу здійснюються одна за одною у логічній послідовності і закінчення попередньої обумовлює початок наступної. Цим умовам не відповідає внесення змін та доповнень, оскільки: по-перше, здійснюється за наявності певної необхідності, у разі відсутності такої необхідності це провадження взагалі не здійснюється, стадії ж є обов'язковими; по-друге, внесення змін та доповнень може здійснюватись як після початку виконання бюджету, так і до фактичного виконання бюджету. Досить часто з початком бюджетного періоду починається коригування закону про Державний бюджет на відповідний рік, тобто внесення змін та

доповнень здійснюється фактично до початку виконання бюджету. Це провадження може здійснюватися, починаючи з моменту опублікування закону про Державний бюджет України і до 31 грудня планового бюджетного року.

Коли набирає чинності затверджений на підставі опрацювання й аналізу звітності, що надходять від суб'єктів бюджетних праввідносин, бюджет, виявляються відхилення оцінки прогнозу макроекономічних і соціального розвитку України та надходжень до бюджету від прогнозу, врахованого при затвердженні Державного бюджету України, складаються та подаються зміни та доповнення до закону про Державний бюджет.

Відповідно до Регламенту Верховної Ради України зміни та доповнення до чинного закону про Державний бюджет протягом бюджетного періоду можуть бути внесені за поданням осіб, які мають право законодавчої ініціативи, з додержанням вимог Бюджетного кодексу України та Регламенту ВРУ.

Внесення змін та доповнень до закону про Державний бюджет України затверджується відповідним законом про внесення змін до закону про Державний бюджет України.

ЛЕЩЕНКО О. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри адміністративного та фінансового права,
кандидат юридичних наук

ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ ГРАНИЧНИХ СУМ ГОТІВКОВИХ РОЗРАХУНКІВ

Постійний і безперервний рух грошей в економіці, потребує відповідного юридичного оформлення процесу виконання грошима своїх функцій, в тому числі готівкових, шляхом встановлення порядку введення в обіг, ведення касових операцій з банкнотами і монетами, обробку, зберігання, інкасації, перевезення, вилучення з обігу та знищення готівки тощо.

Особливе місце в регулюванні готівкового обігу належить Національному банку України, який на сьогоднішній проводить політику направлену на обмеження готівкових розрахунків в національній валюті України — гривні. Зокрема особливе місце при регулюванні готівкових розрахунків надається лімітуванню готівкових касових операцій.

Положенням про ведення касових операцій у національній валюті в Україні, що затверджене постановою Правління НБУ № 637 від 15.12.2004 року, містяться правила здійснення касових операцій. Так, згідно із визначень, що містяться в Положенні, під касовою операцією розуміється операції підприємств (підприємців) між собою та з фізичними особами, що пов'язані з прийманням і видачею готівки під час проведення розрахунків через касу з відображенням цих операцій у відповідних книгах обліку.

Гранична сума готівкового розрахунку одного підприємства (підприємця) з іншим підприємством (підприємцем) протягом одного дня за одним або кількома платіжними документами встановлюється відповідною постановою Правління Національного банку України (Постанова Правління НБУ від 06.06.2013 року № 210 «Про встановлення граничної суми розрахунку готівкою»). Зокрема гранична сума розрахунків готівкою: підприємств (підприємців) між собою протягом одного дня в розмірі 10 000 (десяти тисяч) гривень; фізичної особи з підприємством (підприємцем) протягом одного дня за товари (роботи, послуги) у розмірі 150 000 (ста п'ятдесяти тисяч) гривень; фізичних осіб між собою за договорами купівлі-продажу, які підлягають нотаріальному посвідченню, у розмірі 150 000 (ста п'ятдесяти тисяч) гривень. При цьому необхідно відмітити, що викладена редакція вказаної постанови Правління Національного банку вже потребує внесення змін. Зокрема при формальному тлумаченні положень вказаної постанови НБУ встановлено граничні суми розрахунків «фізичної особи» з «підприємством (підприємцем)» протягом одного дня за товари (роботи, послуги) у розмірі 150000 (ста п'ятдесяти тисяч) гривень. Між тим вказана норма не містить положень про встановлення граничних сум готівкових розрахунків «підприємства (підприємця)» з «фізичною особою», що знову ж таки надає право на зловживання при здійсненні касових операцій підприємствами. У зв'язку із чим п. 1 Постанови Правління НБУ від 06.06.2013 № 210 «Про встановлення граничної суми готівкових розрахунків» змінити та викласти в новій редакції: «Установити граничну суму розрахунків готівкою: фізичної особи з підприємством (підприємцем) або підприємства (підприємця) з фізичною особою протягом одного дня за товари (роботи, послуги) у розмірі 150000 (ста п'ятдесяти тисяч) гривень».

Окрім того, необхідно передбачити в статті 163–15 Кодексу України про адміністративні правопорушення адміністративну відповідальність за порушення порядку проведення готівкових розрахунків за товари (послуги), у тому числі перевищення граничних сум розрахунків готівкою, між фізичними особами та фізичною особою та підприємством (підприємцем), оскільки останні не передбачені серед суб'єктів, що несуть адміністративну відповідальність.

ГНАТОВСЬКА А. І.

Чернівецький факультет Національного університету
«Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

ПОВНОВАЖЕННЯ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ УПРАВЛІНЬ ДЕРЖАВНОЇ КАЗНАЧЕЙСЬКОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ

В Україні з 1997 року застосовується казначейська форма обслуговування Державного бюджету України.

Після затвердження місцевих бюджетів місцеві фінансові органи подають за місцем обслуговування до органу Казначейства рішення про затвердження відповідних бюджетів, програми соціально-економічного та культурного розвитку відповідних адміністративно-територіальних одиниць, цільові програми з інших питань місцевого самоврядування, затвержені рішеннями про місцеві бюджети.

Головним завданням казначейської форми обслуговування державного бюджету є сприяння оптимальному управлінню доходами та видатками бюджету відповідного рівня.

Бюджетно-правовий статус Державної казначейської служби та її управлінь закріплені Бюджетним Кодексом України.

Територіальні управління Державної казначейської служби України при обслуговуванні місцевих бюджетів здійснюють операції: за платежами, які є доходами загального фонду місцевих бюджетів на відповідний рік; за платежами, які є доходами спеціального фонду місцевого бюджету; за платежами, які розподіляються між загальним та спеціальним фондами місцевих бюджетів; за платежами, які розподіляються між рівнями місцевих бюджетів, за коштами, тимчасово віднесеними на доходи місцевого бюджету, що підлягають розподілу, за іншими платежами, які тимчасово віднесені на доходи місцевого бюджету.

Основні завданнями, які стоять перед управліннями Державної казначейської служби України щодо виконання місцевих бюджетів закріплені в Наказі Міністерства фінансів України від 23.08.2012 № 938 (<http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1569-12>).

Обов'язкові платежі, що наповнюють місцевий бюджет надходять на рахунок, що відкритий в управлінні Державної казначейської служби України. Сплата таких платежів можлива через каси установ банків, підприємств поштового зв'язку та органи місцевого самоврядування.

Управління Державної казначейської служби вступають у правовідносини з суб'єктами бюджетних правовідносин, наприклад, у разі виявлення в процесі казначейського обслуговування невідповідності показників затверджених бюджетів бюджетному законодавству органи Казначейства інформують для прийняття відповідного рішення в межах

встановлених повноважень в частині, що не суперечить бюджетному законодавству: Міністерство фінансів України — стосовно обласних бюджетів і бюджету міста Києва; обласні державні адміністрації — стосовно районних та міських (міст обласного значення) бюджетів; міську державну адміністрацію в місті Києві — стосовно районних у цих містах бюджетів; районні державні адміністрації — стосовно міських (міст районного значення), сільських, селищних бюджетів та бюджетів їх об'єднань; виконавчі органи міських рад — стосовно бюджетів районів у місті, сільських, селищних чи міст районного значення, що входять до складу цих міст та виконують рішення відповідних рад про місцеві бюджети.

Територіальні управління Державної казначейської служби складають та подають відповідним місцевим фінансовим органам звітність про виконання місцевих бюджетів за встановленими формами. Зведені показники звітності про виконання бюджетів одночасно подаються територіальними управліннями фінансовим органам місцевих державних адміністрацій та виконавчих органів відповідних місцевих рад на умовах, передбачених частиною першою цієї статті. Квартальний та річний звіти про виконання місцевого бюджету подаються до відповідної місцевої ради місцевою державною адміністрацією, виконавчим органом відповідної місцевої ради або сільським головою у двомісячний строк після завершення відповідного бюджетного періоду. Перевірка річного звіту здійснюється Рахунковою палатою.

Територіальні управління Державної казначейської служби України здійснюють організацію виконання бюджетів та керівництво всіма бюджетними коштами. У процесі казначейського обслуговування державного бюджету територіальні управління Державної казначейської служби України обслуговують місцеві бюджети на основі ведення єдиного казначейського рахунку — це система бюджетних рахунків, на яких: 1) відображається баланс єдиного казначейського рахунку як результат операцій на всіх реєстраційних рахунках; 2) відбувається рух коштів за доходами і видатками держбюджету відповідно до бюджетної класифікації; 3) відбувається рух коштів у місцевих бюджетах; 4) відображаються результати виконання бюджету за доходами і видатками (Фінансова енциклопедія / за заг. ред. О. П. Орлюк. 2008, с. 191).

Територіальні управління Державної казначейської служби здійснюють розподіл платежів між місцевими бюджетами, проводять повернення помилково або надмірно сплачених платежів, формують розрахункові документи і проводять відшкодування податку на додану вартість на підставі висновків органів Державної податкової служби або судових рішень; здійснюють місячну, квартальну та річну звітність про виконання бюджету, надають інформацію про виконання державного бюджету за доходами та іншими надходженнями органам стягнення.

Отже, Державна казначейська служба України, як орган виконавчої влади має розгалужену систему територіальних управлінь по всій державі, які здійснюють облік всіх бюджетних коштів, контролюють їх рух та знаходження й визначають фактичну наявність бюджетних коштів на усіх рівнях. Органи Державної казначейської служби засвідчують результат правовідносин з виконання місцевих бюджетів, оскільки вони ведуть облік усіх надходжень, що належать місцевим бюджетам. Державна казначейська служба та її управління здійснюють діяльність спрямовану на збір та концентрацію бюджетних коштів в єдиній системі рахунків, створюють та надають інформацію про стан виконання бюджетів, що дає можливість оцінити якість складеного бюджетного плану та його ефективність; перші на практиці виявляють недоліки бюджетного плану на поточний період, про що терміново повідомляють відповідний орган влади; сприяють погашенню внутрішньо-касових розривів, що сприяє економії бюджетних коштів.

АНДРІЙЧУК А. В.

Чернівецький факультет

Національного університету «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права

ТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ РОЗМЕЖУВАННЯ ФУНКЦІЙ ТА ПОВНОВАЖЕНЬ НАЦІОНАЛЬНОГО БАНКУ УКРАЇНИ

Саме у функціях та повноваженнях проявляється сутність конкретного органу, його природа та соціальне призначення. На сьогоднішній день, у науковій та юридичній літературі, а також у деяких нормативно-правових актах, часто зустрічається розбіжності щодо визначення функцій та повноважень того чи іншого органу. Не виключенням є і формулювання функцій та повноважень Національного банку України — нечітке розкриття та «плутання» їх змісту, отождоження один з одним.

Функції та повноваження Національного банку України (банку) прописані у законі України «Про Національний банк України». Безумовно, їх чітка регламентація допомагає зрозуміти особливості правового становища Національного банку України та взаємодії його органів.

Щодо функцій Національного банку — ми можемо детально їх розглянути за допомогою ст. 7 вищевказаного закону. А от повноваження Банк виконує за допомогою таких своїх органів, як Рада Національного банку та Правління Національного банку. Тому, можемо зробити

висновок, що «функція» — це категорія, яка належить Банку, як центральному органу державного управління в цілому, а «повноваження» законодавцем визначається як дещо вужче поняття і має більше відношення до органів Національного банку — Ради та Правління.

Лише всебічне дослідження даної тематики, перш ніж перейти до характеристики та аналізу функцій та повноважень Національного банку України, дозволить розмежувати ці дві категорії та зрозуміти суть кожної. Для цього необхідно розглянути теоретичний аспект функцій та повноважень.

У загальній теорії держави та права функції прийнято розглядати, як «основні напрямки діяльності», «визначена робота», «коло діяльності» тощо. У контексті нашої теми доцільно брати до уваги визначення, що стосуються функцій органу державного управління та функцій держави загалом. Таке рішення обґрунтовується тим, що закон України «Про національний банк України», який детально регламентує правовий статус Національного банку України, визначає: «Національний банк України є центральним банком, особливим центральним органом державного управління». Саме тому, досить актуальним для характеристики функцій Національного банку є наступне визначення, яке міститься у юридичній енциклопедії. Функції державного управління — це внутрішньо однорідні, самостійні, спеціалізовані частини управлінської діяльності, що характеризуються цільовою спрямованістю (В. К. Гіжевський, В. В. Головченко. Популярна юридична енциклопедія. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — 528 с.).

Цілком погоджуємося з російською вченою І. Л. Бачило, яка у своєму підручнику «Функції органів управління. Правові проблеми оформлення та реалізації» справедливо зазначає, що «функції визначають, що робить орган. Здійснюючи визначені для нього функції та повноваження, він реалізує свою компетенцію, діє у відповідності до неї та в її межах». (Бачило И. Л. *Функции органов управления. Правовые проблемы оформления и реализации* / И. Л. Бачило. — М.: Юрид. лит., 1976. — 200 с.)

Держава задля здійснення своїх основних завдань, що обумовлені її соціальною сутністю, виконує багато функцій — політичну, правову, економічну, соціальну тощо. Національний банк України є одним із основних інструментів, за допомогою яких відбувається реалізація функцій держави, як внутрішніх, так і зовнішніх. Саме тому, функції Національного банку можна розглядати і як вид функцій держави.

Функції держави - це основні напрями діяльності держави, що розкривають її соціальну сутність і призначення в суспільстві (Молдован В. В., Чулінда Л. І. *Правознавство* 2-ге вид. — Навчальний посібник / В. В. Молдован, Л. І. Чулінда. — К.: Центр

учбової літератури, 2010. — 184 с.). Схоже визначення надають і автори Зайчук О. В. та Оніщенко Н. М. вказуючи, що: «основні функції сучасної держави — це визначені її соціальним призначенням основні напрями діяльності держави» (Зайчук О. В., Оніщенко Н. М. Теорія держави і права. Академічний курс. Підручник / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 688 с.).

Аналогічні за змістом і визначення російських вчених. Функції держави — це основні напрямки діяльності держави щодо вирішення цілей та завдань, які стоять перед нею (Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права: учебник. / Н. И. Матузов, А. В. Малько. — Юристы, 2004. — 512 с.). Алексеев С. С. визначає функції держави, як основні напрямки її діяльності, що виражають суть та соціальне призначення, цілі та задачі держави щодо управління суспільством у властивих їй формах та властивими їй методами (Алексеев С. С. Теория государства и права. Учебник для юридических вузов и факультетов/ С. С. Алексеев. — М.: Норма, 2005. — 496 с.).

Що ж до повноважень, то загально відомо, що це сукупність прав та обов'язків. Сміливо можна стверджувати, що така категорія є ознакою приналежності розглядуваного правового інституту до публічного права. Адже, найважливішою умовою задоволення суспільних інтересів є те, що кожний орган публічної влади повинен точно знати, що він може робити, а що — ні, а також знати умови та межі своєї діяльності. Вся діяльність юридичних осіб публічного права визначається набором їх повноважень.

Як зазначалось вище, свої повноваження Банк виконує за допомогою Правління та Ради. Так, ст. 9 ЗУ «Про Національний банк України» визначає повноваження Ради, і серед них: здійснення контролю за проведенням грошово-кредитної політики; прийняття рішення про збільшення розміру статутного капіталу Національного банку та ін. Повноваження ж Правління визначені у ст. 15: прийняття рішень щодо банківського нагляду та регулювання, затвердження штатного розпису Національного банку та форми оплати праці тощо.

Отже, враховуючи вищевикладене, можна сформулювати висновок, згідно якого Національний банк України виконує свої функції як єдиний орган, а повноваження — це особливість Правління Банку та його Ради. Тому, недоречним буде словосполучення «повноваження Національного банку України», оскільки, відповідно до Закону повноваженнями наділяються Правління та Рада Національного банку, а сам Банк виконує функції. Разом з тим, повноваження та функції тісно взаємопов'язані і не можуть існувати один без одного, адже перші завжди направлені на виконання останніх.

БЕРЕЗОВСЬКА С. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри адміністративного та фінансового права, аспірант

ПРОБЛЕМИ ФІНАНСОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЩОДО УПРАВЛІННЯ КОМУНАЛЬНИМИ СУБ'ЄКТАМИ ГОСПОДАРЮВАННЯ ТА ПІЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ

Аналіз наукової літератури та нормативно-правових актів, дозволив нам встановити, що на теперішній час, в сфері фінансової діяльності органів місцевого самоврядування щодо управління комунальними підприємствами, установами та організаціями, існує ряд проблем, таких, на наш погляд, як: 1) відсутність законодавчого акту, який би закріплював об'єкти комунальної власності, порядок діяльності органів місцевого самоврядування щодо них, а також порядок діяльності цих органів щодо управління комунальними підприємствами, установами та організаціями; 2) неоднакова роль бюджетних коштів у фінансуванні окремих підгалузей комунального господарства. Повністю за рахунок бюджетних асигнувань фінансується дорожнє господарство, озеленення та прибирання територій населених пунктів. Водопровідно-каналізаційне господарство одержує бюджетні кошти лише на капітальні вкладення, а міський пасажирський транспорт, житлове господарство і теплоенергетика для опалення житлових будинків потребують виділення бюджетних дотацій. Адже діяльність цих комунальних підприємств через несплату населенням таким підприємствам за послуги, які ними надаються, невідшкодування їм в повному обсязі їхніх втрат при наданні послуг на пільгових умовах відповідним категоріям осіб, є в більшій мірі збитковою, що негативно впливає на якість послуг, які вони повинні надавати та надають населенню та на їх діяльність в цілому; 3) заборгованість населення за надані послуги, велика кількість комунальних пільговиків; 4) неповне відшкодування вартості послуг житлово-комунальних підприємств установленими тарифами; 5) монопольне становище більшості підприємств, що не створює стимулів для здешевлення собівартості послуг, зменшення витрат енергетичних ресурсів і непродуктивних видатків; 6) не виконання комунальними підприємствами своїх обов'язків, тобто досить часто, на теперішній час, спостерігається надання такими підприємствами неякісних комунальних послуг населенню або взагалі їх не надання, а також при цьому необґрунтоване зростання вартості таких послуг, що призводить до несплати за такі послуги, адже громадяни в такому разі вважають: «навіщо платити за послуги, які ми не отримуємо взагалі або отримуємо

неналежної якості». Таке потім призводить до зменшення прибутку комунальних підприємств і до зменшення доходів бюджетів місцевого самоврядування в частині, яка формується за рахунок податку на прибуток підприємства таких підприємств та частини їхнього прибутку, а також відповідно — до збільшення видатків з таких бюджетів на забезпечення існування таких підприємств та здійснення ними діяльності; 7) обсяг грошових коштів, які є у розпорядженні комунальних суб'єктів господарювання є недостатнім для забезпечення як їх розвитку, так і для поточного утримання; 8) відсутність достатньої кількості грошових коштів, які необхідні для проведення заходів зі збереження житлового фонду, які є необхідним для забезпечення реалізації конституційного права громадян на достойні умови життя; 9) інші.

Вирішення вищезазначених проблем, на наш погляд, можливе у разі:

1) необхідно доопрацювати та прийняти розроблений ще у 2008 році проект Закону України «Про комунальну власність в Україні» (Про комунальну власність в Україні: проекту Закону України від народних депутатів України від 2008 р. № 2617 // [Електронний ресурс]: — // Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua>.), в якому слід закріпити порядок здійснення органами місцевого самоврядування діяльності щодо управління комунальними установами, підприємствами та організаціями, та який буде регламентувати механізми цільового використання комунального майна, визначати об'єкти права комунальної власності тощо. Слід відмітити, що прийняття даного закону та необхідність законодавчого врегулювання цих питань також вказується в Постанові КМУ «Про затвердження Державної стратегії регіонального розвитку на період до 2015 року» від 2006 року (Про затвердження Державної стратегії регіонального розвитку на період до 2015 року: Постанова Кабінету Міністрів України від 21.07.2006 р. // [Електронний ресурс]: — // Режим доступу:), зокрема, зазначається, що з метою зміцнення матеріальної бази органів місцевого самоврядування та підвищення рівня їх ресурсного забезпечення необхідно у першочерговому порядку вирішити питання щодо: законодавчого визначення статусу об'єктів комунальної власності та об'єктів спільної власності територіальних громад;

2) забезпечення органами місцевого самоврядування своєчасного якісного, та обґрунтованого надання комунальними підприємствами, установами та організаціями комунальних послуг, а також виконання ними їхніх обов'язків, адже якісні та своєчасно надані послуги населенню: а) спонукатимуть населення та суб'єктів господарювання своєчасно та в повному обсязі платити за такі послуги; б) дозволить встановити ефективний механізм відповідальності за несплату за такі надані послуги та реалізовувати його; в) якщо все населення та суб'єкти

господарювання, які отримують комунальні послуги, будуть платити за них, то комунальні підприємства не будуть збитковими, а навпаки будуть прибутковими, що дозволить їм виконувати свої обов'язки в повній мірі, а частка доходів відповідних бюджетів місцевого самоврядування збільшиться від прибутку таких підприємств, а також, відповідно, це дозволить зменшити обсяг видатків з бюджетів місцевого самоврядування на фінансування даних суб'єктів господарювання;

3) повної компенсації комунальним підприємствам витрат за надані ними пільги, гарантовані державою, певним громадянам;

4) впорядкування наданих пільг з оплати послуг та джерел їх фінансування;

5) впровадження ресурсозберігаючих технологій з метою здешевлення вартості житлово-комунальних послуг та відповідного зниження тарифів;

6) сприяння залученню інвестицій для розвитку організацій з обслуговування і ремонту об'єктів житлово-комунального господарства;

7) запровадження диференційованої плати за утримання житла та надання послуг з урахуванням інженерного обладнання будинків;

8) розвитку лізингу у сфері житлово-комунального господарства;

9) здійснення органами місцевого самоврядування ефективного контролю за діяльністю таких підприємств, установ та організацій та використання ними коштів з відповідних бюджетів.

БЕСПАЛОВА А. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри адміністративного та фінансового права

ПОДАТКОВІ СУДИ США ТА КАНАДИ

Вивчаючи досвід податкового адміністрування зарубіжних країн, зокрема США та Канади, неможливо оминати увагою таку інституцію, як податковий суд.

Так, Податковим судом США розглядається більшість податкових спорів відповідно до ст.ст. 6214, 6215 Кодексу внутрішніх доходів (IRC), Правил та процедур розгляду в Податковому суді (Rules of Practice and Procedure. United States Tax Court. — [Electronic resource]. — Code of access:). Податковий суд США являє собою єдину судову інстанцію, де платники податків можуть оскаржувати свою заборгованість за податковими платежами без попередньої оплати і подальших позовів про відшкодування. Свою діяльність Податковий

суд США розпочав з 1924 р. як Податкова апеляційна колегія — незалежне агентство виконавчої гілки влади, яка у 1942 р. перейменована у Податковий суд США (U. S. Tax Court), проте ця зміна назви (і одночасне перетворення його «членів» на «суддів» не супроводжувалася змінами у його статусі). У 1964 р. установі було надано статусу апеляційного суду згідно зі ст. I Конституції США. Тоді ж він дістав свою теперішню назву. Податковий Суд США складається з 19 суддів, які призначаються Президентом на п'ятнадцятирічний термін виключно на підставі здатності виконувати посадові обов'язки з подальшим затвердженням Сенатом. За традицією, кожний суддя являє собою окреме відділення. Окрім 19 постійних суддів, до складу суду входять кілька спеціальних процесуальних суддів, яких призначає головуючий суддя. Спеціальні процесуальні судді можуть ухвалювати судові рішення щодо справ, де йдеться про деклараторні рішення (рішення за встановленим позовом), у справах з незначними сумами та в інших справах, де суми несплати чи переоплати перевищують 10 000 доларів, а також інші справи, за якими спеціальні процесуальні судді готують констатуючу частину рішення і власне рішення та подають це на розгляд постійного судді, який погоджується або відхиляє такі рішення. Основне місце розташування суду — Вашингтон, округ Колумбія, проте судді їздять по країні, проводячи виїзні засідання суду майже в 60 містах. Основна функція Податкового суду — перегляд визначеної суми заборгованості за податковими зобов'язаннями, встановленої Податковим управлінням. Її можна виконати тільки якщо: 1) заборгованість безпосередньо встановлена Податковим управлінням; 2) платник податків заздалегідь повідомлено про це; 3) платник податків протягом встановленого терміну подає до Податкового суду позовну заяву про перегляд визначеного розміру заборгованості за податковими зобов'язаннями. Таким чином, Податковий суд має судові, а не законодавчі чи адміністративні повноваження. Метою його створення Конгресом було тлумачення застосування законів про внутрішні державні прибутки в разі виникнення суперечок між платниками податків та урядом. (Шишкін В. І. Податковий суд США / Віктор Іванович Шишкін // Право України. — 1995. — №.2 — С. 19–20). Одночасно з цим, варто акцентувати увагу на тому, що будь-який податковий спір може бути розглянуто в судовому порядку тільки після проходження сторонами обов'язкової процедури досудового врегулювання спору (Белоусов, А. В. Процедуры разрешения налоговых споров по законодательству США: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.14/ Белоусов Андрей Владимирович. — М., 2008. — с.71–73), тобто адміністративна процедура розгляду спору є обов'язковою, на відміну від практики, яка склалася в Україні, та передбачає вибіркове вирішення податкових

спорів, або шляхом адміністративного оскарження, або — судового, при цьому жодна процедура не виключає одна одну.

Податковий суд Канади створений у 1983 р. та покликаний здійснювати незалежний перегляд рішень Агенства з мит та зборів Канади. Податковий суд Канади має регіональні відділення в містах Торонто, Ванкувер та Монреаль та власні представництва в більш ніж 80 населених пунктах країни. Основним завданням Податкового суду Канади є розв'язання спорів між особою та корпорацією, з одного боку, та Урядом Канади, з іншого, з питань, віднесених до його відання. В Канаді також платник податків не вправі звертатися до Податкового суду до розгляду скарги в адміністративному порядку (Кучеров И. И. Налоговое администрирование и борьба с уклонением от уплаты налогов в канаде / «Налоговый вестник». — 2002, № 12. — [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.lawmix.ru/bux/127426/>). Суд має виняткову юрисдикцію з розгляду і вирішенню звернень до суду з питань, що виникають з Закону про збір за безпеку повітряних мандрівників (the Air Travellers Security Charge Act), Канадський пенсійний план (the Canada Pension Plan), Закон про експорт та імпорт культурної власності (the Cultural Property Export and Import Act), частини V.1 Закону про мито (Part V.1 of the Customs Act), Закону про страхування зайнятості (the Employment Insurance Act), Закону про акцизи (the Excise Act), 2001, частини IX Закону про акцизний податок (Part IX of the Excise Tax Act), Закон про прибутковий податок (the Income Tax Act), Закон про безпеку старості (the Old Age Security Act), Закон про податок з доходу від нафти і газу (the Petroleum and Gas Revenue Tax Act), Закон про збір з експорту продукції з хвойної деревини та пиломатеріалів (the Softwood Lumber Products Export Charge Act), 2006 року, у випадках, передбачених зазначеними законами (Tax Court of Canada Act (R. S. C., 1985, c. T-2). — [Electronic resource] — Code of access: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/T-2/FullText.html>). Рішення Податкового суду Канади можуть бути оскаржені у Федеральному апеляційному суді Канади (Политический атлас. — Электронный ресурс — Режим доступа: <http://www.pe-a.ru/ca/courts>).

Така спільна характеристика податкових судів як обов'язковість проходження досудової процедури оскарження рішення податкового органу має певні протиріччя. З одного боку, такий підхід покликаний зменшити навантаження на податкові суди й тим самим зменшити можливість зловживання правом з боку платників податків. Однак, з іншого боку, обов'язковість адміністративного оскарження рішення фіскального органу перед процедурою судового оскарження суперечить статті 55 Конституції України, частина 2 якої передбачає, що кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності

органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Також, вважаємо, що така система в Україні створювала б додаткові перешкоди на шляху платника податку до захисту своїх законних прав, наприклад, у вигляді втрати часу.

СИДОРУК Р. А.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри адміністративного та фінансового права, аспірант

ДО ПИТАННЯ ПРО ОБ'ЄКТ ПОДАТКОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

Податкові правовідносини як і будь-які правовідносини мають свою структуру, яка складається із взаємопов'язаних елементів: суб'єкта, об'єкта та змісту. Відсутність хоча б одного із цих елементів свідчить про неможливість виникнення самих правовідносин. Так, в теорії права досліджувалися безоб'єктні правовідносини, проте дані позиції не знайшли підтримки у більшості науковців. Тому виключення об'єкта правовідносин призведе до зникнення правовідносин. В теорії податкового права відсутня єдина точка зору щодо визначення об'єкта податкових правовідносин, тому виникає необхідність в комплексному аналізі та формуванні цілісного підходу щодо даного питання.

Необхідно зазначити, що податкові правовідносини, будучи суспільними відносинами, врегульованими нормами права, безпосередньо чинять вплив на об'єкт правовідносин через фактичний зміст правовідносин, тобто через поведінку учасників. Тому в юридичній науці виникла розбіжність чи відносити до об'єктів правовідносин не лише матеріальні об'єкти, а ще й поведінку учасників правовідносин. Так, в теорії права існують дві основні теорії об'єкта правовідносин: моністична та плюралістична (Толстой Ю. К. К теории правоотношения. — Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1959, с. 67). Прихильники плюралістичної теорії визнають множинність об'єктів правовідносин. Представники іншої теорії об'єктом правовідносин вважають поведінку зобов'язаної особи. З приводу цього слушною є точка зору С. С. Алексєєва, який, здійснюючи поділ правовідносин на правовідносини активного та пасивного типу, зазначив, що суттєвою особливістю об'єктів у правовідносинах активного типу є те, що вони завжди виступають у вигляді результату дій зобов'язаної особи (Алексєєв С. С. Проблемы теории права: курс лекций: в 2 т. — Свердловск, 1972. — Т. 1. Основные вопросы общей теории социалистического права. — с. 158).

У теорії податкового права деякі дослідники об'єкт податкових правовідносин зводять виключно до матеріальних речей. Так, С. Д. Ципкін вважає, що оскільки суб'єкти податкових правовідносин вступають у відносини з приводу конкретного платежу, то сума цього платежу і є основним об'єктом (предметом) податкових правовідносин (Ципкін С. Д. Доходы государственного бюджета СССР. Правовые вопросы. — М., 1973, с. 61). Однак, є податкові правовідносини, які безпосередньо не пов'язані зі сплатою податків та зборів. Зокрема, це стосується контрольних податкових правовідносин (наприклад, облікових).

Іншої позиції дотримується І. А. Ларютина, яка до об'єктів міжнародних податкових правовідносин відносить отримані платником податків доходи, прибуток, майно, на оподаткування яких можуть претендувати декілька держав (Ларютина И. А. Избежание двойного налогообложения и уклонение от уплаты налогов в международном налоговом праве. Автореферат на соискание ученой степени кандидата юридических наук. — М., 2002, с. 15). Але в даному випадку об'єкт податкових правовідносин прирівнюється до об'єкта оподаткування, що є недоцільним. Дані поняття взаємопов'язані, зокрема, поява об'єкта оподаткування повинна розглядатися як юридичний факт, що спричиняє виникнення, зміну чи припинення податкових правовідносин.

Досить переконливою є позиція О. С. Іоффе, який зазначив, що у правовідносинах є юридичний і матеріальний об'єкти. Під юридичним об'єктом він розумів поведінку зобов'язаних осіб, на яку правовідносини впливають безпосередньо; матеріальним об'єктом є речі, на які правовідносини впливають лише через поведінку їх учасників, але не прямо. Як вважає вчений, це дозволяє правильно визначити форми активного впливу права і правовідносин на суспільство, враховуючи, що не всі правовідносини мають матеріальний об'єкт, але всі правовідносини мають юридичний об'єкт (Іоффе О. С. Спорные вопросы учения о правоотношении // Избранные труды по гражданскому праву. — М.: Статут, 2000, с. 673—674, 680).

Поведінку як об'єкт податкових правовідносин виділяє і М. В. Карасьова, яка вважає, що об'єктом організаційних податкових правовідносин, позбавлених безпосередньо майнового змісту, є поведінка суб'єктів, спрямована на забезпечення встановленого порядку у сфері оподаткування (Карасева М. В. Финансовое правоотношение — М.: НОРМА, 2001, с. 145).

Досліджуючи поняття об'єкта податкових правовідносин, М. П. Кучерявенко вказує, що виокремлення як об'єкта податкових правовідносин тільки речей, матеріальних благ залишає за сферою податково-правового регулювання досить значну частину облікових, звітних відносин, що безпосередньо регулюють рух матеріальних

цінностей. Тому, аналізуючи категорію об'єкта податкових правовідносин, слід враховувати і діяльність податкових органів та платників податків (Кучерявенко М. П. Податкове право: підручник. — Х.: Право, 2013, с. 94).

Виділяючи у складі об'єкта податкових правовідносин діяльність (поведінку), виникає питання щодо розмежування об'єкта та матеріального змісту правовідносин. В. Д. Чернадчук зазначає, що дії не можуть бути об'єктом правовідносин, оскільки вони врегульовані бюджетно-правовою нормою і є об'єктом правового регулювання. Об'єктом правовідносин є результат дій, на який і спрямована поведінка суб'єкта (Чернадчук В. Д. Стан та перспективи розвитку бюджетних правовідносин в Україні: монографія. — Суми: Університетська книга, 2008, с. 298). Тобто не сама діяльність (поведінка), а результат діяльності буде юридичним об'єктом в тому числі і податкових правовідносин. Однак неможливо зводити об'єкт податкових правовідносин лише до результатів діяльності, оскільки це призведе до розширення сфери правового регулювання і до виникнення різних видів правовідносин. Тому вважається переконливим позиція, відповідно до якої вирішальний вплив на поведінку тих чи інших учасників правовідносин здійснює матеріальний об'єкт — сам грошовий платіж у формі податку чи збору.

Таким чином, враховуючи виражені позиції відносно об'єкта податкових правовідносин, вважаємо, що матеріальним об'єктом податкових правовідносин буде грошовий платіж у формі податку чи збору, сплачений до відповідного бюджету, оскільки саме цей об'єкт свідчить про майновий характер податкових правовідносин та зумовлює специфіку механізму правового регулювання. Саме такий обов'язковий платіж задовольняє публічно-фінансовий інтерес. Однак відповідний об'єкт не завжди буде присутній в деяких видах податкових правовідносин, тому необхідно враховувати результат діяльності учасників правовідносин (юридичний об'єкт), пов'язаний зі справлянням податків та зборів.

КОЙЧЕВА О. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри адміністративного та фінансового права

КОНСТИТУЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ РАХУНКОВОЇ ПАЛАТИ

Досі невирішеним питанням для політиків і громадян, залишається розуміння Рахункової палати, як органу фінансового контролю з особливим статусом, що знаходиться поза урядовим фінансовим контролем. Одразу виникає запитання, навіщо дублювати повноваження зі здійснення контролю? Для спростування цієї точки зору необхідно визначити статус та повноваження цієї інституції. Ст. 98 Конституції України закріплює, що контроль від імені Верховної Ради України за надходженням коштів до державного бюджету України та їх використання здійснює Рахункова палата. Профільний закон визначає цю інституцію як постійно діючий орган контролю, який утворюється Верховною Радою України, підпорядкований і підзвітний їй. Основною діяльністю цього органу однозначно виступає контроль — це витікає з усіх законодавчих джерел. Нас зацікавили питання щодо повноважень Рахункової палати, які закріплені в Конституції України.

Контроль за надходженням коштів до бюджету з боку Рахункової палати мав досить фрагментарний характер. Положення Конституції про виконання Рахунковою палатою контролю за доходами державного бюджету містилося в редакції Конституції від 2004 року. Але після відміни конституційної реформи в 2010 році, редакція статті 98 Основного закону змінилася, а Рахункова палата втратила повноваження контролю за доходами. 19 вересня 2014 року Верховна Рада України прийняла в цілому проект закону № 2049 «Про внесення змін до статті 98 Конституції України (щодо повноважень Рахункової палати)», та закріпила контроль і за надходженням коштів до бюджету. Розширення конституційної компетенції Рахункової палати в частині наділення її повноваженням щодо здійснення контролю, не лише за використанням коштів, а й за їх надходженнями до Держбюджету України дає змогу забезпечити повноцінний парламентський контроль за його виконанням.

Прозорий контроль за тим, скільки потрапляє і скільки витікає з казни держави, є цілком логічним, природним і об'єктивним процесом, і він діє в усіх цивілізованих країнах.

Необхідність розширення горизонтів контролю за доходами продиктована міжнародними вимогами. В усьому світі триває вдосконалення системи контролю державних ресурсів у взаємопов'язаному форматі «доходи-видатки».

Рахункова палата була єдиним не тільки в Європі, а й світі вищим органом фінансового контролю, який не контролював бюджетний процес у повному обсязі. І це потрібно було виправити на законодавчому рівні, з огляду на міжнародний авторитет нашої держави, Рахунковій палати зокрема, а також виходячи з прагнення України поглиблювати демократичні процеси та інтегруватися у Європейське співтовариство (Р. Магнута: «Контроль — найважливіший елемент у сфері державних фінансів», Голос України. — № 188. — 9 жовтня 2013 р.).

Відсутність у Рахунковій палаті можливості контролювати надходження до державного бюджету створювала підґрунтя для корупційних схем органами виконавчої влади. Внесення змін до ст. 98 Конституції України необхідно розглядати як крок до подолання корупції та законного наповнення державного бюджету податковими та митними органами, діяльність яких буде контролюватися.

Експерти вважають, що надання Рахунковій палаті права контролювати доходи та розходи коштів державного бюджету допоможе забезпечити право українського суспільства на отримання об'єктивної, прозорої та повної інформації про стан національної економіки та державних фінансів.

Не зважаючи на зміни в Конституції, ст. 110 Бюджетного кодексу України залишилася без змін, і до повноважень Рахунковій палаті належить здійснення контролю за використанням коштів Державного бюджету України, в тому числі на обслуговування і погашення державного боргу. Спостерігаючи ці законодавчі невідповідності нагальною виступає необхідність реформування усього законодавства, яке стосується діяльності Рахунковій палаті. Перш за все необхідно розробити новий закон «Про Рахункову палату», який має унормувати статус цієї інституції, як вищого органу зовнішнього аудита, а також деталізувати сферу розширення її повноважень з контролю за доходами.

Проведення контролю за виконанням як дохідної, так і видаткової частин державного бюджету є вимогою основоположних міжнародних документів у сфері контролю державних фінансів. Лімська декларація керівних принципів аудита державних фінансів, яка була ухвалена IX Конгресом INTOSAI ще 1977 року та Мексиканська декларація незалежності вищих органів фінансового контролю, прийнята 2007 року передбачають надання права вищим органам фінансового контролю, яким в Україні є Рахункова палата, здійснювати контроль за доходами та видатками.

Контроль за доходами суттєво поліпшить механізм пошуку додаткових джерел поповнення бюджету та сприятиме більш обґрунтованим пропозиціям з приводу планування Державної бюджету та здійснення фінансової політики держави. Рахункова палата має виступати

потужним борцем з корупцією та нецільовим витрачанням державних коштів, більшість з яких формується за рахунок громадян. Для досягнення покладених цілей необхідно здійснювати повноцінний державний контроль, що поширюється на весь бюджетний процес.

Отже, Рахункова палата, як складна державна інституція потребує, окрім ефективного управління, передусім, належного правового забезпечення, шляхом закріплення чіткої, виваженої, послідовної позиції законодавця щодо її статусу та повноважень. Враховуючи професійний досвід Рахункової палати в міжнародних організаціях та високу оцінку її діяльності залишається сподіватися, що у найближчому майбутньому позитивні зміни відчує як держава Україна, так і її громадяни.

Розділ 2

ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

КРУСЯН А. Р.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
завідувач кафедри конституційного права,
доктор юридичних наук, професор

КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ І ДЕМОКРАТІЯ: КОНЦЕПЦІЯ СПІВВІДНОШЕННЯ

Переконана та усвідомлена повага до конституційних цінностей і пріоритетів, визнання верховенства права, прав, свобод і самоцінності людини, принципів демократії та демократизму як основних орієнтирів, що зумовлюють сутність та спрямованість розвитку сучасного суспільства, обумовлюють звернення до проблематики конституціоналізму, становлення та розвиток якого є метою сучасних конституційних перетворень в Україні.

Методологічно визначальним є те, що конституціоналізм діалектично пов'язані з теорією демократії, незважаючи на те, що класичні теорії демократії та конституціоналізму ґрунтуються на різних за своєю природою та спрямованістю постулатах.

Так, конституціоналізм базується на класичних ідеях лібералізму (та неолібералізму), зокрема, таких як: обмеження влади держави та максимально можлива в організованому соціумі свобода людини, яка є самоцінною і, як наслідок, володіє широким спектром прав і свобод, що гарантуються, забезпечуються і охороняються (захищаються) публічно-владними структурами.

Теорія демократії ґрунтується на постулаті, що народ є першоосновою і джерелом влади в суспільстві. Уніфікованим підходом до визначення класичної демократії та демократизму (як прояву теорії демократії та слідування її ідеям) є їх отождолення, чи детермінованість з народовладдям при аксіоматизації інтересів та волі більшості. Отже, функціонально-практична спрямованість теорії демократії — це визначення джерела влади в суспільстві, яким є народ, та концептуалізація статусу владного суверена. Теорія лібералізму спрямована на утвердження особистої свободи та обмеження державної влади. Втім,

представляється теоретично вірним та практично доцільним обґрунтувати зв'язок конституціоналізму та демократії.

У сучасній науці виділено і обґрунтовано різні типи і форми демократії: «античну демократію», «сучасну демократію», «нові демократії», «конституційну демократію», «демократію диктатури пролетаріату», «суспільну демократію», «суверенну демократію», «плебісцитарну демократію», «ідентитарну демократію», «тоталітарну демократію», «елітарну демократію», «консоціативну демократію» тощо. Водночас, системний аналіз наукових напрацювань у цій сфері є підставою утвердження, що розвиток теорії демократії характеризується тенденцією її «лібералізації». Зокрема, обґрунтовуються концепція «ліберальної демократії», «ліберально-демократичні» ідеї, течії тощо.

Вказане, а також сучасні теорія і практика конституціоналізму надають підстави щодо обстоювання та аргументації діалектичного зв'язку науково-практичної парадигми конституціоналізму та демократії. При цьому слід констатувати, що «демократія» визначається багатоаспектно, як: народовладдя, форма держави, форма і принципи організації політичних партій і суспільних об'єднань, політичний режим, політичний світогляд і політична цінність, політичний процес, принцип міжнародного права.

У науково-практичній парадигмі сучасного українського конституціоналізму концепт демократії об'єктивується в двох формах: по-перше, проявляється в демократично-правовій сутності конституціоналізму; по-друге, демократизм є одним з принципів конституціоналізму.

Демократія як влада народу, в контексті сутності конституціоналізму, повинна забезпечувати, крім всього іншого, інтереси меншості та прав і свобод людини, її слід розглядати як баланс між повагою волі більшості і захистом прав меншості, підтримкою та утвердженням прав та свобод людини і громадянина. Виміром демократизму, як виразу сутності конституціоналізму, є народовладдя, спрямоване на забезпечення прав та свобод людини, визнання її цінності та індивідуальної свободи. Це може бути практично можливим тільки за умови обмеження публічної влади владою права, основою на ньому конституцією і правовими законами. Отже, можна зробити висновок, що сутність сучасного конституціоналізму є демократичною, в поєднанні з правом — демократично-правовою.

Сутність сучасного конституціоналізму є тим універсальним феноменом, який опосередковує його принципи, одним з яких є принцип демократизму, в якому об'єктивується теорія та практика сучасної демократії.

Демократизм як принцип сучасного українського конституціоналізму має складну природу, багатогранний зміст і багатоаспектне

вираження, що дає змогу запропонувати для позначення цього принципу таку вербальну конструкцію, як «конституційний демократизм». Принцип конституційного демократизму об'єктивується в таких явищах та формах: демократичність конституції як акта установчої влади народу; конституційно-демократична форма організації публічної влади, за якої влада належить народу (народовладдя), у поєднанні з правовою системою юридичних обмежень публічної влади; конституційно-демократичний державний режим; демократичні способи та методи здійснення публічної влади на основі права і закону; визнання, забезпечення та захист конституційно-правової свободи людини; утвердження політичної та ідеологічної різноманітності.

Отже, демократія у контексті науково-практичної парадигми конституціоналізму є соціально-політичною умовою та водночас засобом формування та розвитку демократичної конституційної держави, однією з основних ознак якої, поряд з конституційним визнанням народу джерелом державної влади, демократичними способами організації та здійснення публічної влади тощо, є утвердження конституційно-правової свободи людини, внаслідок чого досягається збалансованість інтересів людини, суспільства та держави. Звідси, демократичне оновлення суспільства в умовах конституційної модернізації України має означати не тільки широке проникнення ідей демократії у всі сфери суспільного та державного життя, а й становлення та розвиток українського конституціоналізму, який є метою сучасних конституційних перетворень.

ЛЮБЧЕНКО П. М.

Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого,
професор кафедри державного будівництва, доктор юридичних наук

ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ОРГАНІЗАЦІЇ МІЖМУНІЦИПАЛЬНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА

Питання міжмуніципального співробітництва набуває особливого значення в контексті пошуку найбільш оптимальних шляхів реформування місцевого самоврядування. Це стосується системи органів місцевого самоврядування, які повинні бути достатньо ефективними в реалізації власних повноважень і мати достатні ресурси для їх здійснення, а також адміністративно-територіального устрою, удосконалення якого має сприяти покращенню роботи місцевих органів влади в цілому. Перед органами місцевого самоврядування стоять виклики,

які неможливо вирішити без об'єднання їх зусиль, а тому альтернатив міжмуніципальному співробітництву не так уже й багато. Разом з тим перепон на цьому шляху також немало, це: а) політичні розбіжності між місцевими радами, більшість у яких складають представники різних партій; б) складність юридичних процедур та форм міжмуніципальної співпраці; в) брак фінансових ресурсів; г) прагнення до незалежності та абсолютизація автономії; д) відсутність досвіду.

Розглядаючи проблеми міжмуніципальної співпраці їх умовно можна поділити на дві частини: правові й організаційні. Аналізуючи правову основу міжмуніципального співробітництва слід, насамперед, звернутись до Конституції України (ч. 2 ст. 142), яка надає право сільським, селищним, міським територіальним громадам об'єднувати об'єкти комунальної власності і кошти місцевих бюджетів. Конституційно закріплюються і умови такого об'єднання. По-перше, зазначена процедура може здійснюватися тільки на договірних засадах. По-друге, чітко визначена мета об'єднання цих об'єктів: виконання спільних для кількох територіальних громад проєктів чи спільне фінансування (утримання) комунальних підприємств, установ, організацій. При цьому, реалізуючи право на таке об'єднання, територіальні громади можуть створювати для цього відповідні органи і служби.

Закон «Про місцеве самоврядування в Україні» фактично відтворює зазначені конституційні положення, закріплюючи, що об'єднання на договірних засадах об'єктів права комунальної власності чи коштів місцевих бюджетів може здійснюватися не тільки територіальними громадами сіл, селищ, міст, а й територіальними громадами районів у містах. До того ж зазначається, що вирішувати це питання територіальна громада може як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування (ч. 3 ст. 60). Аналіз компетенції місцевих рад свідчить, що в ст.ст. 26 і 43 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» зазначені повноваження не закріплені. А от до відання виконавчих органів сільських, селищних, міських рад відносяться питання щодо об'єднання на договірних засадах коштів відповідного місцевого бюджету та інших місцевих бюджетів для виконання спільних проєктів або для спільного фінансування комунальних підприємств, установ та організацій, вирішення інших питань, що стосуються спільних інтересів територіальних громад (п. 6, ч. 1 ст. 28 Закон «Про місцеве самоврядування в Україні»).

Вказану прогалину в компетенції місцевих рад ліквідує Бюджетний кодекс України, який регулює порядок передачі коштів між місцевими бюджетами на здійснення видатків місцевих бюджетів, що не враховуються (ст. 92), а також враховуються (ст. 93) при визначенні обсягу міжбюджетних трансфертів. Передача коштів між місцевими бюджетами здійснюється на підставі рішень відповідних місцевих рад, прийнятих

кожною із сторін, і укладання договору. Усі договори про передачу коштів, що не враховуються при визначенні обсягу міжбюджетних трансфертів, укладаються до 1 жовтня, а ті що враховуються — до 1 серпня року, що передує плановому. Розмір переданих коштів на здійснення видатків місцевих бюджетів, що враховуються при визначенні обсягу міжбюджетних трансфертів, якщо інше не визначено договором, має бути пропорційний частці користувачів гарантованими послугами в повній вартості цих послуг, розрахованих за фінансовими нормативами бюджетної забезпеченості для органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування, який передає ці кошти. Отже, Бюджетний кодекс України регулює лише процес передачі певних ресурсів для виконання спільних завдань, однак порядок створення для їх реалізації відповідні органів і служб не визначено. Це питання необхідно врегулювати Законом «Про місцеве самоврядування в Україні».

Організаційні аспекти міжмуніципальної співпраці залежать від різноманітних чинників: географічних, демографічних, політичних, економічних, культурних, історичних та інших. Наприклад, чим вищий рівень децентралізації публічної влади, тим більше органи місцевого самоврядування потребують співпраці. У централізованій державі повноваження і ресурси органів місцевого самоврядування обмежені, а тому потреба у співпраці незначна.

Організаційно-правові форми міжмуніципального співробітництва пропонуємо поділяти на такі види: а) неформальне (без ухвалення рішень і укладення угод — зустрічі голів, службовців, проведення конференцій, семінарів інших заходів); б) формалізоване (на основі рішень і угод, направлене на реалізацію окремого проекту (однофункціональне) або на спільну діяльність в рамках певних програм (багатофункціональне)); в) союз громад (з високим ступенем інтегрованого територіального співробітництва щодо вирішення практично усіх питань місцевого значення, однак при цьому громади, які об'єдналися у союз не втрачають свого правового статусу).

Міжмуніципальне співробітництво — це відносини між двома і більше громадами, які регулюються угодою про співпрацю, укладеною уповноваженими органами на добровільній основі, з метою об'єднання зусиль для вирішення окремих (більшості) питань місцевого значення. Міжмуніципальне співробітництво вимагає від громад добровільного обмеження власної автономії заради підвищення якості життя громадян на відповідній території, воно має ґрунтуватися на чітких цілях і бажанні через посилення солідарності і партнерства досягти необхідного результату.

ПЕРЕЖНЯК Б. А.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
професор кафедри конституційного права,
кандидат юридичних наук, професор

РЕОРГАНІЗАЦІЯ І МОДЕРНІЗАЦІЯ ЦЕНТРАЛЬНИХ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ (НА МАТЕРІАЛАХ ОРГАНІВ УПРАВЛІННЯ НАУКОЮ І НАУКОВО- ТЕХНІЧНОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ)

Створення незалежної Української держави поставило перед управлінням наукою нові завдання. Виникла нагальна потреба в удосконаленні системи і структури державних і громадських органів управління останньою, організації наукових досліджень і розробок, підвищенні ефективності наукових досліджень.

З прийняттям 13 грудня 1991 р. Закону «Про основи державної політики в сфері науки і науково-технічної діяльності» в Україні почався процес створення правових основ державної політики в сфері науки та науково-технічної діяльності. Цей закон визначив правові, організаційні та фінансові засади функціонування і розвитку науково-технічної діяльності, забезпечення потреб суспільства і держави у технологічному розвитку (нині цей закон діє в редакції від 1 грудня 1998 р. під назвою «Про наукову та науково-технічну діяльність»).

25 червня 1993 р. Верховна Рада України прийняла Закон «Про науково-технічну інформацію», а 10 лютого 1995 р. — Закон «Про наукову та науково-технічну експертизу».

2. Концепція науково-технологічного та інноваційного розвитку України (1999 р.) визначає, зокрема, що національні інтереси України вимагають негайних та ефективних заходів, спрямованих на збереження її науково-технологічного потенціалу, забезпечення ефективнішого його використання для подолання кризових явищ у економічному та соціальному розвитку.

Перспективним напрямом вирішення проблем у цій сфері є перехід вітчизняного виробництва на інноваційний шлях розвитку. З урахуванням ситуації, що склалася, необхідно більш чітко визначити концептуальні засади державної науково-технологічної та у інноваційної політики.

Реалізація запропонованих у Концепції заходів повинна сприяти формуванню такої моделі організації науково-дослідних, дослідно-конструкторських робіт в Україні, яка б поєднувала в собі елементи ринкової економіки із збереженням гнучких важелів державного регулювання цією найважливішою сферою життєдіяльності суспільства.

3. З метою оптимізації системи центральних органів виконавчої влади, усунення дублювання їх повноважень, забезпечення скорочення чисельності управлінського апарату та витрат на його утримання, підвищення ефективності державного управління та відповідно до п. 15 ч. 1 ст. 106 Конституції України 9 грудня 2010 року було видано Указ Президента України № 1085/2010 «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади». Цим Указом дано старт першому етапу адмінреформи, який став важливою складовою загальноадміністративної реформи.

Ця реформа передбачає суттєві зміни в структурі виконавчої влади. Всього визначено 6 типів центральних органів виконавчої влади: Міністерство, Служба, Інспекція, Агентство, незалежні регулятори і органи зі спеціальним статусом.

Модернізація і реформування торкнулися і системи центральних органів виконавчої влади в сфері науки і науково-технічної діяльності.

Так, було утворено:

– Міністерство освіти і науки, молоді та спорту України, Державну службу інтелектуальної власності України, Державну службу молоді та спорту України, реорганізувавши Міністерство освіти і науки України, Міністерство України у справах сім'ї, молоді та спорту;

– Державне агентство з питань науки, інновацій та інформації України, реорганізувавши Державний комітет України з питань науки, інновацій та інформатизації.

Цим же указом було ліквідовано Вищу атестаційну комісію, поклавши її функції на Міністерство освіти і науки, молоді та спорту України.

Була затверджена нова Схема організації та взаємодії центральних органів виконавчої влади. Встановлено, що міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, що утворюються шляхом реорганізації інших центральних органів виконавчої влади, є правонаступниками органів, які реорганізується.

Указом Президента України від 24 грудня 2012 р. № 726/2012 «Про деякі заходи з оптимізації системи центральних органів виконавчої влади» було визначено такі центральні органи влади, діяльність яких спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України, зокрема: через Міністра освіти і науки, молоді та спорту України: Державна служба інтелектуальної власності України.

Зміни в системі центральних органів виконавчої влади, нові функції міністерств і відомств, переосмислення їхньої ролі у сфері управління соціально-культурним будівництвом викликають необхідність внесення відповідних змін у положення, що регламентують роботу цих органів, розробку нових положень про відповідні міністерства й відомства, забезпечення перерозподілу функціональних повноважень між

заступниками керівників міністерств і інших центральних органів виконавчої влади, передбачивши оптимізацію кількості зазначених посад. Актуальною проблемою залишається раціоналізація структури апарату управління (створення нових структурних підрозділів, ліквідація старих, їх злиття тощо).

4. Головним органом у системі центральних органів виконавчої влади із забезпеченням формування та реалізації державної політики у сферах науки, наукової, науково-технічної та інноваційної діяльності, інформації, формування і використання національних електронних інформаційних ресурсів, створення умов для розвитку інформаційного суспільства є Міністерство освіти і науки України. МОН діє на підставі Положення, затвердженого Указом Президента України від 25 квітня 2013 р.

Основними завданнями МОН України визначено забезпечення формування державної політики у зазначених сферах.

МОН України відповідно до покладених на нього завдань надано широкі повноваження у науковій та науково-технічній сферах.

5. 8 квітня 2011 р. було затверджено Положення про Державне агентство з питань науки, інновацій та інформатизації України (Держінформнауки України) — центральний орган виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністерство освіти і науки України.

Держінформнауки України входить до системи органів виконавчої влади та утворюється для реалізації державної політики у сфері наукової, науково-технічної та інноваційної діяльності, трансферу технологій, інформатизації, формування і використання національних електронних інформаційних ресурсів, створення умов для розвитку інформаційного суспільства.

Основними завданнями Держінформнауки України є:

реалізація державної політики у сфері наукової, науково-технічної, інноваційної діяльності, трансферу технологій, інформатизації, формування, використання і захисту державних електронних інформаційних ресурсів та створення умов для розвитку інформаційного суспільства; внесення на розгляд Міністра пропозицій щодо формування державної політики у зазначених сферах.

МІШИНА Н. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
професор кафедри конституційного права,
доктор юридичних наук, професор

ДО ПИТАННЯ ОНОВЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ЗАГАЛЬНІ ЗБОРИ ГРОМАДЯН ЗА МІСЦЕМ ПРОЖИВАННЯ

Демократичні перетворення в Україні обумовлюють перегляд існуючих та прийняття нових законів, які б активізували участь населення у вирішенні питань державного та місцевого значення. Особливо багато прогалин у цій сфері наразі стосується саме локальної демократії — так, давно потребує регламентації питання використання місцевих ініціатив.

16 грудня 2013 р. до Верховної Ради України було подано проект Закону «Про місцеві ініціативи», реєстр. № 3740 (далі — Законопроект). Він структурно складається з чотирьох розділів, що включають двадцять статей та прикінцеві положення. Метою Законопроекту є визначення правових засад, організації, порядку внесення на розгляд та прийняття рішень у порядку місцевої ініціативи з метою забезпечення прав громадян України вирішувати питання місцевого значення.

Позитивною рисою є те, що у разі прийняття Законопроекту ліквідується наявна у чинному законодавстві прогалина, яка поки що не дозволяє активно використовувати місцеву ініціативу як форму безпосередньої участі громадян у вирішенні питань місцевого значення. Це негативно відображається на спробах органів місцевого самоврядування залучити членів територіальної громади до взаємодії, а також знижує рівень довіри громадян до органів місцевого самоврядування. Фактично, у разі прийняття відповідного Закону, на місцевому рівні з'явиться нормативна база, яка дозволить вдаватись до місцевих ініціатив для виявлення потреб та проблем територіальної громади. На сучасному етапі на державному рівні не існує аналогічних нормативних актів, і тільки поодинокі місцеві ради врегулювали порядок використання місцевих ініціатив на відповідній території через Статути територіальних громад та поточні рішення.

Водночас, визначаючи у цілому доцільність прийняття запропонованого Законопроекту, варто виокремити ряд пропозицій та зауважень з метою його покращення.

Не досить вдалим є визначення місцевої ініціативи. По-перше, в одному рішенні двічі використовується слово «відповідний», що є стилістичною неточністю та «розмиває» сутність речення. По-друге, у

визначенні зазначено, що місцева ініціатива вноситься «у порядку, передбаченому Законом» (ст. 1 Законопроекту). А вже у ст. 2 йдеться про те, що «місцева ініціатива може бути внесена безпосередньо громадянами». Подальше знайомство з текстом Законопроекту надає підстави стверджувати, що він передбачає не безпосереднє внесення місцевої ініціативи, а її подання з дотриманням певного порядку.

До речі, передбачений Законом порядок внесення місцевої ініціативи навряд чи можна назвати позбавленим бюрократизму. Фактично, ст.ст. 2–11 (більша частина Законопроекту!) послідовно характеризують його стадії. Можливо, такий багатоступінний та тривалий процес внесення місцевої ініціативи може бути обґрунтованим, коли йдеться про неорганізоване населення. Але, виникає питання — чому населення, організоване у громадські об'єднання, органи самоорганізації населення, трудові колективи, має слідувати цьому порядку? Думається, логічним було б передбачити два процеси подання місцевих ініціатив, з урахуванням того, що у кожному селі, селищі, місті вже існують інститути громадянського суспільства, які об'єднують членів територіальних громад або за інтересами, або за територією проживання. Наприклад: місцева ініціатива може бути висунена на загальних зборах членів територіальної громади. Навряд чи доцільно після процедури скликання та проведення загальних зборів, де можна розглянути проєкт місцевої ініціативи та обрати ініціативну групу, починати процедуру подання місцевої ініціативи — оформлення місцевої ініціативи (вже відбулося), утворення ініціативної групи (вже обрана), збір підписів (загальні збори вже схвалили проєкт) тощо.

Ст. 2 Законопроекту передбачає, що місцева ініціатива може бути внесена громадянами, що зареєстровані в установленому порядку на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці до ради якої вона відноситься. Не досить зрозуміло, чому обмежуються права тих громадян, які не зареєстровані у цьому населеному пункті, але мають на праві власності нерухоме майно, чи громадян, які працюють у цьому населеному пункті, але не мають відповідної реєстрації. У разі небажання допускати цих громадян до використання місцевої ініціативи (що є дискримінаційним), можна передбачити, що розгляд їхніх ініціатив не є обов'язковим.

Ст. 6 регламентує утворення ініціативної групи. Однак, мінімальної та максимальної кількості членів цієї групи вона не передбачає. Ст. 7 встановлює, що ініціативна група утворюється на установчих зборах ініціативної групи, громадянами України, які є дієздатними та досягли 18 років. Навряд чи це кореспондує з вимогою статті 2 про наявність реєстрації на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці. Аналогічне зауваження можна адресувати ч. 4 ст. 9.

Ст. 16 передбачає, що тільки уповноважений представник ініціативної групи має право виступати на засіданнях комісій місцевої ради, виконавчих органів ради та пленарному засіданні ради із доповіддю з питання місцевої ініціативи та відповідати на запитання депутатів згідно з регламентом ради. Не дуже зрозуміло, чому інші члени ініціативної групи позбавлені такого права, а також що необхідно робити, якщо ініціативна група не може узгодити кандидатуру такого «уповноваженого». Фактично, майже усі члени ініціативної групи після подання проекту місцевої ініціативи взагалі не задіяні у подальшому процесі його просування. Навряд чи доцільно відстороняти їх від подальшої роботи над проектом місцевої ініціативи у раді.

Отже, поданий до Верховної Ради у грудні 2013 р. проект Закону України «Про місцеві ініціативи», реєстр. № 3740, у разі його прийняття матиме позитивний вплив на стан локальної демократії у державі. Однак, текст законопроекту не позбавлений певних недоліків, основні з яких розглянуто у тезах.

МАХНІЦЬКИЙ О. І.

Народний депутат України

СУДОВА ВЛАДА В УКРАЇНІ: ПОНЯТТЯ ТА ПРИНЦИПИ

У сучасних умовах конституційних перетворень в Україні судова влада як складний та багатогранний соціально-правовий феномен потребує комплексного підходу до її вивчення, адже розвиток сильної й розгалуженої системи органів судової влади є обов'язковою умовою формування і розвитку правової держави. Конституційна модернізація судової влади в Україні, яка стоїть на часі сьогодення, має ґрунтуватись на розумінні її сутності, змісту та ролі в процесі розвитку правової та демократичної державності.

Втім, у конституційно-правовій доктрині відсутня єдина, злагоджена позиція щодо визначення сутності, змісту та відповідного, уніфікованого поняття судової влади. Системний аналіз наукових підходів та доктрин щодо дефінювання судової влади надає можливість виокремити ряд напрямів сутнісно — змістовної характеристики судової влади.

Так, розповсюдженим є підхід, відповідно до якого судова влада ототожнюється з системою органів, що її опосередковують (такого підходу дотримуються Н. Власенко, Г. Мурашин, Ю. Дмитрієв, Г. Черемних та ін.).

У сучасній літературі виокремлюється й інший підхід щодо визначення судової влади, зокрема, її зміст виражається через специфіку владних повноважень судових органів чи форму судової діяльності (такого напрямку дотримуються В. Д. Бринцев, В. А. Лазарева та ін.). Думається, що такий «функціональний» підхід щодо визначення судової влади є спірним, адже у даному випадку відбувається ототожнення судової влади із правосуддям. З цього приводу варто відмітити, що судову владу не варто ототожнювати з правосуддям. Вона є ширшою за змістом і більш загальною за природою.

Поширеним у сучасній конституційно-правовій науці є підхід визначення сутності та змісту судової влади у контексті теорії та практики поділу державної влади на три самостійні гілки — законодавчу, виконавчу та судову (такої точки зору дотримуються Ю. Грошевий, І. Марочкін, І. Петрухін, В. Стафанюк та ін.).

Системний аналіз викладених підходів, теоретичні дослідження сутності та змістовної спрямованості судової влади, її конституційний статус в Україні надають можливість зробити висновок, що судова влада у демократичній, правовій державі за своєю суттю є проявом влади народу та включається у систему народовладдя як самостійна гілка державної влади, яка забезпечує вирішення конфліктів, що виникають в суспільстві на основі права. Основне призначення судової влади — це охорона людини від будь-якого свавілля, причому як з боку інших членів суспільства, так і від неправових дій держави, її органів та посадових осіб. Без здійснення такої діяльності держава не може вважатися правовою. Наявність ефективної судової влади є однією з найважливіших ознак демократичної, правової держави.

Грунтовне значення щодо теорії судової влади має визначення сутності та змісту принципів її організації та функціонування. Визначаючи принципи судової влади, слід виходити з того, що ці принципи по праву можна назвати «витоками», основами організації судової влади, «першими» в її русі, функціонуванні.

У сучасній юридичній літературі поширеною є думка, що принципи судової влади складають структуровану систему. Найбільш повною та такою, що розкриває сутність та специфіку судової влади, є система, яка поділяється на три підсистеми та включає такі принципи: інституціональну (загальні принципи судової влади — ті, які визначають сутність судової влади і її місце в системі органів державної влади); функціональну (функціональні принципи — ті, що визначають основи здійснення правосуддя) та організаційну (організаційні принципи, що розкривають побудову судової системи, органів суддівського самоврядування, статусу суддів, відповідальності суддів у зв'язку із неналежним виконанням судьями своїх професійних обов'язків тощо). Зазначені

принципи судової влади хоча й пов'язані між собою, але утворюють разом з тим самостійні галузеві підсистеми, кожна з яких відрізняється сферою поширення і призначенням. Водночас, така система принципів судової влади, незважаючи на її численність та багатогранність, не є повною за своїм змістом, адже вона не містить таких принципів, як принципи верховенства права та конституційної законності. Адже з-поміж усіх принципів організації та функціонування судової влади саме ці принципи є стержневими та змістовно впливовими на всі інші принципи судової влади. Крім того їх можна назвати визначальними засадами реформування судової системи в умовах формування українського конституціоналізму.

Отже, принципи верховенства права та конституційної законності є конститутивними щодо всієї судової влади та є напрямками її подальшого розвитку, незважаючи на те, що у статті 129 Конституції України не йдеться про верховенство права та конституційну законність. Стаття 129 Конституції України до основних засад судочинства відносить принцип законності, але не конституційної законності. Крім того, традиційно до інституційних принципів судової влади відносять саме принцип законності (але не конституційної законності). Зміст цього принципу, зазвичай, виявляється у відповідності закону судових установ і судових процедур, а також у тому, що судові органи та судді мають діяти на підставі закону, підкорюються лише Конституції та законам України, а носії судової влади (судді) не вправі відступати у своїй діяльності від вимог закону. Втім, ефективна судова влада можлива тільки за умови реалій верховенства права та конституційної законності. Така думка пояснюється, насамперед, важливим суспільно-політичним значенням діяльності судової влади, оскільки дотримання принципу конституційної законності, поряд з принципом верховенства права, в організації та функціонуванні судової влади є основною гарантією вільного доступу до правосуддя всіх громадян України.

АФАНАСЬЄВА М. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
професор кафедри конституційного права, кандидат юридичних наук, доцент

ІНСТРУМЕНТАЛІЗМ У ВИБОРЧІЙ ІНЖЕНЕРІЇ

Інструментальний підхід в юриспруденції представляє собою сукупність ідей, згідно яких право розглядається в якості засобу соціального контролю та гармонізації суперечливих інтересів, як інструмент, призначений для досягнення конкретних цілей та завдань правового регулювання, вдосконалення структури та змісту права. Значення цього підходу для виборчої інженерії полягає передусім у принциповій оцінці правових засобів з точки зору їх ефективності в досягненні поставлених цілей.

Інструментальний підхід в юриспруденції запроваджено наприкінці ХІХ на початку ХХ століття в США. Засновником інструментального наукового підходу вважається Д. Дьюї. На його думку, завдання науки складається у тому, щоб планувати майбутнє та знаходити засоби для його здійснення. Він підкреслював, що наші думки, теорії, концепції та ідеї — це інструменти, які служать нам для формування майбутніх фактів; це інструменти для практичних цілеспрямованих дій.

Інструменталізм обґрунтований в результаті синтезу соціологічного розуміння права (Р. фон Ієрінг, Р. Паунд), утилітаризму (І. Бентам) та американської прагматичної філософії (Ч. С. Пірс і У. Джемс). Одним з послідовників Д. Дьюї вважають американського філософа Р. Рорті, який ставить на перше місце в процесі пізнання практичну корисність того чи іншого питання та відповіді на них. Головний висновок Р. Рорті зводиться до того, що завдання пізнання — це досягнення консенсусу відносно тих цілей, до яких слід прагнути та тих засобів, якими слід користуватися для їх досягнення.

У вітчизняній юриспруденції інструментальний підхід сформувався у другій половині ХХ століття незалежно від соціологічної юриспруденції США, в рамках пошуку способів підвищення ефективності законодавства, акцентуючи увагу на ступені та можливості досягнення закладених в праві цілей, рівні узгодженості різних правових засобів та особливостях їх реалізації, зокрема в правотворчості. Методологічно інструменталізм розуміє право як засіб соціального контролю для збалансування, досягнення компромісу різних інтересів, як інструмент «соціальної інженерії», тобто інструмент впливу на соціум.

Прихильники інструментального підходу в праві (А. В. Малько, К. В. Шундіков, В. А. Сапун, Б. І. Пугинський та інші) вважають його головним та найбільш методологічно обґрунтованим, продуктивним та

перспективним напрямком сучасної правової науки. Такі погляди є цілком обґрунтованими, оскільки розробка інструментальної теорії стала закономірним кроком у розвитку правознавства. Її погляди ґрунтуються на самій природі права, загального його призначення бути інструментом регулювання життя суспільства.

Інструментальність можна вважати закономірністю буття виборчої інженерії, оскільки прийняття виборчого законодавства не розглядається як самоціль, воно створюється та застосовується державою для досягнення соціально корисних цілей з максимально можливою ефективністю, обмеженою ціннісно-моральними нормами. В цьому аспекті пізнання виборчого законодавства представляє собою дослідження можливих практичних наслідків його дії, тобто розуміння виборчого права формулюється через осмислення його дії та результатів.

Інструменталізм у виборчій інженерії спрямований на вирішення конкретного завдання — пошук та визначення доцільних та ефективних правових засобів впливу на виборчу систему та процес. Важлива риса інструменталізму складається в постійному аналізі діяльності суб'єкта виборчої інженерії по досягненню цілі. Саме ініціативність у застосуванні тих чи інших правових рішень — та риса, яку дозволяє враховувати інструментальний підхід, заснований на оцінці людського вибору, впровадження рішень у власну діяльність.

Інструментальний підхід передбачає дослідження політико-правових явищ з позиції їх доцільності, функціональної придатності для використання в процесі правової діяльності людини для досягнення ними власних політико-правових цілей. Мірилом необхідності існування того чи іншого правового явища є його корисність для людини. Інструментальний підхід дозволяє реалізувати утилітарність права, поєднуючи догматизм та соціологію права. Якщо поєднати результати догматичної, соціологічної та філософської частин юриспруденції і акцентувати увагу на потребах людини, то на виході отримуємо інструменталізм. Основні пізнавальні можливості інструментального підходу складаються у з'ясуванні доцільності використання тих чи інших правових можливостей для задоволення інтересу суб'єкта діяльності, умов активного вибору цих засобів, співвідношення з іншими можливостями.

Інструментальний підхід дозволяє суб'єкту виборчої інженерії враховувати та оперативно реагувати на зміни в політико-правовій системі, а також визначати та усувати фактори, що зніжують ефективність дії виборчого права, що досягається завдяки використанню спеціальних інструментів, передбачає глибоке, комплексне вивчення вихідної ситуації, врахування всієї інформації при прийнятті рішення та передбачення політико-правових наслідків його прийняття.

ТЕРЛЕЦЬКИЙ Д. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри конституційного права, кандидат юридичних наук, доцент

НОМІНАЦІЙНИЙ ПРОЦЕС — ПРОЦЕСУАЛЬНА ФОРМА РЕАЛІЗАЦІЇ НОМІНАЦІЙНОЇ ФУНКЦІЇ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ

Тенденція процесуалізації конституційно-правового регулювання як у змістовно-сутнісній площині, так і у площині об'єктивної конституційно-правових приписів визнається абсолютною більшістю вітчизняних конституціоналістів та оцінюється як одна з найбільш примітних та суттєвих ознак його еволюційного розвитку. Так само загально усталеним у науковому середовищі є обґрунтування актуального та об'єктивно зумовленого характеру цієї тенденції. Втім, незважаючи на єдність та однотайність наукової спільноти при виділенні та характеристиці тенденції процесуалізації конституційно-правового регулювання, наслідки впливу цієї тенденції на системно-структурні властивості (складові) такого регулювання сприймаються та оцінюються науковцями натепер діаметрально по-різному.

Привертає увагу полярність висловлюваних позицій: від категоричного заперечення самої можливості виділення у системі права конституційного процесуального права, доведення безпідставності та недоцільності подібних тверджень — до обґрунтування статусу конституційного процесуального права як самостійної галузі права із визначенням властивій їй предмета, методів та принципів регулювання, джерел тощо. Поміркованої позиції дотримуються дослідники, які визнаючи самостійне значення конституційного процесуального права, визначають його як підгалузь у системі конституційного права України, підкреслюючи тим самим зв'язок з основною, вихідною галуззю права.

Справедливо буде підкреслити, що на теперішній час навіть серед прихильників визначення конституційного процесуального права як самостійної галузі права відсутня узгоджена позиція щодо суспільних відносин, на які спрямований її регулюючий вплив. І якщо викремлення відповідних відносин у сфері виборчого, референдумного, законотворчого та муніципального нормотворчого процесів, конституційно-юрисдикційного процесу не викликає заперечень, то в цілому це питання, як і багато інших ще не знайшло свого остаточного вирішення.

Показово, проте на тлі постійно зростаючої уваги науковців до питань теорії конституційного процесу поза межами наукового аналізу цілком безпідставно залишається проблематика номінаційного

процесу. Зважаючи на наявні теоретичні розробки номінаційної функції органів публічної влади, детермінованої відповідними номінаційними повноваженнями, така ситуація видається абсолютно неприйнятною. У цьому зв'язку вважаємо за необхідне спробувати окреслити основні, вихідні категорії номінаційного процесу як самостійного виду конституційного процесу.

1. Номінаційні повноваження органу публічної влади — закріплені Конституцією та законами України публічно-владні повноваження відносно призначення чи обрання на певні посади, звільнення чи відкликання з посад, надання згоди на призначення або звільнення з посад окремих осіб органів публічної влади. І хоча, йдеться, передусім, про відповідні повноваження вищих органів держави, що співвіднесені із законодавчою та виконавчою владою (глави держави, парламенту, уряду), є всі підстави стверджувати наявність таких повноважень і у органів місцевого самоврядування, наприклад повноваження сільської, селищної, міської ради з приводу формування виконавчих комітетів.

2. Номінаційна функція має бути визначена як напрямок та вид діяльності органу публічної влади, детермінований здійсненням відповідних номінаційних повноважень. Будучи юридично значущою, така діяльність потребує нормативного впорядкування шляхом закріплення умов та послідовності здійснення окремих організаційних та матеріально-технічних дій з метою оптимізації шляхів досягнення матеріального обумовленого процесуально-правового результату — призначення (обрання) на певну посаду чи звільнення (відкликання) з певної посади. Іншими словами, йдеться про втілені у процесуальній формі суттєві заходи найбільш доцільної процедури реалізації номінаційної функції.

3. Виходячи з позиції, за якою будь-який вид конституційного процесу є процедурою, тобто організаційними відносинами, але не всяка процедура має властивості юридичного процесу, номінаційний процес, на наш погляд, являє собою сукупність передбачених Конституцією та законами України номінаційних процедур, здійснюваних органами публічної влади.

4. Номінаційна процедура характеризує нормативно встановлений порядок послідовно вчинюваних уповноваженими суб'єктами узгоджених юридичних дій, спрямованих на призначення чи обрання на певні посади, звільнення чи відкликання з посад, надання згоди на призначення або звільнення з посад окремих осіб органів публічної влади. Під порядком, у свою чергу, слід розуміти належну, виражену в нормах права модель поведінки, що визначає, які дії і в якій послідовності повинен виконати уповноважений суб'єкт аби досягти зазначених цілей.

5. Номінаційний процес, незважаючи на внутрішньовидове різноманіття здійснюється відповідно до системи спеціальних видових

принципів, які являють собою нормативно закріплені вихідні засади, що визначають сутність, зміст та спрямованість юридично значущої діяльності з приводу призначення чи обрання на певні посади, звільнення чи відкликання з посад, надання згоди на призначення або звільнення з посад окремих осіб органів публічної влади. До таких спеціальних принципів видається можливим віднести: 1) принцип дотримання системи стримувань і противаг та невтручання у сферу компетенції інших органів публічної влади; 2) принцип професійного підбору кандидатів на посади в органах публічної влади; 3) принцип наступництва; 4) принцип відповідальності сформованих (обраних) органів публічної влади чи посадових осіб перед суб'єктами їх формування (обрання); 5) збалансованості, стабільності (прогнозованості) й наукової обґрунтованості кадрової політики.

6. Номінаційний процес, як сукупність передбачених Конституцією та законами України номінаційних процедур, здійснюваних органами публічної влади, передбачає виокремлення відносно самостійних етапів — стадій, що віддзеркалюють логічну послідовність його розвитку та покликані демонструвати його протяжність у часі. Дотримуючись загально визнаного поділу стадій юридичного процесу на обов'язкові та факультативні, до першої групи слід віднести стадію ініціювання номінування на посаду (порушення номінаційної процедури); стадію підготовчих дій, яка зважаючи на особливості конституційно-правового регулювання нерідко також охоплює погоджувальні процедури; стадію прийняття рішення по суті.

ОЛЬКІНА О. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри конституційного права, кандидат юридичних наук

КРИТЕРІЙ ВИДІЛЕННЯ В СИСТЕМІ СУБ'ЄКТІВ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА

До числа юридичних осіб публічного права чинне конституційне законодавство відносить різноманітних суб'єктів конституційних відносин. Нормативною основою такого виокремлення виступає ст. 81 Цивільного кодексу України, за якою «юридичні особи, залежно від порядку їх створення, поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. Юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу

державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування. Порядок утворення та правовий статус юридичних осіб публічного права встановлюються Конституцією України та законом».

Зі змісту цього законодавчого положення вбачається, що статус юридичних осіб публічного права має конституційно-правову природу, а критерієм їх виокремлення є порядок створення. Однак, на конституційному рівні статус групи юридичних осіб публічного права не отримав комплексного врегулювання, що негативно впливає на їх діяльність та взаємодію з іншими суб'єктами конституційних правовідносин.

Складність узгодженої конституційно-правової регламентації статусу юридичних осіб публічного права полягає у дискусійності визначення критеріїв виділення в системі суб'єктів конституційних правовідносин юридичних осіб публічного права. Адже саме ця ознака є характеристикою, в якій проявляється сутність юридичних осіб публічного права, нею зумовлюється специфіка їх конституційно-правового статусу. Наявні з цього питання в науковій юридичній науці точки зору численні і різноманітні. Так, можна виділити такі концептуальні підходи до вирішення даної наукової проблеми як вироблення одного базового, основоположного критерію для виділення юридичних осіб публічного права, так і виоремлення сукупності специфічних ознак таких юридичних осіб (В. Чиркін).

В якості основоположних критеріїв виділення юридичних осіб публічного права в юридичній доктрині, зокрема, обґрунтовуються наступні:

– розподіл системи права на приватне і публічне, яке, з точки зору низки вчених, є вихідним пунктом для поділу юридичних осіб на приватні та публічні (Чантурия Л. Гражданское право и юридические лица публичного права: особенности правового регулирования / Л. Чантурия // Электронный ресурс. — Режим доступа: <http://www.cac-civillaw.org/publikationen/chanturia.jur.personen.ru.rtf>.);

– наявність публічно-владних повноважень (Усков О. Ю. Юридические лица публичного права: понятие и виды / О. Ю. Усков // Журнал российского права. — 2010. — № 6. — С. 104);

– інтегрованість юридичної особи в систему публічного управління (Ястребов О. А. Юридическое лицо публичного права: сравнительно-правовое исследование: автореферат дис. докт. юрид. наук: 12.00.14 / О. А. Ястребов. — М., 2010. — С. 14);

– форма власності, на основі якої створено юридичну особу (Гражданское право. В 3 т. Т. 1: учебник / А. В. Каравай и др.; под ред. проф. В. Ф. Чигира. — Минск: Амалфея, 2008. — С. 223);

– спосіб утворення (критерій походження) (Косякова Н. И. *Юридические лица в российском и иностранном праве: сравнительный анализ* / Н. И. Косякова // *Электронный ресурс*. — Режим доступа: <http://library.by/portalus/modules/internationalaw/print.phpsubactionshowfull&id095955010&archive&startfrom&ucat10>) та ін.

Слід відмітити при цьому, що, по-перше, вибір того чи іншого критерію може значною мірою змінити підхід до віднесення юридичної особи до категорії юридичних осіб публічного права, по-друге, сам критерій може відрізнитися за змістом у інтерпретації різних авторів. Наприклад, О. Усков піддає критиці надмірно широке трактування В. Чиркіним сукупності ознак таких суб'єктів, в силу чого до юридичних осіб публічного права може бути, по суті, віднесена будь-яка установа, так чи інакше пов'язана з публічною владою, що призводить до втрати будь-якої практичної значущості виділення таких суб'єктів (Усков О. Ю. *Юридические лица публичного права: понятие и виды* / О. Ю. Усков // *Журнал российского права*. — 2010. — № 6. — С. 102–103).

Усі наведені вище позиції щодо визначення критеріїв виокремлення юридичних осіб публічного права розкривають лише окремі їх особливості, а не характеризують їх сутність, що зумовлена об'єктивною необхідністю їх функціонування. Адже, юридична особа є юридичною фікцією, організацією, яка може бути створена шляхом об'єднання осіб та (або) майна. Будь-яка юридична особа створюється з певною метою, для реалізації та захисту певних інтересів. Саме мета створення, інтерес покладений в основу діяльності юридичної особи є тим критерієм, що зумовлює її сутність, визначає їх правовий статус. Юридичні особи приватного права створюються з метою задоволення інтересів окремих фізичних та/або юридичних осіб, у більшості випадків для отримання прибутку. Юридичні особи публічного права створюються для досягнення публічного інтересу, який є основою публічного права та публічної влади.

Професор Ю. Тихомиров розуміє публічний інтерес як «визнаний державою та забезпечений правом інтерес соціальної спільності, задоволення якого слугує умовою та гарантією її існування і розвитку» (Тихомиров Ю. А. *Публичное право: Учебник* / Ю. А. Тихомиров. — М.: Изд-во БЕК, 1995. — С. 55). М. Васильєва вважає, що публічні інтереси охоплюють, по-перше, державні в тій частині, яка відображає інтереси суспільства в цілому, і, по-друге, суспільні як інтереси громадянського суспільства тією мірою, яка відповідає рівню їх пізнання і яка може бути забезпечена правовим захистом (Васильєва М. И. *Публичные интересы в экологическом праве* / М. И. Васильєва. — М.: Изд-во МГУ, 2003. — С. 64).

Ознаками публічного інтересу є відповідність потребам, цілям всього суспільства або значної його частини; неперсоніфікованість носія інтересу; захист з боку спеціалізованих суб'єктів; законність; неприпустимість обмеження публічного інтересу (Ломаев А. Ю. Публичный интерес как правовая категория: автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.01 — теория и история права и государства; история учений о праве и государстве / А. Ю. Ломаев. — Казань, 2012. — С. 8).

Публічні інтереси закріплюються у системі принципів, які є основою конституційного ладу України, формуються народом та реалізуються у конституційних правовідносинах юридичними особами публічного права.

ЕЗЕРОВ А. А.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
доцент кафедры конституционного права, кандидат юридических наук

ПОЛИТИЧЕСКОЕ ИЗМЕРЕНИЕ ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА

Роль личности и ее прав в политических процессах может изменяться в зависимости от исторического момента, типа государства, степени развития демократии. Политическая история знает примеры, когда человек и его основоположные права переставали быть значимой ценностью для государства, однако впоследствии снова занимали достойное место в системе социальных ценностей. Отдельный человек не может быть полностью исключен из сферы политических отношений, поскольку он является их объектом и субъектом... Человек как объект политического измерения находится в фокусе политики, когда соприкасается с ней, участвует в системе политических отношений, проявляя соответствующий уровень активности (Н. Баранов).

Главным «побудителем» политической активности граждан являются личные интересы, тесно связанные с полноценной реализацией прав личности. Следовательно низкий уровень политической активности, отсутствие реальных прав человека превращают свободного индивида в пресловутый «винтик великого государственного механизма» (И. В. Сталин), народ — в безликую массу, беззащитную перед произволом власти. В современном мире неотвратимость политического выбора демократии (В. В. Речицкий), конституционализм как система принципов и правил развития правовой и политической систем, служат

механизмами, исключаящими произвол и гарантирующими основные права и свободы личности, публичную и частную жизнь индивида.

Права человека и гражданина, как правило, находят свое формальное закрепление в правовых нормах, что «не ограничивается только законодательством..., а включает и другие социальные регуляторы, в том числе нормы морали, традиции, обычаи и т. д., которые легитимизированы обществом и обусловлены исторически достигнутым культурным уровнем общества» (Решение КСУ № 15-рп/2004 от 02.11.2004г.). Это представляет собой юридическое измерение прав человека и гражданина. «Если же фиксировать политическое измерение права во всех его содержательных проявлениях, то речь должна идти о том, как, какими способами, механизмами, технологиями правовые нормы осуществляются в политической практике, как они создаются политиками-законодателями, а также как политика направляет развитие права» (А. О. Корешникова).

Направленность политических процессов на повсеместное воплощение прав человека и гражданина свидетельствует о демократической форме государственного режима, и, наоборот, политика отрицания прав человека и гражданина, подавления политической активности личности характерна для авторитарного типа государственности. А. Е. Лукашева в этом контексте справедливо отмечает, что «первенство политических норм перед правовыми порождает насилие и создает почву тоталитарным режимам. Тоталитаризм неизбежно возникает там, где политика, политические нормы не имеют правовой опоры, где права человека не являются ограничителем политической власти, не выступают в качестве средства контроля за ее осуществлением. Поэтому проблема соотношение прав человека и политики — это вопрос о характере политического режима, сущность которого определяется тем, признает или не признает он господство в обществе правовых начал, прав человека».

С политическим измерением прав личности также связано их разделение на права человека и права гражданина. Л. И. Глухарева справедливо отмечает, что «выделение прав человека основывается на презумпции обладания каждым представителем человеческого рода вне политической общности совокупностью возможностей, коими он наделен фактом своего бытия. В этом смысле права универсальны и наднациональны, имеют отношение к каждому. Это человеческие права, которые существуют независимо от их государственного признания и законодательного закрепления. В противоположность им права гражданина выражают политико-правовую связь личности с конкретным государством или объединением государств, властью, законом».

Понятие «гражданин» в отличие от термина «человек» характеризуется более устойчивыми политико-правовыми связями лица и

государства, вытекающими из принадлежности индивидов к народу, которому в государстве принадлежит суверенитет. Н. Баранов называет гражданство «одной из важных атрибутивных предпосылок политической природы человека», объясняя это тем, что «между гражданином и государством складываются устойчивые и многообразные отношения, которые имеют политический характер. Гражданин непосредственно предстает в качестве политического лица, когда он вступает в отношения с государством по поводу формирования органов власти и контроля за их деятельностью или как участник референдумов, митингов, демонстраций, уличных шествий и т. д.». Именно с наличием гражданства зачастую связывается пользование лицом политическими правами и свободами. Как правило, государства не допускают наделения иностранцев большинством политических прав, существенно ограничивают возможности политического участия лиц с множественным гражданством.

Выступая универсальной ценностью, позволяющей «измерять» любые общественные события и явления, права человека в современном мире связаны с важнейшими проблемами (поддержание экологического равновесия, мира и безопасности, сохранение культурного наследия человечества и т. д.), решение которых составляет условие дальнейшего человеческого существования. Поэтому, государственная политика, как внутренняя, так и внешняя, должна быть направлена на обеспечение прав человека как высшей социальной ценности. Именно состояние защиты прав человека должно быть критерием эффективности государственной политики, приоритетом при осуществлении любых политических преобразований.

КИТАЙКА О. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
здобувач кафедри конституційного права

ЗМІСТ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ДИТИНИ

Процес становлення правдитини в Україні як об'єкта конституційно-правового регулювання — тривалий і складний, а процес визнання дитини носієм прав, свобод, обов'язків людини й громадянина незавершений і досі триває. Тому виникає потреба подальшого наукового вивчення, з урахуванням новизни ювенального права.

Різноманітні наукові підходи до поняття «правовий статус», дають можливість визначити, що зміст правового статусу особи складають:

його права і свободи — тобто можливості діяти певним чином для задоволення своїх потреб; обов'язки і юридична відповідальність за їх невиконання чи порушення; гарантії забезпечення прав і свобод людини (Коталейчук С. П. Теоретико-правові проблеми правового статусу неповнолітніх в Україні та забезпечення його реалізації як один із основних напрямків діяльності міліції. 2004, с. 214). В Конституції України закріплені права, свободи та обов'язки дитини, які в собі відображають положення Конвенції ООН про права дитини від 20.11.1989року.

Правовий статус дитини, як і правовий статус особи в цілому належить до числа дискусійних проблем загальнотеоретичної юриспруденції, причому найбільш спірними у правовій ювеналістиці є питання щодо структури та змісту елементів правового статусу дитини. Узагальнення різноманітних точок зору щодо формальних джерел ювенального права України дозволили зробити висновок, що правовий статус дитини — це система виражених у цінностях природного права та нормах позитивного права, гарантованих суспільством і державою суб'єктивних юридичних прав, обов'язків і відповідальності особливого суб'єкта права. Складовою частиною правового статусу дитини є її правосуб'єктність, яка має триланкову структуру: правоздатність, дієздатність, деліктоздатність (Крестовська Н. М. Ювенальне право України: генезис та сучасний стан. 2008, с 468).

Аналіз положень Конституції України дає можливість розглянути правовий статус дитини як складову правового статусу людини (наприклад, «кожен», «всі» тощо). Таким чином держава ставить перед собою завдання, на одному рівні захищати права особи, незалежно від жодних особливостей, у тому числі вікових. В той же час, через специфічні потреби дитини та неможливість їх самостійної реалізації, виникає необхідність наукового обґрунтування концепції спеціального конституційно-правового статусу дитини. Підвищення та окреме виділення правового статусу дитини в конституційних нормах, дозволить ліквідувати існуючі недогляди та правові прогалини. Такий підхід покращить ефективність державного гарантування та захищеності інтересів підлітків.

З метою забезпечення найбільшого захисту прав і законних інтересів дитини є необхідність теоретичного осмислення всієї сукупності юридичних норм, що регламентують в даний час статус неповнолітнього. Такі норми включені в різні галузі права. Ядром правового статусу дитини виступає його конституційний статус як комплексна категорія, що відображає основи юридично-закріпленого положення суб'єкта в суспільстві (Борисова Н. Е. Конституционные основы правового положения несовершеннолетних в Российской Федерации. 2004, с 379).

Конституційні права дитини — це комплекс прав і свобод, закріплених в основному законі держави, які частково характеризують

конституційно-правовий статус дитини з урахуванням особливостей розвитку людини до досягнення нею 18 років.

Так, на мою думку, до основних особистих прав дитини слід віднести право на життя; право на захист від усіх форм насильства; право на повагу честі і гідності; право на свободу слова, світогляду та віросповідання; право на ім'я і набуття громадянства; право на невтручання в особисте життя, сімейне життя. Економічні права дитини, так само як і дорослої людини складають право на власність, право на зайняття підприємницькою діяльністю (за певних обставин); право на працю; право на користування об'єктами публічної (суспільної) власності, право соціального забезпечення. До категорії культурних прав дітей, виходячи із змісту національного законодавства можливо віднести право на вільний розвиток особистості, право на свободу об'єднання у громадські організації, право на освіту. Щодо місця прав дітей в категорії основних політичних прав людини, то до досягнення повноліття, вони не можуть бути наділені політичними правами. Тобто не мають можливості до виконання ними повноліття брати участь у виборах, бути обраними до органів державної влади, об'єднуватися в політичні партії. В той же час діти мають право брати участь в громадських організаціях, засновувати молодіжні та дитячі організації (Закон України «Про об'єднання громадян»). Однак це можливо віднести до категорії культурних, економічних чи особистих прав дитини, ніж до політичних. В залежності від діяльності громадської організації.

Важливою складовою правового статусу дитини є обов'язки дитини. На сьогодні, правові норми, що їх встановлюють, в Україні не систематизовані, а деколи і нечітко сформульовані поняття «обов'язків дитини». В національному законодавстві окремо не виділяють обов'язки дитини, при цьому вони кореспондують існуючим правам дитини. Коло обов'язків дитини існує в міжнародному та ювенальному праві. При формулюванні обов'язків дитини слід орієнтуватися не тільки на норми позитивного права, але й на християнські цінності, які виражені, наприклад, у церковному праві.

Слід зазначити, що найвагомішими елементами змісту конституційно-правового статусу дитини в Україні є:

- гарантовані суспільством і державою конституційні права та свободи дитини;
- взаємовідносини між собою та з іншими суб'єктами конституційно-правових відносин;
- обов'язки та відповідальність малолітніх та неповнолітніх.

В сучасних умовах триває розбудова новітніх стандартів конституційних прав людини, складовою яких є права дитина. Основні категорії дітей вказані в різних правових актах. У них також сформульовані певні

поняття, що характеризують особливості постійних або проміжних ставнів, в яких знаходиться дитина. Усе це свідчить про особливості змісту конституційно-правового статусу дитини.

БАРСЬКИЙ В. Р.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри конституційного права, кандидат юридичних наук, доцент

МОДЕЛІ ТА ЗАСОБИ ЛОБІЮВАННЯ РЕГІОНАЛЬНИХ ІНТЕРЕСІВ НА ЗАГАЛЬНОЄВРОПЕЙСЬКОМУ РІВНІ

В останнє півстоліття головною тенденцією розвитку державного устрою країн-членів Європейського Союзу (далі ЄС) є дрейф від централізованого унітаризму до децентралізації. На ранніх стадіях європейської інтеграції, більшість країн-учасниць були високоцентралізованими державами, за виключенням ФРН. На теперішній час державний устрій багатьох країн-членів ЄС характеризується у різних формах значною децентралізації.

Процеси децентралізації в країнах Європи не завжди йдуть гладко. Це пояснюється декількома факторами. Ці процеси розгортаються на тлі фронди окремих регіонів проти центральної влади, і тому всі рішення, які з ними пов'язані є політизованими. В деяких випадках право значно відстає від практики. Так, наприклад, у Нідерландах провінції вважаються автономними у своїх місцевих справах, однак юридично залишаються «агентами центральної влади», яка може керувати ними аж до їх створення чи скасування. У Бельгії децентралізація прийняла «подвійний» характер і поряд з регіонами тут створені етнолінгвістичні співтовариства, які взяли на себе у центральної влади функції управління на своїх територіях культурою, освітою, охороною здоров'я, інфраструкцією, роботою з молоддю і т. п. Таке поєднання територіальної і національно-культурної автономії зробило всю управлінську структуру країни досить громіздкою.

Представництво і лобіювання регіональних інтересів країн-членів ЄС на загальноєвропейському рівні здійснюється в різних формах. Виділяють «французьку» і «німецьку» модель представництва регіональних інтересів.

Перша модель передбачає що держава представляє в інститутах і органах ЄС національні і регіональні інтереси. У цьому випадку відбувається фактично лобіювання державної позиції щодо регіонального розвитку, вплив французьких регіонів на кінцеві рішення є опосередкованим.

Друга модель — більш складна, але і більш оптимальна для представництва регіональних інтересів загальноєвропейському рівні. Її зміст визначено у наступній таблиці.

Рівень	Установи, через які здійснюється представництво інтересів
Європейський	Комітет регіонів Конгрес місцевої і регіональної влади Європи Спостерігачі земель при ЄС (Бундесрат) Повноваженні Бундесрату в робочих групах Європейської Комісії Представництва земель при Європейській Комісії в Брюсселі
Національний	Бундесрат Конференція прем'єр-міністрів Конференція міністрів у справах Європи Конференція галузевих міністрів
Регіональний	Комітет ландтагу з питань європейської інтеграції та зовнішньої політики Державна канцелярія Відділи міністрів з питань європейської координації Міжміністерський координуючий комітет з питань європейської політики

Ця модель є високодіверсифікованою, а тому має великий потенціал у лобюванні регіональних інтересів. Велике значення у цій моделі грає представництво земель при Європейській Комісії в Брюсселі. На теперішній час одне із самих потужних представництв у Брюсселі має Північний Рейн — Вестфалія, деякі землі поєднуються і представляють у Європейській Комісії загальні інтереси (Європейська інтеграція та Україна. Навчально-методичний посібник, 2002. — с. 335).

Незважаючи на суперечливість і складність, процес регіоналізації та децентралізації влади в країнах-членах ЄС продовжується, і це дозволяє зробити щодо нього ряд висновків.

По-перше, за рідкісними винятками, регіоналізація та децентралізація влади у Європі не переростають у погрозу територіальної цілісності країн.

По-друге, регіоналізація і децентралізація влади не трактуються у Європі як еквівалент суверенізації адміністративно-територіальних одиниць. Поняття «суверенітет» стосується лише країн. «Автономія, — вказав у одному зі своїх рішень Конституційний Суд Іспанії, — не є рівнозначною суверенітету» (Иванов И. Д. Европа регионов, 1998, с. 20), а судова система ЄС взагалі не приймає до розгляду справи, які надходять від регіонів країн-членів.

По-третє, процеси децентралізації не призводить до перекроювання внутрішніх, міжрегіональних границь. Достатніми виявляються чи культурно-національна автономія, чи підвищення статусу окремих територій («автономні співтовариства» в Іспанії, «особливі регіони» Італії і т. п.). У крайньому випадку, відбувається лише дроблення уже існуючих — регіонів.

По-четверте, регіони не мають суверенітету і, як наслідок, не є первинними суб'єктами міжнародних організацій і наддержавних утворень, однак, міжнародні договори держав можуть стосуватися питань, віднесених до предметів відомарегіональних органів влади. У подібних випадках представники регіональних органів влади беруть участь у процесі підготовки міждержавних угод. Після обрання сили міжнародної угоди держави, які стосуються питань, віднесених до юрисдикції регіональних органів влади, може призвести до приведення законодавства регіону у відповідність до міжнародних зобов'язань.

По-п'яте, існують наступні засоби лобіювання регіональних інтересів на загальноєвропейському рівні: укладання регіонами угод; відкриття регіонами власних або разом з іншими регіонами представництв у третіх країнах, при міжнародних організаціях та органах ЄС; участь регіональних органів влади в підготовці міжнародних (міжурядових) договорів, у випадку коли вони стосуються інтересів регіону (застосування цього права є предметом внутрішньодержавного регулювання), участь представників регіонів у роботі міжнародних конференцій тощо.

МИХАЛЁВ В. А.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
доцент кафедры конституционного права

КОНСТИТУЦИОННЫЕ ПРОБЛЕМЫ КОНТРОЛЯ СО СТОРОНЫ ОРГАНОВ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ ЗА ДЕЯТЕЛЬНОСТЬЮ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ

Конституционный кризис, особенно обострившийся в Украине в конце 2013 — начале 2014 годов актуализирует проблему конституционной модернизации. Одним из главных направлений радикального обновления Конституции Украины должно стать реформирование системы управления на местном уровне. Представляется, что предложенная правительством модель коренной перестройки организации управления на местах, выражающаяся в упразднении областных и районных

государственных администраций и формировании соответствующими местными советами областных и районных исполнительных комитетов является оправданной в современных условиях.

На совещании с представителями органов местного самоуправления Премьер-министр А. П. Яценюк сказал, что «местная власть должна получить исполкомы, центральная власть должна получить префектов на местах, которые не будут заниматься распределением средств, а будут осуществлять, как в Польше, общий надзор за соблюдением законодательства» и уточнил, что органы прокуратуры, должны быть лишены коррупционной функции общего надзора (См.: Горбунова Е. Реформа местного самоуправления на низком старте. 2014).

Основная идея реформы — передать на места большинство полномочий, часть налогов, общественную, пожарную безопасность, скорую помощь, вопрос регистрации имущественных прав, земельных ресурсов. За государством останутся только контрольные функции. В то же время налоги должны быть мотивацией для развития громады, предпринимательства, рабочих мест и т. п.

Если такие изменения будут сопровождаться укреплением финансовой основы местных советов (предложения об оставлении на местном уровне примерно 70 % от всех налогов и сборов, взимаемых на местах, следует считать целесообразным), то они станут основой децентрализации публичной власти и предпосылкой усиления её демократических начал.

Такая реформа с необходимостью вызовет и изменение государственного контроля со стороны органов государственной власти за деятельностью местного самоуправления.

Думается, что это является благоприятным случаем для реализации в полном объеме п. 9 Раздела 15 «Переходные положения» Конституции Украины относительно исключения из компетенции органов прокуратуры Украины, так называемого общего надзора и введения в действие законов, регулирующих деятельность государственных органов по контролю за соблюдением законов.

Действительно, практика участия соответствующих прокуроров и их помощников в сессиях местных советов показывает, что их присутствие в зале заседаний при рассмотрении местными советами тех или иных пунктов повестки дня, особенно касательно вопросов собственности, аренды, разрешений на строительство и реконструкцию различных объектов, отвода земельных участков, не всегда является гарантией законности принимаемых советами решений (в частности, относительно соблюдения требований о необходимости проведения в случаях предусмотренных законом конкурса, наличия всего комплекта разрешительных документов и т. п.).

Однако, как отметил председатель Комитета Верховной Рады по вопросам местного самоуправления Д. Жвания, реформа местного самоуправления требует синхронизации работы Президента, Кабинета Министров и Верховной Рады. «Она должна быть полностью «прокатана» на местах, чтобы не вышло, что мы деньги и полномочия передали от одних коррупционеров и бюрократов другим» (См.: Горбунова Е. Указ. соч.). Необходимость эффективного государственного контроля за деятельностью местного самоуправления обусловлена еще и тем, что в составе местных советов большинство мандатов принадлежит представителям бизнеса, которые при принятии решений соответствующим советом руководствуется в первую очередь своими собственными интересами.

Как правило, в относительно децентрализованном унитарном государстве назначаемые из центра чиновники (обычно в административно-территориальные единицы среднего звена) действуют наряду с избираемым населением представительными органами. Так, во французских департаментах наряду с представительными органами (генеральными советами) функционируют префекты, назначаемые декретом президента. Они обеспечивают осуществление в департаменте полномочий центральных государственных органов, информируют правительство о положении дел в департаменте, несут ответственность за управление имуществом, принадлежащим государству. Префекты также следят за исполнением в департаменте нормативных актов центральных властей, руководят деятельностью периферийных правительственных служб в департаменте (сельского хозяйства, архитектуры, мер и весов и др.), выступают посредниками в их отношениях с соответствующими министерствами. В округа, на которые делятся департаменты, назначаются супрефекты, осуществляющие административный контроль за деятельностью расположенных на их территориях коммун. Если супрефект сочтет какое-либо решение местных властей незаконным, он направляет его префекту, который вправе передать дело в административный суд.

БАЛЬЦІЙ Ю. Ю.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри конституційного права, кандидат юридичних наук, доцент

ВПРОВАДЖЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКИХ СТАНДАРТІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ

Волею історичних обставин на початку 90-х років ХХ століття Україна отримала нагоду скористатися в повній мірі європейським доробком у сфері місцевої демократії, який у концентрованому вигляді міститься у Європейській хартії місцевого самоврядування (ділі — ЄХМС). Ця Хартія є найважливішим європейським документом для будівництва в Україні демократичної держави із ефективною соціально-економічною системою.

Рада Європи вважає демократичне місцеве управління однією з головних основ демократичного устрою держави. Самоврядування ставить на службу державі і суспільству енергію і ініціативу міст та регіонів і зміцнює державу, створюючи можливості для врахування культурних, історичних, економічних, політичних і інших особливостей кожного міста і регіону.

15 липня 1997 року Парламент України ратифікував відповідно до ст. 9 Конституції України ЄХМС, яка стала частиною національного законодавства і обов'язкова до виконання поруч із Конституцією і законами України.

Конвенції (Хартії), що ухвалює Рада Європи, зобов'язують відповідну країну-члена Ради Європи після того, як її вищий представницький орган затвердить, тобто ухвалить рішення про приєднання до конкретної Конвенції. Разом з тим вступ країни до Ради Європи означає, що ця країна бере на себе зобов'язання увійти у загальноєвропейське правове поле, відповідним чином відкоригувавши своє національне законодавство. Загалом за роки свого існування Рада Європи ухвалила більше 150 документів рангу Конвенцій. Серед такого роду загальноєвропейських Конвенцій чільне місце займає, безумовно, ЄХМС. Після ратифікації ЄХМС Верховною Радою України визначає елементи, котрі повинні бути притаманні ефективному демократичному місцевому самоврядуванню. У сучасній практиці реформування державно-політичних систем у посткомуністичних країнах ЄХМС використовується як базовий документ при створенні внутрішнього законодавства про місцеве самоврядування. Наприклад, в Угорщині вона безпосередньо згадується у законі про комунальне самоврядування. Звичайно, для України, що шукає шляхи до тісної інтеграції з європейською спільнотою, Хартія теж повинна бути дороговказом при довго триваючому реформуванні

архаїчної радянської системи у сучасну ефективну демократичну систему місцевого управління. Взаємна відповідність і схожість якомога більшої кількості елементів політичного та економічного устрою держав, безумовно, сприяє зближенню країн, полегшує людські і ділові зв'язки.

Актуальність питання про втілення принципів Хартії у законодавство і практику витікає і з того, що зараз Україна продовжує удосконалювати правовий фундамент свого майбутнього. З ухваленням Парламентом Конституції України 28 червня 1996 року і Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» 21 травня 1997 року в Україні створено правові підстави і сформовано українську національну модель місцевого самоврядування та засади для існування місцевого самоврядування в Україні. На жаль, ці законодавчі акти особливо в частині, що стосується місцевого управління і самоврядування, несуть в собі сліди компромісів між різними політичними силами, суперечливі і не в повній мірі відповідають ЄХМС.

Одним із шляхів усунення формальних суперечностей є внесення відповідних змін до Конституції України і приведення конституційної моделі місцевого самоврядування до моделі, обраної при ратифікації Хартії. Але, процедура коригування Конституції є досить складною, а процес внесення поправок до Основного Закону вкрай політизований. Крім того, є великі сумніви, щодо доцільності зміни чинної конституційної моделі місцевого самоврядування, принаймні у деяких її аспектах (наприклад, відсутності у обласних та районних рад власних виконавчих органів, що вимагає п. 2 ст. 3 Хартії).

На наш погляд, більш перспективним напрямом дій є робота по більш повному втіленню принципів Хартії там де це є можливим в рамках української моделі. А тут велике поле діяльності. Особливо, в частині реалізації більшості положень чинного національного законодавства у повсякденній практиці територіальних громад. В цій роботі слід мати на увазі, що фундаментальною причиною гальмування як із імплементацією Хартії в повному обсязі, так і зі становленням справжнього місцевого самоврядування в Україні, на наш погляд, є нерозвиненість громадянського суспільства в Україні взагалі, і у кожній конкретній місцевій спільноті зокрема. Громада діє, проявляється і впливає через громадські організації, сукупність яких у кожному місті, селищі, селі і складає місцеве громадянське суспільство, якщо так можна висловитись. Нарощування соціального капіталу сприяє розвитку цих міст. Справи в них йдуть набагато краще, ніж у багатьох інших містах України. Ці та інші приклади показують, що справа не стільки у законодавчих чи фінансових умовах для місцевого самоврядування або не у недосконалої української моделі місцевого самоврядування,

скільки у наявності політичної волі з боку місцевих лідерів, їх загальної демократичної політичної культури. Це, як кажуть, закид у бік місцевої влади. Разом із тим свою частину шляху, свій внесок у нарощування демократії могли б зробити безпосередньо і позаурядові громадські організації, наприклад, користуючись такими інструментами місцевої демократії як громадські слухання, місцеві ініціативи, органи самоорганізації за місцем проживання, статут територіальної громади тощо. Всі ці інструменти вже передбачені чинним законодавством. Часто громадським організаціям бракує елементарних знань щодо цих інструментів і зосередженість на вузькому предметі своєї власної діяльності. Звичайно, велику роль тут відіграє і певна несамодостатність неурядового сектора, відсутність у лідерів громадських організацій вміння балансувати між силою конфронтаційності і харибдою конформізму у відносинах із місцевою владою. Влада завжди є джерелом ресурсу для вирішення статутних завдань громадської організації. В будь-якому випадку влада має бути партнером третього сектору — громадських організацій. Виховати собі партнера у спільній конструктивній роботі над проблемами громади і її окремих членів — громадян є спільним завданням як влади так і громадськості.

ГАЛИЦКИЙ И. В.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
старший преподаватель кафедры социально-гуманитарных дисциплин
Черкасского факультета, кандидат юридических наук

ИНСТИТУТЫ НЕПОСРЕДСТВЕННОЙ ДЕМОКРАТИИ В УКРАИНЕ: ВСЕУКРАИНСКИЙ НАРОДНЫЙ СОВЕТ И ВСЕНАРОДНАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ

В рамках формирования демократии в Украине, а также ввиду острого социального и внешнеполитического конфликта, который назрел в нашем государстве, является целесообразным принятие новой Конституции. Мы её называем «Конституцией народного доверия», потому что в разработке и принятии её должен участвовать весь народ Украины — не в переносном (через депутатов-представителей), а в прямом смысле этого слова.

Одним из главных постулатов новой Конституции мы видим создание и функционирование такого нового для современной украинской истории органа как Всеукраинский Народный Совет (Рада), сокращённо — ВНР.

Она будет созываться не реже одного раза в пять лет по инициативе Президента или Верховной Рады Украины (ВРУ) (возможен и досрочный созыв по отдельно оговорённой процедуре).

ВНР представляет собой народное собрание с широким кругом участников-делегатов от всех социальных групп и слоёв населения (напр., 1500 делегатов).

Основные полномочия ВНР:

представление, обсуждение и принятие законопроектов общегосударственной важности (виды их могут быть определены отдельно в процессе разработки проекта Конституции, а законотворческие полномочия размежеваны с полномочиями ВРУ; напр., последующее внесение изменений в Конституцию — только с одобрения ВНР),

обсуждение актуальных вопросов работы государства и жизни общества; вынесенные по результатам этого обсуждения решения имеют обязательную силу,

объявление ветоума недоверия Кабинету Министров, импичмента Президенту и роспуск ВРУ (только при соблюдении чётко прописанной процедуры вышеуказанных действий).

Фактически, ВНР — это народная площадка для обсуждения, которая имеет реальную возможность самостоятельно принимать решения и что-то изменять в политическом курсе страны и государственном строе. ВНР может стать беспрецедентным инструментом прямой демократии, когда общественность получит эффективные и действенные инструменты непосредственного влияния на власть.

Механизм выборов делегатов в ВНР должен быть разработан таким образом, чтобы участники представляли собой очень детальный срез населения всей Украины. В отличие от народных депутатов ВРУ, работа делегата в ВНР не оплачивается. Делегат имеет другие выгоды: возможность напрямую решить проблему своей социальной группы.

Главная задача ВНР: контроль за органами власти, практическая реализация права народа на выбор новой власти для себя. Предусмотрена возможность экстренного созыва ВНР в случаях возникновения сложных политических или экономических кризисов — по решению Президента, парламента или Всенародной Конференции.

Всенародная Конференция собирается по инициативе всего населения и общественных организаций и обязательно состоит из всех представителей со всех регионов Украины.

В случае крайней необходимости (напр., кризис любого вида), если ни Президент, ни парламент досрочно не созывают ВНР (напр., имеет место узурпация власти или раскол государства — эти случаи могут быть обобщены и оговорены отдельной статьёй новой Конституции), то Всенародная Конференция может самостоятельно созвать ВНР, если:

а) сама Конференция организована и проводится согласно действующей конституционной процедуре,

б) представляет собой действительно всенародное единство, то есть все участники пропорциональны друг другу и количеству населения того региона, который они представляют.

Исключены ситуации, когда на Всенародной Конференции присутствуют только общественные организации и участники с Востока страны при минимальном количестве таковых с Запада. На Конференции недопустимо большинство или меньшинство, только пропорциональное представление всех регионов страны. Созыв Всенародной Конференции с дисбалансом представителей также возможен, но только в форс-мажорных случаях, напр., часть страны оккупирована иностранными войсками, имеет место землетрясение, наводнение или иное стихийное бедствие.

Если Всенародная Конференция полноценна и легитимна (надо разработать ясные условия признания её легитимной, где пропорциональность представителей — одно из главных условий), то она в состоянии абсолютным большинством голосов объявить созыв ВНР и инициировать досрочные выборы любого уровня (здесь полномочия по объявлению выборов Всеукраинской Конференции пересекаются с таковыми у ВНР, но разница — в срочности: Конференция может объявить выборы в случае крайней необходимости, когда не остаётся времени на созыв и организацию работы ВНР).

Ни работа ВНР, ни работа Всенародной Конференции не оплачивается из государственного бюджета. Бремя их материального обеспечения лежит непосредственно на участниках и организаторах.

Полагаем, что работа вышеуказанных структур станет мощным стимулом для развития подлинной демократии в Украине, что позволит осуществлять политику не только в интересах отдельных правящих классов, но и в интересах благополучия всего народа.

СИСТЕМА МІСЬКОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ

Якість життя кожного громадянина в сучасних умовах в значній мірі залежить від ефективності управління містом як регіонального центру з постійною динамікою його розвитку як соціально-політичної системи. Історичний досвід свідчить, що найкращий шанс на виживання в кризових умовах і наступному прискореному розвитку мають ті міста, які мають достатню самостійність для формування власної, з урахуванням власних особливостей, системою управління, що повинна бути заснована на самоуправлінських засадах (Бондарь Н. С. Городское самоуправление как управляющая система: проблемы становления и перспективы развития / Н. С. Бондарь // RELGA. — 1999. — № 9 (15) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.woa/wa/Main?textid=1236&level1=main&level2=articles>).

Особливості системи місцевого самоврядування формуються під впливом ряду об'єктивних і суб'єктивних факторів. Територіальні (просторові) характеристики, чисельність населення й особливості господарської діяльності, міський спосіб життя, офіційний статус, особливе місце в системі розселення, специфічне середовище перебування — ці об'єктивні фактори, на думку О. М. Заборова, детермінували становлення міських форм самоорганізації населення (Заборова Е. Н. Город на грани веков. 2007, С. 5—6). Саме виникнення такого сполучення особливостей призвело до становлення муніципальних відносин у сучасному змісті слова, при цьому міста зіграли тут особливу роль, і ця роль зберігається понині, наповнюючись новим змістом. Ці особливості можуть стати класифікаційними ознаками для моделювання конституційно-правового забезпечення місцевого самоврядування в містах.

Слід зазначити, що міста мають різну здатність щодо рішення питань місцевого значення: у найкрупніших міст є значно більш потужний не тільки матеріально—технічний і економічний потенціал, а й адміністративний ресурс; в той же час можливості невеликих міст дуже обмежені, але при цьому, конституційно-правові засади побудови системи публічної влади міст України, незалежно від їх розміру, регулюються нормами одного закону про місцеве самоврядування, а функції, які вони повинні виконувати відповідно до закону про місцеве самоврядування, — тожні. Підходи до правового регулювання місцевого самоврядування в

містах, що використані в Україні недостатньо враховують названі вище класифікаційні критерії та характеристики, що відображається в підходах і до типології, і до правового регулювання особливостей організації місцевого самоврядування в великих містах.

Сучасна система місцевого самоврядування є важливою складовою територіальної організації влади будь-якої демократичної за своїм розвитком країни. Сама ж система місцевого самоврядування як така в Україні де-факто ще не склалася, оскільки механізм місцевої влади ще не працює в самоврядному режимі, остаточно не сформована територіальна організація влади, не створено фінансово-економічного підґрунтя. При цьому найбільш ефективний аналіз міста здійснюється з системних позицій, тому, що на думку С. Саханенка, системний підхід дозволяє інтегрувати різноманітні часткові проблеми, підвести їх до спільного знаменника і, отже, надзвичайно складну групу різноманітних проблем уявити як єдину (Саханенко С. Політико-адміністративна типологія українських міст. 2000, С. 313).

Таким чином, доцільним є виокремлення особливого типу місцевого самоврядування — міського самоврядування, тому що сучасне місто фактично не можна зводити до муніципального, регіонального або державного рівнів управління. Відтак, незалежно від сприйняття або не сприйняття такого підходу, конституційно-правове регулювання системи місцевого самоврядування у великих містах варто виділяти із загального розуміння системи місцевого самоврядування. На думку В. С. Куйбіди, «система місцевого самоврядування взагалі, а, отже, і міського самоврядування на територіальному рівні, повинна являти собою певну цілісність», що «дозволяє громадам з врахуванням їх особливостей оптимально вибудовувати систему самоврядних органів» (Куйбіда В. С. Конституційно-правові основи самоврядування в містах обласного значення. 2000, С. 10).

Світовий досвід свідчить про можливість і необхідність прийняття законодавчих актів, де б враховувалися особливості побудови публічної влади у великих містах. Так, у Франції прийняті особливі закони щодо міст-мільйонників (Париж, Марсель, Ліон). Відтак, ставити на один рівень мегаполіси та малі міста, що передбачає застосування тотожних методів управління, підходів до реалізації державної політики за певними напрямками, навряд чи виправдано.

В аспекті визначення складу системи місцевого самоврядування великих міст, досить цікавим є питання щодо закріплення цього інституту у статутах територіальних громад великих міст України. Так, систему місцевого самоврядування міст Дніпропетровська та Запоріжжя складають: територіальна громада міста; міська рада; міський голова; виконавчий комітет міської ради; органи самоорганізації населення.

Більш розгорнуто визначено систему місцевого самоврядування у м. Миколаєві як: територіальну громаду міста Миколаєва; Миколаївську міську раду; Миколаївського міського голову; виконавчий комітет Миколаївської міської ради; адміністрації районів міста; департаменти, управління, відділи та інші виконавчі органи міської ради; органи самоорганізації населення; експертно-громадську раду виконавчого комітету Миколаївської міської ради; консультативно—дорадчу раду Миколаївської міської ради. Розділом III Статуту територіальної громади міста Одеси поряд із законодавчо закріпленими складовими системи міського самоврядування визначено також і питання взаємодії міської ради з міським головою та виконавчими органами ради (ст. 18 Статуту), взаємодії міської ради та виконавчих органів ради з органами самоорганізації населення (ст. 20).

Наведені положення демонструють різні підходи до визначення системи міського самоврядування та є позитивним прикладом використання локальної нормотворчості для конкретизації положень чинного законодавства.

ПОГІБКО О. І.

радник начальника Генерального штабу —
Головнокомандувача Збройних Сил України

ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПІДВИЩЕННЯ БОЄВОГО ПОТЕНЦІАЛУ ВОЄННОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ ДЕРЖАВИ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ

У сучасному глобалізованому світі держави тісно взаємозалежні між собою. Власне, безпека і оборона є взаємопов'язаними і країни не можуть забезпечити поодиночці власну безпеку.

За останні роки, підкреслює С. Хантінгтон, непримиренність політичних, економічних, етно-національних та релігійних інтересів зростає, внаслідок чого виникає небезпека різних локальних збройних конфліктів, їх швидка ескалація з втягуванням у них інших держав.

Відповідно статті 18 Конституції України, «...Зовнішньополітична діяльність України спрямована на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання мирного та взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства...».

Характерною рисою діяльності військово-політичного керівництва є комплексний підхід до проблем укріплення обороноздатності держави. Напрацьовуючи і здійснюючи політику в галузі безпеки і оборони

держави, керівництво повинно мати вихідними даними закономірність зв'язків і відношень між Воєнною організацією держави і економічним станом. Обороздатність держави, відомо, складається з його матеріальних і духовних можливостей.

Основними структурними компонентами достатньої оборони являється економічний, науковий, морально-соціальний та в цілому воєнний потенціали. Безпосередньо воєнний потенціал характеризується наявністю різних показників і в першу чергу рівнем бойової готовності військового формування.

Важливим напрямком в позитивному розвитку подій для нашої держави залишається підвищення бойового потенціалу Воєнної організації держави та основної складової — Збройних сил України.

До найбільш важливих напрямків підвищення бойового потенціалу слід віднести подальше напрацювання правових основ укріплення обороноздатності держави. На нашу думку, першочергово потрібно законодавчо допрацювати нормативно-правові акти стосовно забезпечення захисту від реальних та потенційних загроз воєнного характеру національних інтересів України.

Вкрай необхідне формування нових доктринальних поглядів і принципів нових підходів до завдань силового забезпечення суверенітету і територіальної цілісності держави.

До цього часу реформування Воєнної організації держави проводиться без комплексного законодавчого акту «Концепції розбудови та реформування Воєнної організації держави». Враховуючи реалії сьогодення, пропонуємо віднести до першочергового заходу також прийняття Закону України «Про Воєнну реформу України».

Одночасно залишається важливим подальше удосконалення озброєння та військової техніки та в цілому технічне оснащення військового формування. Особливу увагу слід звернути на нові, більш удосконалені і перспективні види ОВТ. Вимушено признаємо, що наявність паритету сил в галузі озброєнь, особливо стратегічних наступальних, гарантувало б воєнну безпеку держави.

Укріплення бойового потенціалу військового формування в більшості залежить від рівня розвитку воєнної науки. На нашу думку, основне її завдання — узагальнити й осмислити нові закономірності військової справи, забезпечити необхідні висновки з підготовки військового формування до сучасної війни, а також про характер та способи бойових дій.

Очевидно, воєнна наука — це система знань про закони і характер війни, підготовку Воєнної організації держави і в цілому країни до війни та способи ведення збройної боротьби. Воєнна наука базується на сучасній законодавчій базі, яка відображає відносини політики і війни

та інших найбільш загальних законів війни. При цьому, воєнна наука повинна розглядати їх безпосередній вплив на підготовку і ведення війни, концентруючи увагу на дослідженні законів збройної боротьби.

В той же час одна з важливих функцій воєнної науки пов'язана з поглибленням теоретичних знань про закони збройної боротьби та закони підготовки держави до війни. Воєнна наука є основою воєнно-теоретичних знань та теоретичною основою бойового потенціалу Воєнної організації держави.

В умовах появи нових загроз одним з важливіших напрямків укріплення бойового потенціалу є підвищення ефективності управління військовим формуванням. Стрімкий розвиток засобів автоматизації управління бойовими діями пов'язується з необхідністю створення сучасних зразків.

У цьому аспекті укріплення бойового потенціалу в значній мірі залежить від кадрової складової. Підвищення вимог до організаторських здібностей в сучасних умовах являється необхідністю, тому що ефективне управління значить забезпечення безумовного досягнення поставлених цілей та найбільш раціональне використання бойових можливостей складових військового формування.

Звісно, здатність військового формування швидко й в найбільш повній мірі реалізувати свій бойовий потенціал для відсічу агресії відображається в постійній бойовій готовності. Власне, бойову готовність військового формування визначає конкретний зміст інших менших по своєму масштабу рівнів бойової готовності підрозділів. На кожному з цих рівнів бойова готовність підрозділів передбачає укомплектованість особовим складом, озброєнням бойовою технікою; утримання в справному боєготовному до застосування стану озброєння та бойової техніки, а також наявність необхідних запасів матеріальних засобів.

Важливо підкреслити, бойова готовність — це характеристика Воєнної організації держави, яка має не тільки різні масштаби, але й різні ступені.

Таким чином, загальнодержавний масштаб визначається в першу чергу станом міжнародних відносин та загрозою існування держави з боку інших держав. Тому актуально важливим напрямком укріплення бойового потенціалу являється удосконалене законодавство України.

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ДЕРЖАВНОЇ МОЛОДІЖНОЇ ПОЛІТИКИ В УМОВАХ ПОБУДОВИ СОЦІАЛЬНОЇ ДЕРЖАВИ

Динаміка конкретних суспільних змін та успішність процесу «соціалізації» держави знаходиться в прямій залежності від включення молоді в процес соціально-правової трансформації. Серед всіх соціальних груп сучасного українського суспільства, молодь, з огляду на її специфічні функції, може стати головним чинником забезпечення розвитку держави і суспільства, але, лише за умови ефективної державної політики, головною метою якої є створення умов і гарантій для соціалізації молоді в інтересах держав, суспільства і її власних інтересах.

На сучасному етапі суспільного розвитку очевидним є те, що демократія неможлива без «соціалізації» держави, надання їй функції соціального регулятора. Стратегія будівництва демократичної, соціально-правової держави є основою для реалізації політики органів державної влади і місцевого самоврядування з модернізації всіх сфер соціального буття. Стратегія будівництва демократичної, соціально-правової держави представляє собою довгостроковий національний курс, який закріплений в Конституції держави та визначає основні шляхи реалізації найбільш важливих інтересів суспільства та держави. Основна роль цієї стратегії полягає в тому, щоб скоординувати та зорієнтувати всі дії та ресурси держави для досягнення правових, соціальних економічних цілей та цінностей, які відображені та закріплені в Конституції.

Успішна модернізації країни напругу залежить від успіху реалізації державної молодіжної політики, оскільки саме молодь є соціальною базою майбутніх перетворень.

Прогресивний, поступальний розвиток суспільства зумовлений фактично двома основними чинниками:

- спроможністю держави, її структур, соціальних інститутів суспільства зробити вирішальні кроки назустріч молоді, активно сприяти процесам її особистісного громадянського становлення та соціалізації;
- здатність самої молоді до інноваційної діяльності, соціального новаторства (готовність бути не лише об'єктом інтеграційно-перетворювальних процесів, а й суб'єктом суспільних дій). (Головатий М. Ф. Соціологія молоді: Курс лекцій/М. Ф. Головатий. — К.: МАУП, 2006. — С. 22.)

Молодіжна політика тісно пов'язана з динамікою конкретних суспільних змін і тому виокремлення такої сфери в якості пріоритетного

напрямку діяльності держави обумовлює поступальний розвиток нашого суспільства на шляху становлення України як демократичної, соціальної та правової держави.

Роль держави в процесі реалізації молодіжної політики є визначальною, оскільки на органи державної влади покладено велику кількість різнобічних функцій: розробку необхідного законодавства, запровадження новітніх технологій роботи з молоддю через мережу державних закладів освітнього, соціального та культурно-мистецького характеру, підготовку та залучення спеціалістів, створення сприятливого середовища. Але всі ці дії не матимуть успіху, якщо головний об'єкт впливу — молодь — залишатиметься на рівні пасивного спостерігача.

Український дослідник М. Перепелиця у своїй роботі «Державна молодіжна політика в Україні (регіональний аспект)» зазначає, що «світовий досвід формування і здійснення молодіжної політики свідчить, що державне регулювання в цій сфері є найбільш складним питанням, і ефективність такої політики знижується як у разі перебільшення ролі державних заходів, так і за дуже обмеженого використання державних механізмів». (Перепелиця М. П. Державна молодіжна політика в Україні (регіональний аспект). 2001, С. 32.)

Молодіжна політика дуже динамічна система, яка змінюється як під впливом зовнішніх факторів (соціально-економічні, політичні зміни і т. п.) так і внутрішніх (зміна цінностей, інтересів, орієнтирів самої молоді). Це безперечно повинно впливати на реалізацію державної молодіжної політики в напрямку підвищення мобільності. Кожне молоде покоління має свої характерні особливості, потреби і відповідно потребує постійної переорієнтації уваги держави. Державну молодіжну політику не можна реалізувати раз і назавжди — це повинна бути постійна і системна діяльність держави.

Молодь як соціально-демографічна група суспільства не є за своєю структурою однорідною. Сама по собі вона вкрай диференційована і має багат шарову внутрішню структуру. Це їй повинно бути урізноманітнювати підходи та способи державного впливу на молодіжне середовище. Відповідно державна молодіжна політика має будуватися з урахуванням специфіки, потреб окремих категорій молоді, її вікових груп, регіональних умов і особливостей, з урахуванням не лише характеру взаємин між молоддю та іншими соціальними групами, але й між групами молоді зокрема.

Крім того, молодіжній політиці повинна бути властива централізованість з елементами регіоналізації, децентралізації, що передбачає динамічність та диференційований підхід.

Останніми часом вирішення різноманітних проблем молоді здійснюється за допомогою державних та регіональних програм (Державна

програма забезпечення молоді житлом на 2013–2017 роки, Державна цільова соціальна програма «Молодь України» на 2009–2015 роки, Програма роботи з обдарованою молоддю на 2001–2005 роки, Програма сприяння соціальному становленню та адаптації кримськотатарської молоді на 2002–2005 роки та ряд регіональних програм). Проте, слід констатувати, що орієнтація на основне призначення програмного методу — комплексно вирішувати проблеми окремих груп молоді або загальних проблем молоді, не дає необхідного позитивного ефекту.

Неефективна реалізація державної молодіжної політики як пріоритетного напрямку діяльності держави ставить перешкоди на шляху створення умов для соціалізації молоді та перетворення її на активного учасника соціально-політичних процесів, пов'язаних зі становленням України як демократичної, правової та соціальної держави.

ВОЛКОВА Д. Є.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри конституційного права

ДОСЛІДЖЕННЯ ВЗАЄМОДІЇ ГРОМАДСЬКИХ ОБ'ЄДНАНЬ ТА ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ ЗА РАДЯНСЬКИХ ЧАСІВ

Наразі дуже актуальним є питання взаємодії таких інститутів громадянського суспільства, як громадські об'єднання (громадські організації та громадські спілки), з органами публічної влади. Це стосується як контролю за діяльністю органів публічної влади з боку громадськості, так і підвищенню ефективності участі громадськості у здійсненні публічної влади, так і інституту соціального замовлення. З цієї точки зору представляє інтерес історичний досвід, у тому числі радянського періоду.

Як правило, праці про взаємодію громадських організацій (громадські спілки за часів СРСР були відсутні) з органами публічної влади (фактично, з органами державної влади, бо органи місцевого самоврядування не розглядались як носії муніципальної влади) були дуже ідеологізованими та не є досить цікавими для сучасних дослідників. Прикладом може бути робота Т. М. Мельник «Местные советы и общественные организации», 1980 р. (Мельник Т. М. Местные советы и общественные организации / Т. М. Мельник. — М. : Юрид.лит., 1980. — 72 с.), ін.

Однак, відкидати усі праці часів СРСР про взаємодію громадських організацій з органами публічної влади навряд чи буде плідним. Справа

в тому, що комуністична ідеологія пропонувала поступову передачу функцій державних органів громадським організаціям. На сучасному етапі ситуація дещо змінилась, але ідея передавати, делегувати певні повноваження органів публічної влади інститутам громадянського суспільства, у т.ч. громадським організаціям, залишається актуальною. Ще більш нагальним є підвищення ефективності взаємодії органів публічної влади з громадськими об'єднаннями, а також розширення переліку форм такої взаємодії.

З цієї точки зору, можна рекомендувати для ознайомлення низку праць. Наприклад, роботу М. Т. Баймаханова «О переходе функций государственных органов к общественным организациям» (Баймаханов М. Т. О переходе функций государственных органов к общественным организациям / М. Т. Баймаханов. — Алма-Ата : Изд-во «Наука», 1965. — 245 с.). Як вже зазначалось, наразі сама ідея переходу функцій державних органів громадським організаціям є застарілою. Але, певні міркування автору (стосовно методу заохочення, який використовують громадські організації, стосовно можливості застосування методу примусу, стосовно зміни власних повноважень при переході функцій державних органів до громадських організацій тощо) можуть стати у нагоді при розробці відповідних питань.

Так само корисною можуть бути і ідеї з праці вже згаданого Д. В. Шутька, який у книзі «Советы народных депутатов и общественные организации» розглядав питання підвищення ефективності діяльності місцевих рад через підвищення ефективності взаємодії між ними та громадськими організаціями, а також правові основи цієї взаємодії та її форми (Шутько Д. В. Советы народных депутатов и общественные организации / Д. В. Шутько. — М. : Изд-во «Знание», 1979. — 65 с.).

До низки праць радянських вчених, теоретичні положення яких можна використати наразі при підвищенні ефективності та розширенні сфери взаємодії між громадськими об'єднаннями та органами публічної влади, примикає ще одна. В. М. Горшенев у своїй монографії «Участие общественных организаций в правовом регулировании» детально розглянув такі актуальні на сучасному етапі розвитку громадських організацій в Україні питання, як передача повноважень від органів публічної влади цим організаціям, та проблеми виконання громадськими організаціями взятих на себе повноважень — у т.ч., нормотворчість та правозастосовну діяльність цих організацій (Горшенев В. М. Участие общественных организаций в правовом регулировании / В. М. Горшенев. — М. : Государственное изд-во юридической литературы, 1963. — 168 с.).

Ще кілька монографій, присвячених загальним питанням діяльності громадських організацій в СРСР, містять цікаві розділи з аналізованої

проблематики. Наприклад, про закономірності розвитку громадських організацій (Щиглик А. И. Закономерности становления и развития общественных организаций в СССР. Политико-правовое исследование / А. И. Щиглик. — М. : Изд-во «Наука», 1977. — 254 с.), про типи та способи взаємодії громадських організацій та державних органів (Общественные организации в политической системе. Аспекты взаимодействия с партией, государственными органами, трудовыми коллективами / отв. ред. Ц. А. Ямпольская. — М. : Издательство «Наука», 1984. — 272 с.), про права та обов'язки громадських організацій у різних сферах суспільного життя, у т.ч. у сфері соціального розвитку, та про гарантії функціонування громадських організацій (Конституционный статус общественных организаций в СССР / отв. ред. А. И. Щиглик. — М. : Наука, 1985. — 200 с.) тощо.

Отже, значна частина робіт радянських дослідників присвячена питанням взаємодії громадських організацій та державних органів. Ці роботи доцільно поділити на 2 групи. Публікації, що належать до першої групи, є надто ідеологізованими, та не представляють значного інтересу при розв'язанні сучасних проблем громадських організацій в Україні. Публікації, що належать до другої групи, присвячені проблемам передачі окремих повноважень органів публічної влади громадським організаціям, підвищенню ефективності їхньої взаємодії за іншими напрямками. Саме вони становлять значний інтерес для подальшого розвитку українського громадянського суспільства (роботи М. Т. Баймаханова, Д. В. Шутька, В. М. Горшеньова, ін.).

КУЛІ-ІВАНЧЕНКО К. К.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри конституційного права

СОЦІАЛЬНЕ ЗАМОВЛЕННЯ В УКРАЇНІ: АНАЛІЗ ЗАКОНОПРОЕКТНИХ РОБІТ

В Верховній Раді України зареєстровані два законопроекти про соціальне замовлення. Перший — це проект Закону України «Про соціальне замовлення» № 7332 від 24 травня 2001 року (далі — Законопроект № 7332), розроблений групою одеситів Костусєвим О. О., Крупніком А. С., Камінником І. С., Брудним В. І.) і внесений на розгляд Верховної Ради України народним депутатом України третього скликання О. О. Костусєвим. Головне науково-експертне управління Апарату Верховної Ради України надало позитивний висновок,

пропонуючи прийняти Законопроект № 7332 за основу з наступним доопрацюванням згідно висловлених у Висновку зауважень (На проект Закону України «Про соціальне замовлення» № 7332 від 24 травня 2001 року, внесеного народним депутатом України О. Костусевим : Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України № 16/3—681 від 21 червня 2001 року // «Социальный заказ в Украине : практика» : Материалы III Межд. научн.-практич. конф. по новым социальным технологиям. — Ассоциация поддержки гражданских инициатив «Ковчег». Одесса. 2001. с. 44—45).

Також в Верховній Раді України було зареєстровано ще один проект Закону України «Про соціальне замовлення у сфері надання соціальних послуг» № 5236 від 16 жовтня 2009 (далі — Законопроект № 5236), який був поданий на розгляд Верховної Ради України народним депутатом України шостого скликання О. Донієм (Про соціальне замовлення у сфері надання соціальних послуг : Проект Закону України № 5236 від 16 жовтня 2009 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http : // search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JF41G00A.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JF41G00A.html)).

Не зважаючи на те, що жоден з згаданих законопроектів так і не було прийнято, представляється, що вони все одно мають велике значення для подальших законо-проектних робіт щодо впровадження соціально-го замовлення в Україні на державному рівні.

Так, порівняння текстів Законопроектів № 7332 та № 5236 дало можливість зробити такі висновки. В обох законопроектах термін «соціальне замовлення» означає комплекс заходів організаційно-правового характеру, але в Законопроекті № 7332 в його основі лежить розробка і реалізація загальнодержавних та місцевих цільових соціальних програм і соціальних проектів за рахунок бюджетних та інших коштів, а в Законопроекті № 5236 він спрямований на закупівлю за бюджетні кошти соціальних послуг.

В даному випадку більш вдалим і повним здається перше визначення, оскільки соціальне замовлення зазвичай реалізується на основі цільової соціальної програми (соціального проекту) і це є його особливістю.

В тексті Законопроекту № 7332 не має статей щодо предмету, об'єктів та суб'єктів соціального замовлення (але є в статтях чотири та п'ять Законопроекту № 5236). Ці статті є дуже важливими для характеристики змісту правовідносин щодо формування та використання соціального замовлення у сфері надання соціальних послуг.

Законопроект № 5236 містить статтю сьому «Класифікація соціального замовлення», де виділяються такі види соціального замовлення, як соціальне замовлення на загальнодержавному; регіональному та місцевому рівнях (рівень адміністративно-територіальних одиниць).

На відміну від цього, в Законопроекті № 7332 є стаття четверта «Рівні формування та розміщення соціального замовлення», в якій виділяються поряд з соціальним замовленням на загальнодержавному рівні та рівні адміністративно-територіальних одиниць, ще й соціальне замовлення рівня самоорганізації населення. В цій частині Законопроект № 7332 є більш вдалим, тому що дійсно соціальне замовлення може реалізовуватися і на рівні самоорганізації населення. Так, відповідно до Положень про соціальне замовлення в місті Одесі (яке розробили і прийняли раніше самого Законопроекту № 7332) та в місті Миколаєві виконавцями соціального замовлення можуть бути органи самоорганізації населення.

Далі, в Законопроекті № 5236 усі процедурні положення щодо підготовки; порядку розробки та затвердження програм соціального замовлення; формування та організація роботи конкурсних комісій; організації конкурсу соціальних проектів; формування соціального контракту на виконання соціального замовлення; організації виконання соціального замовлення; оцінка результатів виконання соціального замовлення більш детально регламентуються в Законопроекті № 7332 (в ст. ст. 5, 8–12, 14, 17, 18). Вбачається, що завдяки такій деталізації процедура застосування механізму соціального замовлення буде більш зрозумілою для сприйняття та реалізації його виконавцями соціального замовлення. А при застосуванні статей Законопроекту № 5236 можуть виникнути певні незрозумілості і складнощі на різних етапах життєвого циклу соціального замовлення.

Досить вдалою є наявність в Законопроекті № 7332 статті щодо пільгового оподаткування реалізації соціального замовлення, оскільки треба стимулювати та заохочувати участь юридичних та фізичних осіб в вирішенні соціальних проблем за допомогою соціального замовлення шляхом надання їм різного роду пільг.

Також, в Законопроекті № 7332 детально регламентовані права та обов'язки замовника та виконавця соціального замовлення (ст. ст. 15, 16). Поряд з цим Законопроект № 5236 не містить у своєму тексті таких статей.

Отже, підсумовуючи вищезазначене, вбачається, що Законопроект № 7332 (О. Костусева) є більш вдалим, ніж Законопроект № 5236 (О. Донія), оскільки перший детально регламентує процедуру розробки та реалізації соціального замовлення з урахуванням особливостей застосування соціального замовлення на різних рівнях та етапах життєвого циклу механізму соціального замовлення. На відміну від цього, автори Законопроекту № 5236 розробили більш спрощену процедуру соціального замовлення, посилаючись в кожному процедурному положенні тексту Законопроекту на обов'язковість розробки і затвердження Кабінетом Міністрів України Типового положення про формування соціального замовлення.

ЩОДО СИСТЕМИ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЦІННОСТЕЙ

В сучасних умовах конституційного реформування та модернізації в Україні проблематика конституційних цінностей привертає все більшу увагу вітчизняних конституціоналістів. Конституційні реалії актуалізують необхідність створення системи цінностей, які на певному етапі соціально-економічного розвитку суспільства і держави стануть керівними положеннями при розробці внутрішньої й зовнішньої політики країни, удосконалення чинного законодавства та правозастосування.

Однією з характеристик системи є взаємозв'язок її елементів, які обумовлюють їх єдність. Виходячи з цього система конституційних цінностей складає гуманістичні, демократично-правові, універсальні орієнтири (цілі та настановлення), що знаходять формалізоване відображення в конституції держави, виявляються в оціночній, інтерпретаційній і контрольній діяльності органів конституційної юстиції, визначально впливають на конституційне законодавство, конституційну правосвідомість, конституційний правопорядок та публічно-владну практику (Огляд матеріалів круглого столу «Конституція України у ціннісному вимірі (до 16-ї річниці прийняття Конституції України) // Вісник Конституційного Суду України. 2012, с.118), які взаємопов'язують, взаємодоповнюють один одного та складають певну системну єдність.

Цікавою вбачається пропозиція Н. С. Бондаря про те, що у сучасному конституціоналізмі феномен цінностей проявляється у трьох основоположних вимірах: 1) Конституція сама по собі є цінністю; 2) отримання прямого закріплення цінностей в нормах та інститутах Конституції; 3) імпліцитне вираження конституційних цінностей як результату практичної конституційно-судової аксіології (Бондарь Н. С. Судебний конституціоналізм в Росії в свете конституционно-государственного правосудия. 2011, с. 77).

Саме цінність Конституції обумовлена її правовими властивостями як нормативно-правового акту засновницького характеру, вона займає особливе місце в ієрархічно побудованій системі нормативно-правових актів та інших форм права. Основний Закон держави володіє верховенством, найвищою юридичною силою, прямою дією на всій території України та за своїми правовими властивостями є вершиною нормативно-правової піраміди і одночасно фундаментом, основою всього поточного законодавства. Цінність самої Конституції як Основного Закону полягає в тому, що вона: 1) формально закріплює

систему цінностей суспільна (формальна цінність); 2) є актом прямої дії, який регулює суспільні відносини (регулятивна цінність); 3) є основою розвитку профілюючих, спеціальних та комплексних галузей законодавства, тобто тою нормативно-правовою базою, на основі якої змінюється законодавство (правотворча цінність).

Ціннісна значущість властива не тільки Конституції в цілому, але й нормам Основного Закону, які є відображенням фактично сформованих і юридично визнаних уявлень про соціальні пріоритети і найбільш оптимальні моделі облаштування суспільного і державного життя, про співвідношення цінностей влади і свободи, рівності й справедливості, соціальної державності. В даному випадку конституційні цінності мають пряме текстуальне конституційне оформлення, норми Основного Закону виконують аксіологічну функцію. Системний аналіз положень Конституції надає можливості виокремити в її тексті такі основні цінності як: людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека (ст. 3, 27, 49 Конституції України); гідність та свобода людини (ст. 21, 28 Конституції України); право на вільний розвиток особистості (ст. 23, 34, 35, 53 Конституції України); правова рівність (ст. 21, 24 Конституції України); верховенство права (ст. 1, 8 Конституції України); демократія (ст. 1, 5 Конституції України); суверенітет та територіальна цілісність України (ст. 1, 2, 17 Конституції України); республіканська форма правління (ст. 5 Конституції України) та інші.

Ціннісний характер відповідних конституційних положень, отримує підтвердження в практиці Конституційного Суду України, який активно залучає аксіологічний потенціал конституційних норм для формування правових позицій щодо конкретних питань у конституційно-правових спорах. Саме в практиці Конституційного Суду України отримали своє обґрунтування цілий ряд формально не зафіксованих у Конституції цінностей. Задача Конституційного Суду України в кожному своєму рішенні об'єктивувати динамічний баланс конституційних цінностей, а саме, захищати незмінні базові цінності, враховуючи ті нагальні потреби конкретно-історичного розвитку України, в яких ці цінності знаходять свої актуальні втілення. Аналіз рішень Конституційного Суду України показує, що Конституційний Суд України приділяє велику увагу захисту основних конституційних цінностей. До них відносяться: верховенство права, пріоритет природних прав людини, справедливість тощо.

Таким чином, конституційні реалії України та практика Конституційного Суду України дозволяє виділити систему конституційних цінностей в Україні, до яких відноситься Конституція України як самостійна цінність та цінності, які закріплені в її тексті, а саме: людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека,

гідність та свобода людини, право на вільний розвиток особистості, правова рівність, верховенство права, демократія, суверенітет та територіальна цілісність України, республіканська форма правління, та інші. Ці цінності знаходять свої відображення та захист, відповідно, в інтерпретаційній та контрольній діяльності Конституційного Суду України та мають важливе значення у сучасних умовах конституційних перетворень в Україні.

СРЕДНИЦЬКА І. Ю.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірантка кафедри конституційного права

БЕЗПОСЕРЕДНЯ ДЕМОКРАТІЯ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ

За останній час в Україні значна увага приділяється питанню встановлення реального народовладдя шляхом запровадження до Конституції України народної законодавчої ініціативи, оскільки від її успішного розвитку залежить входження нашої держави до європейського правового простору.

Так, у більшості зарубіжних країн світу інститут народної законодавчої ініціативи закріплений в Конституції держави і є формою вираження безпосередньої демократії на державному рівні, у той час, як в українському законодавстві детальною правовою регламентацією забезпечені тільки інститути виборів та референдуму. Про народну ініціативу говориться лише як про допоміжну передумову для всеукраїнського референдуму, хоча сам термін «народна ініціатива» має значно ширше тлумачення, а далі й застосування (Каденюк С... та інші форми безпосередньої демократії. [Електронний ресурс]: Українська правда. — 2012. — Режим доступу до журн.: <http://www.pravda.com.ua/rus/articles/2012/04/5/6962109/?attempt=1>).

У конституційній теорії і практиці виділяють три основні різновиди народної ініціативи: народна референдна ініціатива, народна законодавча ініціатива та народне вето. Існує також народна конституційна ініціатива, яка передбачає внесення змін до Конституції держави, але, у багатьох випадках держави замість народної конституційної ініціативи вживають саме термін «народна ініціатива» (Шемшученко Ю. С. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. — К.: «Укр. енцикл.», 2002. — Т. 4: Н — П. — С. 49). До того ж, українські вчені неодноразово пропонували запровадити

інститути народної законодавчої ініціативи та народного вето до проекту змін до Конституції України, що і підсилює інтерес до теми дослідження.

Сучасне конституційне право трактує народну законодавчу ініціативу як надання права певному числу громадян вносити пропозицію щодо зміни законодавства, в тому числі проект закону про внесення змін до конституції або інших правових актів, на розгляд представницького органу або винесення на референдум. Одним з перших українських конституційних проектів, що визначив закріплення на загальнодержавному рівні народної законодавчої ініціативи, був Основний Закон «Самостійної України» Спілки народу українського, розроблений в 1905 р. Українською народною партією. За радянських часів відбулося поєднання безпосередньої та представницької демократії, що слугувало змішуванню цих категорій та наданню їм специфічного змісту (Погорілко В. Ф., Федоренко В. Л. Референдне право України : Навч. посіб. для студ. ВНЗ / В. Ф. Погорілко, В. Л. Федоренко. — К.: Вид-во «Ліра-К», 2006. — С. 63–67).

Після проголошення незалежності України, Конституція 1996 р. надала право законодавчої ініціативи народним депутатам України, Президенту, Кабінету Міністрів України та Національному банку України. У той час, як Основний закон визначає, що народ являється «носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні» (Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. / ВВР України, 1996. — № 30. — Ст. 141 (Із змінами, внесеними згідно із Законом 2222 — IV від 08.12.2004)).

Протягом останніх років не раз робилися спроби внести зміни до Конституції України щодо зміцнення народовладдя та посилення гарантій прав громадян. Так, 21 червня 2013 року Конституційна Асамблея представила проект Концепції змін до Конституції України, який пропонував замінити розділ діючої Конституції «Вибори. Референдум» на спеціальну узагальнену назву «Народне волевиявлення» чи «Пряме народовладдя», що передбачає суттєве збільшення ролі безпосередньої демократії як різновиду народовладдя (Конституційна асамблея закінчила роботу над новою Конституцією від 24 грудня 2013. [Електронний ресурс]. — Режим доступу :http://tvi.ua/new/2013/12/24/konstytuyna_asambleya_zakinchyla_robotu_nad_novoyu_konstytuciyeu. — Назва з екрана). В українському законодавстві право народної законодавчої ініціативи регулюється практично тими ж нормами, що і право громадян на референдум, що говорить про ототожнення цих інститутів (Закон України «Про всеукраїнський референдум» від 06.11.12 р. // Офіційний вісник України від 10.12.2012 — № 92). Тому, вважаємо за необхідне, з урахуванням європейської конституційної практики, передбачити в

Конституції України можливість народної законодавчої ініціативи та прийняти на державному рівні відповідний закон, який відповідав би європейським стандартам.

Застосування даної форми безпосередньої демократії в зарубіжних країнах здійснюється по-різному, так як, кожна держава має свої певні конституційні засади в сфері народовладдя і особливості його реалізації. Тому, світовий досвід виділяє такі моделі реалізації інституту народної законодавчої ініціативи. До першої моделі відносяться варіанти, засновані на вирішальній ролі громадян (ініціатива як інститут безпосередньої демократії). До другої — варіанти, спрямовані на важливу роль представницького органу влади (ініціатива як змішаний інститут безпосередньої і представницької демократії)(Щербанюк О. В. Народна правотворча ініціатива як перспективний інститут прямої демократії в Україні // Порівняльно-аналітичне право. — 2013. — № 3–2. — С. 98). Тобто, у цілому треба сказати, що в одних країнах допускається прийняття або скасування законів на референдумі за народною ініціативою, оформленою відповідно до вимог національного законодавства (16 штатів США). В інших — народна законодавча ініціатива реалізується через представницький орган державної влади — парламент (Австрія, Італія, Іспанія, Швейцарія). Останнє, на нашу думку, втілює оптимальний варіант реалізації народної законодавчої ініціативи, так як, поєднання представницької і безпосередньої демократії є вищим проявом повновладдя народу.

Вищевикладене дозволяє зробити висновок, що вироблення механізму реалізації народної законодавчої ініціативи є одним з найважливіших завдань у напрямі утвердження безпосередньої демократії та розвитку європейської інтеграції України. Від успішності запровадження та практичного виконання даної форми безпосередньої демократії буде залежати рівень довіри громадян до влади та надасть змогу забезпечити громадянам реальної можливості впливати на законодавчий процес. Проте, як доводить практика та оцінки європейських експертів, динамічність та прозорість діалогу між владою та громадянським суспільством залишаються на сьогодні незадовільним, що значною мірою гальмує просування України у напрямі до встановлення безпосередньої демократії.

КРЫЛОВ Ю. В.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
доцент кафедры конституционного права,
кандидат юридических наук, доцент

ОСОБЕННОСТИ ФИНАНСИРОВАНИЯ ПРОВЕДЕНИЯ ВСЕУКРАИНСКОГО РЕФЕРЕНДУМА

Расходы на проведение всеукраинского референдума, кроме расходов на сбор подписей под требованием проведения всеукраинского референдума, осуществляются за счет средств Государственного бюджета Украины. Финансовое обеспечение подготовки и проведения всеукраинского референдума за счет средств Государственного бюджета Украины, выделенных на подготовку и проведение всеукраинского референдума, осуществляется Центральной избирательной комиссией, которая является их главным распорядителем.

Объем средств для подготовки и проведения всеукраинского референдума по представлению Центральной избирательной комиссии предусматривается отдельной строкой в Законе Украины «О Государственном бюджете Украины». Средства на подготовку и проведение всеукраинского референдума, предусмотренных Государственным бюджетом Украины, перечисляются Центральной избирательной комиссии в трехдневный срок со дня объявления начала процесса референдума.

Центральная избирательная комиссия утверждает средние нормы расходов окружной комиссии референдума, а также средние нормы расходов для нужд участковых комиссий референдума, которые должны включать в себя, в частности, расходы на имущественный найм (аренду) помещений комиссий и оплату за использование материально-технических средств, а также оплату труда членов комиссий.

Окружная комиссия референдума в десятидневный срок со дня официального объявления результатов всеукраинского референдума составляет и представляет в Центральную избирательную комиссию финансовый отчет о поступлении и использовании средств Государственного бюджета Украины на подготовку и проведение всеукраинского референдума в порядке, установленном Центральной избирательной комиссией, по форме, утвержденной Центральной избирательной комиссией совместно с Государственным казначейством Украины.

Окружная комиссия референдума в пятидневный срок со дня ее образования на основе средних норм расходов составляет единую смету расходов для подготовки и проведения всеукраинского референдума с

включением в неё собственных расходов и расходов для нужд участковых комиссий референдума территориального округа. Единую смету расходов утверждает Центральная избирательная комиссия.

Финансирование комиссий референдума осуществляется в порядке, установленном Центральной избирательной комиссией совместно с Министерством финансов Украины.

Контроль за правильным и целевым использованием средств Государственного бюджета Украины, выделяемых на подготовку и проведение всеукраинского референдума, осуществляется Центральной избирательной комиссией и соответствующими органами государственной контрольно-ревизионной службы в порядке, установленном Центральной избирательной комиссией совместно с Министерством финансов Украины.

Инициативная группа для финансирования расходов на сбор подписей в поддержку проведения всеукраинского референдума и других целей, а после объявления Центральной избирательной комиссией начала процесса референдума также для финансирования проведения агитации образует свой фонд референдума.

Порядок оплаты указанных услуг и возмещения устанавливается Кабинетом Министров Украины.

Закупка товаров, оплата работ, услуг для подготовки и проведения всеукраинского референдума в процессе референдума осуществляются комиссиями референдума за счет средств Государственного бюджета Украины без применения тендерных (конкурсных) процедур в порядке, установленном Центральной избирательной комиссией.

Работа члена комиссии референдума, который выполняет свои полномочия в комиссии референдума на платной основе, оплачивается в размере и в порядке, установленных Кабинетом Министров Украины по представлению Центральной избирательной комиссии, за счет средств Государственного бюджета Украины, выделяемых на подготовку и проведение всеукраинского референдума.

Размер заработной платы члена комиссии референдума, освобожденного от выполнения производственных или служебных обязанностей по основному месту работы, не может быть ниже его средней заработной платы по основному месту работы.

Инициативная группа обязана создать фонд референдума. Инициативная группа не позднее чем на пятый день со дня ее регистрации образует фонд референдума. Фонд референдума образуется для финансирования расходов на сбор подписей граждан, финансирования агитации референдума.

Фонд референдума имеет один накопительный счет, на который поступают средства для финансирования соответствующего субъекта

процесса референдума, а также текущие счета, с которых осуществляется финансирование расходов на участие субъекта в процессе референдума. На текущие счета фонда референдума субъекта процесса референдума средства поступают исключительно с накопительного счета фонда референдума соответствующего субъекта процесса референдума. Основанием для открытия накопительного счета фонда референдума является копия решения Центральной избирательной комиссии о регистрации инициативной группы. Основанием для открытия текущего счета фонда референдума является справка учреждения банка об открытии накопительного счета фонда референдума. Субъект процесса референдума вправе открыть только один накопительный счет фонда референдума и только в национальной валюте. Инициативная группа вправе открывать в учреждениях банков Украины текущие счета своего фонда референдума из расчета не более одного текущего счета на территории одного территориального округа референдума. Расходование средств с текущих счетов фонда референдума осуществляется только в безналичной форме.

Закон Украины «О всеукраинском референдуме» обеспечивает правовое регулирование всех элементов этого процесса. В современном украинском конституционализме всеукраинский референдум призван занять место важнейшего направления совершенствования демократии.

СОН С. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
старший викладач кафедри конституційного права

ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВИБОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ

Проблема ролі та міста держави в організаційному, управлінському, фінансовому забезпеченні участі політичних партій у виборчих процесах поки що, на жаль, не отримала належного наукового висвітлення в межах юридичної науки. При цьому увага згаданому вкрай актуальному питанню приділяється насамперед з боку практиків — партійних функціонерів, депутатів, членів виборчих комісій та урядовців. Певний оплеск інтересу до вказаної тематики був пов'язаним із розробкою нового законодавства про партії, але аналізу змісту, завдань, характеру та спрямованості державного регулювання партійної діяльності зокрема через узагальнення даних останніх парламентських виборів ще не

відбулося. Отже, досліджуючи державне регулювання виборчої діяльності політичних партій, ми маємо розкрити історичний та закордонний досвід такого регулювання, його сучасні форми та значення для розвитку вітчизняної політичної системи.

Державне втручання у виборчу діяльність політичних партій можна відстежити в будь-якій політико-правовій системі, де відбуваються вибори за участю партій. Державне втручання яскраво проявляється в сфері інституціалізації політичних партій, що пов'язується з їх правовим регулюванням. Така інституціоналізація відбувається шляхом ухвалення спеціальних законів про партії, відповідних норм виборчого законодавства, встановлення механізму легалізації політичної партії.

Зауважимо, що тривала відсутність певних загально визнаних стандартів щодо ролі держави у партійному виборчому процесі призвела до чисельних спроб вирішення цієї проблеми у національних законодавствах, зміни яких стали перманентними. Також, що сучасні стандарти в галузі державного втручання у партійну, зокрема виборчу діяльність містяться у Рекомендації Парламентської Асамблеї Ради Європи та Правилах щодо фінансування політичних партій, прийнятих Венеціанською Комісією.

Як вважають аналітики Лабораторії законодавчих ініціатив, політичні партії є ефективнішим інструментом участі громадян в управлінні державними справами та повинні виконувати важливі функції, закріплені в Конституції України, а саме сприяти формуванню й вираженню політичної волі громадян, брати участь у виборах (стаття 36 Конституції України).

Тому державне втручання у виборчу діяльність політичних партій, зокрема, шляхом їх фінансування має бути збалансованим, що сприятиме: посиленню суспільного контролю за державою внаслідок підвищення ролі опозиційних політичних партій; зростанню кількості ідеологічних партій; підвищенню якості державних рішень; запобіганню соціальним та іншим конфліктам у суспільстві завдяки перенесенню їх у сферу міжпартійних діалогів та міжпартійної конкуренції; піднесенню рівня політичної культури та політичної свідомості громадян; підвищенню прозорості партійних фінансів.

При цьому основний наголос треба робити на таких ключових аспектах:

- запобігання корупції; обмеження впливу фінансових інтересів; створення рівних можливостей для всіх конкуруючих партій; скорочення постійно зростаючих витрат;
- забезпечення нормального функціонування політичної та партійної систем, а також окремих партій в умовах постійного зростання витрат; забезпечення тісної й плідної співпраці політичних партій та

їхньої відповідальності перед громадянами; гарантія прозорості політичних фондів;

– забезпечення незалежності політиків і партій; створення рівних можливостей для конкуруючих сторін; прозоре використання партійних фінансів; створення рівних можливостей для всіх громадян.

Взагалі існує декілька критеріїв, що визначають тип державної підтримки політичних партій:

– підтримка грошами чи послугами (держава може субсидіювати політичні партії безпосередньо грошми, або надаючи безоплатно певні послуги);

– загальне чи цільове фінансування (ресурси, надані державою, можуть використовуватися на власний розсуд політичної партії, або мати цільове призначення);

– прями вливання чи пільги, зокрема митні та податкові;

– підстави розподілу коштів (отримані партією голоси; отримані партією парламентські мандати; витрачені партією кошти; залучені партією кошти тощо).

Відповідно до Закону України «Про політичні партії» за рахунок коштів Державного бюджету в Україні фінансується статутна діяльність політичних партій, не пов'язана з їхньою участю у виборах до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, а також відшкодовуються витрати політичних партій, у тому числі й тих, що входили до виборчих блоків політичних партій, пов'язані з фінансуванням їхньої передвиборної агітації під час чергових та позачергових виборів народних депутатів України. У разі поділу Державного бюджету України на загальний та спеціальний фонди ці витрати провадяться із загального фонду Державного бюджету.

Таким чином держава запроваджує фінансове стимулювання перемоги партії на виборах, це можна розглядати як своєрідний управлінський захід, спрямований на скорочення кількості політичних партій та блоків (оскільки політичні сили, що не увійшли до парламенту, залишаються без фінансової підтримки).

Зазначимо, що крім фінансування та матеріального забезпечення участі політичних партій у виборчому процесі державні органи виконують інші заходи впливу — зокрема, шляхом реєстрації кандидатів від політичних партій та взаємодії з їх офіційними представниками, представниками в Центральній виборчій комісії тощо.

Вважаємо, що реформування форм та методів державної участі в партійній виборчій діяльності має відбуватися поступово, із використанням програмного управлінського підходу, прецедентом якого є зокрема, Концепція підвищення правової культури учасників виборчого процесу та референдумів в Україні.

РЕШЕТНЯК А. А.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри конституційного права

ДОСТРОКОВЕ ПРИПИНЕННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ

Питання дострокового припинення повноважень глави держави в Україні з часів отримання незалежності стоїть дуже гостро. В Конституції України закріпено ряд підстав, за яких відбувається дострокове припинення повноважень Президента, але, окрім цього, немає інших норм, які б роз'яснювали це питання детальніше. Як наслідок цього — виникнення ситуацій в державі, вирішення яких стає надзвичайною проблемою та викликає серйозні суперечки. Прикладом цього є неоднаразові спроби усунути Президента України шляхом оголошення імпічменту. Але такі спроби залишились без результату.

Конституція України в ст. 108 встановила наступні підстави для дострокового припинення повноважень голови держави: відставка; неможливість виконувати свої повноваження за станом здоров'я; усунення з поста в порядку імпічменту; смерть (Конституція України від 28.06.1996 // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст.108). Відставкою є добровільна відмова Президента від виконання своїх обов'язків, яку він особисто проголошує на засіданні Верховної Ради України. Верховна Рада України не має повноважень щодо підтвердження його відставки. Аналіз положень статей 108, 109 Конституції України дозволяє зробити висновок, що під відставкою Президента України слід розуміти залишення поста виключно з власної ініціативи і при забезпеченні повної добровільності прийняття такого рішення. Введення процедури голосування Верховною Радою України за відставку двома третинами від її конституційного складу, як пропонує Діус Н. І. (Діус Н. Відставка як підстава дострокового припинення повноважень Президента України в сучасному конституційному процесі / Н. Діус // Тенденції та пріоритети реформування законодавства України : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф., м. Запоріжжя, 13 берез. 2010 р. : у 2-х ч. — Запоріжжя, 2010. — Ч. 1. — С. 51), протиречить принципу добровільності рішення Президента про свою відставку. Якщо Верховна Рада проголосує проти відставки президента, це буде обмеженням законного права глави держави покинути свою посаду з тих чи інших причин.

Неможливість виконання Президентом України своїх повноважень за станом здоров'я означає такий стан здоров'я, внаслідок якого він не лише не може виконувати свої обов'язки на час обговорення

цього питання Верховною Радою України, а й не зможе їх виконувати і в майбутньому. Тобто, тимчасовий розлад здоров'я не може бути підставою для прийняття рішення про дострокове припинення повноважень Президента України. Припинення повноважень в наслідок неможливості їх виконання за станом здоров'я встановлюється на засіданні Верховної Ради України і повинно бути підтверджено рішенням, яке приймається конституційною більшістю на підставі письмового подання Верховного Суду України і медичного висновку. Слід зауважити, що окрім статті в Конституції, регламентації процедури відсторонення від посади за станом здоров'я не існує. Не визначено, яким чином встановлюється захворювання, яким чином про це дізнається Верховний Суд України, адже не всі хвороби мають чітко виражений зовнішній характер. Не слід виключати можливість навмисного приховування Президентом своєї хвороби. В разі навмисного приховування стану здоров'я існує можливість значного погіршення якості виконання президентських повноважень, що може вплинути на стан держави. Доцільним було б те, що лікар має право повідомити Верховну Раду України, коли буде встановлено факт невиліковного захворювання, яке може вплинути на діяльність Президента. Але, як відомо, існує лікарська таємниця, тобто лікар не має права самостійно розголосити інформацію про стан здоров'я свого пацієнта. Крім того, у законодавстві не вказано ознак стану здоров'я, за якими Президент України не може виконувати свої повноваження.

Якщо і не має законів про порядок виконання вищевказаних підстав, їх процедура у стислому вигляді вказана в Конституції України. А ось застосування такої підстави як смерть не регламентовано зовсім ні в Основному Законі, ні в чинному законодавстві.

Жодного разу вищезазначені підстави, незважаючи на ряд недоліків, не викликали суперечностей. Імпічмент же навпаки, багато разів спричиняв проблеми, відбувались неодноразові спроби усунути главу держави з поста таким чином, хоча й таке відсторонення не відбулось. Як зазначає Малкіна Г. М., рідкість випадків усунення президента з поста в порядку імпічменту свідчить, що стримувальним чинником в системі стримувань і протываг інститут імпічменту виступає не як засіб притягнення глави держави до відповідальності, а як сама можливість такого притягнення (Малкіна Г. Політична відповідальність глави держави // Політичний менеджмент: Український науковий журнал. — 2008. — № 2. — С. 42).

Головною проблемою застосування імпічменту є відсутність закону, який би детально регулював всю процедуру. І проблемою є не стільки відсутність регламентації, скільки сам факт відсутності закону, на що при кожній спробі ініціювання імпічменту посилаються депутати.

Відсутність закону про імпічмент є своєрідною ширмою, за яку зручно приховатись, коли є загроза даної процедури. Це є однією з причин, чому за двадцять три роки незалежності досі не прийнят закон про імпічмент.

Як можна побачити з історії незалежної України, проблема дострокового припинення повноважень Президента є дуже складною і важливою. Такою, яка вимагає скорішого вирішення для запобігання повторювання минулих ситуацій та створення нових. Прийняття закону, який буде прописувати детально всю процедуру імпічменту, значно полегшить ситуацію в майбутньому, не дозволить прикриватися відсутністю законодавчого закріплення під час спроб застосування такої конституційної санкції як імпічмент Президента. Крім того, слід доповнити діюче законодавство ознаками захворювання, яке унеможливує виконання Президентом України своїх повноважень, зазначити більш детальний порядок визнання глави держави таким, що не може виконувати свої обов'язки за станом здоров'я. Також необхідно усунути прогалину в законодавстві щодо припинення повноважень внаслідок смерті Президента. На підставі зазначеного, доцільним є створення окремого закону «Про дострокове припинення повноважень Президента України».

МЕЛЬНИЧЕНКО Н. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри конституційного права

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ БІЛІНГВАЛЬНОЇ ОСВІТИ У ДЕРЖАВАХ — ЧЛЕНАХ ЄС

Двомовність і багатомовність — це наявність і функціонування в межах одного суспільства (зазвичай — держави) двох або декількох мов. Двомовність (білінгвізм) — гармонійне поєднання функції своєї національної мови і мови міжнародного, міжнаціонального спілкування. Білінгвізм — об'єктивна необхідність в багатомовному суспільстві, що викликається потребами індивіда в знаннях рідної і державної мови. (Куркумбаева А. М. Билингвальное образование как одна из тенденций языкового развития современного общества// Вестник КАСУ. — № 2—2006, с.105)

Двомовність та багатомовність розповсюджена в багатьох державах-членах ЄС: Бельгія, Іспанія, Люксембург, Німеччина, Франція, Латвія та інші. (Bilingual education in Latvia: international expertise/ Soros foundation. — Riga, 2002, p.38).

Право на вивчення рідної мови та навчання на рідній мові є невід'ємним правом національних меншин, окремих народностей. Під народністю слід розуміти сукупність осіб, пов'язаних єдністю походження, мови, цивілізації та історичного минулого. Саме завдяки наявності спільної мови, поряд з деякими іншими складовими і характеристиками, індивід усвідомлює себе частиною певного етносу, свою приналежність до певної етнічної групи (Васильєва Л. Н. Законодательное регулирование использования языков в Российской Федерации: Дис,... канд.юрид.наук: 12.00.02. — М.,2004. — 243 с.). Мова, виступаючи як засіб ідентифікації приналежності до конкретного етносу, народу, розглядається як необхідна умова для виникнення, розвитку та збереження народної, національної самосвідомості.

Вивчення правового та фактичного становища функціонування мов національних меншин, пошук найбільш оптимальних засобів для їх збереження, створення умов для функціонування мов з різним статусом, набуває все зростаючу значущість. Гарантування мовних прав, зокрема права на вивчення рідної мови є необхідною умовою для зміцнення стабільності міжнародних відносин, запорукою успішного функціонування громадянського суспільства.

Мовні права національних меншин в державах-членах ЄС гарантуються міжнародними актами, національним законодавством та, перш за все, конституціями держав.

За даними соціологів іноземне коріння мають 25 млн. жителів ЄС. На одній іноземній мові розмовляють 56 % європейців, на двох — 28 %. У Європейському Союзі заохочується поширення багатомовності серед населення країн-учасниць. Тут намагаються розвивати толерантне і шанобливе ставлення до культурного та мовного різноманіття в співдружності, здійснюється підтримка мов національних меншин. Національне законодавство країн-членів ЄС також закріплює мовні права національних меншин тому числі і право вивчення рідної мови. Цікавим прикладом є положення ст. 29 Конституції Болгарії, яка закріплює, що ніхто не може бути відданий насильницької асиміляції. Право вивчати та використовувати рідну мову закріплено у Конституціях Болгарії, Словаччини, Чехії, Латвії, Румунії та інших. Право на вивчення рідної мови та необхідність вивчення державної мови і породжують проблему двомовної (білінгвальної) освіти. Під білінгвізмом розуміють володіння іноземною мовою як рідною. (Н. А. Качалов, Р. С. Полесюк Билингвальное образование как средство межкультурной подготовки учителя иностранного языка// Вестник ТГПУ. — № 9—2006, с. 90).

Конституційні положення про мовні права національних меншин має знайти практичну реалізацію через національне законодавство про мови, про освіту та спеціальні державні програми. Державна політика

у сфері мовної освіти країн Європейського Союзу має базуватися на принципах: гарантованості права на освіту на мовах національних меншин за наявності достатнього інтересу з боку відповідної мовної групи; сприяння поширенню знань про культурне, історичне, мовне та релігійне різноманіття країни серед громадян (Проблеми прав национальных меньшинств в Латвии и Эстонии/ ред. В. В. Полещук. — 2009, с.91).

Реалізація двомовної політики потребує від держав створення певної стратегії співіснування державної мови та мови національних меншин у навчальному процесі. Відсутність єдиної гнучкої політики у мовній сфері може привести до міжнаціональної конфронтації. Позитивний досвід у сфері забезпечення права національних меншин на вивчення рідної мови мають Швеція та Фінляндія. Прикладом є створення та успішне функціонування російсько-фінських шкіл у Фінляндії.

Найбільше обмеження права на навчання на рідній мові простежується у Латвії та Естонії. Закон «Про освіту» Латвійської Республіки, прийнятий у 1998 р. передбачив, що у державних та комунальних навчальних закладах мовою навчання є державна мова. Освіта на іншій мові може надаватися у приватних навчальних закладах та частково у комунальних та державних освітніх закладах, де передбачені програми навчання для національних меншостей. Кожна особа, що навчається та має на меті отримати середню освіту повинна освоїти державну мову. У 2004 році Сейм Латвійської Республіки вніс зміни до Закону «Про освіту», закріпивши, що навчання у старших класах повинно вестися на латиській мові. Ці зміни викликали значне обурення та протести серед населення Латвії. Між тим внесені до закону поправки, виключають отримання освіти у державних учбових закладах рідною мовою учнів. Це можливо лише частково в рамках програм освіти національних меншин. Закон визначає поступову ліквідацію фінансування державою середньої та вищої освіти мовами національних меншин і насамперед російською мовою — мовою найбільшої в Латвії лінгвістичної громади. Фактично новий закон про освіту різко обмежив застосування мов національних меншин та знизив можливості отримання якісної освіти представниками національних меншин. У Латвії ведеться дискусія з приводу того, що нововведення у сфері освіти обмежують конституційні права та свободи громадян, зокрема, право осіб, що належать до національних меншин зберігати і розвивати свою мову, етнічну та культурну самобутність. Проте Конституційний Суд Латвійської Республіки визнав нові положення Закону «Про освіту» конституційними (Бухвалов В. А., Плинер Я. Г. Реформа школ нацменьшинств в Латвии: анализ, оценка, перспективы. — 2008, с.47–52.).

КОВАЛЕНКО Р. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри конституційного права України

КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ ПОЛІТИЧНОГО ІМІДЖУ ПРЕЗИДЕНТА В УКРАЇНІ ТА США

В Україні, з моменту введення посади Президента, надзвичайно велика увага приділялась питанню заміщення цієї посади. Основні положення, які стосуються відповідних виборів, закріплюються у Конституції — Основному законі України. У зв'язку з тим, що наразі відбувається комплексне оновлення цього акту (а саме, Конституційною Асамблеєю вже випрацьована Концепція внесення змін до Конституції України), важливим науковим завданням є доктринальне підкріплення цього процесу.

Питання політичного іміджу, імідж-технологій, знаходяться на межі юридичних та політичних наук. Якщо точніше, — то на межі конституційного права та досліджень політичних інститутів і процесів. Відповідно, вони привертають увагу як політологів, так і юристів.

Із останніх робіт у сфері конституційного права слід відмітити низку публікацій М. В. Афанасьєвої, яка активно досліджує проблеми виборчої інженерії. Вона визначає, що виборча інженерія — це «законодавче проектування елементів виборчої системи та правил поведінки суб'єктів (учасників) виборчого процесу з метою досягнення заданого політико-правового результату (Афанасьєва М. В. Суб'єктивізація та суб'єктивізм у виборчій інженерії / М. В. Афанасьєва // Актуальні проблеми держави і права. — № 60. — С. 281–287.)

Законодавство кожної держави містить норми, на підставі яких відбувається формування іміджу провідних політиків країни. Звісно, що при формуванні іміджу вони керуються власними побажаннями, порадами експертів-іміджмейкерів, партійними програмами, суспільними потребами та прагненням їх задовольнити тощо. Усі ці складові політичного іміджу досліджують фахівці з політичних наук. Але, основою для формування політичного іміджу є норми чинного законодавства, і переважно — норми конституційного права.

Такі норми доцільно угрупувати в залежності їхнього змісту, виділивши:

- 1) норми, що містять вимоги до осіб, які займають посади в органах публічної влади;
- 2) норми, що містять порядок проведення передвиборчої агітації.

Норми другої групи є нормами переважно процесуального права. Норми першої групи відрізняються тим, що вони здебільшого належать до норм матеріального права, констатуючи ти чи інші вимоги.

Отже, так розглядаєм тільки норми, що містять вимоги до осіб, які займають посади в органах публічної влади. Норми цієї групи є неорідними. Вони містять вимоги до: кандидатів на посади в органах публічної влади; осіб, які вже займають ці посади.

Розглядаючи конституційні положення політичного іміджу глави держави в Україні та в США, зупинимось на тих конституційних нормах, які впливають на імідж кандидатів на ці посади, та на тих, які адресуються обраним Президентам.

Вимоги до кандидатів на посаду Президента України, що містяться у Конституції України, мають загальний та спеціальний характер. До загальних вимог належать норми Розділу III, що стосуються осіб, які реалізують своє пасивне виборче право. Це ст. 70, що передбачає: «право голосу на виборах і референдумах мають громадяни України, які досягли на день їх проведення вісімнадцяти років. Не мають права голосу громадяни, яких визнано судом недієздатними». А також ст. 71 Конституції України, яка містить принципи виборчого права — вибори відбуваються на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування. До політичного іміджу найбільше відношення має принцип рівності виборчого права. Він розповсюджується не тільки на осіб, які мають активне виборче право, але й пасивне також. Причому це стосується не тільки виборів Президента, але й інших виборів також.

На відміну від Основного закону України, Конституція США не містить норм загального характеру, які б застосовувались до усіх осіб, що реалізують своє виборче право, у т.ч. пасивне. До її тексту включено лише вимоги спеціального характеру, які передбачають, хто може бути кандидатом на посаду Президента США (розділ I ст. II). Аналогічні норми спеціального характеру містяться в Розділі V «Президент України», у ст. 103. Порівняння вимог, які конституції аналізованих країн висувають до кандидатів на посаду Президента.

Розгляд конституційних основ політичного іміджу глави держави в Україні та в США вказує на те, які основні демократичні цінності у країні — принцип рівності, запобігання необмеженої кількості термінів перебуття на посаді президента, застосування до глави держави принципу розподілу влади та такої, що його доповнює, системи стримань і противаг, обмеження корупційних діянь та неможливість знаходження на посаді президента осіб, що протягом терміну своїх повноважень вчинили злочини та ін.

На підставі розгляду конституційних основ політичного іміджу Президента в Україні та в США можна класифікувати правові норми про посадових осіб органів публічної влади у залежності від їхнього змісту на такі, що містять вимоги до осіб, які займають посади в органах

публічної влади (як правило, це норми матеріального права), та такі, що містять порядок проведення передвиборчої агітації (як правило, це норми процесуального права). Норми, що містять вимоги до осіб, які займають посади в органах публічної влади, у свою чергу, запропоновано поділяти на такі, що містять вимоги до кандидатів на посади в органах публічної влади, та що містять вимоги до осіб, які вже займають ці посади. Змістове наповнення кожної з запропонованих груп розглянуто на прикладі такої посадової особи, як глава держави, з використанням конституцій України та США. Перспективи подальших досліджень вбачаються в аналізі норм чинного законодавства, які конкретизують конституційні положення та враховуються при формуванні політичного іміджу Президента в Україні та у США.

КОНСТИТУЦІЙНІ ОСНОВИ СУДОВОЇ І ПРАВООХОРОННОЇ СИСТЕМ УКРАЇНИ

ПОЛЯНСЬКИЙ Ю. Є.

Національний університет «Одеська юридична академія», проректор,
завідувач кафедри організації судових та правоохоронних органів, професор

ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ ПРО АДВОКАТУРУ: ПОТРЕБА І ШЛЯХИ УДОСКОНАЛЕННЯ

Минуло майже два роки від прийняття чинного Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність». Цей час виявився цілком достатнім для того, щоб упевнитись в перевагах цього законодавчого акта і водночас визначити певні труднощі і його застосуванні, які потребують змін і доповнень до Закону. Проте це стосується не лише його самого, але й інших нормативних актів, які регламентують організаційні і процесуальні аспекти діяльності адвокатів в судовій та інших сферах. Останні події починаючи від листопада 2013 року, досить чітко висвітлили ще одну болючу проблему, яка полягає у тому, що юридичний і фактичний статус адвоката як учасника досудового і судового кримінального провадження далеко не завжди співпадають. Суди аж до останнього часу більш ніж відверто ставали на сторону обвинувачення, шаблонно ігноруючи аргументи представників захисту, що зною мірою підштовхнуло законодавця до вжиття щодо частини суддів екстраординарних люстраційних заходів.

Але деякі негаразди в організації і діяльності адвокатури коріняться усередині самого адвокатського співтовариства. Практика свідчить, що не всі адвокати зрозуміли необхідність і корисність об'єднання адвокатської спільноти у єдину корпорацію попри те, що в 2013 році все ж вдалося привести перший з'їзд адвокатів України після набрання чинності законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Дається взнаки неузгодженість у вирішенні деяких питань організації та діяльності організації адвокатського самоврядування, яким не вдалося до кінця побороти «центробіжні» тенденції в адвокатській спільноті.

В самому Законі недосить чітко визначені засади (принципи) адвокатського самоврядування. Відповідно до статті 43 Закону ними є виборність, гласність, обов'язковість для виконання адвокатами рішень

органів адвокатського самоврядування, підзвітність, заборона втручання органів адвокатського самоврядування у професійну діяльність адвоката.

На наш погляд, у авторів Закону не було потреби виділяти і тим більше ставити на перше місце принцип виборності, оскільки будь-які самоврядні структури формуються на основі виборів. Сумнівною є редакція такого принципу, як «заборона втручання органів адвокатського самоврядування у діяльність адвоката». На практиці ці органи, особливо кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури, змушені систематично втручатися у діяльність адвокатів, даючи оцінку порушенням ними професійних обов'язків і притягуючи їх до дисциплінарної відповідальності. Тому, очевидно, тут потрібно вести мову про заборону не будь-якого, а **неправомірного** втручання.

Крім того, перелік доцільно доповнити такими принципами: законність; право і обов'язок всіх адвокатів брати участь у самоврядуванні; колективність обговорення питань, свобода висловлювань; прийняття управлінських рішень по волі більшості при повазі до думки меншості; відповідальність органів і функціонерів органів адвокатського самоврядування перед адвокатським співтовариством і регіональними об'єднаннями адвокатів.

Певною мірою в системі адвокатського самоврядування діє також принцип централізму для того, щоб забезпечити організаційну єдність адвокатського співтовариства і однакові підходи до вирішення питань організації та діяльності адвокатури. Це особливо проявляється в діяльності таких вищих органів адвокатського самоврядування, як Рада адвокатів України і Вища кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури.

Це, зокрема, проявляється у виданні нормативно-правових актів корпоративного характеру, які поширюються на всю адвокатську спільноту і органи адвокатського самоврядування нижчого рівня. Саме в обов'язковості цих актів і проявляється принцип централізму. Це тим більш важливо, що сучасне законодавство відкинуло будь-які форми контролю державних органів за діяльністю адвокатури, за винятком судового контролю у передбачених законом випадках.

За 2012–2014 роки було видано понад 30 таких корпоративних нормативних актів. Їх юридична витонченість є наслідком залучення до розроблення таких актів юристів-науковців. Серед цих актів, зокрема, можна назвати Порядок дій з питань забезпечення гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних і соціальних прав адвокатів, затверджене рішенням Ради адвокатів України № 183 від 27 липня 2013 р.

Низкою корпоративних нормативних актів були затверджені положення про діяльність регіональних органів адвокатського самоврядування. Окремі з цих актів, зокрема, стосовно складання адвокатами

протоколів про відмову у наданні інформації за депутатськими запитами, носять організаційно-методичний характер.

Проте деякі важливі питання організації і діяльності адвокатури ще потребують вирішення. Це, зокрема, стосується визначення норм представництва і порядку обрання делегатів на регіональні конференції адвокатів в умовах значних розбіжностей у кількості адвокатів у різних регіонах. На практиці неоднозначне вирішення цих питань породжує чвари в адвокатському співтоваристві, які, на думку головного редактора журналу «Адвокат» Л. Лазебного, нагадують конфлікти козацької старшини часів так званої «Чорної ради» (Л. Лазебний. Такої демократії вітчизняна адвокатура ще не знала / Л. Лазебний // Адвокат. — 2012. — № 11. — С. 3). Можливо, у великих регіонах доцільно закріпити проведення кушових зборів адвокатів, щоб усі вони або майже всі дістали можливість взяти участь у самоврядних заходах.

Зараз з ініціативи органів адвокатського самоврядування і окремих адвокатів у Міністерстві юстиції створено робочу групу для розроблення проекту Закону «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність». Є бажаним, щоб в її роботі взяла активну участь також науковці Національного університету «Одеська юридична академія».

ДОЛЕЖАН В. В.

Національний університет «Одеська юридична академія», професор кафедри організації судових та правоохоронних органів, доктор юридичних наук

ПРОКУРОР ЯК УЧАСНИК РОЗГЛЯДУ СУДАМИ СПРАВ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ

Компетенція районних, районних в місті, міських та міськрайонних судів суддів з розгляду справ про адміністративні правопорушення з 1984 року багато разів змінювалась і нині передбачена у 140 статтях Кодексу України про адміністративні правопорушення (КУпАП). Крім того, ці суди розглядають відповідно до п. 2 ч. 1 Кодексу адміністративного судочинства України (КАСУ) всі адміністративні справи з приводу рішень, дій чи бездіяльності інших суб'єктів владних повноважень у справах про притягнення до адміністративної відповідальності.

У зв'язку з цим набуває актуальності проблема визначення ролі прокурора як учасника відповідних судових проваджень.

Для пошуку відповідна пов'язані цим запитання, процитуємо ч. 1 ст. 250 КУпАП під назвою «Прокурорський нагляд за

виконанням законів при провадженні в справах про адміністративні правопорушення»:

«Прокурор, заступник прокурора, здійснюючи нагляд за додержанням і правильним застосуванням законів при провадженні в справах про адміністративні правопорушення, має право; **порушувати провадження в справах про адміністративні правопорушення; знайомитися з матеріалами справи**; перевіряти законність дій органів посадових осіб при провадженні в справі; **брати участь у розгляді справи ; заявляти клопотання, давати висновки з питань, що виникають піл час розгляду справи**, перевіряти правильність застосування відповідними органами посадовими особами заходів впливу за адміністративні правопорушення, вносити подання, **оскаржувати постанову і рішення по скарзі в про адміністративне правопорушення**, а також вчиняти інші передбачені законом дії».

Неважко помітити, що у зазначеній нормі йдеться, по-перше; про наглядову діяльність прокурор, яка є частиною прокурорського нагляду за додержанням і застосуванням законів (пункт 14 наказу Генерального прокурора України № 3гн від 7 листопада 2012 року) і, по-друге, — про безпосередню участь прокурора у судовому провадженні у справах про адміністративні правопорушення (відповідні повноваження виділені мною у тексті ч. 1 ст. 250 КУпАП жирним шрифтом).

В принципі прокурори можуть брати участь у розгляді справ про адміністративні правопорушення колегіальними органами чи посадовими особами, зазначеними у статті 221 КУпАП. Проте на практиці вони безпосередньо вступають у розгляд цих справ лише в разі, коли вони розглядаються судами. У ч. 2 ст. 250 КУпАП особливо підкреслюється, що «При провадженні у справах про адміністративні правопорушення за статтями 172- 172.9 цього Кодексу участь прокурора у розгляді справи судом є обов'язковою». На цьому також наголошується у п.14 наказу Генерального прокурора України від 21 червня 2011 року «Про організацію діяльності органів прокуратури у сфері запобігання і протидії корупції» № 10гн, причому незалежно від органу, який склав відповідні протоколи.

Це не виключає участі прокурора в судовому розгляді інших справ про адміністративні правопорушення, особливо таких, які набули певного суспільного резонансу, зокрема, про порушення порядку організації і проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій (ст. 185—1 КУпАП).

Природно виникає питання, в якій ролі виступає прокурор, беручи участь у розгляді подібних справ. Якщо суд розглядає матеріали адміністративного правопорушення, подані самим прокурором, передусім протокол про адміністративне правопорушення, то напрошується певна аналогія з підтриманням державного обвинувачення у судовому

кримінальному провадженні. В даному разі прокурор обстоює своє твердження про вчинення особою адміністративного правопорушення, зафіксоване у складеному ним протоколі, і висловлює думку щодо накладення на особу певного адміністративного стягнення. При цьому прокурор користується тими ж правами, що і інші учасники розгляду справи про адміністративне правопорушення. Очевидно, він може з урахуванням встановлених в ході судового розгляду обставин у своєму висновку висловити також думку про наявність підстав для закриття справи, якщо в ході розгляду не встановлено вини особи в правопорушенні.

Якщо прокурор бере участь у розгляді справи про адміністративне правопорушення за протоколом, складеним іншою посадовою особою органу внутрішніх справ, податкової служби тощо, то його завдання, на наш погляд, полягає у тому, щоб сприяти суду у виконанні вимог закону про всебічний, повний та об'єктивний розгляд справи та постановленню судового рішення, що ґрунтується на законі (стаття 34 Закону України «Про прокуратуру»). Практика останніх місяців показала, що участь прокурора у розгляді справ про порушення порядку при проведенні масових заходів могла б сприяти запобіганню порушень закону і винесенню об'єктивних і справедливих постанов судами, звичайно, якби і прокурори, і судді були налаштовані на це, не піддаючись сторонньому тиску.

Складовою частиною участі прокурора в судовому розгляді справ про адміністративні правопорушення є також використання ним права на оскарження постанов по цих справах в апеляційному порядку, причому незалежно від того, чи брав прокурор участь у розгляді відповідної справи судом першої інстанції. Таке оскарження відбувається шляхом внесення прокурором скарги упродовж десяти днів від дня винесення постанови (ст. 294 КУпАП). Також прокурор може ініціювати у встановленому порядку перегляд справи за нововиявленими обставинами, а також уразі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення міжнародних зобов'язань при розгляді судом справи про адміністративне правопорушення (глава 24—1 КУпАП).

На жаль, участь прокурора у розгляді судом справ про адміністративні правопорушення, яку не можна ототожнити ні з підтриманням державного обвинувачення, ні з представництвом в суді інтересів громадянина чи держави, не дістала відображення в Конституції України як одна з функцій прокуратури. Якщо дотримуватись положення, що функції прокуратури мають бути вичерпно закріплені в Основному Законі, то цю, як і інші функції можна включити до відповідної статті Конституції під рубрикою: «здійснює інші функції, передбачені законами України».

КОСІЮТА М. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
професор кафедри організації судових та правоохоронних органів,
доктор юридичних наук, професор

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ФОРМУВАННЯ КАДРОВОГО СКЛАДУ ПРОКУРАТУРИ

В умовах оновлення державних інститутів України особливо велике значення має забезпечення прокурорської системи України висококваліфікованими кадрами прокурорів. Вирішення пов'язаних з цим проблем значною мірою обумовлено прискоренням ротації прокурорів різних рівнів шляхом звільнення з органів прокуратури осіб безпринципних, безініціативних, слабо підготовлених у професійному відношенні, а також морально нестійких і схильних до корупційних проявів. Тим очевиднішою є потреба в удосконаленні підстав і порядку призначення на прокурорські посади. Вирішенню цих питань присвячена ціла низка законопроектів про прокуратуру, як підготовлених в Адміністрації колишнього Президента України, так і народними депутатами України в ініціативному порядку. Авторами останнього законопроекту є лідери депутатських фракцій В. В. Кличко, О. Я. Тягнибок, А. П. Яценюк та ряд інших депутатів.

Стратегічним завданням удосконалення добору кадрів до прокуратури є забезпечення прийняття на посади прокурорів не просто осіб з відповідним освітнім рівнем, а лише тих кандидатів, які, як зазначено у ч. 1 ст. 46 Закону України «Про прокуратуру» мають «необхідні ділові і моральні якості». Думається, що цю вимогу можна було б зберегти і в новому Законі, проте вона потребує певного тлумачення. Наявність ділових якостей означає, що майбутній прокурор буде в змозі належним чином планувати і організувати свою роботу, бути ініціативним і водночас дисциплінованим. Наявність моральних якостей які мають перевірятися у процесі добору кандидатів, означає високий рівень їх доброчесності (ст. 30 зазначеного законопроекту), яка встановлюється у процесі проведення спеціальної попередньої перевірки. У процесі розгляду заяв претендентів недостатньо, на нашу думку, керуватись позитивними критеріями, які стосуються звичайної освідченої людини-юриста. Зокрема, при спілкуванні з кандидатом необхідно впевнитись, що він правильно розуміє характер соціально-політичних процесів в державі, є патріотом України, здатним обстоювати державні інтереси держави в найскрутніших обставинах, неухильно захищаючи при цьому права і свободи людини і громадянина. Ці положення, як ми вважаємо, доцільно закріпити у новому Законі.

У ч. 1 ст. 23 законопроекту передбачено призначення на посаду прокурора особу, яка має освітньо-кваліфікаційний рівень спеціаліста або магістра. Враховуючи особливо відповідальний характер прокурорської діяльності, на посади прокурорів слід приймати лише випускників-магістрів. Саме за цією ознакою протягом останніх років здійснювався добір випускників Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого та Інституту прокуратури і слідства Національного університету «Одеська юридична академія».

Відповідно до ч. 9 ст. 46 чинного Закону не може бути прийнята на посаду прокурора особа яка має непогашену або незняту судимість за вчинення злочину, крім реабілітованої, або на яку протягом останнього року накладалося адміністративне стягнення за вчинення корупційного правопорушення. Відповідне положення у зазначеному законопроекті викладено стисліше: «які мають незняту чи не погашену судимість».

На наш погляд, наявність адміністративного стягнення за корупцію також має служити перешкодою для прийому до прокуратури, причому впродовж не одного, а принаймні трьох років.

У процесі обговорення різних проектів нового Закону України «Про прокуратуру» жваво обговорювалася проблема, яка стосується додаткової професійної підготовки кандидатів. При цьому висувалися такі варіанти: а) наявність двоохрічного стажу роботи, яка вимагає вищої юридичної освіти; б) поглиблена підготовка потенційних прокурорів у провідних юридичних навчальних закладах, які спеціалізуються на підготовці кадрів саме для прокуратури; в) поглиблена підготовка майбутніх фахівців в Національній академії прокуратури України. Коли обговорення проектів нового Закону України «Про прокуратуру» перейде у практичну площину, доведеться обирати один з цих варіантів. При цьому потрібно забезпечити оптимальне поєднання у випускників необхідного комплексу теоретичних знань і практичних навичок.

Перший з варіантів вважаємо непридатним, оскільки його запровадження призвело б до того, що випускник спеціалізованого вишу змушений був би два роки займатись іншими видами діяльності, а відтак втратив би значний масив одержаних знань, що стосуються специфіки служби в прокуратурі. Проходження же додаткової двоохрічної підготовки випускника в Національній академії прокуратури України, як було передбачено законопроектом 5541–1, неминуче призвело б до дублювання навчального процесу: спочатку в спеціалізованому виші, а потім — Академії, якій на нашу думку, потрібно зосередитись на перепідготовці і підвищенні кваліфікації прокурорів і на поглиблених наукових дослідженнях діяльності прокуратури.

На наш погляд, найприйнятнішим є другий варіант, і справді, ще ніхто не наважився визнати його недосконалим, навівши відповідні

аргументи. Проте за однієї умови, а саме: практична складова крім короткострокових практик у процесі навчання, має бути доповнена стажуванням по займаній посаді тривалістю щонайменше одного року в прокуратурі. Це дозволяє вирішити три завдання: а) остаточно перевідчитись у придатності молодого фахівця для роботи в прокуратурі на відповідній посаді; б) прищепити йому необхідні практичні навички під методичним керівництвом досвідчених прокурорів, в) зберегти і зміцнити ділове співробітництво між спеціалізованими вишами і органами прокуратури.

Проектами нового Закону України «Про прокуратуру» особливо останнім проектом, який невдовзі розглядатиметься на пленарному засіданні Верховної Ради України, передбачено складну і багатоступінчасту процедуру просування претендентів на омріяні посади прокурорів. Документ виходить із чіткого додержання конкурсних засад прийду не посади, що багато в чому нагадує порядок, передбачений Законом України «Про судоустрій і статус суддів», особливо з огляду на те, що практично кваліфікаційні вимоги для суддів і прокурорів якщо і можуть відрізнятися, то лише в деталях.

Реформування відповідних норм законодавства сприятиме оздоровленню прокурорської як і судової системи України.

БАКАЯНОВА Н. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри організації судових та правоохоронних органів,
кандидат юридичних наук, адвокат

ПРОПОЗИЦІЇ ЩОДО ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВЧОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ ВИКОРИСТАННЯ ОРДЕРУ АДВОКАТА

Підтвердження адвокатом повноважень при здійсненні професійної діяльності є важливим питанням правового статусу адвоката. Застосування ордеру як документу, що підтверджує повноваження адвоката, здійснюється відповідно до положень діючого законодавства України, яке містить суперечливі норми щодо змісту ордеру та обсягу повноважень адвоката за ордером. Крім того, аналіз останніх досліджень та публікацій вказує на те, що спостерігається відсутність єдиного підходу до вирішення даної наукової та практичної проблеми. Таким чином, дослідження правових основ застосування ордеру адвоката та можливих шляхів їх вдосконалення є актуальним.

Термінологічно «ордер» походить від латинського «ordo» — «ряд», «порядок», але у сучасному розумінні розуміється як письмовий дозвіл: саме так цей термін інтерпретується у ч. 2 ст. 26 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі — Закон). Ордер видається адвокатом, адвокатським бюро або адвокатським об'єднанням для посвідчення повноважень адвоката на надання правової допомоги. Важливо відмітити, що застосування ордеру стосується не лише процесуальної діяльності адвоката. Повноваження адвоката підтверджуються ордером також при представництві інтересів клієнта в будь-яких підприємствах, установах, організаціях, в тому числі в органах державної влади та місцевого самоврядування, в інших органах та перед фізичними особами (п. 14 Положення про ордер на надання правової допомоги та порядок ведення реєстру ордерів (далі — Положення), затвердженого Рішенням РАУ від 17.12.12 № 36 (із змінами та доповненнями від 16.02.13 р. № 79, від 27.07.13 р. № 187).

Положення встановлює єдині для всіх адвокатів України, адвокатських об'єднань/адвокатських бюро правила виготовлення, оформлення, зберігання, обліку ордерів. Типову форму ордера затверджує Рада адвокатів України, а бланки ордерів виготовляються друкарським способом на замовлення ради адвокатів регіону або Ради адвокатів України. Адвокати, адвокатські об'єднання або адвокатські бюро за їх заявами отримують ордерні книжки — зброшуровані підшивки пронумерованих бланків ордерів у кількості 50 примірників, із серією, що присвоюється Радою адвокатів України кожному регіону відповідно до п. 18 Положення. Про отримання ордерної книжки здійснюється запис у Журналі реєстрації ордерних книжок відповідної ради адвокатів регіону.

У п. 14 Положення зазначається, що ордер є належним та достатнім підтвердженням правомочності адвоката на вчинення дій в інтересах клієнта. Про обмеження правомочності адвоката, встановлені угодою про надання правової допомоги, адвокат або керівник адвокатського об'єднання (бюро) зобов'язані вказати на звороті ордера. Отже, ордер підтверджує особливий статус адвоката, відрізняє його від інших учасників судочинства. Проте слід зазначити, що зазначений пункт Положення вступає в протиріччя із діючим законодавством.

Перш за все, термін «угода про надання правової допомоги» є не точним, адже в Законі, процесуальних кодексах, а також нормативних документах, прийнятих органами адвокатського самоврядування, використовується термін «договір про надання правової допомоги».

Крім того, п. 14 Положення не узгоджується із ч. 4 ст. 42 ЦПК України, ч. 6 ст. 28 ГПК України, ч. 5 ст. 58 КАС України, п. 1 ч. 3 ст. 500

Митного кодексу України, ст. 271 КУпАП, відповідно до якої обмеження повноважень адвоката по справі мають бути відображені у витягу з договору.

Аналіз положень законодавства дозволяє прийти до висновку, що вимога законодавця щодо представлення поряд із ордером договору про надання правової допомоги або витягу з нього для підтвердження обсягу повноважень адвоката не є обґрунтованою.

Оформлення ордеру на підставі договору можливо розглядати як оптимальний спосіб підтвердження повноважень адвоката, якщо закріпити у законодавстві можливість вказувати на зворотній стороні ордеру обсяг повноважень адвоката, які зараз мають бути зазначені в договорі або витягу з нього.

Представлення ж договору на надання правової допомоги або витягу з нього для підтвердження повноважень іноді призводить до порушення принципу конфіденційності, наприклад, у справах про захист прав інтелектуальної власності відповідно до ч. 2 ст. 28, п. 3 ч. 1 ст. 438 ЦК України чи в ситуаціях, коли клієнт укладає договір з адвокатом для захисту прав і інтересів іншої особи. Крім того, у випадках надання невідкладної юридичної допомоги перевага ордеру як документу, що підтверджує повноваження адвоката, є безумовною: ордер може бути написаний адвокатом у будь-який час та пред'явлений за місцем вимоги негайно.

Зайвим виглядає й положення п. 1 ч. 1 ст. 50 КПК України, відповідно до якого повноваження захисника на участь у кримінальному провадженні підтверджуються також свідоцтвом про право на зайняття адвокатською діяльністю. Наявність ордеру, який містить всі встановлені законодавством про адвокатуру та адвокатську діяльність реквізити, має бути достатньою для підтвердження повноважень адвоката-захисника.

Підводячи підсумок викладеному, доцільно надати наступні пропозиції щодо вдосконалення діючого законодавства:

1) Визначити у ч. 2 ст. 26 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» поняття «ордер адвоката» як письмовий документ, який посвідчує повноваження адвоката на підставі договору про надання правової допомоги адвокатом, адвокатським бюро чи адвокатським об'єднанням.

2) Внести зміни до процесуального законодавства України, зокрема: до ч. 1 ст. 50 КПК, виклавши її в такій редакції:

«Повноваження захисника на участь у кримінальному провадженні підтверджуються ордером або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги»;

до ч. 4 ст. 42 ЦПК, ч. 6 ст. 28 ГПК, ч. 5 ст. 58 КАСУ, п. 1 ч. 3 ст. 500 Митного кодексу України, виклавши їх в такій редакції:

«Повноваження адвоката як представника можуть посвідчуватись ордером або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги. Обмеження обсягу повноважень адвоката вказуються на звороті ордера».

ЯНОВСЬКА О. Г.

Київський національний університет ім. Тараса Шевченка,
професор кафедри правосуддя, доктор юридичних наук

ІВАНОВ М. С.

Академія адвокатури України,
студент III курсу юридичного факультету

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ СУДОВОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ

Суд завжди був одним з основних суспільних інститутів і водночас важливим державним органом, адже саме суд та судді покликані захищати та відновлювати права і свободи громадян, конституційний лад та суспільний устрій, поліпшувати умови правозастосування у державі. В часи радикальних змін законодавства, зовнішньої та внутрішньої політики нагальною є потреба в науковому аналізі та структуризації проблематики судової влади та її ефективності. Зміна та вдосконалення судоустрою в країні, підвищення рівня законності та професійності судів, поліпшення умов їх роботи та викриття злочинців, які ховаються за судовою недоторканістю, є одними з основних задач, що стоять перед урядом країни в теперішній час. Саме зараз наукова спільнота має шанс відкрито показати недоліки чинного законодавства та розробити шляхи та механізми реалізації демократичних принципів судової влади на практиці.

Нормативно-правова база держави має гарантувати права і свободи громадянам, забезпечувати охорону від посягання на права, захист та відновлення пошкоджених прав. Приєднанням до міжнародних правозахисних організацій, ратифікацією міжнародних договорів і виконанням покладених на нашу країну обов'язків, Україна доводить своїм громадянам та світовій спільноті свої наміри щодо побудови незалежної правової держави як рівноправного члена світової спільноти та країни, яка поважає європейські цінності. Однак, не можна забувати, що основною гарантією громадян у захисті на поновлення своїх прав є суд. С. В. Прилуцький вважає, що за формулю суд — це самостійна і

незалежна сфера публічної влади, яка являє собою сукупність повноважень на здійснення правосуддя. А за своєю сутністю суд є найважливішим соціальним інститутом. Фактично основою і матеріальним джерелом судової влади є соціальна дійсність, а у змісті судової влади відображається і втілюється соціальна реальність (Прилуцький С. В. Вступ до теорії судової влади (Суспільство. Правосуддя. Держава.): Монографія. — К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корещького НАН України, 2012. — С. 72.)

Безсумнівно, справедливий та неупереджений суд є обов'язковою ознакою соціально розвинутих країн. Суд як незалежний державний орган виступає гарантом захисту та відновлення прав людини і громадянина.

Одним з основних обов'язків суду є гарантування можливості реалізації та захисту прав та законних інтересів кожному суб'єкту права. Розуміння того, що існує державний орган, рішення якого забезпечують примусовою силою держави, захищає законних власників прав і свобод від незаконного посягання на їх права чи сприяє припиненню вже розпочатого посягання на право. Однак, лише неупереджений суд, який керується виключно законодавством та правовими принципами, може надати кваліфіковану та достатню допомогу чи визначити покарання для правопорушника, з метою захисту прав, свобод та інтересів фізичних, юридичних осіб та держави. Лише кваліфіковані, чесні та працьовиті суді можуть забезпечити виконання вимог законодавства щодо винесення законних та неупереджених рішень та відновленні надії громадян на безпечне та законне існування у цивілізованій державі, де конфлікти вирішуються у суді за допомогою законодавства і права, а не злочинами і фізичною силою, країні верховенства права та людяності, яка створює рівні та законні умови розвитку та вдосконалення життя. З труднощами будь-яке суспільство стикалося при створенні судової системи, яка могла гарантувати законний, неупереджений та швидкий розгляд конфліктів між групами осіб чи окремими індивідами, які з'являлися в процесі створення, розвитку та формуванні держав та всієї людської цивілізації.

Україна не є виключенням з числа країн, які пройшли та проходять важкий та суперечливий шлях становлення демократії та законності у всіх сферах суспільного життя. З моменту створення українських судів як судів вільної та незалежної країни завжди поставало питання про ефективність вітчизняних судів, їх чесність, справедливість та неупередженість.

Загалом, ефективність судової системи залежить тільки від судді і не від кого іншого. На жаль, заходи, які впроваджувалися в останні роки, не принесли бажаних результатів, а саме, до появи професійного та

неупередженого судді, який керується лише буквою закону і внутрішнім переконанням.

Ми вважаємо, що в Україні є гостра потреба в реформації, радикальній зміні усєї судової системи, яка назавжди заплямувала свою репутацію, як неефективна та така, що не в змозі дотримуватися законодавства, яке намагалося поліпшити умови праці суддів. Для визначення правильного напрямку, методики та способів реформування судової системи українській владі, науковцям та практикам потрібно звернути свою увагу на досвід боротьби за ефективність судової системи більш розвинутих та успішних країн, які також постійно знаходяться у стані вдосконалення та розвитку суспільних інститутів і також вирішують проблеми реалізації норм законодавства щодо суддів та їх правового статусу.

Ми вважаємо, що рівень демократизації та законності в судах можливо підвищити не лише вдосконаленням правової бази, а й розвиненням інституту громадського контролю, гласності та відкритості судових проваджень. На наш погляд, саме громада України може стати стовпом верховенства права та дотримання закону суддями під час судових проваджень. Громадяни, які найбільш зацікавлені у дотриманні законності, можуть здійснювати контроль за відправленням правосуддя на місцях. Водночас держава повинна підтримувати та заохочувати громадян до спільної праці по підвищенню ефективності суду. Прагнення народу України до чесного та безстороннього суду зумовить появу в Україні суддів, які будуть в змозі виконувати покладені на них обов'язки та гарантувати своєю діяльністю права і свободи громадян.

СВИДА О. Г.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри організації судових та правоохоронних органів,
кандидат юридичних наук

ДО ПИТАННЯ ЩОДО ВДОСКОНАЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ПРИСЯГИ АДВОКАТА В УКРАЇНІ

Фундаментом механізму ефективного функціонування адвокатури є наділення статусом адвоката високопрофесійних і високоморальних людей. Це одне з ключових завдань судово-правової реформи, оскільки лише з такими характеристиками адвокат може виступати в якості дієвого інструменту забезпечення додержання прав і свобод людини, законних інтересів усіх суб'єктів правовідносин, може

повноцінно виконувати роль помічника при вирішенні правових конфліктів. Складення присяги адвоката України є завершальним етапом на шляху до набуття статусу адвоката.

Інститут присяги не є для вітчизняного законодавства новим, оскільки відомий ще з давніх часів. Широко поширений він на сучасному етапі та передбачається досить широким колом нормативно-правових актів. Тим не менш, в правовій літературі пропонуються різні підходи до юридичного визначення присяги. Так, деякі автори вважають, що присяга — це офіційна урочиста обіцянка дотримуватися певних зобов'язань, зокрема, на підтвердження правдивості свідчень, вірності тій чи іншій справі, діяти відповідно Конституції і т. п. Інші вчені переконані, що присяга — це клятва на вірність Основному закону і служінню народу, яку в обов'язковому порядку дає посадова особа, яка вступає на високу державну посаду, проте таке її розуміння вважається дещо звуженим та не прийнятним щодо присяги адвоката.

Можна також стверджувати, що публічне складення присяги адвокатом повинно мати не тільки правове, а й велике моральне значення, оскільки має закладати у свідомості нового адвоката установку дотримуватися проголошених орієнтирів у своїй повсякденній практичній діяльності.

З метою вдосконалення чинного законодавства щодо інституту присяги адвоката вважаємо за необхідне звернути увагу на декілька моментів.

На наш погляд, потребує удосконалення сам процес прийняття присяги. Вважаємо, що чинним законодавством про адвокатуру обов'язково повинно бути передбачено що у випадку, коли присяга складається відразу декількома адвокатами, кожна особа повинна самостійно публічно і в урочистій обстановці зачитати текст присяги адвоката, оскільки, крім іншого, це матиме й велике етичне значення на саму людину, і в цьому випадку в жодному разі це не можна доручати якійсь одній особі, а інші щоб лише засвідчили складання присяги підписом.

Потребує вдосконалення правове регулювання процедури складання адвокатами присяги. Зокрема, сьогодні процедура прийняття присяги в самому узагальненому вигляді закріплена в Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», в якому у статтею 11 вказується, що особа, щодо якої прийнято рішення про видачу свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю протягом тридцяти днів приймає присягу. Текст присяги підписується адвокатом і зберігається радою адвокатів регіону, а копія видається адвокату. Вважаємо недостатнім наявність у Законі настільки короткого опису порядку прийняття адвокатами присяги, у зв'язку з чим пропонуємо розробити Положення про порядок прийняття присяги адвокатами.

Крім того, в законодавстві має бути застереження, що особа, яка відмовилася від прийняття присяги адвоката, не може бути адвокатом, а відповідне рішення ради адвокатів регіону про видачу свідоцтва підлягає скасуванню. Також має бути врегульовано питання про те, як бути, якщо особа на прийняла присягу у встановлений законом тридцятиденний термін: чи є це підставою для скасування рішення про видачу свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, а які причини неприйняття вчасно особою присяги адвоката можуть бути поважними і які звільняють особу від негативних наслідків вчасного неприйняття адвокатської присяги, наприклад, ведення військових дій, запровадження надзвичайного стану, тяжка хвороба особи, випадки, коли повноваження однієї ради адвокатів регіону скінчилися, а нова не була сформована вчасно і т. д.

Потребує уточнення і питання щодо визначення змісту такого дисциплінарного проступку адвокатів, як порушення присяги. Проблема тут пов'язана з тим, що в тексті присяги передбачається таке зобов'язання для адвокатів, як дотримання правил адвокатської етики. Однак у статті, яка розкриває підстави для притягнення адвокатів до дисциплінарної відповідальності окремо передбачені два самостійних підстави: порушення присяги і недотримання правил адвокатської етики. Таким чином, є конкуренція законодавчих положень. Вважаємо, що, виходячи зі змісту адвокатської присяги, можна запропонувати, щоб відповідні законодавчі норми були сформульовані таким чином: «Накладення на адвоката дисциплінарного стягнення може застосовуватися за порушення присяги, яке виражалося в наступному...» і далі по тексту.

Також вважаємо, що в Правилах адвокатської етики повинні міститися найбільш чіткі правила поведінки для адвокатів. У зв'язку з цим можна в майбутньому Правила адвокатської етики перейменувати в Правила професійної поведінки і в їх зміст включити перелік адвокатських правопорушень, а також передбачити конкретні санкції за їх порушення.

КОВАЛЬЧУК І. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри організації судових та правоохоронних органів,
кандидат юридичних наук

РОЛЬ ПРОКУРОРА В РЕАЛІЗАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ

Адміністративна відповідальність є чи не найчастіше застосовуваним видом **юридичної** відповідальності, якщо врахувати що в Україні щороку притягуються до неї близько 50 млн. осіб. На діяльність органів адміністративної юрисдикції повною мірою поширюється принцип невідворотності юридичної відповідальності і водночас мають суворо додержуватися гарантії прав і свобод людини і громадянина.

Чинний Кодекс України про адміністративні правопорушення (КУпАП) потребує реформатування з урахуванням величезної кількості змін, які були внесені до нього від 1984 року, для чого назріла потреба у прийнятті нового Кодексу, Враховуючи спрямованість цього законодавчого акта, його доцільніше назвати дещо по-іншому — Кодекс законів України про адміністративну відповідальність.

Серед державних структур, які вносять свій вклад у забезпечення правильного застосування законодавства про адміністративні правопорушення, значну роль до останнього часу відігравали і продовжують відігравати органи прокуратури. Серед форм цієї діяльності виділяються а) прокурорський нагляд за додержанням законодавства про адміністративні правопорушення; б) ініціювання притягнення правопорушників до адміністративної відповідальності.

Пунктом 14 наказу Генерального прокурора України «Про організацію прокурорського нагляду за додержанням і застосуванням законів» від 7 листопада 2012 № 3 на прокурорів покладено обов'язок забезпечити нагляд за додержанням і застосуванням законів про адміністративні правопорушення органами та посадовими особами, уповноваженими на виконання функцій щодо притягнення осіб до адміністративної відповідальності. У системному зв'язку з цією вимогою перебуває пункт 12.2 наказу «Про організацію діяльності органів прокуратури у сфері запобігання та протидії корупції».

Основною формою прокурорського нагляду слід вважати перевірки додержання законодавства про адміністративні правопорушення в державних органах, які мають право застосовувати заходи адміністративного примусу для припинення адміністративних правопорушень і притягувати винуватців до адміністративної відповідальності. Особливо це стосується наглядових заходів щодо органів внутрішніх

справ, співробітники яких часто зловживають силовими заходами, порушуючи права громадян.

Самостійний характер має з'ясування прокурором законності притягнення громадян і посадових осіб до адміністративної відповідальності при перевірках додержання законів органами позавідомчого контролю, які, крім інших завдань, наділені адміністративною юрисдикцією. При цьому слід звертати увагу на факти їх бездіяльності, необґрунтованого звільнення від відповідальності, фальсифікації статистичних даних про адміністративну практику тощо. За виявленими порушеннями прокурор реагує шляхом внесення подань (з постановкою питання про дисциплінарну відповідальність винуватців) або розпочинає досудове кримінальне провадження, зокрема, за фактами перевищення влади або службових повноважень.

Відповідно до ч. 1 сі.250 КУпАП «прокурор, заступник прокурора має право порушувати провадження про адміністративні правопорушення. На підставі п. 2 ч. 4 ст. 20 Закону це повноваження названо по-іншому: «у встановленому законом порядку ініціювати притягнення особи... до адміністративної відповідальності, скласти протокол про адміністративне правопорушення».

Ці положення, на наш погляд, потребують деяких уточнень. По-перше складання прокурором протоколу про адміністративне правопорушення не можна розглядати як його самостійне повноваження — це одна з двох форм ініціювання притягнення особи до адміністративної відповідальності. По-друге, саме складання протоколу прокурором навряд чи можна розцінювати як завершену дію — вона стає такою, коли цей протокол надсилається для розгляду компетентному органу.

Компетенція прокурора щодо складання протоколів про адміністративні правопорушення визначена у двох різних нормах КУпАП, а саме у пунктах 8 і 11 ч. 2 ст. 255, причому в першій з цих норм право складання протоколу надано прокурору (а також слідчому), а в пункті 11 -прокурору або уповноваженій ним особи з числа працівників прокуратури. Залишаються нез'ясованими питання, чи може у цьому випадку складати протоколи лише прокурор — керівник прокуратури або його заступник, чи також інші прокурори і чи можуть бути авторами протоколів працівники прокуратури, які не є службовими особами, зокрема секретарі прокуратури. Ці питання потрібно врегулювати в КУпАП. Важливим є те, що прокурору надано право скласти протокол про **корупційні** правопорушення (ст. ст. 172²–172⁹).

Оскільки протокол є процесуальним документом, на його підставі орган чи службова особа безпосередньо розглядають справу про адміністративне правопорушення і виносить по ній постанову.

По-іншому вирішується питання, коли прокурор виносить постанову про ініціювання притягнення до дисциплінарної відповідальності, яка не може замінити собою відповідного протоколу. Постанова надсилається для розгляду органу або службовий особі, які уповноважені складати протоколи відповідно до статті 255 КУпАП. За результатами розгляду постанови прокурора вони можуть скласти протокол і надіслати його для розгляду до компетентного суб'єкта владних повноважень, який може винести постанову по суті і передати його розгляд іншому суб'єкту.

Стаття 22 Закону про прокуратуру встановлює обов'язок розглянути постанову прокурора у 10-денний строк з дня її надходження, проте не передбачає обов'язковості накладення на особу адміністративного стягнення. В принципі адресат може не погодитись з прокурором щодо наявності для цього підстав. Проте у всякому разі він зобов'язаний повідомити прокурора про результати розгляду постанови, що необхідно відобразити у статті 24. Слід рекомендувати прокурорам ставити у поданих питаннях про дисциплінарну відповідальність осіб, які з надуманих мотивів безпідставно уникають притягнення порушників закону до адміністративної відповідальності.

ТАРАСИШИНА О. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри організації судових та правоохоронних органів,
кандидат юридичних наук

РОЛЬ ТА ЗНАЧЕННЯ ДЕРЖАВНОЇ СУДОВОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ УКРАЇНИ У ЗДІЙСНЕННІ СУДОВОГО УПРАВЛІННЯ

Ефективність реалізації первинної функції судів такої як відправлення правосуддя через справедливе вирішення спорів та винесення справедливих рішень великою мірою залежить від забезпечення необхідних умов для функціонування. У цьому контексті першочергове значення має належна організація ведення документообігу, повідомлення сторін, забезпечення явки та захисту свідків, забезпечення функціонування комп'ютерних систем, професійний і кваліфікований апарат суду, гарантії діяльності судді тощо. Окремі аспекти окресленої проблематики були предметом дослідження таких вчених: В. Гайдученко, А. Гвоздецький, І. Гончар, В. В. Долежан, Р. Кирилюк, С. В. Ківалов, Г. Кравчук, О. Насаднюк, Ю. Є. Полянський, А. Хливнюк тощо.

Наукові доробки вказаних науковців безумовно є міцним підґрунтям для вдосконалення правового регулювання діяльності ДСА України, однак на сьогодні проблема ефективного судового управління потребує особливої уваги та дослідження.

Указом Президента України від 29.08.2002 р. № 780/2002 створено Державну судову адміністрацію України (далі — ДСА України), що стало досить важливим та організованим довгостроковим кроком у відповідь на відсутність адміністративної спроможності та ефективної системи у сфері судового управління. За своїми функціями ДСА України була покликана контролювати, сприяти та здійснювати моніторинг ефективного адміністрування системи судів у державі. Деякі з цих функцій були частково покладені на голів судів, однак досить часто спроби реалізувати адміністративні обов'язки поряд зі здійсненням своїх суддівських повноважень супроводжувались труднощами і затримками в ефективній діяльності. Така ситуація частково обумовлювалась тим, що не всі голови судів мали відповідні знання або досвід управління (Державна судова адміністрація України: структурний аналіз та рекомендації [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.fair.org.ua/content/library_doc/SJA_Structural_Assessment_MZ_ukr.pdf).

Главою 2 розділу XI Закону України «Про судоустрій і статус судів» врегульовано основи функціонування ДСА України, її статус та повноваження, структуру та основні напрямки її роботи. Так, відповідно до ст. 145 Закону України «Про судоустрій і статус судів» ДСА України здійснює організаційне забезпечення діяльності органів судової влади у межах повноважень, установлених законом. Державна ДСА України підзвітна з'їзду суддів України. Територіальні управління ДСА України утворюються в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі (Про судоустрій і статус судів: Закон України від 07.07.2010 р. № 2453-VI. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2453-17>).

Згідно ч. 1 ст. 146 Закону України «Про судоустрій і статус судів» ДСА України забезпечує належні умови діяльності судів загальної юрисдикції, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Національної школи суддів України та органів суддівського самоврядування в межах повноважень, визначених цим Законом; вивчає практику організації діяльності судів, розробляє і вносить у встановленому порядку пропозиції щодо її вдосконалення; вивчає кадрові питання апарату судів, прогнозує потребу у спеціалістах, здійснює замовлення на підготовку відповідних спеціалістів; забезпечує необхідні умови для підвищення кваліфікації працівників апарату судів, створює систему підвищення кваліфікації та інші. Таким чином, ДСА України займає досить важливе значення у сфері реалізації основних напрямків судового управління.

Положенням про Державну судову адміністрацію України, затвердженим рішенням Ради суддів України від 22.10.2010 р. № 12, окреслено роль і основні функції ДСА України. Так, ДСА України є органом в системі судової влади, діяльність якого підзвітна з'їзду суддів України. ДСА України здійснює організаційне забезпечення діяльності органів судової влади з метою створення належних умов функціонування судів і діяльності суддів, представляє суди у зносинах з іншими органами державної влади, органами місцевого самоврядування в межах повноважень, установлених законом (Положення про Державну судову адміністрацію України, затверджене рішенням Ради суддів України від 22.10.2010 р. № 12. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://od.court.gov.ua/tu16/norm/pol0/pol2/>). З прийняттям Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р. № 2453-VI відновлено роль ДСА України як первинного представника і посередника судової системи з питань бюджетування у відносинах із Кабінетом Міністрів і Верховною Радою України. Такий перехід був важливим для судової гілки влади, оскільки спрямований на зміцнення її самостійності в інституційному аспекті.

Так, основними завданнями ДСА України як органу в системі судової влади є: організаційне забезпечення діяльності органів судової влади у межах повноважень, визначених Законом України «Про судоустрій і статус суддів»; забезпечення належних умов діяльності судів загальної юрисдикції, Вищої кваліфікаційної комісії України, Національної школи суддів України та органів суддівського самоврядування; участь у формуванні судів загальної юрисдикції у межах повноважень, визначених законом. Як зазначають В. Кошинець, О. Чепелюк, функції ДСА України — це основні напрями реалізації вищенаведених завдань, що за сферою втілення поділяються на: представницькі, фінансово-господарські, організаційні, контрольні, кадрові (Кошинець В., Чепелюк О. Основні функції Державної судової адміністрації України як органу в системі судової влади // Вісник Державної судової адміністрації України. — 2011. — № 2(19). — С. 19–21). Справедливо зазначає Г. Кравчук, що однією із вагомих гарантій незалежності судової гілки влади у системі розподілу влади є її фінансове й матеріально-технічне забезпечення (Кравчук Г. Державна судова адміністрація України як один із головних розпорядників бюджетних коштів у фінансуванні судової влади // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2010. — № 9. — С. 50–61). Слушною є думка Р. Кирилюка з приводу того, що належне фінансування заходів щодо охорони суддів гарантуватиме насамперед недопущення протиправних діянь стосовно життя та здоров'я суддів, майна та документації судів (Кирилюк Р. Види забезпечувальної діяльності Державної судової адміністрації України // Вісник Верховного Суду України. — 2011. — № 12(136). — С. 28–32).

Таким чином, виконання цих завдань повинно також супроводжуватися систематичним поступовим збільшенням матеріального забезпечення, забезпеченням кадровими ресурсами. В той же час зумовлюється необхідність ґрунтовного аналізу кадрового наповнення судової системи суддями та працівниками апарату суду та визначення, наскільки ефективно вони використовуються і яких заходів можна вжити для збільшення їх компетентності, вдосконалення діяльності та продуктивності.

Вдосконалення функціонування ДСА України сприятиме ефективному забезпеченню діяльності суддів та працівників апаратів судів, а відтак, у свою чергу, забезпечуватиме ефективне відправлення правосуддя. Покращення професіоналізму ДСА України підвищить професіоналізм суддів і працівників апаратів судів, що сприятиме зміцненню авторитету судді як носія судової влади та судової гілки влади в цілому, відновлення довіри суспільства до суду.

НЕСТЕРЧУК Л. П.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри організації судових та правоохоронних органів

ОРГАНІЗАЦІЙНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ СУДІВ У ВІДПОВІДНОСТІ З ВИМОГАМИ ЗАКОНУ

Для демократичного суспільства дуже важливо сформувати правильно організовану судову систему, спроможну забезпечити громадянам доступ до безстороннього та неупередженого судді.

В історії розвитку національної судової системи мали місце, головним чином, два підходи щодо структурної організації системи судового управління. Перший передбачав наявність відповідних повноважень у виконавчо-розпорядчих (державно-управлінських) органах в особі Міністерства юстиції та його органів на місцях, а інший — повну концентрацію державно-управлінських повноважень у вищестоящих судових інстанціях. Разом з тим, потреби ефективного здійснення правосуддя за умов побудови правової держави вимагають якісного підняття рівня управління в судовій системі при одночасному реальному дотриманні принципу незалежності суддів, що фактично може бути досягнуто завдяки скоординованій діяльності спеціально утвореної Державної судової адміністрації України (далі — ДСА), завданням якої повинно бути виключно організаційне забезпечення судів, та керівників відповідних судових органів, які мають діяти за умов достатніх

матеріально-фінансових ресурсів і злагодженої роботи професійного апарату судів.

Виконання завдань, які охоплює функція організаційного забезпечення діяльності судіву відповідності з вимогами закону, ні в якому разі не повинно здійснюватись зі шкодою принципу самостійності судів, незалежності і підлеглості тільки закону суддів та приймаючих участь у здійсненні правосуддя представників народу. Сутність даної функції складається у всемірному сприянні судам у належному здійсненні ними своїх повноважень, якими вони наділені як органи судової влади, особливо повноважень у здійсненні правосуддя.

У національній правовій системі України ще з радянських часів використовується термін «судове управління», але в країнах розвинутої демократії широко застосовується термін «адміністрування судів», зміст якого охоплює і організаційне і фінансово-матеріальне забезпечення діяльності судів. В сучасній інтерпретації цього терміну, а також, виходячи з аналізу міжнародних документів та з питань діяльності судів, поняття «адміністрування судів» є більш доцільнішим у національній правовій теорії та практиці, правовому регулюванні.

Управлінські дії у судовій системі мають свої особливості, які походять із статусу суддів і особливого характеру діяльності суду. Тому: 1) необхідно уніфікувати адміністрування судів, виключити дублювання управлінських функцій, зробити його оптимальним, мінімально затратним і ефективним, спрямованим на виконання основної функції судової влади; 2) призначення суддів на адміністративні посади у всіх судах загальної юрисдикції повинно здійснюватися на єдиних засадах — зборами суддів відповідного суду на один трирічний строк в порядку черговості — голова суду незалежно від інстанційності суду повинен мати одного заступника і виконувати функції керівника суду як органу державної влади, зокрема представницьку і контролю за роботою апарату суду і свою основну функцію — здійснення правосуддя; 3) управління судом як юридичною особою має здійснювати керівник апарату суду або відповідна посадова особа апарату суду; 4) питання внутрішньої діяльності судів вирішуються органами суддівського самоврядування, їх рішення є обов'язковими для суддів, у тому числі й тих, які виконують адміністративні функції.

В Україні діє єдина система забезпечення функціонування судової влади. Судові органи, інші органи державної влади беруть участь в організаційному забезпеченні діяльності судів у випадках і порядку, передбачених українськими законами (Закон України «Про судоустрій і статус суддів» та Закон України «Про Конституційний Суд України») та іншими законами. Фінансування всіх судів в Україні здійснюється за рахунок коштів Державного бюджету України. Функції головного

розпорядника коштів Державного бюджету України щодо фінансового забезпечення діяльності судів здійснюють: Конституційний Суд України, Верховний Суд України, вищі спеціалізовані суди; Державна судова адміністрація України — щодо фінансового забезпечення діяльності судів загальної юрисдикції першої та другої ланки, діяльності Вищої кваліфікаційної комісії суддів України (далі — ВККС), органів суддівського самоврядування, Національної школи суддів України та Державної судової адміністрації України.

ДСА втратила повноваження з забезпечення необхідних умов для підвищення кваліфікації суддів; з ведення статистичного і персонального обліку даних про кадри судів, підготовки матеріалів щодо призначення, обрання та звільнення суддів; з оприлюднення інформації щодо ініціювання питання про обрання суддів безстроково; з організації проходження практики в судових установах і розробки відповідних програм; із здійснення матеріального і соціального забезпечення суддів, медичного обслуговування та санаторно-курортного лікування суддів; з організації та фінансування будівництва і ремонту будинків та приміщень судів; з визначення нормативів навантаження суддів у судах усіх рівнів та кількісної складової суддів у відповідних судах.

Новими повноваженнями ДСА визначено: 1) представництво судів у відносинах із Кабінетом Міністрів України та Верховною Радою України під час підготовки проекту закону про Державний бюджет України на відповідний рік у межах повноважень, визначених Законом України «Про судоустрій і статус суддів»; 2) організація забезпечення функціонування автоматизованої системи визначення члена ВККС; 3) затвердження положення про бібліотеку суду; 4) забезпечення функціонування автоматизованої системи визначення члена Вищої кваліфікаційної комісії суддів України; 5) організовує комп'ютеризацію судів для здійснення судочинства, діловодства, інформаційно-нормативного забезпечення судової діяльності та забезпечення функціонування автоматизованої системи документообігу в судах; забезпечує суди необхідними технічними засобами фіксування судового процесу в межах коштів, передбачених у Державному бюджеті України на фінансування відповідних судів; 6) забезпечує ведення Єдиного державного реєстру судових рішень та Реєстру електронних адрес органів державної влади, їх посадових та службових осіб, забезпечує функціонування системи відеоконференцз'язку для участі осіб у засіданні суду в режимі відеоконференції; 7) організовує діяльність служби судових розпорядників та інше.

В процесі подальшого удосконалення правової системи України необхідно дотримуватись узгодженого із засадами верховенства права спрямування на послідовне забезпечення повноти судової

влади як в сфері правосуддя, так і формуванні суддівського корпусу та організаційно-правових основ функціонування судової влади, включаючи і відповідальність суддів, прокурорів, адвокатів.

ХРАПЕНКО О. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри організації судових та правоохоронних органів,
кандидат юридичних наук

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЩОДО СТАЖУВАННЯ ДЛЯ МАЙБУТНІХ АДВОКАТІВ

У серпні 2012 року набрав чинності новий Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі Закон). Разом з прийнятим у квітні 2012 року Кримінальним процесуальним кодексом України він створює основу для надання належної правової допомоги. Новий закон регулює питання адвокатської діяльності більш детально і глибоко, а також усуває ті прогалини, які мали місце в регулюванні адвокатської діяльності раніше.

Одним з найбільш резонансних питань пов'язаних з адвокатською діяльністю — є стажування осіб, які виявили бажання отримати свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю.

Відповідно до Закону, особа, яка успішно склала кваліфікаційний іспит, повинна проходити стажування шість місяців у адвоката, який має стаж адвокатської діяльності — 5 років та який включений до реєстру адвокатів — керівників. Звернувшись до відповідної ради адвокатів регіону — особа може за власним бажанням вибрати адвоката, у якого вона бути проходити стажування, чи рада адвокатів регіону — може призначити такого адвоката. Особливістю є те, що стажист, у період проходження стажування може змінити адвоката, у якого він навчається, а також стажування може бути призупинено, але не більше ніж на 6 місяців.

Для регулювання даного питання, Рада адвокатів України затвердила Положення про організацію та порядок проходження стажування для отримання особою свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю. У відповідності з даним положенням і статтею 10 Закону, особи, які успішно склали кваліфікаційний іспит, зобов'язані пройти шестимісячне стажування. Одним з найбільш обговорюваних питань серед вчених — юристів і практиків, що стосуються стажування майбутніх адвокатів, слід виділити плату за проходження стажування. Положення передбачає оплату для кандидата в адвокати — 20 мінімальних

зарплат за шестимісячне навчання. Сума розподіляється таким чином: 30 % від вказаної суми — сплачується на поточний банківський рахунок Національної асоціації адвокатів України; 70 % — сплачується на поточний банківський рахунок відповідної ради адвокатів регіону. За зміну місця проходження стажування та додатковий строк на проходження стажування теж доведеться платити — 2 мінімальних заробітних плат у місяць.

Для внесення ясності в це питання, Національна асоціація адвокатів України організувала тематичний круглий стіл, який зібрав членів регіональних рад та КДКА, керівництво НААУ і найбільших громадських організацій.

Були висловлені дві основні точки зору, що стосуються оплати стажування:

1. Стажування має бути безкоштовним, так як настільки завищена плата, наводить на думку про спробу істотно ускладнити доступ до професії молодим фахівцям. До того ж, у Законі не визначено, що за стажування взагалі повинна братися оплата.

2. Стажування повинно бути платним. Якщо проаналізувати досвід інших країн, то питання стажування регулюється по одному схожому принципу: кандидат в адвокати проходить додаткове спеціальне навчання під контролем асоціацій адвокатів на платній основі. Терміни передбачені різні — від декількох місяців до 2–3 років.

Крім перерахованих позицій, були й інші пропозиції. Наприклад, залишити стажування платним, але зменшити суму до 6 мінімальних зарплат і надати бажаним розстрочку. Або зменшити оплату до 3 мінімальних зарплат, за аналогією з оплатою за складання кваліфікаційного іспиту. Найбільш вагомою серед усіх точок зору виглядає позиція голови НААУ Лідії Ізовітової: «У професію адвоката ведуть два альтернативні шляхи — або стажування, або — робота помічником адвоката. У другому випадку юрист отримує зарплату, і такий безкоштовний нехай у професію всього на півроку довше, ніж шлях стажування. Претендент адвокатської професії сам вибирає: безкоштовно або за плату».

Але, на жаль, цієї свободи вибору були позбавлені ті, хто висловив бажання стати адвокатом в період між набранням чинності нового Закону та затвердженням положення про платну стажуванні. Проблемаю для них стало те, те, що після складання кваліфікаційного іспиту, особа вже не може відпрацювати помічником адвоката один рік, відповідно до п. 5 ст. 10 Закону, щоб «обійти» платне стажування. Таким чином, у особи, яка бажає стати адвокатом, дійсно є два шляхи досягнення мети, тільки потрібно вчасно подумати, яким шляхом слід піти.

До слова, саме Одеса — єдиний регіон, в якому почали проводити стажування на платній основі, ще до затвердження відповідного положення.

27 липня 2013 було затверджено зміни в положення про стажування, які внесли певну ясність. Розділ 6 (Забезпечення організаційних заходів проходження стажування) зазначає, що організаційне забезпечення проходження стажування, у тому числі матеріального та іншого характеру, здійснюється радами адвокатів регіону. Тобто вже рада адвокатів регіону буди вирішувати розмір сплати внеску на проходження стажування на умовах розстрочки (він може бути незмінним і фіксованим протягом усього періоду розстрочки і визначатися з розрахунку мінімальної заробітної плати, встановленої на момент здійснення першого внеску).

За рішенням ради адвокатів регіону від сплати внеску на стажування звільнюються повністю або частково інваліди I і II груп, а також одинокі матері (батьки), дохід яких не перевищує однієї мінімальної заробітної плати, заставлений на 1 січня поточного року.

Ці зміни, безсумнівно, полегшать оплату стажування майбутнім адвокатам. Доцільно також доповнити шостий розділ пунктом, який би звільняв від проходження стажування окремі категорії юристів. Це могли б бути колишні судді, колишні працівники органів прокуратури, стаж роботи яких — більше 10 років і люди, які мають вчений ступінь.

КРИВЕНКО О. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри організації судових та правоохоронних органів

РОЗВИТОК ПРОКУРАТУРИ ТА ЗАКОНОДАВСТВА ПРО СЛУЖБУ В ОРГАНАХ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ НА ПОЧАТКУ РАДЯНСЬКОЇ ДОБИ

Декретом Ради Народних Комісарів України в лютому 1919 року постановлено скасувати усі судові установи, у тому числі прокурорський нагляд, котрий діяв на території України до встановлення радянської влади.

Тимчасовим Положенням про народні суди і революційні трибунали Української Радянської Соціалістичної республіки передбачено, що вся влада на території УРСР належить: а) народним судам і радам народних суддєй; б) революційним трибуналам (Клочков, В. Прокуратура України часів УНР, Гетьманату та Директорії. // Вісник прокуратури. — 2001. — № 1. — С. 105–108). Революційні трибунали засновувались не менш одного на кожну губернію. При них створені: особливі і народні слідчі; колеґії обвинувачів; колеґії правозахисників; трибунальні

виконавці. Обвинувачення підтримували в суді члени колегій обвинувачів, а не прокурори, оскільки прокурорський нагляд був ліквідований. Таким чином, з встановленням радянської влади прокуратури були розпорознені між відділами юстиції та іншими державними органами. Потрібна система контролю за додержанням законності виявилася нежиттєспроможною і неефективною. Це зумовило керівництво країни повернутися до прокурорського нагляду (Ворсінов Г. Т. Прокуратура у механізмі державної влади України. // Правова держава: Щорічник наукових праць. — К. — 1996. — Вип. 7. — С. 61.).

В Україні обговорення питання про нові організаційні форми побудови органів нагляду за законністю було винесене на повітові та губернські з'їзди працівників юстиції, а потім на Перший Всеукраїнський (19—23 січня 1922 р.) і на Четвертий Всеросійський (26—30 січня 1922 р.) з'їзди діячів юстиції.

Перший Всеукраїнський з'їзд діячів юстиції висловився за найшвидше заснування і впровадження інституту прокуратури в Україні, за побудову його на засадах судової централізації, підпорядкування тільки центру і повного вивільнення з підпорядкування місцевих органів влади, а також за скасування місцевих відділів юстиції і створення самостійних органів прокуратури на місцях.

Четвертий Всеросійський з'їзд діячів юстиції, як і Всеукраїнський з'їзд, прийняв рішення про таку побудову органів прокуратури, при якій губернський прокурор не був би зв'язаний рішенням губернського відділу юстиції, як це було передбачено розглянутим проектом, але водночас були б збережені відділи юстиції на рівні з прокуратурою.

25 лютого 1922 року Наркомат РРФСР подав Малому Раднаркому проект, відповідно до якого органи прокуратури формувалися за принципом суворої централізації і підпорядкування тільки вищим органам прокуратури, повної незалежності від місцевих органів влади.

У травні 1922 року проект положення про прокурорський нагляд піддався критиці з боку більшості членів ВЦВК. Після жвавого обговорення проект було відхилено більшістю депутатів сесії і надіслано у комісію, яку обрала сесія, лише як матеріал для її роботи, оскільки його не було прийнято навіть за основу.

26 травня 1922 року III сесія ВЦВК прийняла декрет про затвердження Положення про прокурорський нагляд в РРФСР, який 28 травня був підписаний М. Калініним.

Таким чином, 28 червня 1922 року у Харкові, відповідно до постанови № 28 ВУЦВК було прийнято Положення «Про прокурорський нагляд в УРСР», яким і було створено в Україні прокуратуру на нових соціальних засадах. Державна прокуратура УРСР засновувалась у складі Народного Комісаріату юстиції як окремих відділ, що

підпорядковувався безпосередньо Народному Комісару юстиції, який постановою ВУЦВК призначався також і прокурором УРСР. Губернські відділи і повітові бюро юстиції були скасовані, а замість них місцевими органами прокуратури стали прокурори губерній, яких призначав прокурор УРСР.

Провідну роль у вирішенні питань добору прокурорських кадрів мали відігравати партійні організації.

З метою покращення комплектування органів прокуратури кваліфікованими кадрами спільним рішенням уряду і Раднаркому УРСР від 26 грудня 1922 року у Харкові, Києві та Одесі були створені юридичні курси. Навчання тривало чотири місяці і здійснювалось відповідно до Положення «Про короткотермінові юридичні курси».

30 грудня 1922 року на першому з'їзді Рад проголошено утворення Союзу РСР. У зв'язку з цим 6 липня 1923 року було прийнято Конституцію СРСР, якою передбачено створення Верховного Суду СРСР і Прокуратури Верховного Суду СРСР. Прокурор УРСР та інші прокурори союзних республік повинні були виконувати окремі доручення Прокурора СРСР. Для охорони законності та правопорядку в УРСР ВЦВК і Рада Народних Комісарів 21 січня 1924 року ухвалили постанову «Про особисту недоторканість прокурорів, суддів, слідчих». У цьому документі передбачалось, що будь-які органи влади не можуть заарештовувати голову, його заступника і члена Найвищого Суду, помічника Прокурора УРСР без попереднього дозволу Голови Президії ВУЦВК. Щодо голів і заступників голів губернських судів, прокурорів в губерніях, прокурорів при НКЮ і слідчих з найважливіших справ, то їх арешт був можливий лише з попереднього дозволу губернського прокурора (Збірник узаконень та розпоряджень Робітничо-селянського Уряду України. — 1924. — № 4-5. — С. 69.).

Станом на 1 січня 1924 року, тобто за півтора року існування прокуратури, можна було констатувати наявність певних позитивних результатів щодо її комплектування, та законодавчого забезпечення її діяльності.

ІСКЕНДЕРОВ Е. Ф.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри організації судових та правоохоронних органів,
кандидат юридичних наук

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ПРОКУРОРОМ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ ПРИ ПІДТРИМАННІ ДЕРЖАВНОГО ОБВИНУВАЧЕННЯ В СУДІ

Підтримання прокурором державного обвинувачення являє собою одночасно як функцію прокуратури (п. 1 ст. 121 Конституції України), так і діяльність прокурора — державного обвинувача в судовому процесі. Ані КПК України, ані Закон України «Про прокуратуру» не містять визначення державного обвинувачення, хоча окремі його ознаки розпорошено по різних нормах законодавства. У зв'язку із цим пропонується таке визначення:

«Підтримання прокурором державного обвинувачення у кримінальному судовому провадженні — це його діяльність по доведенню перед судом наявності складу злочину у діяннях обвинуваченого і обґрунтування підстав постановлення щодо нього обвинувального вироку».

Відповідно до ч. 3 ст. 36 КПК України «Участь прокурора в суді є обов'язковою, крім випадків, передбачених цим Кодексом». Ця фраза має певні стилістичні вади, оскільки прокурор бере участь не в суді, а в судовому розгляді, зокрема, у розгляді судом кримінальної справи.

На підставі п. 14.1 наказу Генерального прокурора України № 4гн від 19 грудня 2012 р. у судовому провадженні по першій інстанції мають брати участь прокурор, група прокурорів, які здійснювали процесуальне керівництво або в разі їх заміни — інші прокурори відповідно до вимог закону. Це певною мірою обмежує можливості для підтримання державного обвинувачення керівниками прокуратур, якщо вони не здійснювали процесуальне керівництво на досудовому провадженні. Не дивно, що у чинному наказі, на відміну від попереднього, відсутня норма про те, що підтримання державного обвинувачення є службовим обов'язком кожного керівника прокуратури та його заступника. Підтримання державного обвинувачення спрямовано на те, щоб спростувати дію принципу презумпції невинуватості, щоправда, не взагалі, а стосовно обвинуваченого по конкретній справі.

У чому ж полягає правозахисна роль державного обвинувачення в суді? У загальносуспільному значенні — це сприяння захисту суспільства і всіх його членів від злочинних посягань шляхом ізоляції злочинців або застосування щодо них інших покарань.

Щодо потерпілого прокурор має підтримувати його правову позицію по справі, якщо вона не суперечить закону, робити все від нього залежне, щоби потерпілий дістав якомога повнішу моральну і матеріальну сатисфакцію за порушення своїх прав та законних інтересів з боку обвинуваченого.

Відповідно до п. 18.2 прокурорам запропоновано «При виконанні процесуальних функцій реагувати на будь-які порушення закону, що обмежують права учасників судового провадження», використовуючи для цього клопотання, заперечення проти висловлювань і дій, передусім, представників захисту. Проте, на жаль, на відміну від ч. 2 ст. 260 попереднього КПК, чинний КПК України позбавив прокурора права висловлювати безпосередньо у судовому засіданні заперечення проти рішень і дій головуючого у судовому засіданні, які порушують права учасників процесу.

Обов'язком прокурора є також захист прав та інтересів цивільного позивача, яким може бути і потерпілий, якщо до особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, пред'явлено цивільний позов про відшкодування збитків (ч. 1 ст. 62 КПК). Крім того, прокурор сам пред'являє цивільний позов в інтересах громадян про відшкодування збитків, якщо цього вимагає охорона інтересів осіб, які за станом здоров'я та з інших поважних причин не можуть захистити свої права (п. 12 ч. 2 ст. 36 КПК), а в обвинувальній промові обґрунтувати свою позицію в частині цивільного позову.

Сприяючи суду у виконанні вимог закону про всебічний, повний і об'єктивний (безсторонній) розгляд справи (ст. 34 Закону про прокуратуру), прокурор повинен надавати належну правову оцінку як тим обставинам, що викривають, так і тим, що виправдовують обвинуваченого (п. 21 галузевого наказу). Уявляється, це досить важливе положення наказу викладено дещо неповно. Для повноти неупередженості необхідно також, щоби прокурор, який бере участь у розгляді справи, давав також об'єктивну оцінку обставинам, які не лише обтяжують, але й полегшують становище обвинуваченого в частині кваліфікації злочину, балансу пом'якшуючих і обтяжуючих відповідальність обставин тощо, а не лише про альтернативу «засудити чи виправдати», при цьому не лише за результатами, але й у процесі розгляду.

Отже, до цього пункту наказу потрібно внести деякі зміни, виклавши його у такій редакції:

«21. У процесі судового розгляду надавати належну правову оцінку як обставинам, що викривають обвинуваченого чи обтяжують його відповідальність, так і тим, що повністю чи частково спростовують обвинувачення, пом'якшують відповідальність чи іншим чином можуть бути використані в інтересах обвинуваченого».

Якщо дотримуватися таких настанов, то прокурор-обвинувач якоюсь мірою перетворюється і на прокурора-захисника. У нормальному, демократичному суспільстві нічого дивного у цьому не може бути, оскільки, по-перше, правозахист є частиною офіційного статусу прокурора, по-друге, бути неупередженим — у його ж особистих інтересах, оскільки утримує його від спокуси взяти участь у викривленні завдань правосуддя.

БИЛИЦЯ І. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри організації судових та правоохоронних органів

ПРИЧИНИ ТА УМОВИ ВИНИКНЕННЯ ПРОФЕСІЙНОЇ ДЕФОРМАЦІЇ ПРАЦІВНИКІВ ПРОКУРАТУРИ

Відповідно до психологічної класифікацій професій, діяльність працівників органів прокуратури, як і інші юридичні професії, відноситься до гуманітарних видів професій типу «людина — людина», оскільки вона пов'язана з постійною взаємодією з людьми (Кулагин Б. В. Основы профессиональной психодиагностики / Кулагин Б. В. — Л. : Медицина, 1984. — 216 с).

Прокурорська професія відноситься до високоінтелектуальної праці, оскільки вимагає від прокурорських працівників високої активності мислення, стійкої уваги, розвинутої уяви. При цьому ця діяльність, як складна система, включає й інші психічні функції, у взаємодії з якими вона обумовлює здатність працівників органів прокуратури до ефективного вирішення професійних завдань.

Специфіка діяльності прокурорських працівників полягає в тому, що їхня буденна рутинна робота пов'язана, як правило з великою кількістю конфліктних ситуацій та з складними та нервовими умовами праці, що, в свою чергу, сприяє значному підвищенню психологічного та навіть фізичного навантаження на працівника. Будь-який прокурор, який прагне виконувати свої обов'язки на належному рівні, постійно стикається з проблемою дефіциту часу та нервової напруги. Висока інтенсивність праці супроводжується й труднощами планування роботи при виникненні значної кількості ситуацій, що вимагають швидкого реагування (запити, заяви, раптові події); нестандартністю багатьох завдань, особливо пов'язаних з економічними відносинами, підтримкою законності; конфліктністю відносин, що пов'язано з різноманітністю і навіть протистоянням інтересів осіб, що знаходяться або можуть опинитися у

сфері прокурорської діяльності; лобіюванням різних інтересів і постійним тиском на прокуратуру. Додаткові труднощі виникають також й у зв'язку з відсутністю нормальної техніки роботи з інформацією. Усе це вимагає значних витрат праці і часу, високої нервової напруги, великої самовіддачі. Отже, вплив вищезазначених чинників є передумовою виникнення професійної деформації працівників прокуратури.

Робота прокурорів завжди пов'язана з людським фактором, а саме потребами, бажаннями, індивідуальними особливостями, почуттями громадян. Взаємодія працівників прокуратури не завжди проходить гладко, трапляються випадки як відкритої, так і прихованої протидії з боку правопорушників, які намагаються уникнути відповідальності.

Для того, щоб правильно зрозуміти природу професійної деформації та правильно виробити шляхи її усунення, потрібно з'ясувати причини її виникнення, тобто фактори, що зумовлюють її виникнення.

Так, наприклад, такі науковці, як Г. С. Абрамова та Ю. А. Юдчїц виділяють ряд соціальних факторів, що впливають на виникнення професійних деформацій, а саме: невизнання істинних заслуг фахівця, професіонала; невідповідність морально-етичних вимог до професії, реальної ситуації на робочому місці; обмеження активності професіонала з оволодіння новими знаннями, перешкода для впровадження нових технологій і прогресивних методів; обмеження його права на свободу вибору (стилю життя, напрямки наукового дослідження; приниження соціального статусу професії (в тому числі і в матеріальному плані), її значення; сімейно-побутові проблеми (Абрамова Г. С., Юдчїц Ю. А. Синдром «емоціонального вигорання» у медработників // Психологія в медицині. — М.: Кафедра — М, 1998. — 272 с — С. 231–244).

Розглядаючи проблему професійної деформації, потрібно приділити увагу ще одному такому важливому фактору, як стрес. А точніше — професійний стрес, адже в більшості випадків він виступає каталізатором розвитку професійної деформації у особи. Окрему увагу науковці звертають на особливості професійної діяльності. Вплив стресових факторів, пов'язаних із виконанням службових обов'язків, не можна недооцінювати. А К. Росс, Е. А. Альтмайер запропонували навіть спеціальний термін «професійний стрес» (Ross K., Altmaier E. A. Handbook of Counseling for Street at Work. — London: Sage Publication, 1999. — 108 p).

Безперечно, сучасній професійній діяльності співробітників органів прокуратури притаманний професійний стрес, зумовлений високою складністю, відповідальністю, темпом виконання операцій, необхідністю постійного контролю та прийняття рішень за умови дефіциту часу. Всесвітня Організація Охорони Здоров'я називає професійний стрес хворобою XXI ст., оскільки цей вид стресу властивий будь-якій професії світу і набув розмірів глобальної епідемії (Brad S. Get a Life //

Newsweek. — 2006. — 7 June. — P. 68–69). Стресфакторами у працівників прокуратури найчастіше виступають такі чинники, як залишення на роботі після закінчення робочого часу внаслідок великого завантаження роботою; наявність занадто складних та громіздких за тривалістю виконання завдань, які ставляться перед працівником; негативний вплив з боку зовнішнього оточення; наявність напруги у відносинах із колективом та керівником; надмірне обмеження в свободі дій; негативне ставлення самої особи до своєї праці та професії в цілому; недостатній контроль за робочою ситуацією з боку керівництва; психічне знесилання; фізичне виснаження та інші чинники.

Стрес, крім того, що є одним із чинників виникнення професійної деформації працівників прокуратури, сам по собі може нанести негативні наслідки як для психічного, так і для фізичного здоров'я працівника. Тому необхідно проводити комплексну роботу не тільки з усунення наслідків стресових ситуацій, зменшення їх негативного впливу на особу працівника, а й попередити їх виникнення. В першу чергу, кожен працівник прокуратури за наявності стресових ситуацій повинен прикласти максимум власних зусиль для їх подолання, оскільки саме він повинен навчитися розпізнавати прояви стресу у себе самого.

Дослідження питання щодо причин виникнення професійної деформації у працівників прокуратури на сьогодні є досить актуальним, адже вирішення цієї проблеми може допомогти нейтралізувати фактори, що спричиняють виникнення та прогресування цього негативного явища у прокурорів, а також попередити та убезпечити їх від тяжких наслідків, до яких може призвести професійна деформація працівника.

ГРІЧУН Г. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри організації судових та правоохоронних органів

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ТА ЕТИКО-ПСИХОЛОГІЧНІ ПИТАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РІВНОСТІ СТОРІН В СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Успішне вирішення завдань, що стоять сьогодні перед країною в політичній, соціальній і економічній сферах, багато в чому залежить від здійснення правосуддя на засадах верховенства права, що забезпечує захист гарантованих Конституцією України та законами прав і свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства і держави. Це обумовлює необхідність побудови

правової держави, що можливо тільки за умови комплексного та системного реформування всіх сфер суспільного життя.

Відповідно до Конституції України суд має вирішувати практично всі соціально значущі конфлікти між суб'єктами права. Концептуальні ідеї конституційних положень полягають у тому, що судовий розгляд має стати обов'язковим і універсальним методом розв'язання всього спектру соціальних конфліктів, в основі яких знаходиться спір про право або інші проблеми щодо застосування права. Суди можуть стати гарантом прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина за умови, коли їх юрисдикція поширюється на всі правовідносини, що виникають або можуть виникати в держав.

Право виправдовує своє соціальне призначення лише тоді, коли його принципи і норми втілюються в життя, включаються в суспільну практику, тому проблема гарантування правових явищ, в тому числі конституційних принципів правосуддя, є однією з актуальних задач правової науки.

Правосуддя — це практична реалізація судової влади, воно є процесуально врегульованою діяльністю суду по вирішенню соціальних конфліктів правового характеру на основі проголошених і закріплених на конституційному рівні основоположних установлень.

Конституційні принципи правосуддя розглядаються нами як початкові, універсальні і загальнообов'язкові установлення вишого ступеня нормативної узагальненості, суть яких прямо сформульовано в конституційній нормі або з очевидністю виражено в комплексі конституційних норм. Будучи міжгалузевими принципами права, вони володіють властивостями регулятивності, аксиоматичності, непорушності, універсальності, системності і нормативності.

Суть принципу правосуддя може бути виражено в точному і ясному формулюванні в нормі Конституції України або її виявленні можливо на основі аналізу сукупності таких норм. Звичайно, це не означає вираження в них вичерпного змісту принципів правосуддя, оскільки ці норми не можна розглядати у відриві від решти конституційних норм, що розкривають суть принципів правосуддя.

Для того, щоб потенційна можливість правового явища стала дійсністю, необхідні певні ресурси, що дозволяють правовим нормам придбати якісний стан соціальної здійсненності. В юридичній науці реальність права визначається як відповідність його норм пануючим суспільним відносинам. Стосовно конституційного права це означає відповідність юридичної конституції фактичній, тобто суспільним відносинам, що склалися, з приводу організації і діяльності державної влади, функціонування громадянського суспільства, прав і свобод людини і громадянина, які в своїй сукупності утворюють фактичний конституційний

лад. Проте відповідність норм права пануючим суспільним відносинам не означає безумовної їх здійсненності в суспільному житті, оскільки необхідні певні умови, заходи і способи забезпечення можливості реалізації норм права у фактичній 99 діяльності суб'єктів права. На нашу думку, термін «соціальна здійсненність» найбільш адекватно характеризує здійсненність відповідних правових норм пануючим суспільним відносинам.

Соціальна здійсненність конституційних принципів правосуддя, таким чином, означає якісну властивість даних конституційних норм, що визначають зміст правосуддя і виступаючих критерієм правомірності поведінки учасників правовідносин, що виникають при здійсненні правосуддя, що виражається в їх здатності стати реальними, здійсненими на практиці внаслідок відповідності об'єктивним потребам суспільного життя і гарантуванням державою.

Оскільки забезпечення соціальної здійсненності правового явища за допомогою гарантій відбувається в соціальному середовищі, яке містить умови як сприяючі, так і протидіючі його здійсненню, то гарантоване є вірогідним явищем, а гарантії виступають засобами, що забезпечують його реальність. Я підтримую думку авторів про виділення юридичних і фактичних, загальних і спеціальних гарантій реалізації правових норм (на підставі змісту, природи, характеру впливу на об'єкт гарантування). Загальні гарантії створюють загальні передумови реалізації правових норм і є соціальними чинниками, що обумовлюють життєздатність спеціальних гарантій. Спеціальні гарантії цілеспрямовано впливають на умови і передумови реалізації правової норми в цих межах.

Чинники соціального середовища, в позитивному плані впливаючи на процес забезпечення соціальної здійсненності принципів правосуддя, в результаті діяльності держави, слід розглядати як загальні правові і неправові гарантії.

Спеціальні гарантії характеризують безпосередню діяльність держави по забезпеченню соціальної здійсненності конституційних принципів правосуддя і включають правові заходи (конституційні гарантії, адекватна конкретизація даних принципів в поточному законодавстві, встановлення відповідальності за порушення, ухвалення всіх необхідних для ефективного функціонування судової системи законодавчих актів і ін.) і організаційні (єдність судової системи, створення матеріальних умов судової діяльності, її кадрове і ресурсне забезпечення, антикорупційна політика і ін.).

Держава у принципі вільна у виборі засобів, заходів і способів, які використовуватимуться для гарантування соціальної здійсненності конституційних принципів правосуддя, але зобов'язана забезпечити щонайвищий досяжний рівень справедливого і ефективного правосуддя.

ПРИЄМСЬКА Н. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри організації судових та правоохоронних органів

РЕФОРМУВАННЯ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТУРИ УКРАЇНИ В СВІТЛІ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ

Адвокатура є вкрай важливим інститутом правової держави, який діє для захисту конституційних прав і свобод громадян. Саме тому Конституція України у статті 59 визначила особливе місце адвокатури України.

Але фактично українське законодавство про адвокатуру не оновлювалось близько двадцяти років, що зумовило його невідповідність сучасним реаліям.

До того ж, після ухвалення нового Кримінального процесуального кодексу України створення в Україні професійного самоврядного інституту адвокатури України та посилення гарантій діяльності адвокатури було чи не єдиним із невиконаних Україною зобов'язань, що впливають з її членства в Раді Європи (Висновок Парламентської Асамблеї Ради Європи № 190 (1995) від 26 вересня 1995 року).

Тому було важливим докорінне реформування законодавства про адвокатуру, що сприятиме забезпеченню конституційного права громадян на якісну та доступну правову допомогу, реалізації принципу змагальності в судовому процесі та посиленню професійних гарантій адвокатської діяльності у відповідності до європейських стандартів.

З метою реформування законодавства про адвокатуру, з урахуванням міжнародних демократичних стандартів, забезпечення виконання зобов'язань України перед Радою Європи був розроблено проект нині діючого Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність».

Отже, можна виділити головні всесвітньо визнані принципи організації та діяльності адвокатури. Це принцип довіри; принцип незалежності адвоката; професійна таємниця, дотримання у своїй діяльності моральні засад; зіткнення інтересів; корпоративна солідарність; гонорарна політика; регулювання реклами адвокатської діяльності. Всі вони в тій чи іншій мірі втілені в українському законодавстві, що регулює адвокатську діяльність.

Аналіз законодавчих актів про адвокатуру й адвокатську діяльність держав континентальної системи права свідчить, що інститут адвокатури існує у вигляді сукупної діяльності осіб, які отримали статус адвоката, та системи органів, функціонування якої пов'язане із регулюванням діяльності вказаних осіб. Інститут адвокатури, як і сама система

регулюючих органів, у всіх державах ґрунтується на засадах самостійності, незалежності, переважно самостійного фінансування та самоврядності. Такі ж положення закріплені і в Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», а саме у ст. 43, 58.

Також обсяг, зміст професійних прав, обов'язків, гарантій адвокатської діяльності, ґрутуючись на фундаментально визначених частиною 2 статтею 59 Конституції України функціях адвокатури, досить чітко врегульований чинним Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», Правилами адвокатської етики та іншими актами чинного законодавства України про адвокатуру, більшість з яких відповідає загальновизнаним міжнародним нормам та стандартам адвокатської професії. Вітчизняні Правила адвокатської етики складені з дотриманням вимог Етичному кодексові адвокатів Європейського співтовариства.

Але є і такі положення, що не повної мірою відповідають міжнародним стандартам. Перш за все, це страхування професійної діяльності адвокатів. Така норма закріплена у Розділі III Загального кодексу правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства, з метою адаптації норм українського законодавства до стандартів європейської системи права цю норму доцільно запровадити і в Україні.

Загалом, в світовій практиці існують різноманітні системи страхування професійної діяльності адвоката, які можна узагальнити до таких чотирьох видів: 1) індивідуальне страхування адвоката в приватній страховій компанії (Бразилія, Німеччина, Японія, Фінляндія, Нідерланди); 2) колективне страхування, коли у відносини зі страховою компанією вступає адвокатська асоціація, яка представляє інтереси всіх своїх членів (Ізраїль, Бельгія, Данія, Швейцарія тощо); 3) самострахування — здійснюється за допомогою об'єднання адвокатів в товариства спільного страхування (ЮАР, Австрія, Великобританія, Канада тощо); 4) змішана система, яка являє собою поєднання декількох вищезазначених видів страхування. Наприклад, коли поряд з участю в спільці колективного страхування адвокат може додатково застрахувати свої ризики в будь-якій іншій приватній страховій компанії

Отже, проаналізувавши міжнародні стандарти та всесвітньо визнані принципи адвокатської діяльності можна зробити висновок, що новий закон «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», який набув чинності 15 серпня 2012, докорінно реформував українську адвокатуру, що дозволило максимально наблизити організацію та діяльність української адвокатури до цих міжнародних стандартів та принципів, але є положення міжнародного законодавства, які потребують поступової імплементації.

СЛОБОДЯНИК Н. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірантка кафедри організації судових та правоохоронних органів

ВИБОРНІСТЬ СУДДІВ У СВІТЛІ РЕАЛІЗАЦІЇ ГАРАНТІЙ НЕЗАЛЕЖНОСТІ СУДДІВ

Останнім часом все гостріше постає питання забезпечення прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина відповідно до міжнародних стандартів. Вагоме місце у цьому процесі займає суд, адже його рішення фактично вершить долю сторін та є обов'язковим для виконання усіма суб'єктами правовідносин. Не останню роль у забезпеченні ефективного функціонування судової влади відіграє процес формування суддівського корпусу. Світовий досвід показує, що існує декілька підходів стосовно формування суддівського корпусу, серед яких один із дискусійних та неоднозначних — формування суддівського корпусу шляхом виборності суддів. Так, нагальною проблемою у соціальній сфері, котра потребує невідкладного вирішення, є продовження боротьби з корупцією. Одним зі шляхів у цьому напрямку може стати запровадження виборності суддів, котрі мають бути дійсно народними та незалежними. Слушною з цього приводу видається думка С. В. Ківалова, який акцентує увагу на тому, в що суддя повинен нести відповідальність перед народом, який його обрав (Ківалов С. В. Суддів має обирати народ [Електронний ресурс]: Режим доступу: <http://www.judges.org.ua/dig2936.htm>). Таким чином, проблема якісного комплектування суддівського корпусу має неабияку актуальність та зумовлює необхідність більш змістовного дослідження питання виборності суддів та значення у формуванні суддівського корпусу. Деякі аспекти окресленої проблематики були предметом дослідження таких вчених: В. Бернхем, А. М. Бернюков, В. С. Бігун, І. С. Власов, В. В. Долежан, О. А. Мішин, С. В. Ківалов, Ю. Є. Полянський, Б. А. Страшун, Н. В. Радутна, Л. Фрідмен, В. І. Шишкін тощо.

Відповідно до Конституції України (Конституція України: прийнята Верховною Радою України 28.06.1996 р. № 254к/96–ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — С. 141.), Закону України «Про судоустрій і статус суддів» (Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010 р. № 2453-VI [Електронний ресурс]: Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2453-17>) остаточні рішення стосовно призначення (обрання) суддів на посади та про звільнення їх з посад на сьогодні приймаються Президентом та парламентом. У цьому контексті вартими уваги є зауваження Європейської комісії за демократію через право (Венеціанська комісія) стосовно необхідності

вдосконалення процесу формування суддівського корпусу, особливий акцент в яких робиться на необхідності позитивних змін та вдосконалень порядку призначення суддів на посади та звільнення їх з посад. Серед інших зауважень питання про роль Верховної Ради України (парламенту) у процесі призначення та звільнення суддів, яке критикувалось як таке, що політизує суддів, недоторканість суддів від судового переслідування, яке критикувалося Комісією раніше (Висновок Європейської Комісії за демократію через право (Венеціанська Комісія) від 2011 року № 639 [Електронний ресурс]: Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLAD %282010 %29003-ukr](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLAD%282010%29003-ukr)).

Незалежність правосуддя — це не просто елемент правової держави, а механізм реалізації інших її складових, у тому числі гарантії підконтрольності закону представників влади, а також дотримання ними прав громадян або підданих (Соколов А. Н. Правовое государство: от идеи до её материализации. — М., 2002. — 456 с.). Принцип незалежності суддів та судів найбільш повно сформульований в Основних принципах незалежності судових органів (Основні принципи незалежності судових органів: схвалено резолюціями Генеральної Асамблеї ООН № 40/32 та 40/146 від 29.11.1985 р. та 13.12.1985 р.: [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_201). В Рекомендаціях щодо ефективного впровадження Основних принципів незалежності судових органів також акцентується увага на тому, що ці принципи мають застосовуватися до всіх суддів, включаючи таких, які не є професійними юристами (Рекомендації щодо ефективного впровадження Основних принципів незалежності судових органів, прийняті резолюцією Економічної та соціальної Ради ООН 1989/60 та схвалені резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 44/162 від 15 грудня 1989 року) [Електронний ресурс]: Режим доступу: <http://www.judges.org.ua/d4.htm>). У Європейській хартії про закон «Про статус суддів» (Європейська хартія про закон «Про статус суддів» від 10.07.1998 р. № 994_236 [Електронний ресурс]: Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_236) відображено рекомендаційні принципи. У Пояснювальній записці до Європейської хартії про статус суддів (Моделльний кодекс) зазначається, що її положення поширюються не лише на професійних, а й на непрофесійних суддів, оскільки важливо, щоб усі судді користувалися певними гарантіями, передбаченими законодавством (Пояснювальна записка до Європейської хартії про статус суддів (Моделльний кодекс) від 10.07.1998 р. [Електронний ресурс]: Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994_a46).

У ході роботи Конституційної асамблеї увага зосереджувалась на окремих аспектах якомога ефективного способу реалізації принципу виборності суддів та втілення його на національному рівні. Так,

важливими вважаються такі проблеми, як спосіб введення режиму відповідальності судової системи перед народом, участь громадян у відправленні правосуддя. Однак, однозначної відповіді стосовно цього питання не сформульовано, хоча зазначається, що існують широкі демократичні підстави для введення такого способу формування суддівського корпусу як виборність суддів. Крім того, наголошується, що навіть при широкому виборчому праві (судді місцевих судів обираються населенням, а судді апеляційних судів регіональними представницькими органами — депутатами) не виключається небезпечний тиск державних структур і політичних партій на здійснення правосуддя. З метою виключення такої небезпеки, комісія пропонує нову модель у відокремленні справ, які стосуються безпосередньо громадян за місцем їх проживання і мають за законом закріплені за новим інститутом правосуддя (Доповідь Комісії з питань здійснення народовладдя щодо розуміння і реалізації конституційних положень «влада народу» [Електронний ресурс]: Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/news/25762.html>).

Наразі у ході судово-правової реформи прийнято Закон України від 08.04.2014 р. № 1188-VII «Про відновлення довіри до судової влади в Україні».

Підводячи підсумок, варто зазначити, що на сучасному етапі добір суддів шляхом обрання та призначення має служити однією з гарантій їх незалежності. Крім того, вважається, що для того, щоб судова гілка влади стала самостійною та незалежною від законодавчої та виконавчої гілок, «необхідні реальні повноваження контролю за законністю діяльності органів законодавчої та виконавчої влади», за відповідністю Конституції рішень, що приймаються. Однак, чинне законодавство не у повній мірі закріплює за судовими органами таке право (Абдулаев М. И. Права человека и закон: Историко-теоретические аспекты. — СПб., 2004. — С. 219).

На сьогодні з неабиякою актуальністю постає необхідність у конституційному закріпленні принципу виборності суддів, особливо в суспільстві, де стосовно порядності та чесності носіїв судової влади все ще виникають великі сумніви. Так, порядок обрання суддів народом розглядається як кращий спосіб народного контролю за організацією суддівського корпусу. Основний аргумент полягає в тому, що це буде суттєвий крок з метою забезпечення незалежності суддів від впливу інших гілок влади, оскільки у системі заходів, спрямованих на посилення гарантій незалежності суддів не останню роль має порядок зайняття ними посад. Прозора та детальна законодавча регламентація виборів суддів народом допоможе запобігти колізій та маніпулювань під час практичної реалізації даної ідеї. Допоки рано говорити про те, чи

доцільно обирати всіх суддів таким чином, оскільки очевидно, що це питання часу. Наразі практика обрання народом суддів місцевих судів буде підґрунтям для висновків про дієвість такої системи та доцільність впровадження виборності суддів судів усіх рівнів.

КІСЛІЦИНА І. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірантка кафедри організації судових та правоохоронних органів

РОЛЬ ПРОКУРОРА ПРИ УКЛАДАННІ УГОД ПРО ВИЗНАННЯ ВИНУВАТОСТІ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

Вправових системах багатьох країн вже давно діє такий особливий інститут кримінального процесуального законодавства, як угода про визнання винуватості. 2 роки тому (з 2012 року) разом із прийняттям чинного КПК України, в нас теж з'явилась можливість укладання угоди про визнання винуватості між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим.

Угода про визнання вини — це документ, який завершує переговорний процес між прокурором і підозрюваним або обвинуваченим, в якому обвинувачений (підозрюваний) визнає себе винним у вчиненні злочину, а прокурор, у свою чергу пред'являє йому звинувачення у злочині меншої тяжкості, в порівнянні з вказаним в обвинувальному акті, або вимагає менш суворого покарання. Як свідчить статистика, велика кількість справ у зарубіжних країнах вирішується за результатами укладання угод між обвинуваченим та стороною обвинувачення — у США — до 95 %, у Франції — близько 15 %, у Росії — 20 %, у Грузії — 45 % (Середа Г. Особливості угоди про визнання винуватості в кримінальному провадженні / Григорій Середа // Вісник Національної академії прокуратури України: Фахове видання : Проблеми сьогодення: теорія, практика, життя академії. 2012. № 2. — С. 6).

Угоди про визнання винуватості характерні для держав англосаксонської системи права. США вважають батьківщиною цього правового інституту. Угоди про визнання винуватості отримали процесуальне оформлення в США у XIX столітті, спочатку вони існували як правозастосовний захід (так само, як і медіація у Франції) (Дьомін Ю. Інститут угод у кримінальному провадженні: важливі аспекти правозастосування / Юрій Дьомін // Вісник Національної академії прокуратури України : Фахове видання : Проблеми сьогодення: теорія, практика, життя академії. 2013. № 4. — С. 12).

В США прокурор є центральною фігурою в управлінні кримінальним судочинством, він приймає найбільш важливі рішення щодо його провадження, в тому числі про укладання угоди про визнання вини. Як зазначають науковці, прокурори в США мають багато різноманітних важелів, щоб змусити обвинувачуваного укласти угоду: велика диференціація покарання; обвинувачення особи у вчиненні злочину без належних доказів (прокурорська тактика ведення переговорів); необмежена можливість зняття обвинувачення, яке недостатньо підтвержене доказами, на більш пізніх етапах кримінального переслідування (Кравчук В. Угода про визнання вини як засіб підвищення ефективності діяльності прокуратури у сфері кримінального процесу (іноземний досвід та пропозиції для України) / Валерій Кравчук // Вісник Національної академії прокуратури України: Фахове видання: Проблеми сьогодення: теорія, практика, життя академії. 2011. № 1. — С. 116). Також роль прокурора в США посилюється обмеженням доступом сторони захисту до матеріалів кримінального провадження на етапі переговорів, що не дозволяє якісно підготуватись до переговорів.

У Німеччині укладання угоди про визнання вини не звільняє сторону обвинувачення від доказування усіх істотних обставин справи і не замінює суд. Перед тим, як укласти угоду, підсудний має право ознайомлюватись з усіма матеріалами справи, що дозволяє створити уявлення про доказову базу обвинувачення та реально оцінювати свої шанси під час проведення переговорів про укладання угоди з прокурором. Особливістю укладання угоди про визнання вини у Німеччині є те, що прокурор повинен отримати дозвіл від суду, щоб документ набув чинності, після чого він передається обвинуваченому, який протягом 14 днів приймає пропозицію або вибирає судовий розгляд на загальних підставах.

У Франції прокурор має широкі повноваження при укладанні угоди про визнання вини, що дає можливість уникнути перевантаження судової системи. Цікаво, що при укладанні угоди повинен вестись протокол переговорів а також обов'язкова участь захисника. Після досягнення згоди відбувається скорочена судова процедура, яка містить 2 стадії: 1) заслуховання обвинувачуваного суддею; 2) управління кримінальним обвинуваченням (фактично це судовий контроль укладеної угоди). На відміну від Німеччини, суддя не схвалює угоду, яка була укладена між прокурором і обвинуваченим, а затверджує покарання.

В законодавстві багатьох країн світу мають місце прискорені (скорочені, особливі) порядки провадження, що містять елементи інституту угод про визнання винуватості. Наприклад, в Іспанії таке провадження відоме під назвою «конформідат», в Італії — «паттаджаменто». В обмін на визнання обвинуваченим вини у вчиненні злочину в законодавстві

цих країн передбачено обмеження розміру покарання: не більше 6 років позбавлення волі — в Іспанії), зниження строку позбавлення волі на 1/3 — в Італії (Крушинський С. А. Угода про визнання вини: світовий досвід та перспективи запровадження в Україні / С. А. Крушинський // Університетські наукові записки: часопис Хмельницького університету управління та права: Право. Економіка. Управління. 2002–2010. Вип. 4. — С. 240).

Нещодавно з'явилась можливість укладання угоди про визнання винуватості між прокурором та підозрюваним (обвинуваченим) і в Росії. Російські дослідники наполягають, що особливий порядок судового розгляду, який регламентований главою 40 КПК РФ, є саме варіантом угоди про визнання винуватості, а ніяк не спрощеного (скороченого) провадження (Орлов, Ю. К. Особый порядок судебного разбирательства: упрощенная форма или сделка о признании вины? / Ю. К. Орлов // Российская юстиция. 2009. № 11. — С. 48). Російська модель укладання угоди про визнання вини схожа деякою мірою з американською, проте російська процедура угоди застосовується у вузькій категорії справ; в США більш активною є позиція прокурора, а в Росії — суду.

Можна дійти висновку, що при укладанні угоди про визнання винуватості прокурор в більшості країн займає центральну роль порівняно з органами, які здійснюють досудове розслідування по даному кримінальному провадженню. Органи досудового розслідування при цьому звільняються від необхідності пошуку додаткових доказів, які б підтверджували вину підозрюваного, а суд звільняється від обов'язку ґрунтовного дослідження великої кількості доказів, що доводять вину особи, тим самим скорочується тривалість судового процесу. Прокурор виходить на перший план, адже від нього залежить, чи буде досягнуто угоду з підозрюваним (обвинуваченим), на державного обвинувача покладається велика відповідальність ретельно дослідити всі обставини справи, які необхідно врахувати при укладанні цієї угоди (відповідно до ст. 470 КПК України). Також прагнучи укласти угоду про визнання винуватості прокурор не повинен йти на поводу у підозрюваного (обвинуваченого), який намагається будь — якими зусиллями отримати якомога м'якше покарання. Тому державний обвинувач зобов'язаний бути об'єктивним та безпристрасним.

Зарубіжний досвід стосовно ролі прокурора при укладанні угоди про визнання винуватості є цікавим і важливим, проте під час його застосування слід враховувати національну специфіку.

СУДОВА РЕФОРМА В УКРАЇНІ: ЗМІСТ ЕТАПІВ

В сучасних умовах конституційних перетворень актуалізуються питання судової реформи в Україні. Адже соціальна і правова захищеність людей безпосередньо залежать від стану судочинства. Успішне завершення судової реформи — проблема першорядної важливості.

Судова реформа в Україні пройшла кілька етапів. Початком першого її етапу можна вважати розробку та затвердження Концепції судово-правової реформи 1992 р. Втім ця Концепція залишилася значною мірою нереалізованою, а потім втратила актуальність у зв'язку з невідповідністю Конституції України. Наступним етапом стала, так звана, «Мала судова реформа» (2001—2003 рр.). Проте вона також виявилася малоплодотворною, а за деякими системними параметрами взагалі не мала перспективи. Так, експерти Ради Європи відзначали, що «представлена в цьому законі (Законі України «Про судоустрій», 2000 р.) система просто не зможе працювати». Зміни та доповнення до цього Закону в 2004 році навряд чи можна було вважати вдосконаленням судової системи. Крім того, численні спроби концептуального та нормативного вирішення проблеми підвищення легітимності суду, довіри суду не отримували офіційного визнання.

У 2006 р. Президент України своїм Указом затвердив «Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів». На її основі Національна комісія зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права підготувала законопроекти «Про судоустрій України» та «Про статус суддів». Ці документи, безсумнівно, вирішували ряд важливих проблем та були спрямовані на підвищення дієвості суду, рівня суспільної довіри суду. Разом з тим, ряд принципів їх положень викликав сумніви або критичне до них ставлення саме з позицій концептуально встановлених цілей і завдань реформування судової системи. Зокрема, в цих положеннях фактично відтворювалася чотирирівнева система судів (аналогічна системі, що діє в федеративній Німеччині) з повторною касацією і наявністю судових установ з «власним» правосуддям, що викликало заперечення, зокрема, з позицій доступності до суду та довіри судам.

Вказані невдалі напрями реформування, а також недосконалість процесуального законодавства, системи добору суддів і процедури притягнення суддів до відповідальності тощо стали причинами низької якості судових рішень, порушення строків розгляду судових справ,

високого рівня корупції серед суддів. А вже до 2010 року законодавство про судоустрій і статус суддів не відповідало стану суспільних відносин і потребувало корінних змін.

Все це свідчило про необхідність якнайшвидшого проведення комплексних і системних реформ у сфері правосуддя з метою забезпечення реалізації конституційного права громадян на судовий захист з урахуванням міжнародних демократичних стандартів. Підготовлений у 2010 р. парламентським комітетом з питань правосуддя законопроект «Про судоустрій і статус суддів» став комплексним вирішенням проблем, що накопичилися і мав на меті реформування системи судочинства відповідно до міжнародних стандартів, підвищення ролі суду та статусу судді у суспільстві, забезпечення незалежності суддів від впливу, у тому числі в системі правосуддя; спрощення процедури доступу до суду для кожного громадянина. Цей Закон був прийнятий у липні 2010 року і передбачив, окрім іншого, створення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, який нарівні з Вищим адміністративним судом України та Вищим господарським судом України функціонує як суд касаційної інстанції. При цьому за Верховним Судом України залишилися повноваження з перегляду справ на підставі: неоднакового застосування судами касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, що потягло за собою ухвалення протилежних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах; встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом. Таким чином, був забезпечений єдиний підхід до розгляду справ у касаційному порядку вищим спеціалізованим судом і усувалася можливість подвійної касації. Законом були ліквідовані військові суди, введена прозора процедура призначення судді на посаду вперше. З прийняттям цього Закону були внесені комплексні зміни до процесуальних кодексів.

Подальші конституційні перетворення в сфері організації судової влади безпосередньо пов'язані з необхідністю внесенням змін до чинної Конституції України. Таке твердження міститься у висновку Венеціанської комісії: «...нинішні конституційні норми являють собою перешкоду для незалежної судової системи, що відповідає європейським стандартам. Комісія рекомендує не обмежувати судову реформу рівнем законодавства, а провести глибоку конституційну реформу з метою закладення міцних фундаментів судової влади та ефективної судової системи у повній відповідності з європейськими стандартами». Час показав, що ряд положень Основного Закону України, які в 1996 р. вважалися цілком прийнятними, не витримали випробування часом і потребують переосмислення. Так, враховуючи напрацювання

Конституційної Асамблеї в частині питань судоустрою, з урахуванням рекомендацій Венеціанської комісії, можна визначити такі основні напрямки конституційних перетворень у сфері судової системи: утворення, реорганізація і ліквідація судів, а також визначення їх мережі має здійснюватися законами; Верховний Суд України має бути наділений правом забезпечувати однакове застосування норм законодавства України всіма судами загальної юрисдикції; аргументованим є скасування п'ятирічного терміну призначення на посаду судді вперше; важливим є змінити склад і порядок формування Вищої ради юстиції, а також її повноваження; актуалізується питання зміни існуючого порядку зняття суддівської недоторканності; як конституційні основи судочинства слід закріпити положення про автоматизований розподіл справ між судьями, а також передбачити основоположні принципи права особи на судовий захист, гарантовані статтею 6 Європейської Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

ДОБРОВОЛЬСЬКИЙ Д. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри організації судових та правоохоронних органів

ЗМІСТ НЕЗАЛЕЖНОСТІ ЯК ПРИНЦИПУ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ ПРОКУРАТУРИ В УКРАЇНІ

На сьогодні незалежність є загальноприйнятим принципом функціонування будь-якої сучасної держави та її органів. На органи прокуратури покладаються завдання, виконання можливе лише за умов її незалежності від інших державних та недержавних органів, підприємств, установ, організацій та фізичних осіб. Отже, цілком логічним є положення пункту 2 частини 1 статті 6 Закону України «Про прокуратуру», відповідно до якого органи прокуратури України «здійснюють свої повноваження ... незалежно від будь-яких органів державної влади, посадових осіб, а також рішень громадських об'єднань чи їх органів». На цьому було наголошено і в Концепції реформування прокуратури України, яка була розроблена Генеральною прокуратурою України та Академією Генеральної прокуратури України у 2003 році. Про необхідність забезпечення процесуальної незалежності прокурора (державного обвинувача) при здійсненні повноважень у досудовому та судовому провадженні йшлося і в Концепції реформування кримінальної юстиції України, що була затверджена Указом Президента України від 8 квітня 2008 року. Проте тезу щодо її незалежності неможна абсолютизувати та

отожнювати з ізольованістю прокуратури від інших суб'єктів, що діють в державі. Насамперед мова йде про місце прокуратури в системі розподілу державної влади, про її взаємодію з органами влади, що належать до різних гілок влади, а також про її роль в системі стримувань і противаг. Водночас слід окремо підкреслити, що прокуратура не є політичним інститутом, а отже обов'язково повинна стояти осторонь від будь-яких політичних процесів, в центрі ж її уваги повинні перебувати питання забезпечення додержання законодавства.

В тлумачній літературі незалежність визначається як можливість чогось чи когось приймати самостійні рішення, які підкорюються власним бажанням та інтересам і не потребують зовнішніх вказівок та наказів.

Якщо висвітлити зміст незалежності стосовно прокуратури, то можна зауважити наступне.

Незалежність прокуратури можна розглядати з організаційного та функціонального боків. Організаційно незалежність проявляється у тому, що хоч система органів прокуратури визначена законом, проте структура цих органів визначається незалежно від інших державних органів, так само це стосується і призначення звільнення керівників прокурорських органів (виключенням у цьому разі є призначення на посаду та звільнення Генерального прокурора України та прокурора АР Крим). Далі, організаційна незалежність пов'язана і з тим, що органи прокуратури не входять до складу системи інших державних органів та не підкорюються ним, хоч на сьогодні ставиться питання щодо можливої інтеграції прокуратури до судової гілки влади.

Функціональний бік незалежності прокуратури полягає в тому, що рішення та дії прокуратури можуть прийматися самостійно та не потребують затвердження з боку інших органів чи установ. Хоча й слід мати на увазі, що прокурори можуть звертатися до слідчих суддів щодо надання дозволу на проведення окремих окремих слідчих дій. Проте і в цьому разі прокурори цілком самостійно приймають рішення про погодження подань слідчих чи самостійного звернення до слідчого судді. Так само і у випадку затвердження обвинувального акту, прокурор самостійно та незалежно від інших органів державної влади приймає рішення щодо його затвердження та подальшого відстоювання у суді обвинувальної тези.

Незалежність прокуратури також можна умовно поділити на внутрішню та зовнішню. Внутрішня незалежність передбачає обмеження на втручання в діяльність у самій прокурорській системі по горизонталі та по вертикалі. Зовнішня незалежність передбачає заборону на втручання в функціонування прокуратури з боку інших органів та установ. З цього можна зробити висновок, що саме про цей аспект

незалежності прокуратури насамперед йдеться у статті 6 Закону України «Про прокуратуру».

Окрім того, зважаючи на специфіку функціонування прокурорської системи, внутрішня незалежність може розглядатися у досить усіченому вигляді, що пов'язано з підпорядкованістю нижчестоящої прокуратури вищестоящій. І хоча у Концепції реформування кримінальної юстиції України 2008 року наголошувалося на необхідності реформування законодавства з метою забезпечення захисту прокурорських працівників від неправомірного впливу прокурорів вищого рівня, все ж таки внутрішня незалежність у прокурорській системі, насамперед, має найважливіше значення для слідчих прокуратури, хоча в сучасних реаліях це положення набуває неабиякого значення для тих працівників, які затверджують обвинувальний висновок та згодом підтримують державне обвинувачення в суді.

Отже, принцип незалежності має важливе значення для належного функціонування прокуратури та він тісно пов'язаний з іншими принципами організації та діяльності органів прокуратури, закріплених у статті 6 закону України «Про прокуратуру». Лише за умови забезпечення незалежності прокуратура здатна на належному рівні виконувати покладені на неї завдання та реалізовувати визначені Основним законом функції.

Розділ 4

ІСТОРИЧНІ КОРИННЯ ТА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ В УКРАЇНІ

АРАКЕЛЯН М. Р.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
вице-президент, проректор по учебно-методической работе,
заведующий кафедрой истории государства и права, профессор

ПРАВО НА БЕСПЛАТНУЮ ПРАВОВУЮ ПОМОЩЬ: НОРМАТИВНО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ

Исследование концепции правозащитной деятельности в современном государстве в контексте становления демократического гражданского общества и правового государства связано с поиском путей дальнейшей оптимизации адвокатской деятельности.

Право на бесплатную правовую помощь является неотъемлемым правом каждого гражданина, в случаях, определенных законом. В соответствии с Конституцией Украины, каждый гражданин Украины имеет право на правовую помощь. В случаях, предусмотренных законом, эта помощь предоставляется бесплатно» (ст. 59 Конституции Украины). Закон «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» также содержит отсылочную норму о предоставлении адвокатами бесплатной правовой помощи. В частности, в Законе закреплено, что «договор об оказании правовой помощи может заключаться в пользу клиента другим лицом, которое действует в его интересах. Особенности заключения и содержания контрактов (договоров) с адвокатами, которые оказывают бесплатную правовую помощь, устанавливаются законом, регулирующим порядок предоставления бесплатной правовой помощи» (п. 4 ст. 26 Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности»).

В целях реализации положений Конституции, а также Закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», 9 июля 2011 г. Верховной Радой Украины был принят Закон Украины «О бесплатной правовой помощи», который определяет содержание права на бесплатную правовую помощь, порядок реализации этого права, основания и порядок предоставления бесплатной правовой помощи, а также государственные гарантии.

Уголовный процессуальный кодекс, вступивший в силу 2012 г., также содержит положение о бесплатной помощи (ч. 3 ст. 20): «в случаях,

предусмотренных настоящим Кодексом и / или законом, регулирующим предоставление бесплатной правовой помощи, подозреваемому, обвиняемому правовая помощь предоставляется бесплатно за счет государства» (Кримінальний процесуальний кодекс України Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013, № 9–10, № 11–12, № 13, ст. 88.). Данное положение было ориентировано на принятый ранее Закон «О бесплатной правовой помощи», которые расширяет перечень прав лиц, которым необходима правовая помощь, не только в уголовном процессе, но и во всех других случаях.

Закреплённое Законом положение о бесплатной правовой помощи служит важнейшей гарантией открытости судебного разбирательства, обеспечивающей реализацию прав и основных свобод человека и гражданина. Проблема открытости судопроизводства широко представлена и в международно-правовых актах в сфере защиты прав человека. Так, в Международном пакте о гражданских и политических правах, в частности ст. 14.3 (d), отмечено, что «каждый имеет право при рассмотрении любого предьявленного ему уголовного обвинения как минимум на следующие гарантии... быть уведомленным о праве на правовую помощь, если того требуют интересы правосудия, и о праве не платить услуги защитника при недостаточности или отсутствии у лица соответствующих средств» (Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, ратифікований Указом Президії Верховної Ради Української РСР N 2148-VIII (2148–08) від 19.10.73 р.).

Данный вопрос получил отражение также в Конвенции о правах и основных свободах 1950 г. Так, Конвенция в статье 6.3 (с) закрепляет положения согласно которому каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления имеет право «защищать себя лично или использовать юридическую помощь защитника, выбранного им по усмотрению, или — при недостатке средств для оплаты услуг защитника — получать такую помощь бесплатно, когда того требуют интересы правосудия» (Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, ратифікована Законом N 475/97-ВР від 17.07.97 р.).

Приказом Министерства юстиции Украины от 24 января 2006 г. № 58/7 «О мерах по реформированию юридической помощи» был создан Совет по координации реформы юридической помощи и утверждено Положение о Совете по координации реформы юридической помощи, в состав которой вошли представители Министерства юстиции Украины, Верховной Рады Украины, адвокатуры, общественных организаций. Возглавил Совет министр юстиции. Задачами, которые ставились перед Советом, были: подготовка предложений по формированию эффективной системы предоставления бесплатной правовой помощи, а также организация и

координация мероприятий по проведению реформы юридической помощи (Баскакова Ю. Правовой статус діяльності української адвокатури в аспекті прийняття Закону України «Про безоплатну правову допомогу» від 2 червня 2011 року / Баскакова Ю. // Юридичний журнал. — № 10. — 2011. — С. 36–37).

При разработке Закона Украины «О бесплатной правовой помощи» вопрос о выборе соответствующей формы оказания правовой помощи обрел особую актуальность, так как от его решения зависел выбор соответствующей модели адвокатской деятельности. Анализ функционирования института адвокатуры в сфере оказания бесплатной правовой помощи показывает, что в рамках различных правовых традиций сформировались соответствующие модели. Каждая модель отражает особенности функционирования соответствующих правовых систем на основе сложившихся традиций правового развития в сфере защиты прав и основных свобод человека.

Закон рассматривает бесплатную правовую помощь как правовую помощь, которая гарантируется государством и полностью или частично предоставляется за счет средств Государственного бюджета Украины, местных бюджетов и других источников (ст. 1).

Законом определяется два вида бесплатной правовой помощи: первичная и вторичная. Под бесплатной первичной правовой помощью необходимо понимать вид государственной гарантии, которая заключается в информировании лица о его правах и свободах, порядке их реализации, восстановления в случае их нарушения и порядок обжалования решений, действий или бездействий органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных и служебных лиц (ч. 1 ст. 13).

Бесплатная вторичная правовая помощь представляет собой вид государственной гарантии, создающая равные возможности для доступа лиц к правосудию, и включает защиту от обвинения, составления документов процессуального характера, представительство интересов лиц, имеющих право на бесплатную вторичную правовую помощь, в судах и несудебных учреждениях. Вторичная правовая помощь оказывается исключительно адвокатами.

Таким образом, право на бесплатную правовую помощь является неотъемлемым правом каждого гражданина, в случаях, определенных законом. Закрепленное Законом Украины «О бесплатной правовой помощи» положение о бесплатной правовой помощи выступает в качестве важнейшего компонента в реализации принципа доступа к правосудию, а также гарантией открытости судебного разбирательства, обеспечивающей эффективную реализацию прав и основных свобод человека и гражданина.

ЯНОВСЬКА О. Г.

Київський національний університет ім. Тараса Шевченка,
професор кафедри правосуддя, доктор юридичних наук, доцент, адвокат

ОКРЕМІ ПИТАННЯ СТАНДАРТИЗАЦІЇ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Створення правової держави є одним із найактуальніших завдань, яке стоїть сьогодні перед Україною. Здійснити його неможливо без усвідомлення ролі у цьому процесі правових інститутів, покликаних активно сприяти охороні прав і свобод громадян, зміцненню законності і здійсненню правосуддя. Без ефективного функціонування незалежної та сильної адвокатури існування демократичної держави і громадянського суспільства неможливе. Національне законодавство визначило основні вимоги до адвокатської діяльності в Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Однак, не тільки в цьому нормативному акті містяться стандарти професійної роботи адвокатів. Процесуальні кодекси України також визначають форми та порядок участі адвокатів у кримінальному, цивільному, господарському процесах та у адміністративному судочинстві. Рішення Національної асоціації адвокатів України, Ради адвокатів України та регіонів, статут Спілки адвокатів України, Асоціації адвокатів України та статuti адвокатських об'єднань і бюро містять в собі стандарти внутрішньо корпоративної поведінки адвокатів. І, нарешті, Правила адвокатської етики визначають етичні стандарти діяльності адвокатів України.

Окремо необхідно визначити стандарти адвокатської діяльності при наданні безоплатної правової допомоги в кримінальних провадженнях. Так, рішенням Ради адвокатів України від 17 грудня 2013 року було схвалено «Стандарти якості надання безоплатної вторинної правової допомоги у кримінальному процесі» (далі — Стандарти), які являють собою комплекс основних характеристик моделі гарантованого державою захисту, передбачених міжнародними правовими актами, законодавством України, у межах яких та з урахуванням узгодженої правової позиції сторони захисту, захисник є незалежним в обранні стратегії і тактики захисту у кримінальному провадженні для здійснення активного та розумного захисту прав, свобод та законних інтересів клієнта всіма не забороненими законом засобами. Особлива увага в Стандартах приділена обов'язку захисника з'ясувати наявність фактів застосування до клієнта катувань, інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поведіння з боку службових осіб оперативних підрозділів, органів досудового розслідування, пенітенціарної служби, інших службових осіб, та подати заяву про злочин

прокурору і звернутись у порядку ст. 206 КПК з відповідною заявою до слідчого судді.

З метою забезпечення дійсно ефективної професійної діяльності адвоката, в тому числі в кримінальному провадженні, необхідно дотримуватись високих професійних та етичних стандартів і при наданні особі доступу до адвокатської професії. На жаль, закріплений в Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» порядок допуску до кваліфікаційного іспиту осіб, які виявили бажання отримати право на заняття адвокатською діяльністю, порядок проведення цього іспиту та подальшого стажування не забезпечують належний професійний відбір майбутніх представників адвокатського корпусу та не надають можливості здійснити формування і закріплення на практиці професійних знань, умінь і навичок, притаманних суто адвокатській професії.

На наш погляд, кваліфікаційний іспит має складатися з двох частин: теоретичного кваліфікаційного іспиту, що направлений на виявлення теоретичних знань у галузі права, історії адвокатури, правил адвокатської етики особи, яка виявила бажання стати адвокатом, та практичного кваліфікаційного іспиту, що полягає у визначенні рівня практичних навичок та умінь у застосуванні закону даної особи. При цьому теоретичний кваліфікаційний іспит необхідно проводити шляхом складення анонімного тестування. Анонімне тестування може проводитись за допомогою автоматизованої комп'ютерної системи, адміністратором якої може виступити Рада адвокатів України. Особі, яка успішно склала теоретичний кваліфікаційний іспит, кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури має видавати свідоцтво про складення теоретичного кваліфікаційного іспиту, яке буде дійсне протягом трьох років з дня складення іспиту.

Підставою допуску особи до складання практичного кваліфікаційного іспиту має стати рішення ради адвокатів регіону про успішне проходження стажування даною особою. Особі, яка успішно склала практичний кваліфікаційний іспит кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури видаватиме свідоцтво про складення практичного кваліфікаційного іспиту. І вже за результатами складення практичного кваліфікаційного іспиту рада адвокатів регіону буде приймати рішення про видачу особі свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю.

Підводячи підсумки, слід підкреслити, що діяльність людей в різноманітних галузях суспільного життя врегульована численними нормами та усталеними стандартами. Певні вимоги до різних сфер людської діяльності дають змогу не тільки визначати рівень відповідності тієї чи іншої професійної активності вимогам, що пред'являються до такої діяльності, але і визначати ступінь відповідальності особи при порушенні загальних вимог до результатів чи процесу спеціалізованої діяльності.

Не є виключенням в цьому сенсі і адвокатська діяльність. Саме тому, не зважаючи на високий рівень творчості при виконанні адвокатами своїх професійних завдань, багатомісячна історія існування та розвитку інституту правозахисту сформувала свої, специфічні вимоги та стандарти до цього виду діяльності.

ДОЛМАТОВ І. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри історії держави і права, кандидат юридичних наук, доцент

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЕЛЬ У СКЛАДІ РЕЧІ ПОСПОЛИТОЇ

За Люблінською унією 1569 р. усі українські землі увійшли до складу Польського королівства. Це спричинилося подальшого посилення соціального та національно-релігійного гніту. Українські землі в складі Польського королівства входили у сім воєводств: Руське (Галичина), яке складалося з Львівсько-Галицької, Перемишльської, Сяноцької та Холмської земель; Бельзько (складалося з Бузького, Городельського і Грабовецького повітів); Волинське (складалося з Володимирського, Луцького й Кременецького повітів); Подольське (складалося з Кам'янецького, Червоногородського й Лeticівського повітів); Брацлавське (складалося з Брацлавського і Вінницького повітів); Київське (складалося з Київського, Овруцького і Житомирського повітів); Чернігівське, яке було утворене в 1635 році (складалося з Чернігівського та Новгород-Сіверського повітів).

На території України (за винятком Галичини) мало чинність на польське право, а обласні привілеї та Литовський статут, що одержав назву Волинського, а більшість українських міст керується положеннями магдебурзького права. Вхідження до складу іншої держави зумовило особливості у всіх галузях правового регулювання. Не виключенням стало й кримінальне право. Особливості польської правової традиції проявлялися, як в кваліфікації злочинів, так і в визначенні покарнь для злочинців.

Кримінальним злочином у матеріальному розумінні вважалася дія, що завдала шкоди та збитків не тільки життю, здоров'ю, майну. Честі особи, а й «шкоду та збиток державі». Одночасно набирає поширення формальне поняття злочину як дії, що заподіяла шкоду «державну інтересу», навіть, якщо ця дія і не була передбачена законом, що створювало ґрунт для судово-адміністративної сваволі. Розширюється й

поняття вини. Злочинирозподіляються на умисні, необережні та випадкові, хоча чітких термінологічних визначень форм вини ще не було. Психічно хворі не звільняються від кримінальної відповідальності, але суд враховував їх стан як обставину, що пом'якшувала вини. Вчинення злочину в нетверезому стані або під час воєнного походу розглядалось як обствина, що обтяжує вини.

За римською правовою традицією злочини поділялися на публічні і приватні. До публічних належали: образа королівського маєстату — злочини проти особи короля; злочини проти держави. До них відносилися повстання, видача ворогу державної таємниці, підбурювання до бунту. Серед державних злочинів виділялися ті, що порушували громадський порядок під час проведення судового засідання: оголення меча в залі суду, вхід до судового приміщення без дозволу суду, відмова від виконання судового вироку. За здійснення вказаних злочинів передбачався штраф у розмірі від 3 до 14 гривень; злочини проти релігії. Суворому покаранню підлягали особи, які перейли до нехристиянської віри. Злочином проти релігії ввалялося чаклунство; злочини проти громадського порядку та спокою. До них відносилися розбійні напади, насамперед напад на шляхетський будинок; злочини проти особи. На першому місці стояло вбивство; образа честі. За словесну образу шляхтича передбачався штраф у розмірі 30 гривень, що відповідав розміру пені за вбивство; майнові злочини. До них передусім належала крадіжка, що ділялася на просту та кваліфіковану. До останньої відносилася відкрите викрадання майна із застосуванням зброї.

Серед покарань у польську праві виділялися: смертна кара, яка в свою чергу поділялася на звичайну (відрубання голови, повішення. Втоплення, розстріл) та кваліфіковану (спалення на вогнищі, четвертування, переломлювання рук і ніг, колесування); «покарання на шкірі: відрізання вуха, клеймування»; позбавлення честі (іпфамія) і опала (баніція); покарання біля ганебного стовпа; покарання біля ганебного стовпа; позбавлення волі; конфіскація майна; приватні грошові покарання (штрафи).

Особливо серед покарань слід виділити невластиві українському праву покарання позбавленням честі. Баніція від латинського *bannitio* — це «позбавлення всіх прав, виведення з-під дії норм судочинства, оголошення вигнання з держави». Латиною *bannire* — це присуд до вигнання (Історія України: курс лекцій. У двох томах. Кн. 1. / кол.автор. Л. Г. Мельник, В. Д. Баран, О. І. Гуржій. — К. : Либідь, 1991. — С. 154).

Присуджений звався у Речі Посполитій банітою (*banita*). Баніту, який перебував в межах держави, могли безкарно вбити. Вирок стосувався усіх суспільних станів. Для шляхтича він означав ще й позбавлення важливої тоді моральної категорії — честі. Баніта і його нащадки

вважалися зганьбленими. Для нижчого стану міщан застосовували «висвітлення». Осіб, що за свій злочин уникали кари смерті, бичували, після чого міський кат при світлі ліхтаря випроводжував засудженого за міський мур.

Та більш важкою формою покарання була інфамія (*infamia* — неслава, ганьба), що застосовувалась до шляхти за найважчі злочини (розбій, крадіжку, гвалт). Засуджений втрачав честь і добре ім'я. Він міг залишатись у межах держави із заборонаю брати участь в урядванні, що вимагало довіри, частково виводився з-під норм судочинства.

Майже до кінця XVIII століття інфамія оголошувалася і тим дворянам, які займалися справами невластивими шляхетного стану. Кожен шляхтич був членом лицарського ордену (по польськи «орден» *zakon*) і повинен був захищати короля і державу. Тому шляхтич, який починав займатися невійськовим справою, зокрема торгівлею, вважався дезертиром і вибував з лицарського кола. У 1775 році сейм Речі Посполитої проголосив, що відтепер шляхтич, який займається торгівлею, не втрачає через це своєї честі, а отже, і не може бути визнаний за це «інфамісом».

КОРНІЄНКО І. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри історії держави і права, кандидат юридичних наук

ПОНЯТТЯ СУБ'ЄКТА ТА ОБ'ЄКТА ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА У ПРАЦЯХ Є. В. ВАСЬКОВСЬКОГО

У «Підручнику з цивільного права» Є. В. Васьковський викладає загальну частину цивільного права так: вчення про суб'єкта права, вчення про об'єкт і вчення про правові відносини. Вчення про правові відносини детально говорить про юридичні дії та операції, про волевиявлення (примус, помилка, обман, тлумачення), про зміст правовинів залежно від строку та обов'язків контрагентів (*conditio, dies, modus*). Остання частина першого випуску присвячена теорії судового захисту, а саме — здійсненню, порушенню та захисту суб'єктивних цивільних прав. Отже, загальна частина цивільного права у підручнику Є. В. Васьковського передбачає аналіз основних положень цивілістики у суб'єктивному сенсі.

Вчення про суб'єкт права Є. В. Васьковський починає з розгляду поняття та правового статусу категорії «особа» в цивільному праві. Автор вважав, що суб'єктом права є особа, яку наділено здатністю мати

цивільні права та обов'язки (правоздатністю) та здатністю своїми діями набувати для себе цивільні обов'язки, самотійно їх виконувати та нести відповідальність у разі їх невиконання (діездатністю) (57, с. 12). При цьому автор справедливо підкреслює, що поняття «особа» не збігається з поняттям «людина». Тут же вчений вказує на існування в цивільному праві інших суб'єктів, зокрема, юридичних осіб.

Оскільки правоздатність фізичної особи виникає у момент її народження і припиняється у момент смерті, Є. В. Васьковський приділяє велику увагу деяким важливим особливостям захисту прав ще не народженої дитини. Автор зазначає, що в російському цивільному праві знаходить втілення загальноприйнятий для світової спільноти приватноправовий принцип, що ненароджена дитина вважається такою, що вже народилася, оскільки справа йде про її права та обов'язки. Це положення знайшло свого відображення у Цивільному кодексі України та у Сімейному кодексі України.

Пояснюючи сутність юридичної особи, Є. В. Васьковський підкреслює, що цих осіб юридична наука розглядає як окремих учасників цивільно-правових відносин. Вчений зазначав, що юридичними особами можуть бути корпорації та установи, проте в теорії права окремі науковці відносять до категорії юридичних осіб: лежачу спадщину, земельні ділянки, на користь яких встановлені сервітути, відомства, цінні папери на пред'явника, конкурси, фабрики і заводи (57, с. 14). Однак із приводу цього Є. В. Васьковський займав протилежну позицію. Він вважав, що фабрики і заводи не можуть бути юридичними особами, аргументуючи це таким. Якщо припустити, що фабрики і заводи є юридичними особами, тобто суб'єктами права, то виявиться, що ці суб'єкти, будучи власністю фізичних осіб, є водночас об'єктами права. На думку Є. В. Васьковського, неможливо бути одночасно і суб'єктом, і об'єктом права. Що ж стосується державних відомств та установ, то вони є лише органами, представниками однієї юридичної особи — держави, тому не мають значення самотійних суб'єктів права.

Особливо цінним у цьому підручнику є викладення питань про юридичних осіб та їх класифікація, що має важливе як теоретичне, так і практичне значення на теперішній час у зв'язку з тими розбіжностями, які виникли останнім часом після прийняття Цивільного та Господарського кодексів України.

Як було зазначено вище, класифікуючи юридичні особи на види, Є. В. Васьковський вважав, що ними можуть бути корпорації та установи. Щодо товариств і товариств із зовнішньою формальною колективною єдністю, то автор не відносив їх до юридичних осіб, оскільки, на їх думку, вони становлять особливу групу юридичних відносин, що розглядається у зобов'язальному праві.

Характеризуючи такий загальновизнаний вид юридичних осіб як установа, Є. В. Васьковський підкреслює, що від корпорації вона відрізняється матеріальною базою.

У підручнику із цивільного права Є. В. Васьковським було також розглянуто поняття об'єкта цивільного права. Під об'єктом цивільного права автор розуміє певний предмет, яким володіє, користується та розпоряджується визначена особа. Вчений особливо зосереджує свою увагу на речах як об'єктах цивільного права і класифікує речі за критерієм оборотоздатності, тобто властивістю об'єктів цивільних прав вільно відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої у порядку правонаступництва або спадкування.

Значну увагу науковець приділяє також поділу речей на рухомі та нерухомі. Слід зазначити, що нерухомість характеризується автором дуже традиційно для того часу. До нерухомих речей належить земля, а також усе, що розташоване і нерозривно пов'язане з нею (рослини, будівлі). Євген Володимирович підкреслював значну вартість, незамінність та особливий правовий режим нерухомих речей.

Досить аргументовано та послідовно Є. В. Васьковський поводить аналіз категорії «майно». Автор підкреслює, що в теорії права під майном слід розуміти сукупність усіх майнових прав, що належать даній особі, тобто право власності на речі, право на чужі речі (актив, активне майно), а також зобов'язання (57, с. 23). Автор зазначає, що найбільш поширеною категорією «майно» є серед спадкових та зобов'язальних відносин.

МОКІН І. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри історії держави і права

ОСНОВНІ ЗАСАДИ ФОРМУВАННЯ ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ В ЕПОХУ НАЦІОНАЛЬНО- ВИЗВОЛЬНОЇ РЕВОЛЮЦІЇ 1917–1921 РР.

Усі без винятку елементи правового життя — правові акти, правові відносини, правова система, правова свідомість і культура — виникають, змінюються, формуються і розвиваються під впливом та у зв'язку з певними історичними подіями в житті суспільства. В елементах правової дійсності (правопорядок і правова система) відображаються реальні аспекти правового буття — правові форми діяльності держави закріплюють форми політичного режиму і форми правління, джерела права регулюють суспільне життя в усіх його проявах.

Форма Української держави в добу визвольних змагань 1917–1921 років не була сталою і змінювалася в залежності від того, яка політична сила приходила до влади. Так, Першим універсалом Центральної Ради проголошувалося утворення Української автономної республіки з демократичним державним устроєм, головним носієм влади у якій мав стати обраний шляхом рівних, прямих і таємних виборів парламент. Другим Універсалом скасовувалося положення першого універсалу про поширення автономії в російській частині України. Третім Універсалом Центральна Рада проголосила створення Української Республіки як федеративної складової Російської демократичної республіки. Четвертим Універсалом було проголошено незалежність Української Республіки — парламентської республіки, унітарної держави з демократичним устроєм (Копиленко О. Л., Копиленко М. Л. Держава і прапво України 1917–1920: Навч. посіб. — К.: Либідь, 1997. — 156 с.).

Гетьманська держава П. П. Скоропадського будувалася на абсолютистських началах. Форма правління в Українській державі тоді варіювалася від військово-кріпосницької до освіченої форми абсолютизму. Українська держава, очолювана Гетьманом П. П. Скоропадським, якнайкраще продемонструвала ефективність та доцільність монархізму в кризових для суспільства умовах. Водночас, за авторитарного режиму гетьманської держави існували деякі ознаки республіканської форми правління, зокрема, відсутність закріпленого законом інституту монархічної династії, формальне обмеження строку повноважень гетьмана тощо.

Внаслідок приходу до влади Директорії було відновлено попередню назву держави — Українська Народна Республіка і республіканську форму державного устрою. Водночас, в період існування Директорії відбувся черговий етап переходу від парламентської до президентсько-парламентської форми державного правління. Фактично ж, за досліджуваний розбудови державності в Україні відбулася еволюція від парламентської до президентської форми правління з виразними рисами авторитаризму.

Закономірностями становлення і розвитку законодавства України періоду 1917–1921 рр. можна визначити певну послідовність (наскільки давали змогу обставини воєнного стану) розвитку правової системи, орієнтація на світовий досвід та пошук оптимальних шляхів реалізації основ державного суверенітету. Суверенне право визнавали і виразно його стверджували всі основні акти різних утворень нової Української держави: універсали, закони й Конституція, ухвалені Українською Центральною Радою, грамоти і закони, проголошені гетьманом П. Скоропадським та декларації, універсали і закони Директорії УНР. Тому можна стверджувати про єдність правової основи відновленої на початку ХХ ст. Української держави незалежно від її різновиду.

У процесі генезису Української держави змінювалися лише форми влади, політичні режими та способи її розбудови при збереженні прагнення створити незалежну, суверенну, демократичну, багатонаціональну, правову державу.

Здобутком Центральної Ради у галузі законодавчої діяльності можна вважати те, що вона торкнулася багатьох галузей права — від кримінального до міжнародного. Нормативно-правові акти конституційного характеру Української Центральної Ради свідчать про розвиток української державності у напрямку розбудови правової держави з гарантованим захистом прав і свобод усіх її громадян. Негативним фактором, який кардинально вплинув на законодавчу діяльність Центральної Ради, був брак часу та непрофесіоналізм. Водночас, законодавча діяльність Центральної Ради стала фундаментом законодавства доби Гетьманату і Директорії.

Активно відбувається законодавчий процес в Українській Державі періоду правління гетьмана П. Скоропадського. До позитивного добробку уряду Української Держави періоду Гетьманату варто віднести те, що з перших днів було розпочато створення правових основ її функціонування.

Огляд законодавства, ухвалений Директорією, свідчить про його ретельне розроблення. В ньому враховані позитивні якості законодавства і судової практики Української Центральної Ради, Гетьманату, законодавчих і судових органів інших державних структур. Водночас сформульовано низку норм, що свідчать про дотримання демократичних основ судочинства, проведення в життя принципу законності, зміцнення правопорядку в Україні, незважаючи на умови воєнного часу, коли поширювалися різного роду політичні конфлікти і відверта збройна боротьба за владу та потенційні багатства країни.

Таким чином, українська державницька думка в добу визвольних змагань 197–1921 рр. сягнула ідеї, що для обстоювання шойно здобутої незалежності потрібна сильна персональна, національно орієнтована влада харизматичного лідера. Незважаючи на значний недолік такої форми правління — низьку здатність протистояти загрозі нацизму — ідея концентрації влади в руках харизматичного (нетоталітарного) лідера була закономірним наслідком пошуків відповіді на виклик часу українською політичною елітою. Характерною рисою системи законодавства досліджуваного періоду було те, що багато з прийнятих Українською Центральною Радою, урядом П. Скоропадського та Директорії нормативно-правових актів не діяли у зв'язку зі зміною влади та складною політичною і воєнною ситуацією. Однак втілені в них політико-правові ідеї могли стати основою розвитку всіх галузей права у сприятливіших умовах.

Частина 2



ПРАВОВІ МЕХАНІЗМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СТАЛОГО РОЗВИТКУ УКРАЇНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА

Розділ 5

ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПИТАННЯ СУЧАСНОЇ ЦИВІЛІСТИКИ

Підрозділ 5.1

МЕТОДОЛОГІЧНЕ ПІДГРУНТЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

ХАРИТОНОВ Є. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
завідувач кафедри цивільного права, доктор юридичних наук,
професор, член-кореспондент НАПрН України

ПРИВАТНЕ ПРАВО ЯК КОНЦЕПТ

Попри кількасотлітні дискусії щодо поняття та сутності приватного права, ця категорія все ще залишається недостатньо дослідженою. Ситуація, що склалася, зумовлює необхідність наукових розвідок у цій галузі, але вже під іншим кутом зору, із застосуванням іншої методології тощо. Враховуючи викладене, розглянемо далі сутність феномену приватного права.

Спочатку маємо визначитися стосовно засад дослідження, і передусім, обираємо методологічний імператив, маючи під ним на увазі зумовленість методології дослідження певними обставинами, припущеннями, що сприймаються, як правдиві (істинні).

На такому підґрунті оберемо два визначальних аспекти характеристики приватного права: 1) оцінка права в цілому, як явища, органічно притаманного культурі (цивілізації); 2) розгляд приватного права, як концепту.

Отже, відмовимось від матеріалістичного монізму (спокуси використовувати як домінуюче) марксистське матеріалістичне вчення про право, згідно з яким право є надбудовою над матеріальним базисом, зумовлюється останнім і змінюється разом з ним. Натомість, у якості методологічного імперативу обираємо те положення, що право, і

насамперед, приватне, є елементом цивілізації (культури), який має не характер надбудови, а являє собою самостійну цінність. При цьому, звісно, не заперечується зв'язок права з матеріальними умовами життя суспільства, однак відсутня «жорстка прив'язка» його до тієї або іншої суспільно-економічної формації, не заперечується цінність і придатність досягнень правової думки інших цивілізацій тощо.

Саме цивілізаційний метод дає змогу дослідити сутність і особливості приватного права. Загалом виправданим на теперішньому етапі розвитку правової науки здається вести мову про застосування у сучасній цивілістиці загальнонаукового цивілізаційного діалектичного методу. При погляді під таким кутом зору, право може бути визначне як цивілізаційна категорія, котра одночасно виступає як елемент соціально-політичного устрою та елемент суспільної свідомості, є складовою духовного світу людини та її світогляду, відображаючи уявлення окремих індивідів та суспільства в цілому про справедливість, добро, гуманізм тощо.

Як суспільний феномен, котрий стосується і окремого індивіда, і суспільства в цілому, право може розглядатися під кутом зору оцінки його значення як для приватних осіб, так і для суспільства. Це, передусім, і послужило основою виникнення відомої дихотомії «приватне право — публічне право», у якій приватне та публічне право виступають як галузі (сфери) правового регулювання відповідних груп відносин. Вони виникають на підґрунті природного права і на втілення його норм в життя. При цьому приватне право у об'єктивному сенсі виступає як сукупність природних прав приватної (окремої) особи, а публічне право — як правова форма і продовження публічної влади з усіма її перевагами і вадами.

Визнаючи методологічну доцільність використання дихотомії «приватне право — публічне право», передусім, для розмежування останніх, як правових категорій, слід зауважити, що вказана конструкція є умовною, а тому за її допомогою можуть бути визначені лише загальні засади правового регулювання у приватноправовій та публічно-правовій сферах.

Тому для з'ясування сутності приватного права доцільно використати другий із згадуваних методологічних імперативів — розгляд приватного права як концепту (conceptus. лат. — думка, уявлення, поняття).

У культурології концепт розуміється як «жмут» уявлень, понять, знань, асоціацій, переживань, який супроводжує слово. (Степанов Ю. С. Константы. Словарь русской культуры. Опыт исследования. — М., 1997. — с. 40.). У теорії права підкреслюється, що визначення концепту спирається на аналіз самого концепту, тоді як визначення категорії відштовхується від іншої категорії. Відтак визначення концепту

полягає в тому, щоб передати сенс слова, яким цей концепт позначається у відповідності з елементами, які цей концепт утворюють (Бержель Ж.- Л. Общая теория права / Пер.с фр. — М., 2000. — с.342). Звідси впливає, що дихотомія «приватне право — публічне право» не дає змоги повно з'ясувати сутність приватного права, котре є концептом, дозволяючи лише встановити відмінності між згаданими вище категоріями.

Характеризуючи на такому підґрунті приватне право, слід наголосити на тому, що становище приватної особи у суспільстві визначається відповідною правовою доктриною (баченням статусу людини — приватною особи, її взаємин із суспільством), а також сукупністю норм та правил, встановлених відповідно до такої доктрини та на її розвиток у цьому суспільстві. У сукупності зазначена доктрина, правила та норми можуть бути позначені як «приватне право». Характерними рисами приватного права є те, що воно: 1) регулює відносини між приватними особами; 2) має засадничим принципом визнання пріоритету інтересів приватної особи (суверенітету індивіда); 3) забезпечує приватний інтерес: акцентує увагу на економічній свободі, вільному самовираженні та рівності товаровиробників, захисті власників від сваволі держави; 4) ґрунтуючись на засадах юридичної рівності учасників цивільних відносин, забезпечує ініціативність сторін при встановленні цивільних відносин та вільне волевиявлення суб'єктів при реалізації їхніх прав; 5) припускає широке використання договірної форми регулювання; 6) містить норми, які «звернені» до суб'єктивного права і забезпечують захист останнього; 7) характеризується переважанням диспозитивних норм, які спрямовані на максимальне врахування вільного розсуду сторін; 8) визначає судовий позов як основний порядок захисту прав та інтересів суб'єктів відносин.

Отже, можна зробити висновок, що приватне право, як концепт, це сукупність ідей та засад, юридичної доктрини, правил і норм, що стосуються визначення статусу і захисту інтересів окремих осіб, які не є фігурантами держави, не знаходяться у відносинах влади — підпорядкування стосовно одне одного, рівноправно і вільно встановлюють собі права і обов'язки у відносинах, що виникають з їх ініціативи.

КІВАЛОВА Т. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
професор кафедри цивільного права, доктор юридичних наук, професор

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВУ ПРИРОДУ НЕПЕРЕБОРНОЇ СИЛИ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

В умовах постійного розвитку вітчизняного цивільного законодавства України, його вдосконалення та підвищення рівня реалізації не втрачають своєї актуальності дослідження правової природи обставин непереборної сили.

Свого часу зазначені обставини активно досліджувалися і цивілістами Російської імперії, і радянськими правознавцями, у тому числі на рівні дисертаційних досліджень. Проте у вітчизняній цивілістиці останнім часом дисертаційних досліджень з відповідної проблематики не проводилося. Лише на початку XXI століття у цій галузі стався своєрідний «прорив», який ознаменувався появою низки публікацій, де такими авторами як Луць В. В., Суханов Є. А., Примак В. Д, Хлонь О. М., Братель О. Г. аналізувалися положення згаданого інституту із врахуванням положень чинного цивільного законодавства України, а також проводився порівняльний аналіз обставин непереборної сили з суб'єктивним випадком та форс-мажором. Найбільш проблемним є питання щодо визначення співвідношення між поняттями непереборної сили і форс-мажору.

Актуальність даного дослідження пояснюється також наявністю труднощів, які виникають у правозастосовчій практиці при здійсненні юридичної кваліфікації певних фактів як обставин непереборної сили.

Вітчизняні наукова доктрина і законодавство оперують поняттям непереборна сила для визначення тих надзвичайних і невідворотних подій, вплив яких спричинює неможливість виконання зобов'язання та слугує безумовною обставиною для звільнення боржника від майнової відповідальності за невиконання покладеного на нього обов'язку (Примак В. Д. Непереборна сила у контексті цивільно-правової відповідальності // Вісник господарського судочинства. — 2001. — № 4. — С. 167). Водночас у практичній діяльності суб'єктів господарювання більш широко побутує інше визначення відповідних обставин — «форс-мажор» — що походить від латинського *vis major*, під яким римляни розуміли дію стихійних сил природи, що її не можна ні передбачити, ні відвернути (Орач Є. М., Тищик Б. Й. Основи римського приватного права // К.: Юрінком Інтер, 2000. — С. 175).

Чинне цивільне законодавство України містить визначення непереборної сили у правилах про зупинення перебігу позовної давності

та в статті 263 ЦК України під непереборною силою розуміє надзвичайну або невідворотну за даних умов подію. Таке визначення є неприйнятним, оскільки при буквальному тлумаченні зазначеної норми призводить до того, що непереборна сила має місце за наявності лише однієї із ознак — або надзвичайності, або невідворотності. Натомість у вітчизняній цивілістиці вже сформувалося усталене сприйняття відповідного явища саме як водночас і надзвичайної, і невідвотної обставини. Між тим, Цивільний кодекс Української РСР 1963 року в статті 78 містив таке саме визначення непереборної сили з тією лише різницею, що між прислівниками вжитий був більш доречніший сполучник «і».

У чинному ЦК України міститься ще одна норма, яка викликає заперечення щодо її викладення. Так, у п. 2 ч. 1 ст. 617 ЦК України зазначаються певні обставини, наявність яких зазвичай не може слугувати підставою для звільнення від відповідальності за порушення зобов'язання. Ці обставини позначені законодавцем як такі, що не вважаються випадком. Більш слушним виглядає передбачений у ст. 218 Господарського кодексу України наголос на недопустимості зарахування згаданих у ст. 617 ЦК обставин вже не до виявів випадку, а до явищ непереборної сили (Примак В. Д. Ознаки непереборної сили у відносинах цивільно-правової відповідальності // *Юридична Україна : Щомісячний правовий часопис.* — 2008. — № 6. — С. 62).

Наслідки впливу непереборної сили в аспекті розвитку чи припинення конкретних правовідносин та вирішення питання про відповідальність їх сторін визначаються за нормою, що міститься в п. 1 ч. 1 ст. 617 ЦК України, за якою зобов'язання припиняється неможливістю виконання, що спричинене обставинами, за які боржник не відповідає.

У низці норм, що регулюють конкретні види зобов'язальних правовідносин, непереборна сила згадується окремо як виключна обставина, що звільнює боржника від відповідальності за невиконання чи неналежне виконання зобов'язання (Примак В. Д. Непереборна сила у контексті цивільно-правової відповідальності // *Вісник господарського судочинства.* — 2001. — № 4. — С. 168).

Судова практика поки що не надто багата на прецеденти, в яких певні природні явища та обставини суспільного життя кваліфікуються як непереборна сила.

Огляд теоретичних поглядів на правову природу непереборної сили та усталені у законодавстві, діловій та судовій практиці підходи до практичного вирішення цих питань дозволяють зробити наступні висновки.

По-перше, непереборна сила визначається наявністю одночасно двох кваліфікуючих ознак: надзвичайністю (неможливістю передбачити

при даних умовах настання відповідних обставин) та об'єктивною невідворотністю (неможливістю відвернути обставини наявними в розпорядженні технічними та іншими засобами).

По-друге, непереборну силу слід розглядати як природне явище чи обставину суспільного життя, вплив яких відбувається зовні.

По-третє, наявність непереборної сили виключає не тільки вину боржника, але і, як правило, причинний зв'язок між його поведінкою та порушенням зобов'язання.

По-четверте, настання обставин непереборної сили не звільняє боржника від виконання зобов'язань, а звільняє його тільки від відповідальності за їхнє невиконання. Не вважаються обставинами непереборної сили, зокрема, порушення зобов'язань контрагентами правопорушника, відсутність на ринку потрібних для виконання зобов'язання товарів, відсутність у боржника необхідних коштів та ін.

З огляду на вищевикладене робимо висновок, що досі залишається багато прогалин та протиріч у чинному цивільному законодавстві України, які стосуються сутності непереборної сили та які найближчим часом необхідно усунути.

КІЗЛОВА О. С.

Міжнародний гуманітарний університет,
завідувач кафедри цивільного та господарського права і процесу,
доктор юридичних наук, професор

ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАКРІПЛЕННЯ ВІДНОСИН З НАДАННЯ МЕДИЧНИХ ПОСЛУГ

Серед раніше широко відомих цивільно-правових відносин у діючому Цивільному кодексі України з'явилися і такі, які суттєво відрізняються від типових договірних. До таких належить раніше не відомий вітчизняній договірній системі договір про надання медичних послуг. Цей специфічний аспект договірних відносин ще вкрай недостатньо розглянуто в українській науковій літературі. Навіть незважаючи на те, що останнім часом з'явилися відповідні наукові праці та публікації, в які започатковано розв'язання цієї проблеми слід визнати, що дослідження цього цікавого правового явища не може бути оцінене, як задовільне.

Запровадження цього договору, відомого законодавству багатьох європейських країн, можна визнати таким, що зумовлене потребами практики і отже є обґрунтованим з практичної точки зору. (Кодифікація

приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. — К.: Український центр правничих студій, 2000. — С. 281.)

Право на медичну допомогу є базовим у системі соціальних прав людини. Виникнувши як доручення пацієнта лікарю, в сучасних умовах платної медицини медична допомога набуває правового положення послуги. У зв'язку з втратою державою монопольних (виключних) прав на надання медичної допомоги населенню, введенням медичних послуг у вільний цивільний економічний обіг, зростає кількість приватних медичних закладів, що мають своєю ціллю, поряд з охороною здоров'я, отримання прибутку. За цих умов виникає та потребує подальшого удосконалення нова правова конструкція — договір на надання медичних послуг.

В Україні у період становлення нового законодавства відносини, що виникають з надання медичних послуг, регламентуються перш за все Конституцією України, стаття 49 якої закріплює право громадян на безоплатну медичну допомогу у державних та комунальних закладах охорони здоров'я і одночасно гарантує розвиток лікувальних закладів усіх форм власності. Також регулювання відносин у цієї сфері здійснюється загальними положеннями Цивільного кодексу України (далі — ЦК України), Основами законодавства України про охорону здоров'я, законами України «Про захист прав споживачів», «Про психіатричну допомогу», «Про екстрену медичну допомогу», міжнародно-правовими стандартами та іншими нормативними актами, дія яких розповсюджується у певній мірі на медичні послуги. (Основи законодавства України про охорону здоров'я: Верховна Рада України; Закон від 19.11.1992 р. № 2801-ХІІ//Голос України від 15.12.1992, Відомості Верховної Ради України від 26.01.1993 р. — № 4; Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини: Верховна Рада України; Закон від 16.07.1999 № 1007-ХІV; Про психіатричну допомогу: Закон України від 22 лютого 2000 р. № 1489-ІІІ // Відомості Верховної Ради України. — 2000. — № 19. — Ст. 143.; Про протидію поширенню хвороб, зумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ: Закон України від 12 грудня 1991 р. № 1972-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 11. — Ст. 152.; Про екстрену медичну допомогу: Закон України від 05.07.2012 № 5081-VI. [Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/5081-17>; Принципи медичної етики. Генеральна Асамблея ООН. Резолюція 37/194, 18.12.1982 р. [Електронний ресурс] — Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_285&test=Mfu3Yuo; Рекомендація щодо медичного обслуговування: МОП від 12.05.1944 р. № 6. [Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>; Міжнародний кодекс медичної етики: Всесвітня медична асоціація. Лондон, Англія,

жовтень 1940 р. [Електронний ресурс] — Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=990_002; Положення про захист прав і конфіденційність пацієнта: Всесвітня медична асоціація. Будапешт, Угорщина, жовтень 1993 р. [Електронний ресурс] — Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=990_056.)

Але, в даний час у законодавстві відсутній систематизований нормативний акт, регулюючий надання платних медичних послуг.

Необхідно відзначити, що регулювання відносин по наданню платних медичних послуг не передбачено в ЦК України. Відповідно до ЦК України до відносин між особою, що надає платні медичні послуги, і громадянином застосовуються норми Закону «Про захист прав споживачів» та інші правові акти, прийняті у відповідності з ним. Проте дані норми також не відображають повною мірою специфіку відносин при наданні платних медичних послуг.

Загалом, правами пацієнта називають специфічні права, похідні від загальних цивільних, політичних, економічних, соціальних та культурних прав людини, що регулюються при отриманні медичної допомоги, та пов'язаних з нею послуг, або у зв'язку з будь-яким медичним впливом, що здійснюється стосовно людини. (Оніщенко О. В., Сорока Г. М. Колізії регулювання окремих прав пацієнта при наданні медичної допомоги. // Юридичний вісник 2(23). 2012. — С. 90–93).

Треба зауважити, що інститут надання медичних послуг є комплексним міжгалузевим правовим інститутом, для якого характерне поєднання публічно-правових і приватно-правових норм регулювання. Як вказує Р. А. Майданик, у медичній діяльності слід розмежовувати приватні і публічні відносини. Приватні медичні відносини існують в юридичній формі зобов'язань з надання медичних послуг, підставами яких можуть виступати договір з надання медичних послуг, одностороння обіцянка або дії в інтересах третьої особи без доручення. До всіх зобов'язань, які виникають з приводу надання медичних послуг повинні застосовуватись загальні положення цивільного права, якщо інше не обумовлена в присвячених таким договорам спеціальних нормативних актах. (Майданик Р. А. Договір про надання медичних послуг. // Медичне право № 5(1). 2010. — С. 52–66).

Стосовно правового режиму платної медичної допомоги, то в його основі лежить договір платних медичних послуг. Цивільне законодавство відносить договір платних медичних послуг до одного з різновидів договору відшкодувального надання послуг. Однак норми глави 63 Цивільного кодексу України передбачають тільки загальні положення про договір надання послуг.

Договір про надання медичних послуг є найпоширеною підставою виникнення цивільних правовідносин з оплатного надання медичних

послуг, на який поширюються загальні положення цивільного права про правочин та договір. Так, Глава 63 Цивільного кодексу України містить загальні положення про послуги, які можуть застосовуватися до всіх договорів на надання послуг, якщо це не суперечить суті зобов'язання (ч. 2 ст. 901 ЦК України). Отже, до договору на надання медичних послуг застосовуються наведені загальні положення, але з урахуванням певних особливостей предмета договору, суб'єктів тощо.

Так, згідно загальних норм про послуги ч. 1 ст. 901 Цивільного кодексу України за договором на надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, що споживається в процесі виконання певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцю вказану послугу, якщо інше не встановлено договором.

Що стосується доктринального визначення договору про надання медичних послуг, то за ним одна сторона (медична організація, лікар) зобов'язується надати, а інша сторона (пацієнт)- прийняти та оплатити оплатні послуги, спрямовані на зміцнення здоров'я пацієнта, згідно умов договору. (Майданик Р. А. Договір про надання медичних послуг. // Медичне право № 5(1). 2010. — С. 52–66)

З урахуванням певної специфіки медичної діяльності, договір на надання медичних послуг має певні правові характеристики. Такі як, консенсуальність, двосторонність, платність, ризик овість, публічність тощо.

ГОЛУБЄВА Н. Ю.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, доктор юридичних наук, доцент

ОЗНАКИ ОБ'ЄКТА ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Об'єктом зобов'язання є певна поведінка зобов'язаної особи, тобто дія (не тільки активна, а й утримання від дій), яку повинна виконати зобов'язана особа. Стаття 509 ЦК України сконструйована за моделлю римського приватного права: *dare, facere, praestare* — дати, зробити, надати. Крім того, сучасне визначення поняття «зобов'язання» додає утримання від дій та має незакритий перелік дій боржника.

Ці дії мають відповідати певним вимогам для того, щоб вважатися об'єктом зобов'язання (можемо сказати інакше: ознаки об'єкта зобов'язання).

По-перше, дія як об'єкт зобов'язання має бути здійсненою, такою, яку можливо здійснити, тобто вона має бути можлива фізично,

наприклад, у разі загибелі індивідуально-визначеної речі, що мала стати об'єктом зобов'язання, зобов'язання виникнути не може. Розрізняють неможливість об'єктивну й суб'єктивну. Перша має місце в тому разі, коли виконання зобов'язання виявляється неможливим для кожної людини взагалі, наприклад у разі загибелі індивідуально-визначеної речі. У цьому разі зобов'язання не може виконати не тільки боржник, а й будь-яка інша особа. Суб'єктивна неможливість виявляється тоді, коли виконання дії, можливе взагалі, неможливе лише для даного боржника.

У зобов'язаннях, що передбачають передачу речі чи користування нею, дія є можливою, якщо річ (щодо якої здійснюється дія) існує чи може існувати в природі, тобто йдеться про «ожидаемые» (рос.) речі. У зобов'язаннях робити що-небудь чи не робити, дія тоді фізично можлива, коли здійснення чи нездійснення дії для людини можливо. Тому, хоч певний боржник і не буде в змозі здійснити певну дію, але вона не буде неможливою, якщо може бути виконана іншим.

Наступна умова — юридична можливість або правомірність. Об'єктом зобов'язання може стати тільки правомірна дія. Юридична неможливість об'єкта зобов'язання виникає тоді, коли відповідна поведінка є протиправною.

Терміни «фізична та юридична неможливість» зустрічаються також у вченні про неможливість виконання зобов'язання. У відповідності до ст. 607 ЦК України, зобов'язання припиняється неможливістю його виконання у зв'язку з обставиною, за яку жодна зі сторін не відповідає. Але яке відношення це вчення може мати до об'єкта зобов'язання?

Для відповіді на це запитання маємо зазначити, що неможливість виконання розрізняється в залежності від часу її виникнення. З цього погляду вона може бути первісною, тобто такою, що існує в момент, коли зобов'язання повинно було виникнути, і наступною (вторинною) — такою, що настала вже під час існування зобов'язання. Таким чином, зазначене розмежування проводиться залежно від того, чи існувала неможливість реального виконання під час укладення договору або виконання умов договору стало неможливим згодом.

Стаття 607 ЦК України має на увазі насамперед неможливість виконання наступну (вторинну), оскільки неможливість, що існує в момент, коли зобов'язання мало виникнути, означає, що воно просто не виникне. Так, укладений договір факторингу, за яким одна юридична особа зобов'язується придбати грошові вимоги іншої юридичної особи. Однак перша юридична особа не змогла одержати ліцензію на здійснення діяльності як фактор. У наявності первісна неможливість виконання зобов'язання. У цьому разі зобов'язання не припиняється за правилами ст. 607 ЦК України. У наявності дефект об'єкта, а тому зобов'язання є невиниклим взагалі.

Таким чином, не можна ототожнювати неможливість виконання (фактичну чи юридичну), що тягне припинення зобов'язання (у відповідності до ст. 607 ЦК України, зобов'язання припиняється неможливістю його виконання у зв'язку з обставиною, за яку жодна із сторін не відповідає), та можливість виконання як вимогу до об'єкта зобов'язання. Варто враховувати, що при первинній (такій, що виникає до виникнення зобов'язання) неможливості зобов'язання не виникає через дефект об'єкта зобов'язання, а при вторинній неможливості виконання зобов'язання веде до припинення зобов'язання за ст. 607 ЦК України.

Нарешті, багато вчених як обов'язкову вимогу до дії як об'єкта зобов'язання називають вимогу мати *майнову цінність*. Сьогодні варто говорити не про майнову цінність, а про цінність дії для кредитора, тобто кредитор повинен мати в її здійсненні інтерес, який може бути як майновим, так і немайновим.

У дослідженнях об'єктів цивільних правовідносин та їхніх ознак учені відмічають таку ознаку: споживну цінність, тобто здатність до задоволення певних потреб суб'єкта чи вказують, що дія повинна мати майнову цінність чи надавати кредиторowi відому суттєву вигоду, отримання якої було б для кредитора бажане чи корисне.

Корисність об'єкта зобов'язання означає, що всякий обов'язок устанавлюється в чийсь інтересах, тобто поведінка, що становить об'єкт зобов'язання, повинна здійснюватися на чийсь користь, тому об'єкт зобов'язання має бути корисним для того, на чию користь устанавлений обов'язок.

Наступна вимога до дії як об'єкта зобов'язання — визначеність. Дія припускає точну визначеність її настільки, щоб при виконанні зобов'язання не могло виникнути сумнів відносно того, що повинен зробити боржник. У іншому разі немає підстав для юридичного примусу, у боржника немає серйозного наміру вступати в зобов'язання, а в кредитора — обґрунтованої надії на виконання зобов'язання.

Але між повною невизначеністю та повною (точною) визначеністю об'єкта зобов'язання є багато ступенів. Тому визначеність об'єкта може бути різною (її межа, міра). Наприклад, договір купівлі-продажу автомобіля. Сторони можуть вказати на обов'язок передачі: а) автомобіля; б) автомобіля відповідної марки та моделі; в) автомобіля відповідної марки та моделі, року випуску; г) конкретно визначеного автомобіля з визначеним номером двигуна (унікальний об'єкт — один у своєму роді, оскільки такого самого іншого автомобіля не може існувати за нормальним розвитком обставин). Але наслідки порушення цих зобов'язань, способи захисту прав кредитора будуть різними, залежно у тому числі й від міри визначеності об'єкта зобов'язання.

Маємо деяку поступовість у визначеності (у точності визначення) об'єкта зобов'язання. Як виявити випадки, в яких об'єкт зобов'язання достатньо визначений для виникнення зобов'язання? Спробуємо систематизувати різновиди визначеності об'єкта в зобов'язанні, а також виявимо критерії визнання зобов'язання існуючим, виниклим, якщо об'єкт не повною мірою визначений.

По-перше, зобов'язання без сумніву виникне, якщо його об'єкт конкретно (абсолютно, точно) визначений. Нема сумнівів, що достатньо визначеними є зобов'язання, об'єктом яких є дії, що заздалегідь визначені як унікальні чи індивідуалізовані дії, наприклад, передача певної картини, попередньо оглянутих меблів. По-друге, об'єкт може бути визначений тільки родом, а не видом (генерично), наприклад, передача певної кількості зерна. По-третє, при виникненні зобов'язання обсяг обов'язку боржника встановлюється тільки в загальному вигляді. У зобов'язаннях з невизначеним обсягом вимог (алеаторних) обсяг прав і обов'язків встановлюється тільки в загальному вигляді. Конкретні суми, послуги тощо визначаються вже під час виконання зобов'язання. Ризиковим, чи алеаторним, є такий обов'язок, предмет якого містить у собі елемент ризику, випадковості, невідомості. Наприклад, до алеаторних належать зобов'язання, що виникають із договору довічного утримання, зобов'язання із завдання шкоди здоров'ю. По-четверте, можливо встановлення зобов'язання відносно декількох об'єктів (сполучні, альтернативні й факультативні зобов'язання).

АДАМОВА О. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ІНСТИТУТУ ПРАВА

Інститут права відрізняється від галузі права, насамперед, обсягом предмета регулювання: він регулює не всю сукупність якісно однорідних суспільних відносин, а лише різні сторони (ознаки, особливості) одних типових суспільних відносин.

Відома гнучкість поняття правового інституту дозволяє варіювати застосування його залежно від особливостей тієї або іншої галузі права. Усе те, що не «вміщалося» в норму права й не досягало розмірів галузі права, називали інститутом, і проблема була вирішена. О. С. Іоффе запропонував досить тверду систему права:

норма — субінститут — інститут — підгалузь — галузь — система права (Іоффе О. С. Структурные подразделения системы права. — С. 50). Куди віднести ці утворення? О. С. Іоффе пропонує критерій розмежування інститутів і субінститутів за методом регулювання (Іоффе О. С. Структурные подразделения системы права. — С. 51). Якщо групи норм, користуючись власним методом, опираються також на метод якого-небудь інституту, вони повинні розглядатися як субінститути. Якщо, скажімо, договори послуг визнати інститутом, то посередницькі договори послуг і договір комісії повинні бути визнані його субінститутами. Або треба вводити ще декілька підрозділів: надінститут, субінститутсубінститута, і т. д.

Що стосується правової підгалузі, то їй властивий, крім свого внутрішньогалузевого методу, ще й свій особливий внутрішньогалузевий предмет правового регулювання, за яким вона може бути відмежована від інших підгалузей.

Щодорозмежування інститутів і субінститутів, вважається, що слід користуватися не предметом, а методом регулювання. Ті групи норм, які, користуючись власним методом, крім галузевого, а у відповідних випадках підгалузевого, опираються також на метод якого-небудь інституту, повинні розглядатися як його субінститути (роздрібна купівля-продаж є субінститутом, що входять в інститут купівлі-продажу).

Для інституту, як і для галузі, характерні внутрішня відокремленість юридичних норм і самостійність їх функціонування, заснована на єдності правових принципів. Як правило, інститут права цілком входить до складу відповідної галузі. Відмінність інституту від галузі укладається в тому, що інститут регулює не всю сукупність відповідних суспільних відносин, а лише різні сторони, особливості однотипових суспільних відносин (наприклад, майнового, управлінського).

Уявлення про інститут права як про порівняно невелику групу, сукупність правових норм (Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права : Учебник. — М., 2004. — С. 311) не цілком точно відображає динаміку сучасного розвитку цивільного права, у якому в цей час з'являються великі правові інститути, що здобувають властивості підгалузі права. У рамках даних підгалузей поєднується значне число інститутів цивільного права. При цьому ступінь їх інтегрованості в систему підгалузі цивільного права різна.

У кожній галузі права є безліч інститутів, наприклад, у цивільному праві інститути купівлі-продажу, дарування, спадкування й т.п.

Підгалузь права поєднує кілька інститутів однієї й тієї ж галузі. Характерною ознакою підгалузі є наявність у ній такої групи норм, яка містить загальні принципи положення, властиві деяким правовим інститутам даної галузі. Таким, наприклад, є авторське право в складі

цивільного права. Однак не всі галузі права підрозділяються на підгалузі. Це відбувається тоді, коли їхніми компонентами є тільки інститути й норми права, наприклад, таким є сімейне право.

Інститут як правова категорія, будучи елементом, частиною більшагалального поняття — галузі права, системи права, здобуває все більше теоретичне й практичне значення.

Певним поштовхом до активізації вивчення категорії інституту права послужила стаття В. С. Якушева « Про поняття правового інституту», у якій він висловив думку про те, що термін «правовий інститут», або «інститут права», у юридичній літературі, мабуть, найбільш уживаний, однак дотепер він ще не одержав достатньої визначеності (Якушев В. С. О понятии правового института // Правоведение. — 1970. — № 6.).

Однак І. В. Архипов справедливо звернув увагу на те, що в сучасних умовах правові інститути переживають своє друге народження, що не могло не породити відповідних досліджень (Архипов И. В. Коммерческое судоустройство и судопроизводство России в XIX веке (проблемы модернизации). — Саратов : СГУ, 1999. — С. 6—7).

Можна привести кілька визначень із сучасних підручників по теорії права:

Правовий інститут — це система взаємозалежних норм, що регулюють відносно самостійну сукупність суспільних відносин або які-небудь їхні компоненти, властивості (Сырых В. М. Теория государства и права: Учебник для вузов. 3-е изд. М.: ЗАО Юстицинформ, 2007. — С. 230).

Правовий інститут — це сукупність однопорядкових норм, що регулюють певний вид суспільних відносин (Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства. — С. 430).

Інститут права — це основний елемент системи, права, сукупність правових норм, що регулюють однорідну групу суспільних відносин (Теория государства и права: Учебник / Под ред Р. А. Ромашова, В. П. Сальникова. Изд. 2-е. В 3-х т. — Т. 2. — СПб.: Фонд Университет, 2010. — С. 88.).

У цих визначеннях не враховується той факт, що інститут права може регулювати не відносини в цілому, а загальне в цих відносинах, що характерно, в основному, для інститутів «загальної частини» галузі права (зокрема, інститути правоздатності, дієздатності, безвісної відсутності регламентують окремі ознаки суб'єкта як елемента суспільних відносин (Черданцев А. Ф. Системность норм права. // Сборник ученых трудов Свердловского юрид. института. — Вып. 12. — Свердловск, 1970. — С. 52—53.).

Правові інститути, надумку О. С. Іоффе, слід розмежовувати, подібно галузям права, не за предметом правового регулювання, як вважається

в літературі, а за особливим методом (Иоффе О. С. Структурные подразделения системы права. — С. 52).

З урахуванням цих зауважень правовий інститут можна визначити як відносно відособлену самостійну й стійку групу норм, що регулюють окремі види однорідних суспільних відносин (спеціальні інститути) або загальне у всіх відносинах даного роду, незалежно від їхньої видової приналежності (загальні інститути).

БАБИЧ І. Г.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

ФОРМУВАННЯ У РИМСЬКОМУ ДОГОВІРНМУ ПРАВІ КОНЦЕПЦІЇ СПРАВЕДЛИВОСТІ ЯК ОСНОВНОГО ПРИНЦИПУ ПРИВАТНОГО ПРАВА

У період класичної римської юриспруденції договірна система в Римі була дуже розгалуженою і охоплювала всі договірні відносини. Разом із тим вона була своєрідною і складною, оскільки розрізняла два види договорів — контракти і пакти, які мали свої істотні особливості.

На противагу контрактам, пакти являли собою неформальні угоди найрізноманітнішого змісту. Згодом римляни визнали за багатьма пактами силу контрактів, надавши їм позовного захисту — одягнуті пакти (*pacca vestita*). Якщо за римським цивільним правом, таким, що має юридичне значення, визнавалися зобов'язання, забезпечені можливістю подання позову до суду (так звані цивільні закони), то визначення юридичної сили за відносинами, не передбаченими цивільним правом, мало основою ідеї природного права, що було значним кроком уперед і в галузі розвитку концепції забезпечення належного виконання зобов'язань.

Із встановленням зобов'язань пов'язувалися певні юридичні наслідки виключно для тих осіб, які їх встановили. Це призводило до того, що не можна було вступити у зобов'язання через третіх осіб, не можна було укласти договір на користь іншої особи, а також це призводило до того, що зобов'язання визнавалося непередаваним.

Хоча в загальній системі договорів можна визнати рухливість та еластичність, але не можна заперечувати, що у цій частині права впродовж першого періоду переважали формалізм і суворість. Так, наприклад, у всіх формальних договорах переважало лише *strictum jus*; *bonafides*, яка у другому періоді отримала поширення на всю систему права, мала тоді

лише обмежене застосування при судовому впровадженні про консенсуальні договори та договори *fiduciae*. (Гвидо Паделлетти. Учебник истории римського права — Одеса. Типография П. А. Зеленого, 1883. — С. 23).

У другий період — з початку VII століття від заснування Риму до III століття н.е. джерела, які були вторинними у першій період — у другий стають головними. Стародавнє *juscivile* поступається *jurihonorario* та *jurigentium*.

Едикти преторів не могли отримати значення поширення, доки не було прийнято *lexAebutia*. З того часу, коли магістрату, який здійснював правосуддя, була надана *legeAebutia*, а пізніше *legibusJuliis*, створювати *judicis* письмову інструкцію, тим самим едикт було позбавлено суворих *legisactions* і кожен претор при вступі на посаду міг встановлювати формули позовів, за якими він відправляв юстицію.

Jusgentium стало підґрунтям судової практики претора peregrinів та його едикту, а пізніше було розроблено юристами.

Вплив цього нового елемента на цивільне право був останнім часом дуже великим; народ, магістрати та юристи запозичили з нього нове поняття права, вони стали цінувати в юридичних актах більше сутність, ніж форму.

Особливо значний процес спостерігається у підвищенні ролі *bonaefidei* та *aequitas* над *strictumjus*, що особливо позначилось у сфері зобов'язань. У всіх консенсуальних договорах та реальних, за виключенням позики, *bonaefides* та *aequitas* стало єдиним керівним критерієм. Навіть у вербальних договорах, які відносились до суворого права, стали звертати увагу на *aequitas*. Претор це зробив, увівши у формулу стипуляції ввів так звану *clausuladolii*, та зобов'язав дотримуватися *bonaefidei*. Загальні процесуальні засоби, які призначені діяти проти порушення *bonaefidei*, також належать до другого періоду та преторського едикту. (Гвидо Паделлетти. Учебник истории римського права — Одеса. Типография П. А. Зеленого, 1883. — С. 123).

Завдяки грецькій філософії римське право отримує логічну послідовність. На цьому етапі воно має своєю основою не релігійні традиції, а раціоналістичний світогляд і вчення про природне право (*ius naturale*). (Гвидо Паделлетти. Учебник истории римського права — Одеса. Типография П. А. Зеленого, 1883. — С. 123), завдяки чому у ньому послаблюється формалізм та переважне значення отримує пластичність.

Такі підходи до формування права дали змогу римським юристам визначити його як «*arsbonaeequi*», яке реалізує те, що визнане суспільством як добре і справедливе. Засобами виникнення принципів римського права був не тільки вплив грецької філософії на світогляд римських юристів.

Розглядаючи роль принципу справедливості у римському договірному праві, необхідно окремо розглянути його роль у тлумаченні договорів. Тлумачення договору допомагає подолати прогалини у праві. Римське право вимагало тлумачення відповідно до принципу справедливості.

Відповідно до принципу справедливості договір має виконуватися належним чином і відповідно до мети договору.

Не може мати сили такий договір, який не має визначеного змісту. Коли боржник бере на себе зобов'язання надати кредиторіві щонебудь на свій розсуд, відносини набувають неділового характеру. Наприклад, вільний розсуд боржника у певних рамках є можливим. Ульпіан (Д.2.14.49) визнає дійсним договір займу, в якому наємнику надається право повернути зайняту суму не повністю, а в міру можливостей. Якщо ж боржник зобов'язується надати щонебудь на розсуд кредитора, він опиняється в становищі повної залежності від кредитора, що суперечить «добрим нравам». (Новицкий И. Б. Римське право. — М.: Теис, — 1993 — С. 128)

Тісно пов'язана зі змістом договору — мета договору, тобто найближча мета, заради якої укладається договір. Недосягнення каузи (мети договору) призводить до визнання його недійсним.

Нормальний спосіб виконання договору — є його належне виконання. Ульпіан зазначає: «Справедливість цього едикту впливає із самої природи. Бо що ще більше відповідає людській порядності, ніж дотримуватись того, про що вони (люди) домовилися». (Д. 14.1.).

Належне виконання договорів було одним із основних принципів виконання зобов'язань і проявом принципу справедливості. Ще в епоху панування формалізму одного виконання зобов'язань було недостатньо: зобов'язання погашалось актом, протилежним тому, за допомогою якого його було встановлено.

ГОНЧАРЕНКО В. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

СУЧАСНА КОНЦЕПЦІЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІНСТИТУТІВ СПІЛЬНОГО ІНВЕСТИВАННЯ В УКРАЇНІ

Проблема захисту прав інвесторів є найголовнішою на фондовому ринку України. Діяльність інституційних інвесторів у небанківському фінансовому секторі суттєво позвавилась завдяки прийняттю Закону

Україні «Про інститути спільного інвестування (корпоративні та пайові інвестиційні фонди)» (далі — Закон про ІСІ) від 15 березня 2001 року. На основі цього Закону в Україні виникла нова індустрія спільного інвестування, яка налічує більше 344 компаній з управління активами. Станом на березень 2014 року в Україні було зареєстровано 1316 фонди, 1049 з яких — венчурний (станом на 3 квартал 2013 року. Така структура пояснюється використанням венчурних фондів не за їхнім прямим призначенням — фінансування інновацій і т. п., а для мінімізації податків. На сьогодні діє новий Закон України «Про інститути спільного інвестування» (далі — Закон) від 05.07.2012, що набув чинності 1 січня 2014 року і який є фактично модернізованою й оновленою редакцією попереднього Закону Про ІСІ.

Інститутом спільного інвестування відповідно до Закону визнається корпоративний або пайовий фонд. Для управління активами ІСІ в Законі передбачене створення спеціальних компаній (Компаній з управління активами). Компанія з управління активами (далі — КУА) — господарське товариство, створене відповідно до законодавства у формі акціонерного товариства або товариства з обмеженою відповідальністю, яке провадить професійну діяльність з управління активами інституційних інвесторів на підставі ліцензії, що видається Комісією.

КУА покликані виконувати функції професійного інвестиційного аналітика і брати на себе відповідальність перед інвесторами за прибутковість та зворотність інвестицій.

Така модель «керуюча компанія — фонд» раніше вже була успішно впроваджена в Російській Федерації і довела свою життєздатність. На сьогодні саме російські КУА є найбільшими інвесторами в економіку Росії і найбільшими гравцями на російських фондових біржах.

Для недопущення на ринок несумлінних і непрофесійних управителів Законом передбачений процес ліцензування компаній з управління активами Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку. При ліцензуванні виставляються вимоги до статутного капіталу компанії (7000000 гривень (п. 3 ст. 1 розд. 2 Ліцензійних умов провадження професійної діяльності на фондовому ринку (ринку цінних паперів) — діяльності з управління активами інституційних інвесторів (діяльності з управління активами), затверджене Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку від 23.07.2013 р.) і має одночасно управляти активами інституційних інвесторів у сумі не менше 250 млн грн. для управління недержавними пенсійними фондами (п. 4 ст. 1 розд. 2 Ліцензійних умов провадження професійної діяльності на фондовому ринку (ринку цінних паперів) — діяльності з управління активами інституційних інвесторів (діяльності з управління активами), затверджене Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку

від 23.07.2013 р.), кваліфікації персоналу, матеріально-технічної бази, приміщень та ін.

Найбільша кількість ІСІ зосереджена в м. Києві — 841, а взагалі за станом на 31 грудня 2012 р. ІСІ провадили свою діяльність в 15 областях України.

Загальна сума активів ІСІ за станом на кінець 2012 року становила 160,42 млрд грн, з яких 11,69 млрд грн склали активи невенчурних ІСІ, з яких найбільша питома вага припадає на закриті недиверсифіковані фонди — 158,22 млрд грн). Загальна сума чистих активів ІСІ за 2012 р. становить 141,39 млрд грн. Частка венчурних фондів у загальних активах ІСІ становила понад 93 %.

ЗУ «Про інститути спільного інвестування» передбачене створення фондів двох видів: корпоративних інвестиційних фондів (КІФ) і пайових інвестиційних фондів (ПІФ).

Корпоративні інвестиційні фонди створюються у вигляді акціонерних товариств. Управління активами корпоративного інвестиційного фонду на підставі відповідного договору здійснює компанія з управління активами (ч. 1 ст. 14 Закону). Зберігання активів корпоративного фонду здійснює на підставі відповідного договору зберігач активів корпоративного фонду (ч. 2 ст. 14 Закону). Рішення про укладення або розірвання договору з КУА приймають загальні збори акціонерів акціонерного товариства. З моменту укладення такого договору право підпису платіжних документів і прийняття рішень щодо напрямків витрати коштів КІФа переходить до КУА. Договір між корпоративним фондом і компанією з управління активами про управління активами корпоративного фонду та договір між корпоративним фондом і зберігачем активів корпоративного фонду укладаються на строки, визначені сторонами договорів. Дію таких договорів може бути продовжено за рішенням загальних зборів учасників корпоративного фонду (ч. 2 ст. 14 Закону).

Пайові інвестиційні фонди створюються компанією з управління активами у визначеному Законом порядку. Пайовий, інвестиційний фонд вважається створеним з дня його реєстрації у реєстрі ІСІ. ПІФ не є юридичною особою і не може мати посадових осіб, за своєю сутністю він являє собою лише грошовий рахунок, відособлений від власних активів КУА.

ДАВИДОВА І. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

ДО ПИТАННЯ ПРО СПІВВІДНОШЕННЯ РЕСТИТУЦІЇ ТА ВІНДИКАЦІЇ

Визнання правочину недійсним і застосування наслідків його недійсності відноситься законодавцем до способів захисту цивільних прав (в широкому розумінні). Ефективний цивільно-правовий захист обороту в цілому може забезпечуватися лише за допомогою належного захисту суб'єктивних прав конкретних осіб.

За загальним правилом, встановленим ст. 216 ЦК України, основним наслідком укладення правочину, що не відповідає вимогам закону і визнається недійсним, є двостороння реституція, яка полягає в тому, що кожна сторона недійсного правочину має повернути іншій стороні все, що вона одержала на виконання такого правочину. Якщо повернути в натурі отримане за правочином, що є недійсним, неможливо (наприклад, предметом правочину було користування майном, надання послуг тощо), то підлягає поверненню вартість того, що одержано.

Разом з тим, на практиці ми стикаємося з ситуаціями, коли застосування реституції неможливо, наприклад, майно за відплатним договором придбане в особи, яка не мала права його відчужувати про що набувач не знав та не міг знати. Відповідно до ст. 204 ЦК України діє презумпція правомірності правочину, тобто правочин є дійсним до того моменту, поки суд не визнає його недійсним. Виходячи з положень ст. 204 ЦК України для того щоб повернути своє майно, власнику необхідно спочатку визнати відплатний договір, на підставі якого особа, яка не мала права на відчуження майна відчужила добросовісному набувачу майно власника, недійсним. У даному випадку, коли укладено правочин про відчуження майна між особою, що не мала права на відчуження майна та добросовісним набувачем, не може бути застосовані норми про реституцію, адже фактично позов про визнання договору недійсним заявляє, по-перше власник, тобто особа, що не є стороною за договором, а по-друге, вважається за неприпустиме повернення майна не власнику — особі, що не мала права на відчуження майна, договір якої з добросовісним набувачем визнається недійсним. В цьому випадку за умови неможливості застосування реституції як наслідку недійсності правочину, необхідно застосувати віндикацію, яка і буде спеціальним видом наслідку недійсності правочину.

В цивільному праві віндикація визначається як спосіб захисту прав власності, за допомогою якого власник може витребувати своє майно

з чужого незаконного володіння — від недобросовісного володільця, а якщо воно придбане безоплатно, то і від добросовісного набувача незалежно від того, як це майно вибуло з володіння власника. Від добросовісного набувача, який оплатно придбав майно, воно може бути витребуване лише у разі, якщо було загублене власником або особою, якій сам власник передав це майно у володіння (наприклад, у тимчасове користування), викрадене у них або вибуло з їхнього володіння будь-яким іншим шляхом всупереч їхній волі.

У разі витребування майна з чужого незаконного володіння власник має право вимагати від особи, яка знала або повинна була знати, що її володіння незаконне (недобросовісний володілець), повернення або відшкодування всіх доходів, які вона одержала або повинна була одержати за весь час володіння; від добросовісного ж володільця — всіх доходів, які він одержав або мав одержати з того часу, як дізнався або повинен був дізнатися про неправомірність володіння чи одержав повістку за позовом власника про повернення майна. Володілець майна має право вимагати від власника відшкодування зроблених ним необхідних витрат на утримання майна з часу, з якого власникові належать доходи від майна.

Важливим для практики є питання розмежування поняття добросовісності і недобросовісності набувача. Відповідно до позиції законодавця добросовісним має вважатися той набувач, який не знав і не міг знати, що набуває майно у особи, яка не має права його відчужувати, недобросовісним володільцем — та особа, яка знала або могла знати, що її володіння незаконне.

Недобросовісними мають вважатися особи, які заволоділи майном або одержали майно в результаті скоєння злочину (наприклад, крадіжки, грабежу, розбою, шахрайства), що встановлено в порядку, передбаченому законом. При цьому такі особи завжди мають вважатися такими, що знали про незаконність свого володіння.

Недобросовісними можуть вважатися також особи, які одержали майно за рахунок інших осіб без достатньої підстави, встановленої законом або договором, якщо їм було відомо або згодом стало відомо про безпідставність володіння таким майном. Нарешті, недобросовісними можуть бути визнані особи, які законно заволоділи чужим майном (знахідкою, безхазяйним майном тощо), але не розпорядилися ним відповідно до вимог закону. Від них таке майно також може бути витребуване власниками.

За законом, як добросовісний, так і недобросовісний володілець має право вимагати від власника відшкодування зроблених ним необхідних витрат на майно з того часу, з якого власникові належать доходи від майна. Крім того, добросовісний володілець має право залишити за

собою зроблені ним поліпшення, якщо вони можуть бути відокремлені без пошкодження речі, а якщо це неможливо, добросовісний володілець має право вимагати відшкодування зроблених на поліпшення витрат, але не більше розміру збільшення вартості речі (ст. 148 ЦК). Отже, недобросовісний володілець взагалі не має права вимагати від власника повернення віддільних від речі поліпшень та відшкодування вартості невіддільних поліпшень. Тим самим законодавець надає переваги у захисті власнику, оскільки недобросовісному володільцю було відомо про незаконність свого володіння майном, а відтак і його поліпшень.

ДРІШЛЮК А. І.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

КОРПОРАТИВНІ ПРАВИЛА ЯК ДЖЕРЕЛО ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Розширення кола джерел цивільного права України пов'язане як з розширенням кола відносин, які регламентуються цивільним законодавством, так і зміною ідеологічного та законодавчого підходу до їх врегулювання. Слід зауважити, що незважаючи на те, що Цивільний кодекс України та прийняті на його основі інші нормативно-правові акти, зокрема закони, поряд з цивільним договором, залишаються основними джерелами цивільного права України, важливою формою приватного регулювання цивільного обігу виступають корпоративні норми поведінки. Своє закріплення вони отримують у вигляді установчих документів господарських товариств, договорів про приєднання, статутів різноманітних громадських організацій та інших актів цивільно-правового характеру. Як підкреслювалось в літературі такі акти приймаються відповідно до вимог цивільного законодавства і вимагають певної поведінки від осіб, на яких поширюється їх дія (Заїка Ю. О. Українське цивільне право. 2008, с.32).

Аналіз сучасної літератури дозволяє виділити тенденцію, щодо зміни характеру нормативно-правового акту з державного на недержавний, на що звертається увага дослідниками, оскільки якщо йдеться про акти окремих організацій і їх посадовців, то ці організації (комерційні і некомерційні), що створюються на основі цивільного законодавства, у більшості випадків є недержавними. Так, на думку Е. П. Грігоніса нормативно-правовий акт в сучасних умовах це письмовий (писаний) юридичний документ, що містить в собі норми права, витікаючи від

органів держави, місцевого самоврядування, органів управління окремих організацій або їх посадовців або що приймається безпосередньо народом (Григонис Э. П. К вопросу о соотношении государства и права (критический обзор современных учебников по теории государства и права). 2007, с. 51.).

В. О. Потапов під корпорацією розуміє господарське товариство, що є об'єднанням осіб і капіталів для підприємницьких цілей, учасники якого організовані на принципах членства і несуть обмежену відповідальність своїм майном по зобов'язанням всього об'єднання, яке має певну внутрішню структуру, яка виражається в наявності у нього органів управління, наділених відповідними повноваженнями, і що здійснює певну діяльність, яка підлягає самостійному врегулюванню, а також має право на відповідну правотворчість діючої системою права. Корпоративні нормативно-правові акти на думку вказаного автора, є різновидом локальних нормативно-правових актів (Потапов В. А. Корпоративные нормативные акты как вид локальных актов. 2006, с.16,18). При цьому акти громадських організацій за радянською традицією продовжують називати корпоративними актами.

Разом з тим, на думку Є. А. Суханова акти корпоративного і договірної права (статути юридичних осіб, рішення загальних зборів господарських суспільств, договори у вигляді типових форм), не можуть включатися в число джерел цивільного права, оскільки вони ніяк не відповідають приватноправовій природі відносин, що становлять предмет цивільного права. Російський науковець вважає, що велика кількість джерел правового регулювання таїть в собі небезпеку не тільки надмірної регламентації, але і... певного свавілля правозастосувачів (Суханов Е. А. Источники российского гражданского права. 2005, с.94–95.). Як вважає дослідник, такого роду індивідуальні акти, або акти локального характеру, які не приймаються органами державної влади і не містять загальнообов'язкових для невизначеного круга суб'єктів права розпоряджень (правових норм), не можуть вважатися джерелами права. Корпоративні акти, як і договори, зокрема типові, вважає Є. А. Суханов в механізмі цивільно-правового регулювання виконують роль юридичних фактів, а не правових норм (Суханов Е. А. Источники российского гражданского права. 2005, с.100).

Інший російський дослідник М. М. Семякін, підкреслював, що акти корпоративного характеру і договори, безумовно, характеризуються цілим рядом особливостей в порівнянні із звичними нормами цивільного права, зокрема всі вони відносяться до актів так званого локального і індивідуального регулювання суспільних відносин і, звичайно, не встановлюють, та і об'єктивно не можуть встановлювати, «загальнообов'язкових» норм. Тому відносити їх до джерел цивільного

права, як вважають деякі автори, не можна. На думку М. М. Семякіна конструкція джерела цивільного права сформувалася і закріпилася в науці для позначення таких форм права, за допомогою яких встановлюються, змінюються, доповнюються саме «загальнообов'язкові» норми права, а не які-небудь інші правила, зокрема, локального або договір-ного характеру, і тому немає ніякої необхідності в даний час «ламати» загальноприйняту вказану конструкцію. Необхідно просто мати на увазі, що крім джерел цивільного права, де міститься переважна маса норм цивільного права, є деякі інші правові форми, що не є джерелами цивільного права, в яких (інших формах) також можуть бути сформу-льовані (встановлені) відповідні правила поведінки для цивільних від-носин (Семякин М. Н. Источники российского гражданского права: проблемы теории и практики. 2010, с.36–37). Такий підхід російський дослідників, цілком логічний з точки зору постпозитивіського підходу до системи джерел цивільного права, який домінує в російській циві-лістиці. Разом з тим, якщо виходити з того, що право має об'єктивний характер, спрямоване на забезпечення існування людини в соціумі, і лише його частина знаходить своє вираження в нормативно-правових актах, то подальший розвиток права в приватноправовій сфері буде здійснюватися в різних правових-формах, зокрема корпоративних актах, які незважаючи на те, що встановлюють локальні правила по-ведінки для учасників приватно-правових відносин, що не можуть принципово відрізнити від загальноновизнаних правил поведінки в приватно-правовій сфері, які в більшості випадків встановлюються не державою, а самими учасниками цих відносин. Наведене дозволяє стверджувати, що місто корпоративних актів в системі джерел цивіль-ного право України слід визначати з врахуванням їх регуляторної сили, кола відносин та їх специфічного характеру, які ними врегульовані, що призводить нас до висновку про їх допоміжний характер як джерела цивільного права, який поки що не має формального закріплення на рівні закону в такої якості.

ДОСЛІДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ГАРАНТІЇ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: МЕТОДОЛОГІЧНІ ПИТАННЯ

Набувши популярності як засіб забезпечення зобов'язань, гарантія поступово знаходить дедалі більше застосування в різних сферах цивільно-правових відносин, основними з яких є: 1) гарантії, що надаються при проведенні конкурсів, тендерів тощо; 2) гарантії, що надаються для забезпечення виконання різноманітних договорів; 3) гарантії, що надаються у сфері митних відносин.

З приводу застосування гарантії у зазначених вище групах правовідносин слід зазначити таке.

За своєю сутністю гарантії, які надаються у сфері митних відносин є інститутом публічного права, що зумовлює недоцільність розгляду правового регулювання відповідних відносин у межах даного дисертаційного дослідження.

Що ж стосується «гарантій укладення договору» та «гарантій виконання договорів», то вони належать до інституцій приватного (цивільного) права. Разом із тим, «гарантії укладення договору» за своєю сутністю та призначенням є цільовими, що істотно звужує сферу їх застосування. Тому далі здається доцільним зосередитися на аналізі положень гарантії як засобу забезпечення зобов'язань, передусім, на підґрунті розгляду «гарантій виконання договорів», одночасно маючи на увазі, що цим не вичерпуються можливості та сфера застосування гарантії.

Спираючись на таке посилання методологічного характеру, саме і можливо здійснювати розгляд питань формування сучасного інституту гарантії у цивільному законодавстві.

Крім того, дуже широкого поширення при вивченні вказаного інституту, порівняно із іншими інститутами цивільного права України, має метод порівняльного аналізу, який дає змогу здійснити порівняння головних положень про забезпечення зобов'язань гарантією з суміжними відносинами та правовими інститутами, а також провести огляд законодавчих рішень в іноземних законодавствах. Натомість метод історичного аналізу уявляється доцільним до застосування, головним чином, для встановлення чинників формування гарантії як способу забезпечення зобов'язань, визначення тенденцій та характеру її розвитку. Пояснюється це наступним.

Хоча появу прототипу гарантії можна віднести ще до часів класичного римського приватного права, усе ж таки за своєю сутністю та

призначенням гарантія являє собою, передусім, інститут сучасного цивільного права.

Із цих підстав деякі цивілісти вважають, що гарантія, як правова категорія з'явилася досить пізно, а як правовий інститут, сформувалася у міжнародному приватному праві, оскільки вперше почала застосовуватися у сфері міжнародних фінансово-кредитних відносин, коли виникла потреба у правовому інструменті, який давав би можливість без зайвих зусиль компенсувати шкоду, завдану внаслідок невиконання зобов'язань за договором. При цьому на користь такого підходу наводилися такі докази.

Для кредитора за основним зобов'язанням особливий інтерес являє не лише наявність забезпечення, однак головним чином його надійність. Для використання в міжнародних відносинах в якості забезпечення таких відомих засобів, як застава, неустойка, притримання майна боржника, завдаток є незручними у зв'язку з певними обставинами. Так Г. Ф. Шершеневич зазначав, що «коли страх перед неустойкою є стимулом до виконання зобов'язання, то дія її полягає в залежності від можливостей боржника взагалі виконувати свої зобов'язання. Коли майновий стан його погіршився, то боржник не в змозі сплатити ані основної суми, ані неустойки. Завдаток являє собою ще менш досконалий засіб забезпечення тому, що сума завдатку є звичайно невеликою, інакше видати її було б важко, а між тим, якщо для боржника ухилення від головного зобов'язання є вигідним, то він залюбки пожертвує завдатком».

Використання поруки не забезпечує особливої надійності, оскільки крім вказаної вище причини необхідною є перевірка репутації поручителя, його платоспроможності. Тому бажано, щоб на стороні поручителя виступав банк, який має можливість здійснювати виплати грошових сум практично негайно. Однак бути поручителем є незручним для банку, оскільки банк, будучи солідною організацією, не може дозволити собі детально вивчати взаємовідносини між кредиторами та боржниками (що є необхідним для поручителя, оскільки він замінює неплатоспроможного боржника та замість нього вступає у відносини з кредитором) — для цього у банків немає ані часу, ані бажання, ані спеціалістів.

На підґрунті міркувань такого роду висловлювалася досить слушна думка стосовно того, що, будучи готовими виступити як особа, яка (за відповідну винагороду) гарантує виконання зобов'язання боржником, банки, разом із тим, не бажать витратити час та сили на наступні спори з клієнтом з приводу того, чи був обов'язковим зроблений платіж та чи виникають у банку, який виконав зобов'язання за боржника, право на регресні вимоги.

На думку багатьох авторів, саме таким чином, виникла необхідність у пошуку надійного юридичного інструменту, котрий виявився би новим

ефективним способом забезпечення виконання зобов'язань. Таким інструментом стає гарантія, завдяки застосуванню котрої як суб'єкт гарантійного зобов'язання (особа, яка гарантує виконання зобов'язання боржником) можуть виступати банки, фінансово стійкі підприємства чи спеціальні установи, що мають у своєму розпорядженні відповідні грошові кошти.

ЗУБАР В. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

КРИТЕРІЙ ПОДІЛУ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ НА ОСІБ ПУБЛІЧНОГО ТА ПРИВАТНОГО ПРАВА

Класифікувати юридичні особи можна за різними підставами, але з усієї різноманітності класифікацій юридичних осіб, які пропонувалися у вітчизняній цивілістиці, в ЦК України фактично використана лише одна — поділ юридичних осіб на осіб приватного права та осіб публічного права. ЦК України вперше закріпив такий поділ. При цьому критерієм такого поділу став порядок створення тих або інших юридичних осіб. Зокрема, ч. 2 ст. 81 ЦКУ України встановлює, що юридичні особи, залежно від порядку їх створення, поділяються на юридичні особи приватного права і юридичні особи публічного права. Юридична особа приватного права створюється на підставі установчих документів відповідно до статті 87 ЦК України. Юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органом місцевого самоврядування.

На думку Р. А. Майданика, запропонований поділ перш за все пов'язаний з дуалізмом права та визначення юридичної особи у якості інструменту участі в цивільному обігу (Майданик Р. А. Юридические лица публичного права в украинском и международном праве. /Альманах цивилистики: Сборник статей. Вып. 3 / Под ред. Р. А. Майданика. — К.: Алерта; КНТ; Центр учебной литературы, 2010. С. 148). При цьому слід зазначити, що далеко не всі цивілісти визнають взагалі необхідність поділу юридичних осіб на осіб публічного та приватного права. Серед противників такого поділу можна виділити О. В. Венедиктова, С. М. Братуся, Є. О. Суханова, В. І. Сенішева та інших.

У ст. 81 ЦК України запропонований критерій поділу юридичних осіб за способом утворення (розпорядчий спосіб). Зазначений критерій

не є універсальним, оскільки розпорядчим способом можуть утворюватися і юридичні особи приватного права, засновані державою або територіальними громадами.

Питання щодо критерію поділу юридичних осіб на осіб публічного та приватного права в літературі залишається дискусійним. Серед інших критеріїв можна виділити наступні. У разі виділення критерія мети передбачається, що юридичні особи публічного права виконують публічні цілі, а юридичні особи приватного права створюються для реалізації приватно-правових завдань. І. М. Кучеренко до ознак юридичної особи публічного права відносить таку мету діяльності, як реалізація публічних інтересів (завдань, функцій) (Кучеренко І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права: монографія/ І. М. Кучеренко. — К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. — С. 7–8). Зазначений критерій дуже схожий до «критерію інтересу» при поділі права на публічне та приватне. Основне заперечення щодо цього критерію полягає у тому, що у сучасних правовідносинах інколи дуже важко чітко розділити діяльність у приватному та публічному інтересі.

Критерій публічних повноважень пропонується у зв'язку з тим, що більшість юридичних осіб публічного права мають владні повноваження стосовно третіх осіб, здійснюючи їх шляхом видання відповідно нормативно-правових актів, що стають обов'язковими для виконання останніми. Юридичні особи приватного права на відміну від юридичних осіб публічного права не наділені можливістю видавати нормативно-правові акти.

Критерій форми юридичні особи. На відміну від юридичних осіб публічного права, де неможливе встановлення вичерпного переліку організаційно-правових форм, для юридичних осіб приватного права законодавством передбачений певний обмежений перелік таких форм

Критерій наявності конституційних прав та свобод. Л. Л. Чантурія виділяє також таку особливість юридичних осіб приватного права за якою, вони, як правило, є суб'єктами основних прав та свобод, визначених конституцією, а для юридичних осіб публічного права така можливість не передбачена. Це обумовлено сутністю та значенням цих прав, що направлені на захист суб'єктів приватного права від втручання держави. Оскільки юридичні особи публічного права самі є державними організаціями, то відсутня необхідність у їх захисті від держави (Чантурія Л. Л. Юридические лица публичного права: их место в гражданском праве и особенности правового регулирования. // Государство и право — 2008. — № 3. — С. 40–41).

Критерій правосуб'єктності та компетенції пропонується протинниками поділу юридичних осіб на осіб публічного та приватного права.

Суть їх аргументів полягає у тому, що категорія «правосуб'єктність» відносно юридичних осіб публічного права має бути замінена на категорію «компетенція». Сенішев В. І. зазначає, що компетенція є нерозривним сплавом функцій, прав та обов'язків (Сенишев В. И. К вопросу о «юридических лицах публичного права»// Материалы международной научно-практической конференции «Проблемы модернизации Гражданского кодекса Российской Федерации». — М.:Статут, 2011. — С. 26).

Сутність плюралістичного критерію полягає у тому, що не існує єдиного критерію для поділу юридичних осіб на юридичних осіб публічного та приватного права. Специфіка юридичних осіб публічного права полягає у тому, що їм притаманна ціла низка особливостей, що виділяються за різними критеріями.

ГЕРЦ А. А.

Львівський національний університет ім. Івана Франка,
доцент кафедри цивільного права та процесу,
кандидат юридичних наук, доцент

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ МЕДИЧНОГО СТРАХУВАННЯ В УКРАЇНІ

Враховуючи ту ситуацію, яка на сьогодні склалася у нашій державі очевидним є те, що одним із важливих напрямків соціально-економічної політики України є формування нової моделі системи охорони здоров'я, яка повинна відповідати міжнародним стандартам. У зв'язку із цим особливо актуальним є запровадження ефективного медичного страхування, яке вже давно існує у більшості цивілізованих і демократичних державах світу.

Медичне страхування має глибокі історичні корені. Надання матеріальної допомоги громадянам у випадку хвороби здійснювалося ще в Древній Греції та Римській імперії. Однією з перших країн, де було запроваджено медичне страхування, є Німеччина. Система медичного страхування створена тут ще в 1881 році (http://ufin.com.ua/analit_mat/strah_gynok/084.htm).

Страхування згідно зі ст. 1 Закону України «Про страхування» — це вид цивільно-правових відносин щодо захисту майнових інтересів фізичних осіб та юридичних осіб у разі настання певних подій (страхових випадків), визначених договором страхування або чинним законодавством, за рахунок грошових фондів, що формуються шляхом сплати

фізичними особами та юридичними особами страхових платєжів (страхових внесків, страхових премій) та доходів від розміщення коштів цих фондів (<http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/85/96-ВР>).

Медичне страхування є різновидом особистого страхування, і полягає у забезпеченні надання страхувальникам (фізичним особам) необхідної медичної допомоги у разі настання страхового випадку передбаченого договором або законом за рахунок грошових фондів сформованих шляхом сплати відповідних страхових платєжів (страхових внесків, страхових премій).

Медичне страхування може здійснюватися у двох формах — добровільній або обов'язковій. Відповідно до ст. 6 Закону України «Про страхування» видами добровільного страхування є медичне страхування (безперервне страхування здоров'я), страхування на випадок хвороби та страхування медичних витрат. Натомість у ст. 7 Закону України «Про страхування» передбачено, що в Україні здійснюється такий вид обов'язкового страхування як медичне страхування, що нажаль не відповідає дійсності, оскільки до сьогодні так і не прийнято, незважаючи на численні спроби, жодного нормативно-правового акту про впровадження в Україні загальнообов'язкового державного медичного страхування. Спеціальними законодавчими актами передбачається обов'язкове страхування медичних працівників, які при здійсненні своїх професійних обов'язків контактують із людьми, хворими, наприклад, на туберкульоз чи інші небезпечні інфекційні захворювання, СНІД, тощо. Але таке страхування є соціальним, а не медичним.

Протягом останніх років на розгляд Верховної Ради України подавалося багато законопроектів про необхідність впровадження загальнообов'язкового державного медичного страхування (останній проект Закону України «Про загальнообов'язкове державне медичне страхування» № 2597—1 від 05. 04. 2013 р.). Однак у жодному із них не простежувалося обґрунтування правових підстав для досягнення балансу між обсягом фінансування галузі охорони здоров'я та обсягом державних гарантій надання безоплатної медичної допомоги. Недарма жоден із цих законопроектів не підтримується Міністерством фінансів України як такі, що не можуть бути реалізовані в межах наявних фінансових ресурсів.

Тому на сьогодні розробляється, як заявив чинний міністр охорони здоров'я України О. С. Мусій, новий законопроект, який планується в найкоротші терміни подати на розгляд Верховної Ради і прийняти до кінця 2014 року. Але з огляду на глибоку економічну кризу, яку зараз переживає Україна, Закон «Про загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування» не одразу ввійде у дію. Зокрема планується зробити так званий «перехідний період» (орієнтовно він буде тривати

2–3 роки) для підготовки системи охорони здоров'я, медичної громадськості, суспільства і в цілому держави до впровадження цієї форми медичного страхування.

Запровадження ефективної системи медичного страхування фактично на 90 % залежить від обсягу його фінансування. На сьогодні прийнято виділяти три форми фінансування у сфері охорони здоров'я: бюджетна (Англія, Італія), страхова (ФРН, Франція, Австрія) і змішана (США). У зв'язку із цим поряд із поняттям «медичне страхування» на практиці і серед науковців часто вживається термін «страхова медицина», які необхідно розмежовувати. Страхова медицина — це значно ширше поняття (порівняно з медичним страхуванням), оскільки стосується фінансування сфери охорони здоров'я. Вона охоплює фінансування наукових досліджень, підготовку кадрів, медичне обслуговування громадян.

У ст. 3 проекту Закону України «Про загальнообов'язкове медичне страхування» № 2597–1 від 05.04.2013 р. зазначається, що обов'язковомедичне страхування полягає у тому, що у разі виникнення страхового випадку застрахованій особі надається медична допомога за кошти бюджету Фонду обов'язкового медичного страхування. Отже, однією із умов для запровадження в Україні обов'язкового медичного страхування має бути створення спеціального Фонду (щось на зразок Фонду соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань), як некомерційної самоврядної організації, що буде виконувати функцію єдиного страховика у державі, як, наприклад, це є у Польщі.

Згідно проектів законів, зареєстрованих у Верховній Раді України суб'єктами такого виду страхування є 1) *страхувальники*; 2) *страховики*; 3) *застраховані особи*; 4) *медичні заклади або постачальники медичної допомоги*.

Важливою гарантією запровадження обов'язкового медичного страхування є те, що держава бере на себе обов'язок забезпечити рівний доступ для одержання необхідних медичних послуг всім громадянам незалежно від ознак раси, національності, віросповідання, віку, статі, стану здоров'я.

ЮРКЕВИЧ Ю. М.

Львівський національний університет ім. Івана Франка,
юридичний факультет, доцент кафедри цивільного права та процесу,
кандидат юридичних наук

АСОЦІАЦІЯ ЯК ДОГОВІРНА ФОРМА ОБ'ЄДНАНЬ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

В умовах функціонування багатокладної економіки та розвитку ринкових відносин, серед вагомих механізмів забезпечення цього процесу вважається створення об'єднань юридичних осіб, легальне визначення яких в українському законодавстві відсутнє. Водночас, зважаючи на історію становлення сучасного українського цивільного законодавства, що забезпечує правове регулювання створення, діяльності та припинення юридичних осіб, відсутність єдиного підходу до нормативного регулювання окреслених відносин на рівні Цивільного та Господарського кодексів України (далі — ЦК України та ГК України відповідно), вивчення та аналіз договірних форм об'єднань юридичних осіб залишається актуальним. Своєю чергою, необхідно відмітити, що відповідно до ст. 51 Угоди про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами (ратифіковано Законом України № 237/94-ВР від 10.11.94) сторони визнали, що важливою умовою для зміцнення економічних зв'язків між Україною та Співтовариством є зближення існуючого і майбутнього законодавства України з законодавством Співтовариства. Україна вживе заходів для забезпечення того, щоб її законодавство поступово було приведене у відповідність до законодавства Співтовариства.

Слід зазначити, що ГК України, на відміну від ЦК України, оперує поняттям «об'єднання підприємств». Серед організаційно-правових форм об'єднань підприємств ст. 120 ГК України визначає, в тому числі, асоціацію. Асоціація за законодавством України — це договірне об'єднання, створене з метою постійної координації господарської діяльності підприємств, що об'єдналися, шляхом централізації однієї або кількох виробничих та управлінських функцій, розвитку спеціалізації і кооперації виробництва, організації спільних виробництв на основі об'єднання учасниками фінансових та матеріальних ресурсів для задоволення переважно господарських потреб учасників асоціації. У статуті асоціації повинно бути зазначено, що вона є господарською асоціацією. Асоціація не має права втручатися у господарську діяльність підприємств — учасників асоціації. За рішенням учасників асоціація може бути уповноважена представляти їх інтереси у відносинах з органами влади, іншими підприємствами та організаціями. Так, для прикладу, згідно з

п. 2.2 Статуту Асоціації українських підприємств целюлозно-паперової галузі «Укрпапір» (Електронний ресурс. — Режим доступу: http://www.ukrpaper.org/charter_association.php), головною метою Асоціації є вироблення загальних позицій і інтересів членів Асоціації у всіх сферах економіки, без права втручання в їх виробничу і комерційну діяльність та прийняття управлінських рішень, представлення і захист прав її членів, сприяння економічному, технічному та соціальному розвитку підприємств целюлозно-паперового комплексу України та організацій, що працюють на ринку картонно-паперової продукції. Варто зауважити, що асоціація як форма об'єднань юридичних осіб відома і праву окремих сусідніх країн. Так, відповідно до ч. 4 ст. 46 Цивільного кодексу Республіки Білорусь (далі — ЦК Республіки Білорусь) допускається створення об'єднань комерційних організацій та (або) індивідуальних підприємців, а також об'єднань комерційних та (або) некомерційних організацій у формі асоціацій і союзів, об'єднань комерційних, некомерційних організацій та (або) індивідуальних підприємців у формі державних об'єднань. Згідно зі ст. 121 ЦК Республіки Білорусь комерційні організації та (або) індивідуальні підприємці, а також комерційні та (або) некомерційні організації з метою координації їх діяльності, представлення і захисту загальних інтересів можуть створювати об'єднання у формі асоціацій або союзів, які є некомерційними організаціями. Якщо за рішенням учасників на асоціацію (союз) покладається здійснення підприємницької діяльності, така асоціація (союз) перетворюється в господарське товариство або спілку в порядку, передбаченому законодавством, або може займатися підприємницькою діяльністю лише за допомогою створення комерційних організацій та (або) шляхом участі в них. Також, асоціація (союз), за законодавством Республіки Білорусь, є юридичною особою, а члени асоціації (союзу) зберігають свою самостійність і права юридичної особи, індивідуального підприємця. При цьому, як впливає зі змісту норм ЦК Республіки Білорусь, асоціація (союз) не відповідає за зобов'язаннями своїх членів, а члени асоціації (союзу) несуть субсидіарну відповідальність за її зобов'язаннями у розмірі та порядку, передбачених статутом асоціації (спілки). Відтак, слід констатувати, що існують істотні відмінності у правовому регулюванні асоціації, як договірної форми об'єднань юридичних осіб, не лише за законодавством України та держав Європейського Союзу, але й порівняно із законодавством колишніх радянських країн (як приклад наведені норми цивільного законодавства Республіки Білорусь). Власне, асоціації як формі об'єднань юридичних осіб за чинним законодавством України притаманні такі риси: (1) можуть створюватися у формі як комерційних, так і некомерційних юридичних осіб; (2) учасниками асоціації відповідно до законодавства України можуть виступати виключно

підприємства, тобто юридичні особи; (3) асоціація в Україні визнається договірним об'єднанням; (4) ГК України передбачає, що підприємства-учасники не відповідають за зобов'язаннями об'єднання, якщо інше не передбачено установчим договором або статутом об'єднання; (5) підприємство-учасник об'єднання може в будь-який час вийти з його складу із збереженням взаємних зобов'язань та укладених договорів з іншими суб'єктами господарювання; (6) за законодавством України асоціація може бути реорганізована в інше об'єднання, тощо.

Підсумовуючи вищенаведене, підтримуючи позицію про необхідність продовження процесу адаптації законодавства України з правом країн Європейського Союзу (яке, як правило, не наділяє досліджувані організації статусом юридичних осіб), все ж вважаємо зазначити про доцільність запозичення і позитивного досвіду цивільного законодавства сусідніх держав. Це, зокрема, стосується можливості створення асоціації фізичними особами-підприємцями та встановлення субсидіарної відповідальності учасників асоціації за її зобов'язаннями в порядку і на умовах, визначених договором.

КОСТОВА Н. І.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, асистент

ПОНЯТТЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА ЯК ГАЛУЗІ ПРАВА

Терміном «цивільне право» охоплюється кілька взаємозалежних, але не тотожних понять. Необхідно розрізнити цивільне право як галузь права, галузь законодавства й галузь правової науки. При цьому насамперед особливо повинне бути виділене поняття цивільного права як галузі права через його основне значення. Право України в цілому є сукупність установлених або санкціонованих державою норм, розрахованих на регулювання й охорону відносин суспільства, що представляє їм. Але це не проста, а систематизована сукупність норм. Вона підрозділяється на певні галузі залежно від специфіки норм і регульованих ними відносин. Однієї з таких галузей у системі права України і є цивільне право (Цивільний кодекс України. Коментар (науково — практичний) Харків, 2004 р. с. 9).

Становлення незалежної й суверенної України як правової держави, що опирається на принципи цивільного суспільства, заснованого на різноманітні форм власності й підприємництва, усілякому захисту невід'ємних прав особистості, обумовило й зовсім інший характер її

цивільного права. Інакше кажучи, сучасне цивільне право України — це право такої стадії нового суспільства, коли завершується перехід від ігнорування приватно-правових початків у цивільному праві, до формування цивільного права як права частки, до встановлення такої системи взаємин держави й цивільного суспільства, коли держава підкоряється служінню цивільному суспільству.

Сучасне цивільне право всіх цивілізованих держав, у тому числі й України, регулює, через ускладнення суспільного виробництва й пов'язаних з ним інших сфер громадського життя людей, численні й різноманітні відносини як за участю громадян, так і за участю організації. Відповідно більш широко розуміється й цивільне суспільство. Таким вважається суспільство, у якому громадяни й організації, будучи зовсім самостійними в правовому відношенні, зв'язані один з одним винятково взаємними інтересами й діють, керуючись цими інтересами, за своїм розсудом.

Отже, сучасне цивільне право України - це встановлена або санкціонована державою сукупність норм, які відбивають інтереси окремих осіб як членів цивільного суспільства, сприяють на основі їхніх волевиявлень досягненню не суперечному закону цілей, забезпечує ним можливості для застосування своїх творчих сил, здатностей і дарувань, створюють умови для всебічного розвитку особистості (Цивільне право України: Академічний курс: Підручник: У 2 т. — К., 2007, изд-во Ин Юре с. 7).

Іншу галузь права України утворюють норми публічного права — державно-правові, адміністративно-правові, кримінально-правові й деякі інші, стосовні до статусу й стану держави, що відбивають його інтереси, що забезпечують функціонування всіх владних структур держави, що припиняють здійснення суспільно-небезпечних дій і встановлюють відповідальність осіб, їх що зробили, перед державою.

У правовій державі, у якому розмежовуються поняття цивільного суспільства й політична організація суспільства, розподіл права на цивільне (приватне) і публічне є об'єктивним розподілом. Проведене в Україні реформування всієї правової системи на якісно нових початках також припускає визнання об'єктивного розподілу права на приватне (цивільне) і публічне.

Однак, незважаючи на незбіжне призначення приватного (цивільного) і публічного права, ці дві галузі права утворюють єдність — цілісну систему права України, у якій кожна з галузей права становить її органічну частину. Це єдність зазначених галузей права ґрунтується на єдності волі народу України, вираженої в нормах цих галузей права, на вимозі погодженого регулювання відносин цивільного суспільства й відносин у сфері владної діяльності держави, що не може бути відділена

від цивільного суспільства. Тільки в єдності всіх своїх галузей право забезпечує всебічне регулювання сукупності всіх відносин, які складаються в процесі функціонування цивільного суспільства й держави.

Однак ясно й те, що кожна галузь права, регулюючи відносини у своїй області, по особливому впливає на них своїми нормами, здійснює властиві їй функції. Це значить, що єдність права не виключає, а навпроти, припускає чітке визначення місця кожної галузі в його системі, змісту й границь їхньої дії. Відносини цивільного суспільства первинні в порівнянні із владовідносинами. Тому й місце цивільного права характеризується тим, що воно в системі права в цілому відіграє роль своєрідних норм. Держава, як було сказано, покликано служити цивільному суспільству. Природно, що нормам цивільного права властиві свій метод впливу на регульовані ними відносини. Регулюючи відносини, вони здійснюють і властиві їм функції. Однак, хоча дані норми виходять від держави, є результатом його правотворчої діяльності, їхній специфічний характер і зміст визначені умовами суспільного виробництва, і вони не можуть бути іншими, поки існують, що викликали їх до життя умови суспільного виробництва.

Тому у всій повноті визначити природу норм цивільного права можна лише попередньо з'ясувавши відносини, що становлять предмет їхнього регулювання, відносини, які в силу існуючих умов суспільного виробництва для свого врегулювання вимагають застосування норм саме цієї галузі права

(Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.) Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. Юрінком Інтер 2008 с. 6).

НЕКІТ К. Г.

Національний університет «Одеська юридична академія»
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

ВИЗНАЧАЛЬНІ ЗАСАДИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ РЕЧОВИХ ПРАВ: ДО ПИТАННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ КОНЦЕПЦІЇ

Визначальні засади правового регулювання речових прав: до питання вдосконалення концепції речових прав була розроблена ще римськими юристами. На сьогоднішній день речові права закріплені у всіх законодавствах світу. Проте підхід законодавців до правового регулювання речових прав дещо відрізняється. Розглянемо засади регулювання

речових прав в Україні та інших країнах з метою виявлення позитивно-го зарубіжного досвіду.

На думку дослідників (Резе А. Г. К вопросу об определении принципов вещного права / Актуальные проблемы гражданского права: Сб. статей. Вып. 9 / Под ред. Шилохвоста О. Ю. — М.: Норма, 2005. — С. 243—297), до сучасних принципів речових прав можна віднести: принцип абсолютності; принцип публічності; принцип визначеності (спеціальності); принцип закріплення речових прав у законі; принцип абстрактності.

Принцип абсолютності означає, що речові права, будучи абсолютними для всіх, можуть бути і порушені кожним, тому речові права у якості абсолютних забезпечені і абсолютним захистом за допомогою речових позовів (Васьковский Е. В. Учебник гражданского права. — М.: Статут, 2003. — С. 260—262).

Принцип абсолютності права власності знайшов своє закріплення у ч. ч. 1, 2 ст. 319 ЦК України, відповідно до яких власник має право володіти, користуватися та розпоряджатися своїм майном за власним розсудом та вчиняти щодо свого майна будь-які дії, що не суперечать закону. Крім того, абсолютність права власності проявляється у забезпеченні права захисту майна власника від будь-яких посягань, що закріплено у ст. ст. 386—394 ЦК України. Зокрема, у ст. 386, ст. 387, ст. 391 ЦК України закріплені можливості власника використовувати віндикаційний, негативний та прогібиторний позови з метою захисту свого права власності.

Принцип публічності речових прав припускає необхідність надання гласності речовим правам, доведення інформації про зміст і види речових прав до третіх осіб з метою захисту цих прав від порушень, а також з метою захисту прав та інтересів третіх осіб при укладенні угод з набуття майна. Сьогодні принцип публічності речових прав визнано у більшості європейських держав. Найбільш послідовно він знайшов своє закріплення у німецькій цивілістиці. З принципу публічності речових прав випливає обов'язковість державної реєстрації речових прав. Саме державна реєстрація дозволяє забезпечити публічність і достовірність інформації про зареєстровані права на нерухомість для третіх осіб і у цьому сенсі дозволяє захистити права та інтереси останніх.

У вітчизняному законодавстві принцип публічності речових прав та необхідність їх державної реєстрації закріплені, перш за все, у ст. 182 ЦК України, відповідно до якої право власності та інші речові права на нерухомі речі, обмеження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення підлягають державній реєстрації. Порядок проведення державної реєстрації прав на нерухомість встановлюється законом, зокрема, на сьогоднішній день порядок державної реєстрації речових прав

визначається Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 1 липня 2004 р., яким визначено правові, економічні, організаційні засади проведення державної реєстрації речових прав та їх обтяжень з метою забезпечення визнання та захисту державою цих прав, створення умов для функціонування ринку нерухомого майна.

Принцип визначеності (спеціальності) речових прав означає, що речові права можливі лише з приводу індивідуально-визначених речей і мають відноситись лише щодо останніх. Цей принцип проявляється в тому, що у випадку загибелі відповідної речі автоматично припиняється і речове право на неї (Резе А. Г. К вопросу об определении принципов вещного права / Актуальные проблемы гражданского права: Сб. статей. Вып. 9 / Под ред. Шиловхоста О. Ю. — М.: Норма, 2005. — С. 276). Закріплення цього принципу знаходимо у ст. 349 ЦК України, відповідно до якої право власності на майно припиняється у випадку його знищення.

Принцип закріплення речових прав у законі припускає фіксацію видів та змісту речових прав. Характерним для всіх речових прав є те, що речовими визнаються лише прямо визначені законом права (замкнуте коло речових прав, *numerus clausus*). Особи не вправі за своїм розсудом створювати нові різновиди речових прав, а також визначати їх зміст. Речові права не можуть бути породжені договором, договір може встановити лише таке речове право, яке закріплене законом. Так, ст. 317 ЦК України імперативно визначає зміст права власності, наділяючи власника повноваженнями володіння, користування і розпорядження його майном.

Принцип абстрактності речових прав є характерним для німецького цивільного права і на сьогоднішній день не знайшов свого закріплення у вітчизняній правовій системі. Проте, з урахуванням переваг його реалізації, які полягають у чіткому аналізі дій, необхідних для набуття права власності на річ, він є корисним з точки зору вдосконалення концепції регулювання речових прав.

Під абстрактністю у німецькій цивілістичній доктрині розуміється правове відокремлення речового договору, який лежить в основі каузального правочину. Тобто німецьке цивільне право виділяє специфічний вид договорів — речовий договір, характерний лише для речового права. У німецькому праві проводиться чітка межа між обов'язком передачі права власності на річ і переходом права власності як такого. Перехід права власності складає особливий («речовий») вид правочину. Отже, договір про передачу права власності називається речовим і є договором розпорядження або розпорядчим правочиним. Таке чітке розмежування двох стадій існування зобов'язання і їх договірне

оформлення дозволяє у випадку спору встановити наявність підстав нікчемності правочину у зобов'язальному або речовому договорі. Отже, принцип абстрактності проявляється у наступних правових наслідках: речовий договір, як правило, не залежить від дійсності зобов'язального договору, тобто речовий договір є абстрагованим від основного (зобов'язального) договору. Тобто речове правовідношення змінюється незалежно від того, чи є дійсним так званий каузальний правочин (Резе А. Г. К вопросу об определении принципов вещного права / Актуальные проблемы гражданского права: Сб. статей. Вып. 9 / Под ред. Шиловцова О. Ю. — М.: Норма, 2005. — С. 284–286).

ОРЗИХ Ю. Г.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

ДЕЯКІ ЗАСАДИ РЕФОРМУВАННЯ НОТАРІАТУ УКРАЇНИ

Метою Концепції реформування нотаріату України, що затверджено Наказом Міністерства юстиції України від 24.12.2010 року № 3290/5 є сприяння становленню цілісного підходу до визначення функцій нотаріату та побудови чіткої структури нотаріальних органів для надання населенню послуг правового та нотаріального характеру у відповідності до міжнародних стандартів, а також поступового і системного реформування українського нотаріату як інституту позасудового захисту цивільних прав фізичних та юридичних осіб. Однак, подальша деталізація першочергових заходів, які ставить перед собою дана концепція не враховує нагальні потреби суспільства у виконанні нотаріусом медіативної та представницької функцій.

Поняття «медіації» є абсолютно новим для українського законодавства і скоріше використовується у міжнародного праві для характеристики інституту альтернативного врегулювання конфліктів між державами або великим корпораціями міжнародного рівня. Проте медіація у країнах, як англо-саксонської так і романо-германської правових систем, використовується як засіб позасудового врегулювання конфліктів між сторонами сімейних, цивільних, господарських та інших конфліктів. Практика Франції та Німеччини, країн романо-германської правової системи, до яких відноситься Україна, ілюструє доволі сталий розвиток інституту медіації як окремої послуги, що надається нотаріусами. ([Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://brg-law.ru/rechtsanwaelte/Rechtsanwalt %20Notar %20Loth.html>.) Більш того, надання нотаріусами

вищезгаданих країн медіативних послуг направлено на реалізацію функції превентивного правосуддя, що закріплена Міжнародним союзом нотаріату. ([Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://www.uinl.org/146/fundamental-principles-of-the-latin-type-notarial-system->).

В свою чергу, можливість надання нотаріусами представницьких послуг особам, що до них звернулися також залишається поза увагою законодавства. Натомість, ніхто окрім нотаріуса не знає і не зобов'язаний знати, що потрібно для вчинення тієї чи іншої нотаріальної дії. Збирання документів та з'ясування інформації необхідної для вчинення тієї чи іншої нотаріальної дії не повинно бути проблемою клієнта, це повинно бути повноваженням нотаріуса.

Сьогодні це питання набирає особливої актуальності у площині здійснення спадкових прав, адже дуже часто спадкоємці не мають можливості займатися судовими процесами пов'язаними з отриманням певної інформації та документів, що необхідні для вчинення нотаріальної дії. Звісно, що в даному випадку нотаріус повинен дотримуватися неупередженості та нейтралітету. Якщо між сторонами правовідносин — клієнтами нотаріуса, існує конфлікт або він потенційно можливий нотаріус не має права здійснювати представницькі функції, окрім дій пов'язаних з примиренням сторін, тобто медіації, оскільки тут можливе звинувачення нотаріуса у необ'єктивності, що скомпрометує його особисто і кине тінь на престиж нотаріальної професії. Таким чином потреба суспільства у кваліфікованих представницьких та медіативних послугах, що надаються нотаріусами України є актуальною та потребує легітимації.

Представницькі повноваження нотаріуса законодавчо закріплені у пункті 1 Порядку надання відомостей з Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців, відповідно до якого нотаріуси, які мають доступ до Єдиного державного реєстру через Реєстраційний портал на підставі відповідних договорів з технічним адміністратором, при вчиненні нотаріальних дій.

Також здійснення нотаріусом представницьких повноважень передбачено пунктом 162 Порядку ведення Державного земельного кадастру, згідно якого витяги з Державного земельного кадастру про земельну ділянку надаються також нотаріусами під час вчинення нотаріальних дій за допомогою програмного забезпечення Державного земельного кадастру. Згідно пунктам 166, 175 цього Порядку нотаріус за дорученням власника земельної ділянки отримує витяг з Державного земельного кадастру під час вчинення нотаріальної дії щодо такої земельної ділянки.

Ці представницькі повноваження були надані нотаріусу задля зменшення навантаження на державні органи, зменшення черг, звільнення

звичайних громадян від необхідності витрачання часу на пошук кваліфікованих представників для збору та отримання документів, необхідних для вчинення певної нотаріальної дії.

Ця пропозиція має переконливе обґрунтування у французькому нотаріаті де нотаріус є практично єдиною фігурою, що постає на шляху клієнта до встановлення та реєстрації його прав на нерухомість, реалізуючи таким чином принцип «єдиного вікна».

Отже наділення нотаріусів України правом здійснення представницьких повноважень від імені своїх клієнтів надасть можливість нотаріусам: здійснювати представництво своїх клієнтів у державних, судових органах та приватних організаціях усіх рівнів та підпорядкованості; звільнить фізичних та юридичних осіб від необхідності витрачання часу на збір та отримання документів та інформації, необхідних для вчинення нотаріальної дії; здійснювати представництво клієнтів у судових процесах задля захисту їх законних прав та інтересів.

В свою чергу наявність законодавчо закріплених повноважень у сфері медіації дасть можливість нотаріусам: упереджувати майбутні сторони контрактів від правопорушень та їх небажаних наслідків у вигляді відповідальності; сприяти юридичній обізнаності суб'єктів правовідносин навіть за умови відсутності обов'язкового нотаріального посвідчення договору (контракту); упереджувати появу переддоговірного конфлікту між майбутніми сторонами контракту, що зменшує судове навантаження; здійснювати досудове урегулювання спірних ситуацій та конфліктів, що впливають з існуючих договірних стосунків сторін, що зменшує судове навантаження; проведення переговорів та установчих зборів юридичних осіб зі складною структурною організацією; упереджувати сімейні конфлікти, що засновані на складнощах інституту шлюбного контракту, спадкування, реалізації аліментних прав та виконання обов'язків, що дає можливості збереження основного осередку суспільства — сім'ї.

САФОНЧИК О. І.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

ДЕЯКІ ПИТАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА СПІЛЬНОЇ ЧАСТКОВОЇ ВЛАСНОСТІ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Спільна власність є різновидом права власності, що ускладнена множинністю суб'єктів, і є правовою формою об'єднання майна фізичних і юридичних осіб, держави, територіальних громад з метою співпраці, об'єднання їх зусиль для досягнення певної мети. Отже, право спільної власності — це право двох або більше осіб (співвласників) на один і той самий об'єкт (ст. 355 ЦК України). При цьому спільний об'єкт може складатися з однієї індивідуально-визначеної речі або сукупності речей, які можуть бути подільними або неподільними, проте як об'єкт права власності вони утворюють єдине ціле. Це означає, що право кожного із співвласників поширюється на весь об'єкт у цілому, а не на його частину. У зв'язку з цим для права спільної власності характерна множинність суб'єктів і єдність об'єкту.

Дослідженням даної проблеми займалися українські і російські вчені-юристи радянського і сучасного періодів в галузі цивільного права: М. В. Антокольської, А. В. Венедиктова, Д. М. Генкіна, К. П. Граве, О. В. Дзери, Н. Д. Єгорова, І. В. Жилінкової, М. В. Зимельової, О. С. Іоффе, Н. Ю. Ліннікової, Р. П. Мананкової, М. Г. Маркової, В. Ф. Маслова, Є. А. Суханова, Ш. Тайганазарова, Р. О. Халфінової, Є. О. Харитонова, Ю. С. Червоного, Ш. Д. Чикнашвілі, В. П. Шкредова та інших дослідників права власності.

Сучасне законодавство не містить обмежень щодо суб'єктного складу права спільної власності. Вони можуть визначити порядок користування спільною річчю без визнання реальних часток. У цьому випадку право спільної власності не припиняється, кожний зберігає свою частку у праві на річ.

Спільне майно може належати сторонам на праві спільної часткової і на праві спільної сумісної власності. З правової точки зору між двома різновидами спільної власності існують певні відмінності.

Сутність спільної часткової власності (ст. ст. 356–367 ЦК України) в тому, що кожний із співвласників має чітко визначену частку у праві власності на спільне майно (ідеальну частку). Правомочності учасників часткової власності відносно всього об'єкту повинні здійснюватися за загальною згодою всіх співвласників виходячи із рівності інтересів учасників спільної часткової власності незалежно від розміру часток. У зв'язку з цим частки можуть бути рівними і нерівними, що не впливає

на обсяг повноважень співвласників. Якщо законом або угодою учасників спільної власності не передбачено інше, то до спільного майна застосовується правовий режим саме спільної часткової власності.

Володіння, користування і розпорядження частковою власністю здійснюється за взаємною згодою всіх учасників, а за її відсутності — суперечка вирішується в судовому порядку.

В літературі немає єдиної точки зору щодо питання частки в праві спільної власності. Деякі автори під часткою у спільній власності розуміють не індивідуалізовану в натурі частку в праві власності на спільну річ (Ю. С. Червоний, Ю. К. Толстой), інші — частку вартості спільної річчі, але не частку в праві власності на спільну річ (М. Г. Маркова). Деякі автори під часткою розуміють кількісний показник, що виражений у вигляді дробі або відсотках, об'єму правомочностей кожного власника у відношенні спільного об'єкту (Н. Ю. Ліннікова). Є точка зору, що учаснику спільної власності належить частка у річчі як матеріальна, так і ідеальна. Проте більш правильною вважається перша точка зору, відповідно до якої кожному учаснику часткової власності належить частка в праві власності на спільну річ.

Істотним для учасника спільної часткової власності є його право на відчуження іншій особі своєї частки в спільному майні (ст. 361 ЦК України), тобто, йому надається право на оплатне або безоплатне відчуження іншим особам своєї частки у спільному майні (шляхом укладання договорів купівлі-продажу, дарування, міни, заповіту тощо). Набувачами частки можуть бути сторонні особи або інші співвласники. У цих випадках спільна власність не припиняється, оскільки відчужується не конкретна частина майна, а частка у праві спільної власності, тобто відбувається лише заміна суб'єкта цивільних правовідносин. Від обраного засобу відчуження залежить вимога додаткової процедури. Так, при продажу частки в спільній власності сторонній особі інші учасники спільної власності мають право переважної купівлі-продажу частки, що продається, тобто, вони мають право придбати частку за ту ж суму і на тих же умовах, на яких запропоновано відчужувачем третім особам. Виняток складає продаж з публічних торгів, коли частка може бути продана будь-якому покупцеві.

В юридичній літературі висловлювалась думка щодо недоцільності зберігання права переважної купівлі, оскільки воно ускладнює обіг частки у спільній власності; при цьому коло спільного об'єкту групуються особи, які не перебувають в будь-яких особливих правовідносинах (М. В. Зімелова). Однак, з такою позицією погодитися неможна.

При продажу частки з порушенням права переважної купівлі, інший учасник спільної власності протягом трьох місяців може звернутися до суду з позовом про перевід на нього прав і обов'язків покупця (ст. 362

ЦК України). До таких вимог застосовується позовна давність в один рік, яка обчислюється з дня, коли позивач дізнався чи повинен був дізнатися про укладання правочину.

Переведення на співвласника прав і обов'язків покупця здійснюється без попереднього визнання угоди про відчуження частки у спільному майні сторонній особі недійсною. Право переважної купівлі-продажу захищається не позовом про визнання правочину нікчемним, який здійснений з порушенням цього права, і визнанням договору укладеним з одним з учасників спільної власності, а позовом про переведення на учасника спільної власності прав та обов'язків покупця. Договір, укладений між продавцем частки у спільній власності та особою, яка не є учасником спільної власності, а також судові рішення про переведення прав та обов'язків будуть служити правостановлюючими документами.

Чинне законодавство передбачає тільки право переважної купівлі частки в праві спільної власності, однак при відчуженні частки іншими засобами (зокрема, при безоплатній передачі) дотримання викладеної вище процедури не потрібно, у зв'язку з чим відчужувач може передати безоплатно свою частку в праві спільної власності будь-якій особі, не сповіщаючи про це інших співвласників, не питаючи на це їх згоди і т. п.

Розподіл спільної власності проводиться за взаємною згодою, а за її відсутності — в судовому порядку. У випадку порушення питання про виділення усіма співвласниками фактично відбувається ліквідація права спільної часткової власності (поділ). При неможливості виділити кожному з них частку у натурі і відсутність з цього приводу згоди між ними, суд вправі присудити все майно одному із співвласників, а решті — відповідну грошову компенсацію.

Питання реалізації права спільної власності є досить складними і потребують вдосконалення чинного законодавства України. Зокрема, необхідно розробити порядок реалізації та захисту права спільної власності осіб, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах. Дискусійними залишаються питання щодо права на проживання у спільному житловому будинку чи квартирі, які виникають в процесі розподілу спільного майна тощо.

ЩОДО ДІЇ АКТІВ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА У ЧАСІ ТА МОМЕНТУ ВИНИКНЕННЯ ПРАВОВІДНОСИН

Базове положення, що визначає відносини, які регулюються ново-прийнятими актами цивільного законодавства, формулюється у ч. 1 ст. 5 ЦК: «Акти цивільного законодавства регулюють відносини, які виникли з дня набрання ними чинності».

Визначення дня набрання актами законодавства чинності є нескладною задачею, принаймні порівняно із задачею визначення дня (чи моменту) виникнення відносин, що регулюються цими актами. Тому здійснимо спробу більш детального аналізу проблеми «виникнення відносин».

Перш за все, зауважимо, що термін «виникнення відносин», очевидно, означає те ж саме, що і «виникнення правовідносин», оскільки «правовідносини» є правовою оболонкою (формою) фактичних відносин, що є соціальним (суспільним) змістом правових відносин. А разом фактичні відносини і правовідносини утворюють те явище, яке у частині першій ст. 5 ЦК позначається терміном «відносини», що «регулюються» актами цивільного законодавства. Цей висновок міг би претендувати на якість логічно бездоганного, якби не некоректність думки про те, що законодавство регулює, зокрема, правовідносини. Все-таки правовідносини — це або результат правового регулювання (така думка панує в юридичній науці) або проміжна ланка між законодавством та суспільними відносинами. Останнє розуміння правовідносин було розроблено Ю. К. Толстим наприкінці 50-х років ХХ століття, а новітнього часу розвивається Г. Л. Знаменським.

І при одному, і при іншому розумінні правовідносин вони «регулюватись» законодавством не можуть. Але це — думка правильна лише для цілей правотворчості (удосконалення законодавства). Для цілей право тлумачення і правозастосування слід враховувати позицію законодавця. А в законах ми зустрічаємо неодноразові зазначення на те, що певний закон регулює відповідні правовідносини. Врешті-решт ця термінологія дійшла і до кодифікованих законодавчих актів: у частині сьомій ст. 9 КАС двічі зазначається на «Закон, що регулює...правовідносини». Цю термінологію не можна ігнорувати і при тлумаченні частини першої ст. 5 ЦК. А це дає підстави стверджувати, що термін «відносини» у цьому законодавчому положенні позначаються фактичні і правові відносини в їх єдності. Оскільки ж зміст правових відносин складають

права та обов'язки учасників, то слід зробити висновок про те, що з моменту набрання чинності актом цивільного законодавства відповідно до частини першої ст. 5 ЦК цей акт визначає також зміст і обсяг прав і обов'язків учасників цивільних відносин (правовідносин), що виникли після набрання чинності відповідним актом цивільного законодавства. Але це — не кінцевий висновок, оскільки проблема визначення моменту виникнення відносин, що регулюються актами цивільного законодавства, потребує більш глибокого аналізу.

Для цілей правозастосування слід звернутись до більш конкретних положень цивільного законодавства, що визначають момент виникнення цивільних відносин, правовідносин, прав і обов'язків. У частині другій ст. 331, частині четвертій ст. 334, частині другій ст. 1299 ЦК ми зустрічаємо положення, що визначають момент виникнення права власності. Очевидно, з того ж моменту виникають фактичні та правові відносини власності. Стосовно ж зобов'язань момент їх виникнення, момент виникнення фактичних відносин, що опосередковуються зобов'язальними правовідносинами, момент виникнення прав та обов'язків, що складають зміст зобов'язань, положеннями ЦК не визначаються.

Законодавець більшою мірою стурбований визначенням моменту, з якого договір визнається укладеним (ст. 640 ЦК), моменту, з якого договір набирає чинності (ч. 2 ст. 631 ЦК). За таких умов правило про дію актів цивільного законодавства у часі залишилось непогодженим з моментом виникнення відносин (фактичних і правових, а також прав і обов'язків, що складають зміст відповідних правовідносин).

Проте є ще одне законодавче положення, де вирішується питання дії цивільного закону у часі. Воно формулюється у п. 4 Прикінцевих та перехідних положень Цивільного кодексу і стосується застосування цього Кодексу. Цим пунктом встановлюється, що Цивільний кодекс застосовується до цивільних відносин, що виникли після набрання ним чинності. Якщо ж цивільні відносини виникли раніше, то Цивільний кодекс застосовується до тих прав і обов'язків, що виникли або продовжують існувати після набрання ним чинності. Отже, виникнення цивільних відносин (і правовідносин), не перешкоджає тому, щоб у процесі їх розвитку (динаміки) силу юридичних фактів, передбачених законодавством, виникали нові права та обов'язки. Таке розуміння співвідношення цивільних відносин (правовідносин) і цивільних прав та обов'язків впливає із п. 4 Прикінцевих та перехідних положень Цивільного кодексу. Воно не може ігноруватися і при тлумаченні частини першої ст. 5 ЦК. Це означає, що виникнення цивільних відносин законодавець розуміє істотно інакше, ніж це було витлумачене нами вище. Відтак, і теоретичні концепції, покладені в основу частини

першої ст. 5 ЦК і п. 4 Прикінцевих та перехідних положень Цивільного кодексу, є різними. Відповідно до п. 4 Прикінцевих та перехідних положень Цивільного кодексу останній має негайну дію (з установленими винятками), тобто він визначає зміст і обсяг прав та обов'язків, що продовжують існувати після набрання чинності Цивільним кодексом. Частина перша ст. 5 ЦК надає актам цивільного законодавства перспективної дії, пов'язаної з ультраактивною дією раніше чинних актів законодавства: новоприйняті акти законодавства застосовуються тільки до тих відносин, що будуть виникати після набрання ними чинності. Якщо ж відносини виникли раніше, то до них, до прав і обов'язків, до юридичних фактів, що виникають після набрання чинності новоприйнятими нормативно-правовими актами, застосовуються раніше прийняті акти цивільного законодавства аж до моменту припинення зазначених правовідносин.

У зв'язку з цим слід врахувати, що в теорії права негайна дія закону визнається як загальне правило. С. С. Алексєєв писав: « Загальний принцип, що визначає дію нормативних актів стосовно триваючих відносин, може бути визначений як принцип негайної дії». Раніше цю думку висловлював А. О. Тіллі, а пізніше — Д. М. Бахрах, О. В. Пушняк. Конституційний Суд України в одному із своїх рішень лише зазначив на можливість негайної (безпосередньої) ультраактивної та ретроактивної дії нормативно-правових актів, а далі зосередився над проблемою зворотної (ретроактивної) дії нормативно-правових актів і ухилився від того, щоб дати відповідь на запитання, яка ж дія нормативно-правових актів є загальним правилом.

А зворотна дія часу, пов'язана з обмеженням дії раніше чинного закону і перспективна дія новоприйнятого закону, пов'язана з ультраактивною дією раніше чинного закону, є винятком із загального правила. Немає будь-яких аргументів на користь того, що стосовно актів цивільного законодавства можна відступати від загального правила, тим більше, що воно реалізується стосовно самого Цивільного кодексу у п. 4 Прикінцевих та перехідних положень Цивільного кодексу. Тому частина перша ст. 5 ЦК потребує відповідного доповнення — закріплення в ній загального правила про негайну дію актів цивільного законодавства (за зразком п. 4 Прикінцевих та перехідних положень Цивільного кодексу).

ЧЕРНОГОР Н. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

ЩОДО ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА НА ВІДМОВУ ВІД ПРИЙНЯТТЯ СПАДЩИНИ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Актуальності обраного дослідження зумовлена необхідністю дослідження здійснення права спадкоємця на відмову від прийняття спадщини та строків здійснення цього права. Метою дослідження є аналіз та визначення основних проблем здійснення права на спадкування, а саме права на відмову від прийняття спадщини та строків в межах яких можливо скористатися цим правом, а також формування відповідних рекомендацій щодо вдосконалення цивільного законодавства

Питання, пов'язані з здійсненням права на відмову від прийняття спадщини, досліджувалися у працях видатних вчених по спадковому праву, таких як: Г. Ф. Шершеневич, Ю. К. Толстой, З. В. Ромовська, Є. О. Харитонов, С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, Є. О. Рябоконт, В. В. Васильченко, Л. К. Буркацький, О. Є. Кухарев та ін.

Згідно цивільного законодавства з часу відкриття спадщини у спадкоємців разом з правом на прийняття спадщини виникає і право на відмову від спадщини як за заповітом, так і за законом. Здійснити право на відмову від прийняття спадщини спадкоємець може в межах строків для прийняття спадщини (ст. 1270 ЦК України). Як і прийняття спадщини, відмова від неї є односторонній правочин, але з протилежною спрямованістю (Кухарев О. Є. Спадкове право України: навч. посіб. / О. Є. Кухарев. — К.: Алерта, 2013. С. 217.).

ЦК України розширив правоздатність спадкоємця, у ч. 5 ст. 1269, надавши спадкоємцю право відкликати (або скасувати) заяву про прийняття спадщини, але протягом строку, встановленого для прийняття спадщини.

Спадкоємець який постійно проживав разом із спадкодавцем на час відкриття спадщини, вважається таким, що прийняв спадщину, якщо протягом строку, встановленого для прийняття спадщини, він не заявив про відмову від неї. Малолітня, неповнолітня, недієздатна особа, а також особа цивільна дієздатність якої обмежена, вважаються такими, що прийняли спадщину, крім випадків, встановлених ч. 2–4 ст. 1273 ЦК України. Зазначені спадкоємці (ч. 3–4 ст. 1268 ЦК України) набувають спадщину в силу закону.

Спадкоємець, який бажає прийняти спадщину, але на час відкриття спадщини не проживав постійно із спадкодавцем, має право подати

нотаріусу заяву про прийняття спадщини у строк для прийняття спадщини. Якщо така особа не подала заяву про прийняття спадщини, то її бездіяльність має також юридичне значення, а саме спадщина у такому випадку вважається не прийнятою.

Особи зазначені у ч. 3—4 ст. 1268 ЦК України, які мали право на спадкування, але в межах строку для прийняття спадщини не подали заяву про прийняття спадщини, ще не вважається такими, що відмовилися від спадщини. Тому неподання заяви про прийняття спадщини протягом встановленого строку і подання заяви про відмову від спадщини це не одне і теж саме.

Право на відмову від прийняття спадщини і здійснення даного права також необхідно відрізнити від неприйняття спадщини, оскільки в першому випадку особа реалізує своє право на відмову від прийняття спадщини, а в другому — не здійснює право на прийняття спадщини, для реалізації якого встановлений строк — строк прийняття спадщини. Отже способами відмови від спадщини можуть бути: 1) фактична відмова — неприйняття спадщини протягом строку для прийняття спадщини; 2) юридична відмова — подання заяви нотаріусу про відмову від прийняття спадщини.

На сьогодні проблемним є питання, чи має право спадкоємець, який відмовився від прийняття спадщини на користь іншої особи, відкликати заяву про відмову. Стаття 1274 ЦК України «Право на відмову від прийняття спадщини на користь іншої особи» не містить норми на відкликання заяви про відмову на прийняття спадщини спадкоємця. Існує думка, якщо спадкоємець відмовився від спадщини на користь інших осіб, то така відмова може бути тільки безповоротною, беззастережною і безумовною та подальше скасування спадкоємцем зробленої ним заяви не допускається (Гришанина Г. Как правильно принять наследство и отказаться от него / Г. Гришанина // Экспресс-анализ законодательных и нормативных актов. — 2007. — № 7. — С. 47.).

Проте, на нашу думку, відповідні засади здійснення суб'єктивного права спадкоємців, на користь яких відкрилася спадщина, на відмову від її прийняття, визначені ст.ст. 1273, 1274 ЦК України. Тому саме в даному питанні потрібно керуватися ст. 1273 ЦК України, яка встановлює загальні вимоги щодо відмови, а саме ч. 6 цієї норми, за якою відмова від прийняття спадщини може бути відкликана протягом строку, встановленого для прийняття спадщини.

Таким чином, можна дійти висновку, що прийняти або не прийняти спадщину це право, а не обов'язок спадкоємця. Отже, встановлені у ст. 1270 ЦК України строки для прийняття спадщини мають значення як для прийняття спадщини, так і для відмови від неї. Початок перебігу строку відмови від прийняття спадщини

починається з моменту, коли спадкоємець набуває своє суб'єктивне право на спадкування.

Особи, право на спадкування яких залежить від неприйняття спадщини або відмови від її прийняття іншими спадкоємцями, вважаються тільки потенційними спадкоємцями, тому що спадкоємець, який відмовився від прийняття спадщини, може скористатися своїм правом і відкликати заяву про відмову від прийняття спадщини протягом строку, встановленого для її прийняття.

Спадкоємець, який у межах строків для прийняття спадщини подав заяву про відмову від прийняття спадщини на користь іншого спадкоємця, згідно зі ст. 1274 ЦК України, має право відкликати її так само, як і заяву про відмову без зазначення особи, на користь якої вона зроблена (ч. 6 ст. 1273 ЦК України).

ПУГАЧ В. М.

Вінницький навчально-науковий інститут економіки
Тернопільського національного економічного університету,
викладач кафедри економіки підприємств і корпорацій

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНОВОГО ПРАВА ЯК ПРЕДМЕТУ ДОГОВОРУ ДАРУВАННЯ

Метою дослідження є теоретична систематизація норм ЦК України, що регламентують предмет договору дарування з урахуванням особливостей майнових прав як можливого дарунку.

Відповідно до частин 1, 2 ст. 718 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) предметом договору дарування можуть бути рухомі та нерухомі речі, а також майнові права, якими дарувальник володіє або які можуть виникнути у нього в майбутньому.

Питаннями щодо майнового права як предмету договору дарування займалися такі вчені як М. В. Кротов, О. Л. Маковський, І. В. Єлесеєв, та ін. Проте в роботах вказаних науковців не було проведено комплексний аналіз норм, що передбачають можливість визнання різних видів майнових прав предметом договору дарування.

Аналізуючи майнове право як предмет договору дарування, необхідно з'ясувати, що являє собою цей правовий феномен. ЦК України не дає визначення майнового права, зазначаючи лише те, що майнове право визнається речовим. Остання теза, яка міститься в ч. 2 ст. 190 ЦК України, викликає певні сумніви. Так, відповідно до ч. 2 ст. 3 Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну

діяльність в Україні» від 12.07.2001 р., майновими правами, які можуть оцінюватися, визнаються будь-які права, пов'язані з майном, відмінні від права власності, у тому числі права, які є складовими частинами права власності, а також інші специфічні права (права на провадження діяльності, використання природних ресурсів тощо) та права вимоги (Закон України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12.07.2001 р.). Отже, майновими правами визнаються як зобов'язальні, так і речові права, за виключенням права власності.

Тому на підставі аналізу припустимих варіантів дій дарувальника, можна змоделювати наступні види майнових прав для їх подальшого аналізу як ймовірних предметів договору дарування: 1. Передача обдарованому права вимоги: щодо третьої особи, самого дарувальника і обдарованого; 2. Передача обдарованому речового права на чуже майно.

Передавання обдарованому права вимоги щодо третьої особи є нічим іншим, як цесією. Так, М. В. Кротов наголошує на тому, що цесія співвідноситься з даруванням або з купівлею-продажем, як загальне та окреме. Автор зазначає, що цесія може здійснюватися безоплатно і тоді до неї застосовуються норми договору дарування, або за плату з відповідним застосуванням норм про купівлю-продаж (Кротов М. В. Щодо питання зміни сторін в зобов'язаннях. 2004, с. 60–61). Необхідно підкреслити, що в такому випадку до договору дарування мають застосовуватися правила про заміну кредитора у зобов'язанні та відступлення права вимоги. З ціллю уникнення конкуренції норм вбачається за доцільне субсидіарне застосування згаданих правил щодо спеціальних норм про договір дарування.

Інший вид дарування майнового права, це дарування права вимоги щодо самого дарувальника. Схожі права вимоги можуть існувати у третіх осіб за зобов'язаннями, що виникли у майбутнього дарувальника до укладення договору дарування, але в такому випадку дарувальник не є власником цих прав.

Аналізуючи вітчизняне законодавство виникає змога стверджувати, що деякі з речових прав на чуже майно можуть бути предметом договору дарування. Таким чином, утворюється конструкція безоплатного передавання права власності на інше речове право. Адже право власності само по собі є речовим правом, що має своїм змістом правомочності володіння, користування та розпорядження майном (Маковський О. Л. Договори про передачу майна у власність. 2007, с.22). На відміну від права власності, обмежені речові права забезпечують лише: 1) правомочності володіння та користування майном; або, тільки: 2) правомочність володіння; а, подекуди: 3) правомочність володіння та користування з можливістю відчуження такого речового права (але не майна).

Найбільш розповсюджені речові права на чуже майно, що забезпечують сукупність правомочностей володіння та користування. Згідно з ч. 1 ст. 395 ЦК України до них належить право користування чужим майном (сервітут). Відповідно до ч. 2 ст. 101 ЗК України, земельний сервітут не може бути предметом купівлі-продажу, застави та не може передаватися будь-яким способом особою, в інтересах якої цей сервітут встановлено, іншим фізичним та юридичним особам. Більш абстрактна норма міститься і в ч. 4 ст. 403 ЦК України, яка забороняє будь-яке відчуження сервітуту. Отже, дарування сервітуту неможливе.

Останній вид речових прав на чуже майно, репрезентований обмеженими речовими правами, що забезпечують володіння та користування майном та можуть бути відчужені. Мова йде про право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис) та право користування земельною ділянкою для її забудови (суперфіцій). Попре те, що ці речові права пов'язані з земельною ділянкою, щодо якої встановлена можливість їх відокремленого відчуження, встановлена законом. Відповідно до ч. 2 ст. 407 та ч. 2 ст. 413 ЦК України, емфітевзис і суперфіцій можуть бути відчужені землекористувачами або успадковані їх правонаступниками. Правило аналогічного змісту закріплено в ч. 2 ст. 102 ЗК України. Слід зауважити, що переважне право купівлі емфітевзису належить власнику земельної ділянки, що використовується для сільськогосподарських потреб. Однак, це правило на випадки дарування не розповсюджується, адже дарування має певне особистісне спрямування. Таким чином, власник цих речових прав може розпорядитися ними на власний розсуд, у тому числі укласти щодо них договір дарування, незважаючи на те, що строк їх існування може бути обмежений.

Отже, можна дійти висновку про те, що з розглянутих зобов'язальних прав (прав вимоги) до предмета договору дарування належать лише права вимоги щодо третіх осіб. В свою чергу аналіз наведених речових прав на чуже майно свідчить про те, що вони можуть бути предметом договору дарування. Разом з тим, перелік таких речових прав обмежений емфітевзисом та суперфіцією. Інші речові права не можуть бути самостійними предметами цивільно-правових договорів, що опосередковують передавання майна у власність.

НАЙДЬОН А. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
викладач кафедри спеціально-правових дисциплін,
здобувач кафедри цивільного права

Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого

ПРОБЛЕМАТИКА ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «ЦІННОСТІ» У ДОГОВОРІ ЗБЕРІГАННЯ ЦІННОСТЕЙ У БАНКУ

Кожній людині властиво накопичувати певні цінні речі: вироби мистецтва, коштовності, цінні папери та інше майно, що має високу ціну. При оцінці їх вартості крім звичного матеріального фактору можливо вплив і внутрішніх (духовних) вподобань.

Дивлячись на твори у галузі науки, літератури і мистецтва, будь-яка пересічна людина може визначити хоча б приблизну їхню вартість залежно від авторства, тиражу, використаних матеріалів, унікальності та специфіки зберігання. У Законі України від 23.12.1993 № 3792-ХІІ «Про авторське право і суміжні права» у ст. 8 перераховано близько 20 об'єктів авторського права проте зрозуміло, що цей перелік не є вичерпним. Придбаваючи об'єкти інтелектуальної власності у власника з'являються не тільки права, а й певні обов'язки: щодо оформлення прав, використання та зберігання. Що до законного закріплення прав, законодавець досить чітко вказує послідовність потрібних дій і труднощів із оформленням зазвичай не виникає. Використання ж творів науки, літератури та мистецтва взагалі не передбачає ніяких меж, адже право власності не містить обмежень, крім заборони прямого порушення прав інших осіб (Кравець В. Р. Право інтелектуальної власності. Навчальний посібник. — К.: ЦУЛ, 2013. — 264 с.). А от щодо зберігання таких об'єктів виникає безліч питань, адже вдома зберігати предмети мистецтва небезпечно, навіть маючи надійний сейф чи охорону, не можна повною мірою гарантувати безпеку. На такий випадок в Цивільному кодексі України від 16.01.2003 № 435-IV передбачено можливість укладення договору зберігання, а конкретно для даних предметів, зберігання цінностей у банку (Спасибо-Фатеєва І. В. Замітки цивіліста про тенденції пізнання права власності // Право України. — № 5. — 2011. — С. 29—37.). Зрозуміло, що не всі об'єкти авторського права можна зберігати у банківському сейфі, проте більша частина об'єктів авторського права (та, що міститься на матеріальному носії) таку можливість має, наприклад твори образотворчого мистецтва, літературні письмові твори (книги, брошури, статті тощо), фотографічні твори, аудіовізуальні та інші. Для того, щоб з'ясувати коло хотілося б з'ясувати, що розуміється під поняттям «цінності» при укладенні договору передбаченого ст. 969 Цивільного кодексу України. Справа в тому, що законодавець не має єдиної думки з цього

приводу, і визначення формується під впливом тієї діяльності в сфері якої видається нормативно-правовий акт. Так, згідно із Постановою Національного банку України від 01.06.2011 р. № 174 «Про затвердження Інструкції про ведення касових операцій банками в Україні» абз.33 ст. 4 « Цінності — готівка національної та іноземної валюти, сумнівні (включаючи підроблені) банкноти, зразки банкнот, пам'ятні та інвестиційні монети, сувенірна продукція, банківські метали, дорогоцінні метали та дорогоцінне каміння, цінні папери та інші цінності, які мають вартість». Дане визначення можливе для застосування виключно для проведення конкретного виду операцій у банківській діяльності, але не може бути основою для укладення договору зберігання, тому, що воно значно звужує визначення самого поняття цінностей. У ст. 4 Митного кодексу України від 13.03.2012 № 4495-VI даються визначення валютних цінностей (валюта України, іноземна валюта, платіжні документи та цінні папери, банківські метали та інші) та культурних цінностей (це об'єкти матеріальної та духовної культури, що мають художнє, історичне, етнографічне та наукове значення і підлягають збереженню, відтворенню та охороні відповідно до законодавства України) проте це визначення спрямоване конкретно на забезпечення нормального здійснення митних відносин. Отже, основною проблемою при з'ясуванні поняття цінностей є відсутність чіткого визначення у статтях 969–971 Цивільного кодексу України об'єктів, що можуть належати до даної категорії (Харитонов Є. О., Старцев О. В. Цивільне право України : Підручник. — Вид. 2, перероб. і доп. — К. : Істина, 2007. — 816 с.). Цілком логічним є пояснення законодавців, що передбачити повний перелік просто не можливо, адже світ змінюється і кожного року з'являються нові об'єкти, а вже існуючі змінюють свою вартість (наприклад стать антикваріатом чи навпаки втрачають своє значення та падають у ціні). Проте зараз така суттєва прогалина у законодавстві призводить до ускладнення роботи банків та ще більшого заплутування покладавця. Банки вимушені керуватися локальними актами банку та посилаються у договорах саме на внутрішні, а не на конкретні підзаконні акти. На мою думку, таку ситуацію можна змінити таким шляхом:

Видати єдиний нормативно-правовий акт чи внести зміни до статей Цивільного кодексу України, що зараз регулюють дані питання. Ці зміни повинні передбачати більш чіткий перелік об'єктів, які підпадають під категорію цінностей. Тобто, потрібно доповнити вже визначені перелік предметів, що на даний момент можуть передаватися на зберігання: документи, цінні папери, дорогоцінні метали, каміння; поняттями, що впливають із інших актів під впливом життєвих потреб: валютні цінності, культурні цінності, об'єкти права інтелектуальної власності та інше.

Повинна бути визначена прив'язка до категорії оцінювання за матеріальним показником «цінності» предмету договору. Має зазначатися шкала, наприклад, цінним може вважатися предмет, який коштує від 200 неоподаткованих мінімумів доходів громадян чи від 5 і більше прожиткових мінімумів.

Також не потрібно забувати, що цінність-це поняття все ж таки оціночне і мають бути передбачені умови, щодо визнання певних предметів цінними не через їх велику вартість, а в зв'язку високою моральною цінністю, наприклад пам'ятні речі пов'язані із особистими подіями у житті.

ВОНСОВИЧ Х. І.

Чернівецький факультет Національного університету
«Одеська юридична академія», асистент кафедри цивільно-правових дисциплін

ПРЕЗУМПЦІЯ ШЛЮБНОГО ПОХОДЖЕННЯ ДИТИНИ ЯК ПІДСТАВА ВИНИКНЕННЯ ПРАВОВІДНОСИН МІЖ БАТЬКАМИ ТА ДІТЬМИ

В українській народній філософії віддавна утвердилася цінність упорядкованості сімейного життя. Спершу весілля, а потім і вінчання засвідчували законність спільного проживання жінки і чоловіка, законність статевих стосунків між ними і як результат — законність народження дитини (Ромовська З. В. Українське сімейне право : підручник : рекомендовано МОН України : академ. курс / З. В. Ромовська. — К. : Прав. єдність, 2009, с.282).

Відповідно вагітність дружини, народження дитини — це закономірний, закладений природою результат шлюбних відносин подружжя. Правове регулювання відносин по визначенню походження дітей необхідне, з метою забезпечення дотримання прав та інтересів дитини.

Реєстрація народження дитини — це не проста формальність, а свого роду входження дитини в суспільство. Реєстрація народження дитини здійснюється з одночасним визначенням її походження та присвоєнням прізвища, власного імені та по батькові. Походження дитини визначається відповідно до Сімейного кодексу України, Закону України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану» та Правил державної реєстрації актів цивільного стану.

Під терміном «походження дітей» розуміють кровне (біологічне) походження дитини від конкретних чоловіка і жінки, зареєстроване в органах реєстрації актів цивільного стану з дотриманням певного порядку

(Дякович М. М. Сімейне право України : навч. Посібник 2-ге вид. випр. та доп. / М. М. Дякович. — К. : Прав. єдність, 2012, с. 230).

Важливість встановлення походження дитини полягає в тому, що саме це є підставою виникнення прав та обов'язків батьків та дітей. Таке походження засвідчується державним органом реєстрації актів цивільного стану в порядку встановленому чинним законодавством. Саме така реєстрація і є юридичним фактом, з настанням якого пов'язується виникнення прав та обов'язків батьків та дітей.

Тобто, правовідносини між батьками і дітьми виникають на основі фактичного складу, який утворюють два юридичних факти: народження дитини (подія) і державна реєстрація народження органом реєстрації актів цивільного стану (дія).

В законі втілена презумпція шлюбного походження дитини, яка полягає в тому, що дитина, яка зачата і народжена або лише народжена у шлюбі, походить від подружжя, що перебуває в цьому шлюбі. Сама наявність шлюбу між матір'ю дитини та чоловіком є доказом походження дитини від цього чоловіка. Батько й мати, які перебувають у шлюбі, записуються батьками дитини в Книзі реєстрації актів про народження за заявою будь-кого з них. У такому разі походження дитини підтверджується свідцтвом про шлюб та документами медичного закладу про народження жінкою дитини.

Така презумпція встановлена для спрощення процедури реєстрації походження дитини, а також з огляду на те, що зазвичай народження дитини в шлюбі не заперечується батьками, а є цілком логічним і закономірним у шлюбних відносинах (Сімейне право України : Навч. посібник / За ред. Є. О Харитонова ; ОНЮА. — К. : Істина, 2008, с. 78–79).

Презумпція шлюбного походження дитини складається з двох частин: презумпції материнства дружини та презумпції батьківства чоловіка.

Згідно презумпції шлюбного материнства матір'ю вважається жінка-дружина, і саме матір'ю дитини, яку вона забрала з пологового медичного закладу.

На думку ряду вчених-юристів таких як В. П. Мироненко (Мироненко В. Охорона сім'ї, материнства, дитинства — основа удосконалення шлюбно-сімейного законодавства України // Українське право. 1998. — № 1, с.186.), А. М. Нечаєва. (Нечаєва А. М. Семья как самостоятельный объект правовой охраны // Государство и право. — 1996. — № 12, с.104], «материнство — це стан жінки, яка має дитину». Цей стан виникає у момент народження дитини і припиняється з її загибеллю або смертю самої матері.

Як зазначає вчений І. А. Бірюков, материнство — це забезпечена законом можливість жінки здійснювати репродуктивну функцію

(народжувати здорових дітей), належним чином утримувати їх та виховувати в дусі поваги до прав та свобод інших людей, любові до своєї сім'ї та родини, свого народу, своєї Батьківщини (Бірюков І. А. Сімейне право України / За заг. ред. В. С. Гопанчука. — К. : Істина, 2002. — с. 78). Дещо ширше визначає поняття «материнства» В. Ю. Москалюк, до якого, крім права мати дитину, включається й фізіологічний стан жінки під час вагітності, її соціальне становище, а також її моральний настрій (Москалюк В. Ю. Право на материнство (батьківство) за Сімейним кодексом України // Наукові засади та практика застосування нового сімейного кодексу України : збірник наукових праць за матеріалами круглого столу. м. Київ, 25 травня 2006 року. — Х. : Ксилон, 2007., с. 124).

Відповідно до презумпції батьківства, батьком дитини вважається той, хто перебуває у шлюбі з матір'ю. Як відзначає З. В. Ромовська, ця презумпція заснована на повазі до дружини як жінки і є законодавчим відбитком моральності її поведінки у шлюбі як морально-етичного стандарту. У зв'язку з цим дружина не має обов'язку доводити, хто є батьком її дитини, і згода її чоловіка на запис його батьком дитини не потрібна. Відповідно дружина не має права заперечувати проти запису свого чоловіка батьком дитини, яка була зачата і (або) народжена у шлюбі, і одностороння заява про батьківство іншої особи не має достатнього правового значення, якщо чоловік наполягає на реєстрації себе батьком дитини.

Презумпція шлюбного батьківства (материнства) поширюється на три групи дітей: 1) тих, які були зачаті і народжені у шлюбі; 2) тих, які були зачаті до шлюбу, але народжені у шлюбі; 3) тих, які були зачаті у шлюбі, але народжені протягом 10 місяців після його припинення чи визнання його недійсним або смерті чоловіка.

Презумпція батьківства є ефективним законодавчим інструментом, спрямованим на захист прав дитини, і визначає батьківство тих чоловіків, які в більшості випадків є соціальними та біологічними батьками дитини, народженої в шлюбі, а також гарантує походження дитини від особи, яка є чоловіком матері дитини.

Таким чином, на законодавчому рівні закріплена правова презумпція шлюбного походження дитини (презумпція материнства дружини та презумпція батьківства чоловіка) — дитина, яка народжена і (або) зачата у шлюбі, походить від подружжя, а це означає, що права та обов'язки матері та батька дитини виникають з моменту народження і будь — якого додаткового документарного підтвердження з боку дружини чи чоловіка не потребують.

БЕРЕЗОВСЬКА К. І.

Міжнародний гуманітарний університет,
асистент кафедри цивільного та господарського права і процесу
Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова, аспірантка

ПРИПИНЕННЯ ПРАВОВІДНОСИН З УСИНОВЛЕННЯ З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

Питання про припинення правовідносин з усиновлення дітей-сиріт та дітей, що залишились без батьківського піклування, іноземцями, залишається маловивченим у вітчизняній юридичній науці.

Сімейне законодавство передбачає декілька підстав для припинення правовідносин з усиновлення. За СК України припинення таких правовідносин відбувається у разі визнання усиновлення недійсним, скасування усиновлення, позбавлення усиновлювача батьківських прав. Всі ці дії відбуваються за рішенням суду (ч. 1 ст. 236, ч. 1 ст. 238, ч. 1 ст. 242, ч. 1 ст. 164 СК України). При розгляді судом справ про визнання усиновлення недійсним, скасування усиновлення та позбавлення усиновлювача батьківських прав обов'язковою є участь органу опіки та піклування (ч. 4 ст. 19 СК України).

Слід відрізнити підстави та порядок визнання усиновлення недійсним від підстав і порядку його скасування. У СК України визначено як підстави, з яких усиновлення обов'язково має бути визнане недійсним, так і підстави, за наявності яких суд вирішує це питання на свій розсуд.

Відповідно до ч. 1, 2 ст. 236 СК України суд обов'язково визнає усиновлення недійсним, якщо воно було здійснене без згоди дитини і батьків, яка була необхідна, або якщо усиновлювач не бажав настання прав та обов'язків, що виникають унаслідок усиновлення (фіктивне усиновлення). Згідно ж із ч. 3, 4 цієї статті суд може, але не зобов'язаний, визнати недійсним усиновлення, здійснене на підставі підроблених документів або за відсутності згоди осіб, зазначених у статтях 220–222 СК України.

За наявності підстав для задоволення позову про визнання усиновлення недійсним суд у кожному конкретному випадку повинен вирішити питання про передачу дитини її батькам або іншим родичам, а якщо буде встановлено обставини, які свідчать про неможливість цього, — на опікування органу опіки та піклування. Все це можливо реалізувати у разі проживання дитини в Україні. Однак, у разі визнання усиновлення дитини — громадянина України іноземними особами недійсним, можливість реалізації цієї норми стає неможливим.

Кожна з підстав припинення правовідносин з усиновлення має певний механізм реалізації та зумовлює низку правових наслідків. Однак,

власне визнання усиновлення недійсним, скасування усиновлення та позбавлення усиновлювача батьківських прав у разі усиновлення дитини — громадянина України в українських судах іноземним громадянином є практично неможливим за чинного законодавчого регулювання відносин з усиновлення за участю іноземного елемента. Вітчизняне законодавство не передбачає реального контролю за сім'ями іноземців, які усиновили дітей, з боку нашої держави. Сьогодні існує проблема — відсутність належного моніторингу умов життя кожної усиновленої дитини, яка знаходиться на території іноземної держави. В результаті цього дитині неможливо надати своєчасну допомогу, а також неможливо скасувати усиновлення, коли воно становить загрозу його життя.

Крім того, порушуються як права усиновлених дітей, зокрема право на сім'ю, право на усиновлення, право на повернення до батьків тощо, так і права батьків таких дітей, оскільки у разі скасування усиновлення або визнання його недійсним за рішенням суду можуть бути поновлені батьківські права матері та батька дитини (ст. 169 СК України).

Лунають пропозиції про повне припинення усиновлення іноземними громадянами українських дітей, однак це породило б інші проблеми — позбавило б дітей права на проживання в сім'ї, унеможливило б усиновлення іноземцями дітей, які проживають з одним із батьків.

Виходячи з інтересів дитини, доцільним, на нашу думку, є законодавче закріплення здійснення усиновлення дітей-громадян України усиновлювачами — іноземцями та громадянами України, які постійно проживають за кордоном, без дотримання таємниці усиновлення, а також із посиленням регулярним контролем за сім'єю усиновлювачів з боку органів державної влади до досягнення дитиною повноліття.

ГРЕБЕНЩІКОВА Т. А.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
здобувач кафедри цивільного права

ВИНА ОСОБИ, ЩО СТВОРИЛА ЗАГРОЗУ ЖИТТЮ, ЗДОРОВ'Ю, МАЙНУ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ АБО МАЙНУ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ, ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

У юридичній літературі досить поширена думка, що вже в Стародавньому Римі вина була необхідною умовою цивільно-правової відповідальності. (Подопрігора А. А. Основы римского гражданского права. — К., 1990. — С. 181). Разом із тим, загального поняття вини

у той час вироблено ще не було. Так само, як не існувало і загально-го принципу відповідальності за вину, що з'явився пізніше стосовно до зобов'язань із заподіяння шкоди, як припускають фахівці у цій галузі, очевидно, під впливом християнського світогляду. Тому можна припустити, що з римського приватного права у більш пізні системи права запозичили, в основному, рішення, пов'язані з формами вини, а також загальне правило відповідальності за вину, з якого законом допускаються винятки. (Харитонов Е. О. Рецепция римского частного права. — Одеса: Бахва, 1996. — С. 133–146.)

У сучасній цивілістиці, так само, як і у загальній теорії права та інших галузях правознавства, категорія вини вже розглядається як складна правова категорія, що може бути охарактеризована з різних сторін.

У самому загальному вигляді вина може бути визначена як психічне ставлення особи до її протиправної поведінки (тобто, до здійсненої нею протиправної дії або бездіяльності), а також до протиправних наслідків, що настають чи можуть настати у зв'язку з такою поведінкою (протиправними діями чи бездіяльністю. (Иоффе О. С. Обязательственное право. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 128; Иоффе О. С. Ответственность по советскому гражданскому праву // В кн.: Избранные труды: В 4 т. Т. I. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ответственность по советскому гражданскому праву. — СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. — С. 327–341.)

Якщо ж оцінювати категорію вини під різними кутами зору, виходячи хоча б з наведеного вище визначення, то необхідно враховувати наявність у ній психологічного та соціального аспектів.

З одного боку, вина виступає як явище психологічне, оскільки її сутність, як і проблема винності чи невинності людини не може бути з'ясована у відриві від свідомості й волі останньої.

З іншого боку, вина це не тільки психологічне, але й певне суспільне явище, яке наповнене відповідним соціальним змістом.

Значення вини полягає в тому, що завдяки визнанню її однією з умов відповідальності, фізичні та юридичні особи можуть упевнено розвивати свою суспільно корисну активність, не боячись відповідальності за різного роду випадковості, не ризикуючи можливістю тягаря наслідків, передбачати які вони не могли при найвищому ступеню передбачливості та дбайливості. Таку роль вина відіграє тому, що виступає актом свідомої поведінки особи, а отже охоплює усвідомлення нею двох істотних для характеристики вини моментів.

Цивільне законодавство та спеціальна література містять згадку про різні форми і ступені вини — намір, груба необережність (недбалість), необережність (проста необережність, легка недбалість), що мають значення для визначення обсягу відповідальності. Наприклад, якщо груба

необережність самого потерпілого сприяла виникненню або збільшенню шкоди, то у залежності від ступеня вини потерпілого і особи, яка завдала шкоду, розмір відшкодування повинен бути зменшений. (частини перша та друга ст. 1193 ЦК України).

Цивільне законодавство, на відміну від закону кримінального, виходить із припущення про те, що особа, яка діє протиправно, є винуватою. Інакше кажучи, у цивільному праві діє презумпція винності правопорушника (Зобов'язальне право: теорія і практика. Навч. посібник для студентів юрид. вузів і факультетів/ О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова, В. В. Луць та інші; За ред.. О. В. Дзери. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — С. 115). Якщо в кримінальному праві тягар доведення вини лежить на правоохоронних органах, то при цивільних правопорушеннях відсутність вини доводить порушник (відповідач). Таке правило встановлене тому, що у цивільних справах не ведеться попереднього слідства, поперше, а також тому, що кредитор не може знати, яке ж психічне відношення відповідача до вчиненого й до результатів, по-друге. Потерпілому (кредиторові) достатньо довести, що шкода, яка настала, є результатом дій даної особи, що завдала шкоду (боржника). Відповідач, щоб звільнити себе від відповідальності, зобов'язаний довести, що він діяв невинно. Якщо він цього не зробить, то буде нести цивільно-правову відповідальність за вчинене порушення (завдання шкоди, невиконання зобов'язання тощо).

З врахуванням викладеного вище, можна запропонувати таке поняття та відзначити такі особливості вини як однієї з умов відшкодування шкоди, завданої внаслідок неусунення загрози, створеної життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи.

Зокрема, вона може бути визначена як психічне ставлення особи до створення нею загрози завдання шкоди., а також до шкідливих наслідків, які можуть настати (настають) у зв'язку з тим, що зазначена загроза не була усунена, не зважаючи на вимогу володільця блага, якому створена загроза, або іншої особи, вказаної у законі.

Таким чином, ми виходимо з того, що створення загрози відбувається з певних психічних позицій. Порушник або знає, що його дії створять небезпеку для чийось майнових або немайнових інтересів, або міг і повинен був це знати (дійсно знав би про це, якби виявив належну турботу про врахування порушених ним цивільних прав та інтересів іншої особи, а не виразив до них повної або, принаймні, певної зневаги).

Отже, створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи, а згодом її неусунення виражає певне негативне ставлення порушників до прав та інтересів інших осіб.

Підрозділ 5.2

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

БЕРНАЗ-ЛУКАВЕЦЬКА О. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

ДЕЯКІ СПЕЦІАЛЬНІ ВИПАДКИ ОБМІНУ ЖИТЛА (ЖИЛИХ ПРИМІЩЕНЬ)

Поряд із загальними засадами обміну жилих приміщень, які чинним законодавством встановлені, передусім, стосовно житла, яке знаходиться в будинках державного й громадського житлового фонду, для приміщень в окремих видах житлового фонду нормативними актами передбачаються спеціальні умови обміну.

При цьому, найбільш істотні особливості передбачаються стосовно обміну жилих приміщень, які належать до фонду соціального призначення. Саме з них уявляється доцільним почати розгляд даного питання.

Законом України «Про житловий фонд соціального призначення» (Про житловий фонд соціального призначення : Закон України // Відомости Верховної Ради України. — Офіц. вид. — 2006. — № 19–20. — Ст. 159.) передбачається, що наймач жилого приміщення за договором найму соціального житла має право в установленому порядку здійснювати, за письмовою згодою повнолітніх членів сім'ї, включаючи тимчасово відсутніх, обмін займаної квартири або садибного (одноквартирного) жилого будинку з житлового фонду соціального призначення з іншим наймачем квартири або садибного (одноквартирного) жилого будинку з житлового фонду соціального призначення за згодою власників цього житла. Як впливає з наведених норм, умовами обміну соціального житла є: наявність бажання наймача жилого приміщення за договором найму соціального житла здійснити обмін цього житла; існування як предмета договору найму соціального житла квартири або садибного (одноквартирного) жилого будинку; наявність письмової згоди повнолітніх членів сім'ї наймача, включаючи тимчасово відсутніх, на обмін житла; укладення договору про обмін житлом з іншим наймачем квартири або садибного (одноквартирного) жилого будинку з житлового фонду соціального призначення; згода власника квартири або садибного (одноквартирного) жилого будинку, які належать до житлового фонду соціального призначення (є предметом договору найму житла в

житловому фондї соціального призначення); дотримання «встановленого порядку» обміну жилих приміщень (житла).

Порівняння названих умов обміну з тими, які повинні мати місце у випадках обміну на загальних засадах жилих приміщень у будинках державного або громадського житлового фонду, дозволяє зробити висновки, що вони не є ідентичними.

Так повністю співпадають лише дві (перша й остання) вимоги з наведеного переліку: 1) наявність бажання наймача жилого приміщення за договором найму соціального житла здійснити обмін цього житла і 2) дотримання «встановленого порядку» обміну жилих приміщень.

Що ж стосується інших умов обміну, то між ними існує низка досить суттєвих відмінностей.

По-перше, відрізняються вимоги до предмета обміну. Якщо предметом обміну жилих приміщень у будинках державного або громадського житлового фонду може бути жила приміщення (квартира, будинок, кімната тощо), що відповідає вимогам, про які йшлося у відповідному підрозділі цієї дисертації, а також частина жилого приміщення, то для обміну соціального житла є необхідним існування як предмета договору найму соціального житла квартири або садибного (одноквартирного) жилого будинку.

З'ясувати вимоги до предмета договору найму жилого приміщення з житлового фонду соціального призначення, а відтак і до житла, яке може бути предметом обміну в цьому фондї, дає можливість ст. 21 Закону «Про житловий фонд соціального призначення», яка встановлює, що предметом договору найму соціального житла є квартира або садибний (одноквартирний) жилий будинок чи жила приміщення в соціальному гуртожитку, а також перелік житлово-комунальних послуг, які надаватимуться наймачу відповідно до договору найму соціального житла. При цьому, частина друга цієї ж статті спеціально застерігає, що предметом договору найму соціального житла не можуть бути допоміжні приміщення в багатоквартирному жилому будинку.

Отже, умовою (й ознакою) обміну соціального житла є встановлення підвищених вимог до його предмета: останнім може бути лише квартира абосадибний (одноквартирний) жилий будинок.

По-друге, відрізняються вимоги до такої умови обміну як згода на неї членів сім'ї наймача.

Якщо для обміну жилих приміщень у будинках державного або громадського житлового фонду потрібна письмова згода членів сім'ї, які проживають разом з ним, включаючи тимчасово відсутніх (ст. 79 ЖК), то у ст. 25 Закону «Про житловий фонд соціального призначення» йдеться про необхідність згоди повнолітніх членів сім'ї наймача, включаючи тимчасово відсутніх, на обмін житла.

По-третє, особливістю обміну жилих приміщень у будинках ЖБК є обмеження примусового обміну (Про практику застосування судами законодавства про житлово-будівельні кооперативи : Постанова Пленуму Верховного Суду від 18 вересня 1987 р. № 9 (зі змінами, внесеними постановами від 25 грудня 1992 р. № 13 та від 25 травня 1998 р. № 15). // Постанови Пленуму Верховного Суду України. — Офіц. вид. — 1972–2002. / за заг. ред. В. Т. Маляренка. — К. : А. С. К., 2003. — С. 153–160).

ГАРЕЄВ Є. Ш.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

ОБОВ'ЯЗОК ПО ВІДШКОДУВАННЮ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ У ДОРОЖНЬО-ТРАНСПОРТНІЙ ПРИГОДІ

Шкода завдана при експлуатації автомобілів напевно є самим розповсюдженим видом шкоди, яка взагалі завдається. Це зумовлено великою чисельністю автомобілів, які експлуатуються у сучасних мегаполісах. Отже, відшкодування шкоди, завданої у дорожньо-транспортній пригоді є вельми актуальним питанням, а особливості її відшкодування не завжди чітко висвітлені у законодавстві.

За загальним правилом, встановленим ст. 1187 Цивільного кодексу України (ЦК) шкода, завдана джерелом підвищеної небезпеки, відшкодується особою, яка на відповідній правовій підставі (право власності, інше речове право, договір підряду, оренди тощо) володіє транспортним засобом, механізмом, іншим об'єктом, використання, зберігання або утримання якого створює підвищену небезпеку. До осіб, які володіють транспортним засобом на відповідній правовій підставі належать і водії, які мають при собі документ на автомобіль.

Отже, суб'єктом відшкодування такої шкоди є перш за все водій, якій є винним у дорожньо-транспортній пригоді.

Проте, в нашій державі є обов'язковим страхування відповідальності водіїв автомобілів. Правовідносини з приводу такого страхування врегульовані Законом України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» від 01.07.2004 року. (Закон України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» від 01.07.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 1. — ст. 1).

Відповідно до ст. 22 цього закону у разі настання страхового випадку страховик у межах страхових сум, зазначених у страховому полісі, відшкодовує у встановленому цим Законом порядку оцінену шкоду, заподіяну внаслідок дорожньо-транспортної пригоди життю, здоров'ю, майну третьої особи.

Таким чином, суб'єктом відшкодування є страхова компанія, у якій застрахована відповідальність водія винного у ДТП.

Проте, дуже часто виникають ситуації, коли страхові компанії без будь-яких достатніх підстав відмовляються відшкодовувати шкоду добровільно. Більше того, стягнення страхового відшкодування у судовому порядку також може не дати результати. Причиною цього, є поява достатньо великої кількості страхових компаній, єдиною метою яких є збір коштів від продажу страхових полісів та подальше уникнення від страхових виплат. Законні методи боротьби з такими страховими компаніями не дають відповідних плодів, адже дуже часто вони не мають ніякого майна або коштів на рахунках, які б можна було заарештувати у процедурі виконання судових рішень. При цьому, ці страхові компанії не визнаються офіційно банкрутами на протязі довгих років і фактично існують на папері.

У такій ситуації постає питання, чи можливо звернутися з вимогою щодо відшкодування шкоди не до страхової компанії, а безпосередньо до особи, винної у ДТП. Адже, саме з метою захисту й винної особи, державою застосовано обов'язкове страхування відповідальності.

Доволі довгий час судова практика була неоднозначною, суперечливою. З одного боку є спеціальний закон, що регулює відносини у сфері страхування, з іншого боку ніхто не відміняв статті 1166 та 1187 ЦК України, щодо загальних положень про відшкодування шкоди.

Крапку у цьому питанні було поставлено у постанові Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ № 4 від 01.03.2013 р. «Про деякі питання застосування судами законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки». (Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ № 4 від 01.03.2013 р. «Про деякі питання застосування судами законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки» // <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0004740-13>).

Так, у п. 16 цієї постанови зазначено, оскільки відповідно до статті 3 Закону № 1961-IV обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності здійснюється як з метою забезпечення відшкодування шкоди, заподіяної життю, здоров'ю та/або майну потерпілих унаслідок дорожньо-транспортної пригоди, так і захисту майнових

інтересів страхувальників, враховуючи положення статті 1194 ЦК, питання про відшкодування шкоди самою особою, відповідальність якої застрахована, вирішується залежно від висловленої нею згоди на таке відшкодування та виконання чи невиконання нею передбаченого статтею 33 Закону № 1961-IV обов'язку щодо письмового надання страховику, з яким укладено відповідний договір (у передбачених випадках Моторному (транспортному) страховому бюро України, далі — МТСБУ), повідомлення про дорожньо-транспортну пригоду встановленого зразка. У разі невиконання особою, відповідальність якої застрахована, обов'язку письмового надання страховику, з яким укладено договір обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності (у передбачених випадках — МТСБУ), повідомлення про дорожньо-транспортну пригоду встановленого МТСБУ зразка, шкода відшкодовується завдавачем шкоди.

Таким чином, при виборі потерпілого до кого саме звертатись із позовною заявою про відшкодування шкоди, завданої у дорожньо-транспортній пригоді слід з'ясувати чи звертався винуватець ДТП до страхової компанії, де застрахована його відповідальність, а також чи може винуватець ДТП підтвердити своє звернення належними та допустимими доказами з огляду на ст. ст. 58, 59 Цивільно-процесуального кодексу України. (Цивільний процесуальний кодекс України від 08.10.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 40–42. — ст. 1530)

При цьому слід звернути увагу, що сума, яку можна стягнути з винуватця ДТП, найчастіше є значно більшою. При розрахунку цієї суми можуть бути враховані такі чинники як франшиза, втрата товарної вартості автомобіля, фізичний знос складових автомобіля, непрямі збитки, моральна шкода та інші суми, які страхова компанія не зобов'язана відшкодувати.

КРИВЕНКО Ю. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

ПОНЯТТЯ МАЙНОВИХ ПРАВ РЕЛІГІЙНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ

Норми закону або договору, що дозволяють використовувати релігійними організаціями своє майно для досягнення статутних цілей, відображають певне ставлення суб'єкта до свого майна шляхом закріплення за ним відповідних правочинів, обсяг яких залежить від виду наданого права. Майнові права релігійних організацій — це сукупність

речових та зобов'язальних прав, які закріплені у законі або договорі і виражають ставлення релігійної організації до майна, яке використовується для досягнення статутних цілей.

Наявність майна створює матеріальну базу діяльності релігійних організацій. Ступінь майнової відокремленості у різних юридичних осіб може відрізнятись. Однак у всіх випадках можливість володіти, користуватися і розпоряджатися майном має таку ступінь відокремленості майна, яка достатня для визнання організації юридичною особою. (Цивільне та сімейне право України у запитаннях та відповідях. // Харитонов Є. О. Калітенко О. М., Зубар В. М. — Х.: «Одіссей», 2002. — С. 86).

Майнова відокремленість релігійної організації полягає насамперед в тому, що вона є власником майна яке їй належить. В деяких випадках релігійні організації наділені по відношенню до закріпленого за ними майна правом оперативного управління. Це характерно для багатоланкових релігійних об'єднань.

Для нормального існування та виконання статутних цілей і задач релігійним організаціям необхідна певна матеріальна база: будівлі, приміщення, гроші та інше майно. Все майно, яке в своїй діяльності використовують релігійні організації, можна поділити на дві частини в залежності від того, хто є власником: майно, власниками якого є самі релігійні організації і майно, яке знаходиться у власності держави, юридичних осіб і громадян. Останнє передається в користування релігійним організаціям на підставі договору.

Одним з видів майна, яке знаходиться у власності релігійних організацій, є гроші. Джерела отримання грошових засобів можуть бути різноманітні. Серед них можна виділити наступні:

- добровільні пожертви громадян, державних, громадських організацій чи установ;
- доходи, які отримує релігійна організація в результаті здійснення обрядів, реалізації предметів релігійного призначення, релігійної літератури;
- доходи від здійснення підприємницької діяльності: отримання банківських кредитів, страхових відшкодувань, доходи, отримані внаслідок здійснення будь-яких цивільно-правових правочинів: купівлі-продажу, оренди.

Комерційну систему церков становлять приходи (храми і монастирі), єпархіальні управління на рівні регіонів та комерційні підприємства, засновані за участю настоятелів. До системи тісно примикають численні благочинні та просвітницькі фонди.

Майно, яке знаходиться у власності релігійних організацій, можна класифікувати за різними критеріями:

— рухоме і нерухоме; — залежно від цільового призначення: майно релігійного призначення й інше майно; — майно, яке вноситься до пам'яток історії та культури й інше майно (Піддубна В. Ф. Деякі питання щодо права власності релігійних організацій // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — № 3. — С. 92–94.). У власності релігійних організацій можуть знаходитись культові споруди, предмети релігійної обрядовості, благодійного, культурного і виробничого призначення, жилі будинки, гроші й інше майно, необхідне для забезпечення їх діяльності. Під культовими спорудами слід розуміти приміщення для проведення або забезпечення богослужінь і виконання релігійних обрядів (церкви, собори, синагоги, мечеті, пагоди, каплиці, дзвіниці, мінарети, молитовні тощо).

До предметів релігійної обрядовості можна віднести предмети і матеріали, які необхідні для провадження релігійних дій.

Релігійні організації мають право на передачу їм у власність культових будівель із земельною ділянкою, необхідною для обслуговування останніх. (Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо права релігійних організацій на постійне користування земельною ділянкою: Закон України від 15 січня 2009 р. // Урядовий кур'єр. — 2009. — № 18. — Ст. 1.). Релігійним організаціям заборонено примусового обкладати віруючих майновими зборами.

Відповідно до ст. 18 Закону «Про свободу совісті та релігійні організації» до джерел формування права власності можна віднести майно, придбане або створене релігійними організаціями за рахунок власних коштів, пожертвоване громадянами, організаціями або передане державою, а також на інших підставах, передбачених законом.

Слід зазначити, що наведений перелік джерел формування майна не є вичерпним, оскільки використання майна можливе і на інших підставах, передбачених законом. Як впливає із статутних документів релігійних організацій, джерелами формування майна можуть бути також прибутки від здійснення виробничої та господарської діяльності, членські внески, грошові надходження від здійснення культової діяльності, доходи від реалізації літератури і предметів релігійного призначення.

Що стосується такого джерела формування майна релігійних організацій, як придбане або створене за рахунок власних коштів, то воно є досить поширеним майже для будь-якого з видів релігійних організацій (релігійної громади, управління (центру), релігійного братства, монастиря, місії, духовних навчальних закладів). Так, зусиллями віруючих релігійної громади можуть проводитися роботи з будівництва тих чи інших приміщень, створення будь-яких предметів, які використовуються при проведенні богослужінь, здійснення реставраційних робіт тощо. Право власності на майно, набуте за рахунок власних коштів, виникає у

релігійних організацій на підставі укладення таких цивільно-правових договорів, як купівля-продаж, міна, поставка.

Серед релігійних організацій досить поширеним джерелом формування майна є пожертвування майна громадянами, організаціями або передача його державою. До цього джерела можна віднести як добровільні внески засновників, так і добровільні пожертвування фізичних чи юридичних осіб будь-якій релігійній організації. Пожертвування можуть мати і цільовий характер, визначатися окремими особами, відповідною програмою чи конкретною вказівкою ними особами на мету використання майна. Так, пожертвування з конкретним призначенням, у більшості випадків на користь релігійних організацій, здійснюються юридичними особами. При цьому цілі використання пожертвованого майна пов'язані з відновленням нерухомості релігійних організацій. До джерел формування права власності на майно релігійних організацій можна віднести і доходи цих організацій, які вони одержують у результаті здійснення культурно-освітньої діяльності, а саме: проведення виставок, семінарів, організації паломницьких поїздок; освітньої, видавничої діяльності.

Релігійні організації у порядку, визначеному чинним законодавством, мають право для виконання своїх статутних завдань засновувати видавничі, поліграфічні, реставраційно-будівельні, сільськогосподарські та інші підприємства, а також добродійні заклади (притулки, інтернати, лікарні тощо), яким надаються права юридичної особи.

Викладене дозволяє зробити висновок, що, майнові права релігійних організацій — це сукупність речових та зобов'язальних прав, закріплених у законі або договорі і виражають ставлення релігійної організації до майна, яке використовується для досягнення статутних цілей.

СЄВЕРОВА Є. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА СТВОРЕННЯ НЕБЕЗПЕКИ ЗАПОДІЯННЯ ШКОДИ

В цивільному праві України відшкодування шкоди, як правило, є формою відповідальності за правопорушення, тобто за виновне завдання шкоди.

Разом із тим, іноді така виновна поведінка не призводить безпосередньо до завдання шкоди, а лише створює небезпеку її заподіяння,

тим не менш має негативні наслідки. Слід зазначити, що кваліфікація подібних неправомірних дій на практиці, як правило, не знаходить правильного вирішення, оскільки виникаючі при цьому правовідносини є новими для сучасного законодавства і практику вирішення подібних спорів не можна вважати усталеною. Тому дослідження змісту та суті зазначених зобов'язань надасть можливість визначити їх місце та роль в системі зобов'язань, запропонувати шляхи вирішення проблем судової практики розв'язання таких спорів.

Про виключну важливість таких інтересів, як здоров'я, життя людини, майно фізичної та юридичної особи і необхідність їх захисту на більш ранньому ступені — шляхом запобіганням заподіяння шкоди, ніж подолання її шкідливих наслідків, неодноразово зверталось увагу в юридичній літературі (Харитонов Е. О., Васькин В. В. Возмещение вреда, понесенного при предотвращении вреда, грозящего объектам природы // Проблемі укрєплення демократии, законности и правопо-рядка // Сб.науч.трудов, Куйбышев, 1984, с.38–42). На теперішній час вирішенням такого питання стала ст. 1163 ЦК, відповідно до якої фізична особа, життю, здоров'ю або майну якої загрожує небезпека, має право вимагати її усунення від того, хто її створює.

Питання, які потребують з'ясування, у першу чергу, полягають у визначенні того, чи можна вважати таке зобов'язання деліктним, і саме від його вирішення залежить можливість застосування норм про відшкодування шкоди поряд із спеціальними нормами Глави 81 ЦК, та чи є наявність шкоди умовою відповідальності, оскільки відсутність чіткого розмежування у підставах відповідальності призводить до їх фактичного ототожнення.

Шкода є першою та необхідною умовою цивільно — правової відповідальності за завдання шкоди і в загальному вигляді визначається як наслідок посягання на суспільні відносини та порушення охоронюваних законом прав та інтересів держави, організацій та громадян (Малеин Н. С. Возмещение вреда, причиненного личности. М., 1965, с. 5). Для виникнення зобов'язань з відшкодування шкоди наявність фактичної шкоди, є безумовним та обов'язковим, водночас про фактичну шкоду як умову виникнення зобов'язань про створення небезпеки заподіяння шкоди говорити безспірно важко, оскільки сам зміст зобов'язання свідчить про виникнення відповідальності лише за загрозу її виникнення. На користь такої думки свідчить історична суть такого виду зобов'язань та їх мета — запобігання порушенню, а також нормативне визначення їх місця як окремих зобов'язань в главі Цивільного кодексу, які передують власно зобов'язанням із відшкодування шкоди, окремо.

Водночас законодавчо питання наявності шкоди як підстави відповідальності за створення небезпеки вирішено, на наш погляд, невдало,

що дає підстави для двоякого тлумачення змісту статті та на практиці призводить до ототожнення підстав відповідальності, а відсутність фактичних шкідливих наслідків неправомірної поведінки тлумачаться як підстава для звільнення від відповідальності, хоча саме створення загрози вже є підставою такої.

З огляду на викладене, уявляється правильним вважати, що фактичні негативні наслідки не є умовою відповідальності, для виникнення зазначених зобов'язань достатньо діяння без урахування фактичного шкідливого результату, доведенню підлягає факт ймовірності його завдання.

Аналіз норм права дозволяє стверджувати, що протиправна поведінка особи, яка створила таку небезпеку завдання шкоди є обов'язковою умовою відповідальності, при цьому на наш погляд, з теоретичної та практичної точки зору як умова відповідальності вона не викликає питань.

Причинний зв'язок є умовою виникнення зобов'язань, однак незважаючи на наявність усталеної уяви про його зміст, у цих зобов'язання є особливості, на які в літературі зверталася увага, зокрема про наявність у цьому випадку «подвійного» причинного зв'язку: по — перше, зв'язку між протиправною дією або бездіяльністю особи і виникненням загрози блага, яке охороняється законом, по-друге, зв'язку між створеною загрозою і шкодою, що виникла в потерпілого (Цивільний кодекс України. Коментар/за ред.Є. О. Харитонова, О. М. Калітенко. — Х.: Одіссей, 2003, с.752). Проте питання про те, чи є обов'язковою умовою наявності шкоди є спірним, а сучасна правова конструкція статті однозначної відповіді на це питання не надає, що не сприяє усталеності практики вирішення спорів.

На думку деяких авторів, цивільний кодекс свідчить про те, що до елементів зазначених зобов'язань не входить вина як суб'єктивний чинник і для виникнення відповідальності за створення небезпеки (загрози) достатньо встановлення об'єктивного факту — «створення небезпеки (загрози)» (Кодифікація приватного (цивільного) права України /за ред.А. Довгерта. — К. : Укр.центр правн. Студій, 2000, с.261; Цивільне право : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова, Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін.; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького — Х.: Право. — 2011. — Т. 2 — с.714).

Дійсно, аналіз норм ст. 1163 ЦК свідчить про відсутність вимог про усвідомлення особою будь — яким чином неправомірності власної поведінки як умови відповідальності, однак таке буде логічним у разі настання негативних випадків лише внаслідок створення небезпеки завдання шкоди. Водночас у разі завдання фактичної шкоди (п. 2ч. 1ст. 1164 ЦК) питання вини буде обставиною, яка має враховуватися для можливості

покладання на особу відповідальності, і в цьому випадку питання про вину як умову не буде однозначним.

Підбиваючи підсумки, можна констатувати, що окремі положення зазначених зобов'язань потребують на законодавче уточнення, зокрема, про наявність фактично завданої шкоди як умови виникнення зобов'язання, а також чіткого законодавчого розмежування зазначених зобов'язань порівняно із зобов'язаннями про відшкодування шкоди, оскільки нечітка правова конструкція піддає сумніву доцільність їх відокремлення у самостійний вид зобов'язань, що також не сприяє усталеній судовій практиці.

ТОКАРЕВА В. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВІДНОСИН ГАЛЕРЕЇ З АВТОРОМ

Праця художника є особливою, а одержуваний творчий продукт має свою специфіку. Існують різні художники залежно від техніки і особливостей малювання: графіки, живописці, оформлювачі, ілюстратори, художники кіно, мультиплікатори, фотохудожники, карикатуристи, художники мініатюрного живопису, проектувальники костюмів, декорацій, реставратори, стилісти та інші. Твір художника (картина, скульптура) відрізняє його унікальні властивості, який створений творчою працею автора, містить інформацію, бачення самого художника і нерозривно пов'язано з особистістю художника, його досвідом, переживаннями, внутрішнім світом. Для діяльності художника характерні здатність створювати «товар», незалежність процесі створення, самостійність у встановленні термінів створення твору (в останньому випадку свобода діяльності художника може обмежуватися договором, наприклад договором авторського замовлення, в якому буде передбачено відповідний строк). Результати праці художника мають особливий характер. Вартість матеріалів, праці та інші витрати, понесені у процесі створення «товару», в сотні, тисячі разів перевищують вартість готового твору, яка в ідеальному випадку з часом продовжує зростати (Амелина К. Е., Черняк А. С. Продюсерський договір с художником: правовая природа и содержание // Евразийский Юридический Журнал. — № 11(54). — 2012.)

Цивільний кодекс України містить ст. 1112 яка передбачає укладення із автором договору про створення за замовленням і використання

об'єкта права інтелектуальної власності за яким одна сторона (творець — письменник, художник тощо) зобов'язується створити об'єкт права інтелектуальної власності відповідно до вимог другої сторони (замовника) та в установленний строк. Така договірна конструкція не завжди відповідає відносинам які виникають між галереєю та художником, а саме коли твір на момент укладення договору може вже існує, а галерея крім експонування та представлення товару для продажу, може здійснювати організацію прес-релізів, інтерв'ю з журналістами та виробництво каталогів із творами авторів.

Слід зазначити, що діяльність галерей в Україні прирівнюються до магазинів, що позначається на можливості укладення із авторами, таких договорів як агентський, купівлі-продажу, дарування та комісії. Подекуди якщо галерея передбачає попит на твори автора вона може закупити його роботи у власний фонд.

Водночас, як свідчить практика діяльності галерей США та ЄС договір галереї та автора включає відносини щодо організації прес-релізів, інтерв'ю, експозиції, транспортування, розміщення в друкованих та електронних каталогах творів автора та виробництво друкованої рекламної продукції (плакатів, листівок, каталогів). Така ситуація зумовила, надання галереям у США самостійного статусу суб'єкта господарської діяльності та укладення з авторами, поряд із традиційними договорами купівлі-продажу, комісії, продюсерських договорів, які в більшій мірі відображають природу відносин, що виникають між сторонами. Укладення даних договорів з авторами може бути здійснена із галереями активних продажів, ексклюзивними галереями, тими, що працюють з невідомими художниками та ярмарками.

Співпраця з галереями активних продажів передбачає, що за певну щомісячну плату (приблизно може складати 200\$) автору надаються площі галереї, організовується оголошення в спеціалізованих періодичних каталогах, журналах з мистецтва, реклама на місцевому рівні та забезпечується клієнтська база. Галерея може покладати на автора обов'язок постійне перебування в галереї або постійний доступний контакт на період експонування творів. Такі галереї подекуди працюють з постійними клієнтами, які запрошуються на презентації та отримують розсилку листів із переліком нових надходжень. Оплата діяльності таких галерей призначається у формі комісії з продажу твору.

Автори які мають багаторічний досвід продаж, придбали світову популярність, а їх твори знаходяться уведучих музеях та колекціях співпрацю з дорогими ексклюзивним галереями. Рівень комісії таких галереї становить 50–60 % від вартості твору, яка включає забезпечення витрат із організації продажів, реклами та проведення певної кількості виставок на протязі року, зазвичай чотири (Условия показов и продажи

картин через галереї Нью-Йорка. [Електронний ресурс] — Режим доступу:<http://life-coach.org.ua>).

Щодо галереї, які працюють з невідомими талановитими авторами, то вони надають весь спектр послуг з просування та виставкової діяльності за щорічну фіксовану суму (приблизно може складати 2000 \$), яка може зменшуватися залежно від строку співпраці. Ці послуги включають представлення творів в каталогах та пресі, складання та розсилка прес-релізів, організація інтерв'ю з журналістами, виробництво друкованих рекламних матеріалів (плакатів, листівок), розміщення на сайтах та різних майданчиках, організація інших маркетингових акцій та персональних заходів. За продаж творів галерея отримує комісію в розмірі 30 % від вартості твору.

Стосовно продажу творів мистецтва на художніх ярмарках та виставках, то це може бути не пов'язано співпрацею з галереєю. Тому що їх проводять організації, найчастіше не пов'язані безпосередньо з мистецтвом. Подібні заходи тривають декілька днів, а організаційний внесок, включаючи послугу із організації успішних продажів, складає приблизно 2–5000 \$. Автору можуть запропонувати послугу включення в каталог ярмарки без участі в ній у самій ярмарці. Недоліком ярмарок є те, що вони проходять на великих площах, де стіни повністю завішені творами образотворчого мистецтва різних авторів та напрямків, що не завжди може дати адекватне уявлення про творчість того чи іншого автора (Условия показов и продажи картин через галереи Нью-Йорка. [Електронний ресурс] — Режим доступу:<http://life-coach.org.ua>).

Зазвичай, подібні договори укладені галереєю з автором стосуються лише творів які передаються за таким правочином, а галерея не стає агентом всіх інших творів художника або представником автора. Водночас, може бути передбачено, що автор за таким договором признає галерею в якості свого єдиного представника, або навіть ексклюзивного представника який наділений правом представляти публіці твори доступні для придбання на певній території.

Тож, галереє за договором із автором може здійснювати представлення інтересів автора, організацію експонування, перевезення, страхування, рекламу та продаж його творів, то конкретний зміст правовідносин галереї та автора залежить від фактичних домовленостей між сторонами, які мають бути визначені ними та відображенні у відповідному договорі, який носить змішаний характер.

Підсумовуючи зазначене, привертає увагу та інтерес подальше дослідження відносин галерей із авторам у вітчизняній та зарубіжній практиці.

МАРТИН В. М.

Львівський національний університет ім. Івана Франка,
доцент кафедри цивільного права і процесу, кандидат юридичних наук

ДОГОВІР ЯК ПІДСТАВА ВИНИКНЕННЯ ПРАВА КОРИСТУВАННЯ ЧУЖОЮ ЗЕМЕЛЬНОЮ ДІЛЯНКОЮ ДЛЯ ЗАБУДОВИ (СУПЕРФІЦІЮ)

Однією із підстав виникнення права користування чужою земельною ділянкою для забудови є договір (п. 1 ст. 413 ЦК України). Як зазначається у Постанові Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав» від 07.02.2014 р. № 5(п. 40), укладення договорів між власником земельної ділянки та особою, яка виявила бажання користуватися нею для забудови, їх умови, строки та права і обов'язки сторін за ними, а також підстави припинення регулюються нормами глави 34 ЦК України з урахуванням вимог ЗК України. Проте у ЦК України відсутні не тільки умови та основні особливості цього договору, але і його назва.

Так, у Постанові Пленуму Вищого Господарського Суду від 17.05.2011 р. № 6 «Про деякі питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин» для означення цього договору використовується терміни «договір суперфіцію»(п.п. 2.13, 2.39) та «договір про суперфіцій»(п. 2.40), договір на право користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцію) (п. 2.40); в п. 2.4 «Узагальнення судової практики розгляду господарськими судами справ у спорах, пов'язаних із земельними правовідносинами» Вищого господарського суду України від 01.01.2010 р. — «договір про право користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій)». У юридичній літературі для означення даного договору використовують терміни «договір про встановлення суперфіцію», «договір користування чужою земельною ділянкою для забудови» та ін.

Земельний кодекс України (п. 5. ст. 102—1) для означення договору, який є юридичною підставою виникнення суперфіцію використовується термін «договорів про надання права користування земельною ділянкою для забудови». Тому саме цей законодавчий термін, не дивлячись на його недосконалість, треба використовувати в підзаконних актах, договірній та судовій практиці.

Договорів про надання права користування земельною ділянкою для забудови — домовленість між власником земельної ділянки та особою, яка виявила бажання користуватися цією земельною ділянкою для таких потреб (суперфіціарієм). За загальним правилом статті 641

ЦК пропозицію укласти такий договір (оферту) може зробити кожна із сторін майбутнього договору.

Висловити пропозицію встановити суперфіцій шляхом укладення договору можуть, зокрема, як особи, які бажають будувувати відповідну земельну ділянку, так і власники будівель і споруд, які уже розташовані на чужій земельній ділянці. Проте договір є узгодженим волевиявленням двох сторін, і тому він може бути укладеним лише за умови досягнення сторонами домовленості.

Власник нерухомості може вимагати від власника земельної ділянки встановлення суперфіцій і шляхом подання відповідного позову до суду. Проте, як зазначено у Постанові Пленуму Вищого господарського суду України (абз.2 п. 2.40 Постанови «Про деякі питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин» від 17.05.2011 р.), «законодавством не передбачено підстав обов'язкового укладення власником, у тому числі державою та територіальними громадами, договору суперфіцій на вимогу особи, яка має намір здійснювати будівництво». «Визнання договору на право користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій), укладеним у редакції позивача, є обмеженням у реалізації прав власника земельної ділянки, який не може бути примушений виконувати умови договору, визначені в односторонньому порядку».

З установленням права користування чужою земельною ділянкою для забудови право власності не припиняється, але значна частина прав власника на земельну ділянку передається землекористувачеві. Поряд із власником, повноваження якого істотно звужуються, стає суб'єкт, який володіє великою частиною прав на використання земельної ділянки, — землекористувач. Об'єм та зміст прав землекористувача визначається нормами законодавства та договором, яким установлений суперфіцій. Тому суд не може зобов'язувати власника земельної ділянки поза його волею укласти договір суперфіцій і уступити значну частину належних йому прав на земельну ділянку.

З точки зору загальнотеоретичної характеристики договорів про надання права користування земельною ділянкою для забудови є консенсуальним, каузальним, а залежно від волі сторін він може бути відплатним або безвідплатним, строковим чи безстроковим.

Особливістю договору про надання права користування земельною ділянкою для забудови полягає і у тому, що він не тільки встановлює речове право — суперфіцій, але і є підставою виникнення договірних, зобов'язальних правовідносин, які існують поряд із речовим правом користувача між ним та власником (власник земельної ділянки, наданої для забудови, має право на одержання плати за користування нею(ч. 1 ст. 414 ЦК), а землекористувач зобов'язаний вносити плату за

користування земельною ділянкою, наданою йому для забудови (ч. 4 ст. 415 ЦК); якщо на земельній ділянці збудовані промислові об'єкти, договором може бути передбачено право власника земельної ділянки на одержання частки від доходу землекористувача (ч. 1 ст. 414 ЦК); договір може визначати обсяг прав власника щодо володіння та користування земельною ділянкою, «право забудови» якої він передав суперфіціарію (ч. 2 ст. 414 ЦК). На появу у цивільному праві України такого роду правовідносин — речових прав, обтяжених зобов'язаннями, — звертали увагу давно, проте їх правова природа потребує подальших наукових досліджень.

ЦИБУЛЬСЬКА О. Ю.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

ЗАПОВІДАЛЬНИЙ ВІДКАЗ ТА ПРАВО НА ОBOB'ЯЗКОВУ ЧАСТКУ

Можливість встановлювати в заповіті заповідальний відказ передбачена ч. 1 ст. 1237 ЦК України (Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40—44. — Ст. 356.). Суб'єктами правовідносин, що виникають внаслідок заповідального відказу, є обтяжений відказом спадкоємець (спадкоємці) за заповітом, який згідно з ч. 1 ст. 1238 ЦК України зобов'язаний вчинити дії щодо передання відказоодержувачеві у власність або за іншим речовим правом майнового права або речі, що входить або не входить до складу спадщини, і, безпосередньо, відказоодержувач (відказоодержувачі) (Цибульська О. Ю. Правове становище відказоодержувачів за заповідальним відказом / О. Ю. Цибульська // Актуальні проблеми держави і права : збірник наукових праць. — Одеса : Юридична література, 2009. — Вип. 51. — С. 33.).

Так, ч. 1 ст. 1235 ЦК України встановлено, що заповідач може призначити своїми спадкоємцями одну чи декілька фізичних осіб, незалежно від наявності у нього з цими особами сімейних, родинних відносин, а також інших учасників цивільних відносин. Ця норма закріплює принцип свободи заповіту, який, зокрема, передбачає право спадкодавця заповідати своє майно будь-яким особам, а саме: фізичним особам, які входять до кола спадкоємців за законом, при цьому заповідач не пов'язаний їх черговістю; фізичним особам, які не входять до кола спадкоємців за законом, незалежно від того, чи є в живих хто-небудь

із числа законних спадкоємців, чи ні; юридичним особам будь-яких форм власності та організаційно-правових форм, а також суб'єктам публічного права (Васильченко В. В. Коментар Книги шостої Цивільного кодексу України «Спадкове право» / В. В. Васильченко // Довідник нотаріуса. — 2006. — № 1. — С. 18–20, 49.).

Актуальним є питання визначення меж вчинення дій, передбачених заповідальним відказом, якщо спадкоємцем за заповітом, на якого покладено обов'язок виконати такі дії, призначено спадкоємця, який має право на обов'язкову частку. Сутність цього права полягає в тому, що особи, зазначені в ч. 1 ст. 1241 ЦК України (малолітні, неповнолітні, повнолітні непрацездатні діти спадкодавця, непрацездатна вдова (вдівець) та непрацездатні батьки) за наявності заповіту, але незалежно від його змісту спадкують половину частки, яка належала б кожному з них у разі спадкування за законом.

Відповідь на зазначене питання можна отримати, дослідивши ч. 3 ст. 1241 ЦК України, згідно з якою будь-які обмеження та обтяження, встановлені у заповіті для спадкоємця, який має право на обов'язкову частку у спадщині, дійсні лише щодо тієї частини спадщини, яка перевищує його обов'язкову частку. Отже, будь-які обмеження та обтяження, в тому числі й дії за заповідальним відказом, будуть дійсними лише щодо тієї частини спадщини, яка перевищує його обов'язкову частку (Гражданский кодекс Украины : научно-практический комментарий / [Е. О. Харитонов, И. И. Кучеренко, Е. И. Харитонova и др.] ; под ред. Е. О. Харитонova; Н. Ю. Голубевой. — [6-е изд., с измен. и доп.]. — X. : Одиссей, 2008. — С. 1211.).

Не менш цікавою є ситуація, коли відказоодержувачами можуть бути призначені особи, які мають право на обов'язкову частку. За загальним правилом відказоодержувачами згідно з ч. 2 ст. 1237 ЦК України можуть бути будь-які особи, як ті, що входять, так і ті, що не входять до кола спадкоємців за законом. Проте потребує аналізу положення про можливість отримання статусу відказоодержувача, крім спадкоємців за законом, спадкоємцями, які мають право на обов'язкову частку (Спадкування за законодавством України. Коментар. Судова практика // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2008. — № 4. — С. 60; Гражданский кодекс Украины : научно-практический комментарий / [Е. О. Харитонов, И. И. Кучеренко, Е. И. Харитонova и др.] ; под ред. Е. О. Харитонova; Н. Ю. Голубевой. — [6-е изд., с измен. и доп.]. — X. : Одиссей, 2008. — С. 1208.).

Як вбачається із наведеного ч. 2 ст. 1237 ЦК України переліку, можливість спадкоємців за правом на обов'язкову частку стати відказоодержувачами окремо не визначена. Разом із тим, така можливість встановлена ч. 2 ст. 1241 ЦК України, згідно з якою до обов'язкової частки

у спадщині зараховується вартість заповідального відказу. Із зазначеного можна зробити висновок, згідно з яким спадкоємці за правом на обов'язкову частку можуть мати подвійний статус: безпосередньо спадкоємця і водночас відказоодержувача. А тому внаслідок прийняття заповідального відказу розмір частки такого спадкоємця має відповідним чином зменшуватися на вартість відказу (Спадкування за законодавством України. Коментар. Судова практика // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2008. — № 4. — С. 61.). Таким чином, при визначенні розміру обов'язкової частки у спадщині враховується вартість заповідального відказу. Аналогічне роз'яснення міститься також в абз. 2 п. 19 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 р. № 7 (Про судову практику у справах про спадкування : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 № 7 // Вісник Верховного суду України — 2008 р. — № 6. — Ст. 17).

Окремі аспекти та висновки, наведені в межах цієї роботи, можуть бути предметом подальших наукових досліджень відповідних категорій та явищ в спадковому правонаступництві.

АДАХОВСЬКА Н. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЩОДО УПРАВЛІННЯ СПАДЩИНОЮ

Правові аспекти використання майна до моменту його успадкування стають для України все частіше актуальними. Дане питання врегульовано чинним Цивільним кодексом України, цікавим, на думку автора, для багатьох буде запропонована характеристика дореволюційного законодавства, а саме способів утримання спадкового майна в належному стані до моменту прийняття спадщини чи до появи спадкоємців.

Договір управління спадковим майном, який міститься у чинному Цивільному кодексі України істотно відрізняється від договору, що існував в дореволюційному законодавстві, як опіка над спадковим майном.

Так, опіка над спадковим майном застосовувалася у випадках спору про недійсність заповіту, неявки спадкоємців або у разі спору про поділ. У цьому полягає одна з відмінностей дореволюційного від сучасного українського законодавства. Порядок охорони майна полягав

у наступному: у разі, якщо не з'явилися всі спадкоємці або деякі з них протягом півроку за отриманням спадщини, не призначений виконавч заповіту, то майно спадкодавця переходило в опікунське управління.

Головна мета встановлення опіки над спадковим майном полягала у його збереженні. На думку І. С. Вольмана, «опікун визнавався законним представником передбачуваних власників охоронюваного їм майна не тільки щодо управління та розпорядження цим майном, а взагалі з метою його збереження та заощадження, але і зокрема щодо захисту всіх пов'язаних з цим майном інтересів його власників». Крім того, І. С. Вольман зазначає, що опікун є представником інтересів опікуваного майна (особи померлого).

Межі прав опікунів чітко встановлювалися законом і не могли бути змінені опікунськими установами, які їх призначили. Так, І. С. Вольман наголошує на тому, що «указ опікунської установи про визначення даної особи опікуном має лише повноваження призначати своїм призначенням опікуна, а не визначати права і обов'язки опікуна по відношенню до опікуваному їм майна» (Вольман І. С., Марков Н. О., Могилевський М. О., Нікольський Д. П. Цивільне право. Спб. — 1903. — С. 144)

При аналізі дореволюційних законодавчих положень про опіку над спадковим майном, досить цікавим є правило, яке встановлювалося для тих випадків, коли будинки або будови, що надійшли в опікунське управління, виявлялися старими і не приносили доходу. У цих випадках за наявності засвідчення губернського начальства дані об'єкти продавалися з публічних торгів. Гроші, отримані від продажу будинків і будов, передавалися під відсотки в Державний Банк або його відділення. Якщо спадкоємці не з'являлися після закінчення десятирічного строку, встановленого для прийняття спадщини, то грошові кошти передавалися до скарбниці, а спадкоємцям, які з'являлися передавали гроші за умови, що їх право на спадщину було визнано судом.

Необхідно відзначити, що у разі явки спадкоємців після затвердження їх у правах опіка над майном припинялася. Відповідно, опікунська установа видавала розпорядження про зняття опіки та про передачу майна повнолітньому спадкоємцю затвердженого в правах на спадщину. При цьому позови до спадкового майна висувалися до всіх фактичних власників майна, хоча вони і не були затвержені в правах на спадщину. У випадку, коли не було встановлено ні фактичних спадкоємців, ні спадкоємців, що вступили в спадщину, то допускалися позови до особи померлого. Відповідачем також міг бути опікун, призначений для спадкової маси.

Опікун після закінчення десятирічного строку, встановленого для явки спадкоємців, діяв «в ім'я прав скарбниці, що виникали з

виморочного права, хоча виморочний маєток ще і не надійшов в безпосереднє завідування місцевого управління державним майном».

Потрібно звернути увагу на те, що в дореволюційному законодавстві не були розмежовані заходи охорони та управління з необхідності охорони інтересів «відсутніх, обмежених у дієздатності, обмежених довічним володінням і взагалі майбутніх невідомих спадкоємців». Застосування конкретних заходів залежало від виду майна, що охороняється. Так, якщо майно рухоме, то «заходи охорони є за законом... обов'язковими», і, навпаки, «зайвими, коли спадщина складається з нерухомості і в наявності знаходяться хоча б деякі спадкоємці». Таким чином, незважаючи на відсутність спеціального формулювання, особливі заходи з охорони застосовувалися відносно підприємств. Щоб не допустити зупинки діяльності торгового підприємства, спадкоємці впродовж трьох днів зобов'язані були оголосити про стан торгових книг. При належному їх віданні працівники підприємства зобов'язані були продовжувати свою трудову діяльність під управлінням спадкоємців або спеціально призначеної особи (коли всі спадкоємці були малолітніми). Важливо, що у випадку неналежного ведення торгових книг, які залишилися після померлого, майно за вироком суду негайно підлягало опису і опечатуванню.

З наведених положень слідує, що спадкове майно, яке потребує управління, існувало як в дореволюційний період, так і у сьогоденні. Однак правова форма, якою могли бути наділені відповідні відносини, введена Цивільним кодексом України 2003 р., а можливість її застосування до спадкових відносин закріплена в ст. 1285 Цивільного кодексу України, а саме якщо у складі спадщини є майно, яке потребує утримання, догляду, вчинення інших фактичних чи юридичних дій для підтримання його в належному стані, нотаріус, а у населених пунктах, де немає останнього, — відповідний орган місцевого самоврядування у разі відсутності спадкоємців або виконавця заповіту, укладають договір на управління спадщиною з іншою особою (Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.: Юринком Інтер, 2005. — Т. 1. — 890 с.). Це може бути хтось із родичів спадкодавця, працівник підприємства, що належало спадкодавцю, працівник органів місцевого самоврядування тощо. Особа, яка управляє спадщиною, має право на вчинення будь-яких необхідних дій, спрямованих на її збереження, до появи спадкоємців або до прийняття спадщини.

Разом з тим, характеристика положень дореволюційного законодавства дозволяє прийти до висновку про те, що заходи з управління майном спадкодавця не розглядалися законодавцем як самостійні аж до прийняття чинного Цивільного кодексу України.

ЗАМОРСЬКА Л. І.

Чернівецький національний університет ім. Ю. Федьковича,
доцент кафедри міжнародного права юридичного факультету,
кандидат юридичних наук, доцент

ІНСТИТУТ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ В СУЧАСНОМУ ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: ЗАГАЛЬНИЙ ТЕОРЕТИКО- НОРМАТИВНИЙ АНАЛІЗ

Становлення українського цивільного права, зокрема зобов'язального (договірної) права, відбувається в умовах формування нових концептуальних підходів, зумовлених процесами світової та європейської глобалізації. Саме тому особливої уваги заслуговує загальна характеристика нормативного змісту (прояву) одного з найосновніших цивільно-правових інститутів — інституту договірних зобов'язань, через який проявляється нормативний зміст даної галузі приватного права. Даний правовий інститут відображає нормативну суть цивільного права через цивільно-правовий договір під яким розуміється домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення прав та обов'язків (ч. 1 ст. 626 ЦК України), (Цивільний кодекс України від 16. 01.2003 року [Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15/page10>) і який укладається між суб'єктами (учасниками) цивільно-правових відносин.

Прихильники ідеї нормативності цивільно-правового договору і визнання його нормативно-правовим актом розглядають договірні правила як прояв нормативної саморегуляції, що забезпечує не тільки регулювання поведінки сторін, але й підлягає юридично значущому визнанню в загальній системі нормативного регулювання і, отже, правовому захисту (Тихомиров Ю. А. Правовая сфера общества и правовая система // Журнал российского права. 1998, № 4–5, с. 8).

У національному законодавстві оцінюючи зміст ст. 6 ЦК України, прихильники такого підходу вважають за необхідне розглядати норми договору, згідно з якими сторони відступають від положень закону, нормами цивільного права (Ромовська З. В. Українське цивільне право. Загальна частина: Академічний курс. 2009, с. 139), що мають одиничний нормативний потенціал.

Визнання діючим ЦК України можливості саморегулювання договірних цивільних відносин сторонами укладеного правочину, норми (правила) якого не відповідають нормативним приписам, закріпленим у відповідних актах цивільного законодавства, розрахованих на впорядкування саме таких відносин, призводить до того, що єдиним регулятором останніх слугують саме норми, що містяться в договорі.

3. Ромовська із цього приводу зазначає, що норми правочину, згідно з яким сторони відступили від положень закону, повинні вважатися нормами цивільного права також (Кодифікація приватного (цивільного) права України /за ред. А. Довгерта. 2000, с. 42). Так само і Є. О. Харитонов зауважує, що правочин, не передбачений актами цивільного законодавства, який укладається сторонами, виступає джерелом цивільного права, а його умови, що регламентують відносини, не врегульовані такими актами, можуть створювати норми цивільного права (Цивільний кодекс України : коментар. 2003, с. 12).

Інші автори, наприклад Т. В. Кашаніна, пропонують розглядати договір різновидом нормативно-індивідуального регулювання, в процесі якого виробляються індивідуальні норми з властивою їм нормативністю, але остання не абсолютна, оскільки індивідуальна норма є продовженням процесу правотворчості — у межах, окреслених законом, створюється правило поведінки, розраховане на точно визначених суб'єктів (Кашаніна Т. В. Основы российского права. 2003, с. 77).

На думку Н. Кузнецової, якщо розглядати договір як юридичний факт, це значно звужує функцію цивільно-правових договорів саме як регуляторів суспільних відносин, позбавляє їх ознак нормативності. Автор обгрунтовано переконує, що договір має індивідуалізовану нормативність, яка відрізняється від загальнообов'язкової. Саме Н. Кузнецова, як один із розробників проекту чинного Цивільного кодексу України, наголосила на надзвичайно потужному природному потенціалі Кодексу. ЦКУ прокладає собі дорогу в життя через судову практику та доктрину. Зміст природного права у ЦКУ є настільки потужним, що цей документ здатен створювати нові правові явища і наповнювати існуючі новим змістом. Саме таким явищем є договір як акт саморегулювання (Кузнецова Н. Науковий погляд на джерела цивільного права (форум науковців)// Правовий тиждень. [Електронний ресурс]. — Режим доступу <http://legalweekly.com.ua/index.php?idnews&newsid=123033>).

Проте, ми погоджуємося з думкою Р. А. Майданик, що дійсно цивільно-правовий договір можна визначити нормативним за змістом, оскільки нормативність його умов полягає не в повторюваності закріплених у ньому правил і не в деперсоніфікованості їх адресатів, а саме у встановленні правила, тобто виду і міри належної поведінки, незалежно від того, на одноразове чи багаторазове використання конкретизованими чи неконкретизованими суб'єктами вона розрахована (Майданик Р. А. Джерела цивільного права України: поняття, система, види// Право України. 2013. № 5, с. 295).

Проаналізувавши різні погляди з цього питання слід підсумувати, що в сучасному цивільному праві інститут договірних зобов'язань, зміст

якого розкривається через поняття цивільно-правового договору, безсумнівно характеризується нормативним змістом, який відображається в правових нормах, що містяться в чинному Цивільному кодексі України, а також у змісті самого нормативного цивільно-правового договору. Саме це дозволяє виділити ініціативність сторін-учасників договору як нормативно закріплену основу сучасного виразу зобов'язального права як підгалузі сучасного цивільного права України.

ЛЕПЕХ С. М.

Львівський національний університет ім. Івана Франка,
доцент кафедри цивільного права та процесу,
кандидат юридичних наук, доцент

**РОЗКРИТТЯ БАНКАМИ ІНФОРМАЦІЇ, ЯКА МІСТИТЬ
БАНКІВСЬКУ ТАЄМНИЦЮ, НА ВИМОГУ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ
ЯК КЛІЄНТА БАНКУ**

Гармонійний та стабільний розвиток банківської системи в Україні, забезпечення гарантій щодо реалізації законних інтересів клієнтами банків вимагає розробки найбільш оптимального належного правового регулювання суспільних відносин в цій сфері. В процесі реформування національного законодавства одним із найбільш важливих завдань є формулювання узгоджених підходів щодо створення таких механізмів функціонування цивільно-правових зобов'язань в банківській сфері, які б враховували особливості регулювання відповідних відносин нормами різних галузей права.

Загальні положення щодо банківської таємниці визначені ст. 1076 ЦК України, відповідно до ч. 1 якої банк гарантує таємницю банківського рахунка, операцій за рахунком і відомостей про клієнта. Відомості про операції та рахунки можуть бути надані тільки самим клієнтам або їхнім представникам. Іншим особам, у тому числі органам державної влади, їхнім посадовим і службовим особам, такі відомості можуть бути надані виключно у випадках та в порядку, встановлених законом.

Суб'єкти, які мають право безпосереднього звернення до банків щодо розкриття ними інформації, яка містить банківську таємницю, в повному чи обмеженому обсязі, визначені ч. 1 ст. 62 Закону України від 07.12.2000 року «Про банки і банківську діяльність» (далі — Закон). Насамперед, таке право має власник такої інформації, тобто відповідний клієнт банку. Зокрема, таким клієнтом може виступати фізична особа, якій банк надає кредитні, депозитні, розрахункові, інші послуги.

Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 62 Закону банк повинен розкрити банківську таємницю безпосередньо такій особі на її письмовий запит в повному обсязі, або з її письмового дозволу третім особам, визначеним нею, в повному чи обмеженому обсязі. Вимог щодо змісту таких запиту чи дозволу цим Законом не встановлено. Відповідно до п. 3.1 Правил зберігання, захисту, використання та розкриття банківської таємниці, затверджених постановою Правління НБУ від 14.07.2006 року письмовий запит та/або дозвіл клієнта про розкриття інформації, що містить банківську таємницю і власником якої є такий клієнт, складається за довільною формою. Письмовий запит (дозвіл) фізичної особи — клієнта банку має бути підписаний цією особою. Її підпис має бути засвідчений підписом керівника банку чи вповноваженою ним особою та відбитком печатки банку або нотаріально.

Запит та/або дозвіл клієнта може бути включений до договору про надання банківських послуг, що укладається між клієнтом і банком. У договорі також можуть бути визначені підстави та межі розкриття банком інформації, що становить банківську таємницю клієнта. Отже, в самому договорі про надання послуг банком, в окремому документі (письмовому дозволі), або довіреності можуть бути визначені треті особи, на вимогу яких банк у повному чи обмеженому обсязі може надати зазначену інформацію (наприклад, другий із подружжя, родичі, довірені особи, ін.).

Отже, один із подружжя не має права безпосереднього звернення із таким запитом до банку, якщо він не уповноважений на це другим із подружжя як клієнтом банку. Очевидно, що така норма не враховує особливостей правового режиму майна подружжя за сімейним законодавством. Права вимоги зобов'язального характеру, які виникають з договорів банківського вкладу чи банківського рахунку, укладених одним із подружжя за рахунок спільних коштів подружжя під час шлюбу, є їхнім спільним майном. Отже, відповідно для другого з подружжя, який не є клієнтом за такими договорами, необхідно передбачити в законодавстві можливість вимагати розкриття банківської таємниці щодо відповідних наявності рахунків та операцій за ними, не лише в судовому порядку, але й шляхом безпосереднього звернення до банку незалежно від волевиявлення, тобто згоди на це того з подружжя, який виступає клієнтом банку. Аналогічно має вирішуватись питання і щодо розкриття банківської таємниці щодо кредитних та інших послуг, наданих банком одному із подружжя, за зверненням другого з них. Таке право має бути надане в силу прямої вказівки закону, а не лише за письмовим дозволом самого клієнта. Такий підхід лише сприятиме належній реалізації та захисту майнових інтересів подружжя. Щодо осіб, які проживають однією сім'єю без реєстрації шлюбу, то навіть за умови наділення їх таким

правом в силу прямої вказівки закону, його практична реалізація буде значно утруднена. Більш оптимальним варіантом було б уточнення, що такі особи для розкриття банківської таємниці шляхом безпосереднього звернення до банку, за умови відсутності згоди того з них, який є клієнтом банку, мали би пред'являти письмовий договір про таке спільне проживання або рішення суду про встановлення факту перебування у фактичних шлюбних відносинах.

Отже, норми сімейного, цивільного та банківського законодавства потребують подальшого узгодження з метою створення найбільш оптимальних правових механізмів реалізації прав та інтересів фізичними особами в банківській сфері.

КОПИЛОВА Ж. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, асистент

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА ПРИВАТНОЇ ВЛАСНОСТІ ФІЗИЧНИХ ОСІБ НА КООПЕРАТИВНІ КВАРТИРИ

Однією з розповсюджених похідних підстав виникнення права приватної власності фізичних осіб на квартири є повна виплата паю на кооперативні квартири.

Зараз порядок створення ЖБК, його діяльність, а також права і обов'язки його членів та членів їх сімей визначаються ЦК України (Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.), ЖК УРСР (Житловий кодекс УРСР : Закон від 30.06.1983 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1983. — Додаток до № 28. — Ст. 573.), Законом України (далі — ЗУ) «Про кооперацію» від 10.07.2003 р. (Про кооперацію : Закон України від 10.07.2003 р. № 1087-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 5. — Ст. 35.), а також спеціальним законодавством, яке було прийнято у 80-х роках минулого століття: Примірний статут житлово-будівельного кооперативу, затверджений Постановою Ради Міністрів УРСР від 30.04.1985 р. № 186 (Про затвердження Примірного статуту житлово-будівельного кооперативу : Постанова Ради Міністрів УРСР від 30.04.1985 р. № 186 // ЗП УРСР. — 1985. — № 5. — Ст. 41.), Правила обліку громадян, які бажають вступити до ЖБК — Постановою Ради Міністрів УРСР від 05.06. 1985 р. № 228 (Про затвердження Правил обліку громадян, які бажають вступити до ЖБК :

Постанова Ради Мін УРСР і Укр. Респ. Ради профспілок від 05.06.1985 р. № 228 // ЗП УРСР. — 1985. — № 6. — Ст. 46.).

Поряд із ЖБК було виділено житловий кооператив як одну з форм житлової кооперації, які організовувалися для придбання в підприємств, об'єднань, організацій і виконкомів рад нових або капітально відремонтованих (реконструйованих) жилих будинків і їх подальшої експлуатації.

Кооперативи відповідно до норм ЦК України поділяються на два типи: виробничі і споживчі (ст. ст. 80–112). ЖБК та ЖК вважається доцільним віднести до споживчих кооперативів, поняття яких у ЦК України не наводиться, а вказується, що їх правовий статус визначається спеціальним законодавством.

Ч. 1 ст. 384 ЦК України визначає, що будинок, споруджений або придбаний ЖБК (ЖК), є його власністю. Член же кооперативу набуває право власності на квартиру тільки після викупу квартири (ч. 3 ст. 384 ЦК України). Тобто право власності на квартиру спочатку належить кооперативу, а член кооперативу набуває на неї право власності тільки після повної сплати членських внесків.

ЖК та ЖБК створюється його засновниками на добровільних засадах.

Статут ЖБК (ЖК) є основним правовим документом, що регулює його діяльність. Вищим органом управління ЖК та ЖБК є загальні збори членів кооперативу, які затверджують статут кооперативу.

Згідно зі ст. 10 ЗУ «Про кооперацію» членами кооперативу можуть бути громадяни України, іноземці та особи без громадянства, юридичні особи України та іноземних держав, що діють через своїх представників, які внесли вступний внесок та пай у розмірах, визначених статутом кооперативу, додержуються вимог статуту і користуються правом ухвального голосу.

Тобто членом кооперативу може бути фізична особа, яка досягла 16-річного віку і виявила бажання брати участь у його діяльності.

У власність члена кооперативу, який повністю виплатив пайовий внесок, переходить лише квартира і не переходять об'єкти загальногo користування (дахи, підвали, коридори тощо). Частка кожного власника квартири у майні, що перебуває у спільному користуванні, пропорційна частці площі квартири, що йому належить у загальній площі.

Оформлення права власності членам житлового, житлово-будівельного кооперативу, які повністю внесли свої пайові внески, з видачею свідоцтва про право власності та державна реєстрація права власності на підставі вказаного свідоцтва здійснюється в тому ж порядку, що і для новозбудованих об'єктів нерухомого майна.

До 1 січня 2013 р. державну реєстрацію права власності на новозбудовані об'єкти нерухомого майна у Реєстрі прав власності на нерухоме майно здійснювали органи БТІ на підставі наказу Міністерства юстиції України «Про затвердження Тимчасового положення про порядок державної реєстрації права власності та інших речових прав на нерухоме майно» від 07.02.2002 р. № 7/5 (Про затвердження Тимчасового положення про порядок державної реєстрації права власності та інших речових прав на нерухоме майно : Наказ Міністерства юстиції України від 07.02.2002 р. № 7/5 // Офіційний вісник України. — 2002. — № 8. — Ст. 383.). Згідно п. 8.1 цього Положення: на новозбудовані об'єкти нерухомого майна органами місцевого самоврядування видавалося фізичним особам свідоцтво про право власності, яке було підставою для державної реєстрації права власності у Реєстрі прав власності на нерухоме майно. З 1 січня 2013 р. вказана державна реєстрація здійснюється на підставі ЗУ «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 1 липня 2004 р. (Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 01.07.2004 р. № 1952-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 51. — Ст. 553.). Згідно ст. 18 вказаного Закону свідоцтво про право власності на новозбудовані об'єкти нерухомого майна видається державним реєстратором прав фізичним особам. Вказане свідоцтво згідно ст. 19 цього Закону є підставою для державної реєстрації права власності у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно.

Якщо усі члени кооперативу вчинили викуп займаних ними квартир, то відповідно вони набувають на них право приватної власності, а неподільні конструкції будинку загального користування та загального майна стають їхньою спільною частковою або сумісною власністю, що може бути також обумовлено договором між ними. Якщо ж викуп вчинила частина членів кооперативу, то вони стають власниками цих квартир, а кооператив залишається власником решти квартир.

Виправданою здається позиція О. В. Воронової, яка пропонує, вправуючи вимоги ст. 384 ЦК України щодо викупу членом кооперативу квартири, укладати та нотаріально посвідчувати договір купівлі-продажу між членом кооперативу та кооперативом (Воронова О. В. Підстави набуття права власності на житло : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / О. В. Воронова. — Київ, 2005. — С. 3—4).

Таким чином, ЖБК та ЖК вважається доцільним віднести до споживчих кооперативів. Оформлення права власності членам житлового, житлово-будівельного кооперативу, які повністю внесли свої пайові внески, з видачею свідоцтва про право власності та державна

реєстрація права власності на підставі вказаного свідоцтва здійснюється в тому ж порядку, що і для новозбудованих об'єктів нерухомого майна. Виправданою здається позиція укладати та нотаріально посвідчувати договір купівлі-продажу між членом кооперативу та кооперативом. Треба зазначити, що у сучасних умовах така форма житлового будівництва, як житлово-будівельні (житлові) кооперативи і законодавство з цього питання давно застаріли. Це впливає з того, що така форма поліпшення життєвих умов фізичних осіб є доступною тільки серед заможного населення; має довготривалий процес; відсутність свободи вибору необхідного житла (етажність та розташування), а вирішення шляхом жеребкування. Зараз є доцільним розвивати будівництво соціального житла для захисту і забезпечення житлом малозабезпеченої частини населення, якою і є більша частина населення України.

ДЕНИСЯК Н. М.

Міжнародний гуманітарний університет,
асистент кафедри цивільного та господарського права і процесу

ПРАВА ТА ОBOB'ЯЗКИ НОТАРІУСА ЯК ОBOB'ЯЗКОВОГО СУБ'ЄКТА НОТАРІАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Нотаріат є інститутом, що забезпечує охорону та захист прав і законних інтересів шляхом вчинення нотаріальних дій в межах наданих державою повноважень.

Відповідно до статті 1 Закону України «Про нотаріат», нотаріат — це система органів і посадових осіб, на які покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені законом, з метою надання їм юридичної вірогідності (Закон України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р., № 3425). З такою думкою погоджуються й деякі вчені, зокрема В. Комаров, С. Фурса та інші (Фурса С. Я., Фурса Є. І. Нотаріат в Україні. 2001, с.12). Але таке визначення нотаріату не розкриває повністю його суті, тому, на нашу думку, обґрунтованішою є дефініція нотаріату як правового інституту, що забезпечує охорону прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, а також держави шляхом вчинення нотаріальних дій уповноваженими органами та посадовими особами.

Нотаріус — це посадова особа, на яку покладено обов'язок вчиняти нотаріальні дії. Нотаріус, незалежно від того, чи є він державним, чи приватним, вчиняє нотаріальні дії від імені держави, яка надала йому повноваження їх вчиняти. Водночас нотаріус несе особисту

відповідальність за вчинення нотаріальних дій. Під час вчинення нотаріальних дій виникають нотаріальні процесуальні відносини між нотаріусом та особами, які звернулися до нього за наданням правової допомоги у формі безспірної юрисдикції (Комаров В. В. Нотаріат в Україні, 2011, с. 56). При цьому нотаріус займає статус обов'язкового суб'єкта таких відносин, тому що саме він зобов'язаний вчинити нотаріальну дію за заявою фізичних та юридичних осіб, якщо вона не суперечить закону. З цією метою він наділяється комплексом процесуальних прав та обов'язків, які передбачені Законом України «Про нотаріат» та іншими нормативними актами (Закон України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р., № 3425). Процесуальні права нотаріуса в сфері здійснення нотаріального процесу визначаються межами дозволеної поведінки, які встановлюються на підставі законодавства України. Переходячи до аналізу тих прав, які передбачені у Законі слід відразу зробити акцент на тому, що законодавець у ст. 4 Закону «Права нотаріуса» не вказує, що це саме процесуальні права нотаріуса, тобто ті права, якими він наділяється для вчинення нотаріальної дії як суб'єкт нотаріальних процесуальних відносин (Закон України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р., № 3425). Це питання є досить важливим, оскільки статус нотаріуса можна розглядати у декількох аспектах, зокрема:

- з точки зору організаційної структури нотаріату;
- з точки зору його процесуальної діяльності. Залежно від такого поділу мають формулюватися права нотаріуса, які слід об'єднати у дві групи: загальні організаційні та процесуальні.

Обов'язки нотаріуса так само зумовлені реалізацією принципу сприяння фізичним і юридичним особам у здійсненні їхніх прав і захисті законних інтересів.

З урахуванням ст. 5 Закону України «Про нотаріат» можна сформулювати такі нотаріальні процесуальні обов'язки нотаріуса: — зобов'язаний вчинити нотаріальну дію за зверненням до нього фізичних та юридичних осіб, крім випадків, передбачених ст. 49, ст. 9 Закону, та згідно волі таких осіб; - здійснювати свої професійні права та обов'язки відповідно до Закону та правил професійної етики, а також принесеної присяги; - сприяти громадянам, підприємствам, установам та організаціям у здійсненні їхніх прав та захисті законних інтересів, роз'яснювати як матеріальні, так і процесуальні права й обов'язки, витребувати на клопотання осіб, щодо яких вчиняється нотаріальна дія, документи та відомості, необхідні для її вчинення, а також виготовляти копії і виписки із документів, видавати дублікати документів, які зберігаються в архіві у нотаріуса, складати проекти угод, заяв, роз'яснювати сутність вчинюваних нотаріальних дій, пропонувати альтернативні варіанти охорони і захисту прав та інтересів з метою недопущення невігідних для особи

наслідків, попереджати про наслідки вчинюваних нотаріальних дій, щоб юридична необізнаність не могла бути використана на шкоду їм, на клопотання особи надавати додаткові роз'яснення щодо сутності вчинюваної нотаріальної дії та її наслідків;- дотримуватися правил нотаріального діловодства, зокрема, постійно формувати нотаріальний архів та забезпечувати його обробку, безпеку і доступність для осіб, які мають право на отримання з нього інформації, документів (дублікатів), необхідних для вчинення нотаріальної дії, мати печатку з реквізитами, які передбачені законом;- вчиняти нотаріальне провадження національною мовою, а у разі якщо суб'єкти нотаріального процесу її не розуміють — залучити до участі у процесі перекладача; — на вимогу осіб, передбачених ст. 8 Закону, надавати відомості про вчинену нотаріальну дію у строки та у порядку, передбаченому законом;- зберігати в таємниці відомості, одержані ним у зв'язку із вчиненням нотаріальних дій, зокрема, не давати свідчення як свідок, крім випадків коли цього вимагають особи, за дорученням яких або щодо яких вчинялися нотаріальні дії; — у разі виявлення під час вчинення нотаріальної дії порушень законодавства негайно повідомити про це відповідні правоохоронні органи для вжиття необхідних заходів;- направити документи на експертизу, якщо вони викликають сумнів щодо справжності, або повідомити про них правоохоронні органи; — у разі виявлення нотаріусом, допущених ним при вчиненні нотаріальної дії помилок або якщо вчинена нотаріальна дія не відповідає вимогам закону, повідомити сторони (осіб), щодо яких вчинено нотаріальну дію для вжиття заходів щодо її скасування відповідно до законодавства;- відмовити у вчиненні нотаріальної дії у разі її невідповідності законодавству України або міжнародним договорам та на вимогу особи викласти причини відмови у письмовій формі, про що винести у триденний строк постанову та роз'яснити порядок її оскарження

Проте цей перелік не є вичерпним, нотаріус може виконувати й інші обов'язки, передбачені законом(Закон України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р., № 3425).

АБРАМОВ М. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри цивільного права

УСУНЕННЯ ВІД СПАДКУВАННЯ ВНАСЛІДОК НЕДІЙНОСТІ ШЛЮБУ

Спадкове право відноситься до одних з найбільш важливих та значущих на практиці підгалузей цивільного права. Спадкове право історично склалося як правовий інструмент, що забезпечує баланс між публічними і приватними інтересами у сфері майнових стосунків, спадкове право і у сучасному світі виступає одним з найважливіших способів придбання права власності і створює умови для захисту майнових інтересів сім'ї спадкодавця (Заїка Ю. Здійснення права на спадкування // Підприємництво, господарство і право : Щомісячний науково-практичний господарсько-правовий журнал. 2004. № 8. — С. 91–93).

Цивільним законодавством передбачено такі підстави спадкування, як спадкування за заповітом та спадкування за законом.

Як свідчить із назви, спадкування за заповітом відбувається тоді, коли воля спадкодавця виражена та оформлена в передбаченому законом порядку письмовому розпорядженню — заповіті.

Отже, підставою виникнення спадкування за заповітом є юридичний склад — складання заповіту, смерть спадкодавця, відкриття спадщини, прийняття спадщини. Осіб, які закликаються до спадкування в цьому випадку, визначає у своєму заповіті спадкодавець.

Спадкування за законом має місце у випадку, якщо:

- фізична особа не залишила заповіту;
- заповіт було скасовано заповідачем і не складено нового заповіту;
- заповіт є нікчемним
- заповіт визнаний судом недійсним
- відсутні умови, які зазначені в заповіті з умовою та з якими пов'язується виникнення права на спадкування у особи, яка призначена у заповіті.

— спадкоємці за заповітом не прийняли спадщини або не закликаються до спадкування;

— заповідач у заповіті розпорядився лише частиною свого майна (Васильченко В. В. Методологічні засади спадкового права України / В. В. Васильченко // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2005. — № 9(47). — С. 31–45.).

У ЦК України застосований підхід найширшого охоплення числа осіб, до яких могла б перейти спадщина у разі відсутності заповіту (Заїка Ю. О. Спадкове право: навч. посіб. / Ю. О. Заїка, Є. О. Рябоконт. — К.:

Юрінком Інтер, 2009. — 352 с). Передбачається п'ять черг спадкоємців за законом. До першої черги спадкування за законом відповідно до ст. 1261 ЦК України відносять дітей спадкодавця, у тому числі зачатих за життя спадкодавця та народжених після його смерті, того з подружжя, який його пережив, та батьків.

Норми спадкового права надають можливість особам, визначеним у заповіті або в законі, реалізовувати свої інтереси у відносинах цивільно-го правонаступництва в правах та обов'язках померлого спадкодавця.

Натомість існують норми спадкового права, що мають яскраво виражений виховний характер, оскільки спрямованні на недопущення неправомірної поведінки і передбачають негативні наслідки для порушників не лише правових, але і інших соціальних, у тому числі моральних норм (Рябоконт Є. О Усунення від права на спадкування// Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки — 2005 р. № 67/69. С. 71–74).

Законодавством, передбачено «законне» усунення спадкоємця від права на спадкування, тобто таке, підстави якого визначаються не згідно з волею спадкодавця, а прямо вказані в законі (ст. 1224 ЦК України).

Хотілося б зупинитися на одній з таких підстав, як усунення від спадкування, внаслідок недійсності шлюбу.

Згідно зі ч. 4 ст. 1224 ЦК України не мають права на спадкування за законом одна після одної особи, шлюб між якими є недійсним або визнаний таким за рішенням суду.

Недійсним є шлюб безпосередньо з моменту його укладання, як що порушені вимоги передбачені в ст. 22, 24–26 СК України.

Також шлюб може бути визнаний недійсним за рішенням суду.

Відповідно до ст. 39 СК України недійсним є шлюб, зареєстрований з особою, яка одночасно перебуває в іншому зареєстрованому шлюбі; шлюб, зареєстрований між особами, які є родичами прямої лінії споріднення, а також між рідними братом і сестрою; шлюб, зареєстрований з особою, яка визнана недієздатною. Також недійсним є шлюб, укладений з порушенням принципу добровільності або якщо один з членів подружжя не досягнув на момент укладення шлюбу шлюбного віку.

Ст. 42 СК України передбачено, що право на звернення до суду з позовом про визнання шлюбу недійсним мають дружина або чоловік, інші особи, права яких порушені у зв'язку з реєстрацією цього шлюбу, батьки, опікун, піклувальник дитини, опікун недієздатної особи, прокурор, орган опіки та піклування, якщо захисту потребують права та інтереси дитини, особи, яка визнана недієздатною, або особи, дієздатність якої обмежена.

Таким чином, навіть якщо спадкоємці не входять до кола родичів, яким надано право звернення до суду для визнання шлюбу недійсним, вони мають право звернутися як особи, права яких порушені у зв'язку

з реєстрацією цього шлюбу, оскільки через укладення такого шлюбу вони не отримують належну їм частку спадщини (Юридичний вісник України № 3 за 2007 рік [Електронний ресурс]— Режим доступу: http://yuricom.com/ua/legal_practice/analychna).

Разом з тим в інтересах добросовісного подружжя законодавством встановлено виняток. Якщо шлюб визнаний недійсним після смерті одного з подружжя, то за другим із подружжя, який його пережив і не знав та не міг знати про перешкоди до реєстрації шлюбу, суд може визнати право на спадкування частки того з подружжя, хто помер, у майні, набутому ними за час цього шлюбу.

Запровадження такого виключення викликане, насамперед, метою захисту законних спадкових прав добросовісного чоловіка (дружини) спадкодавця в недійсному шлюбі.

Таким чином, включення в закон такої підстави усунення права на спадкування, як недійсність шлюбу надає змогу бути включеним до кола спадкоємців осіб, закликання яких здійснюється відповідно до законодавчих норм. Крім того, законодавцем надані гарантії добросовісному подружжю спадкувати один після одного спільного майна набутого під час шлюбу.

ВЕРХОВЕЦЬ К. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри цивільного права

ЩОДО ПИТАННЯ ФОРМИ ДОГОВОРУ ПРО СПЛАТУ АЛІМЕНТІВ НА ДИТИНУ ТА ВИЗНАННЯ ЙОГО НЕДІЙСНИМ

З аналізу чинного сімейного законодавства вбачається, що аліментні правовідносини все в більшій мірі регулюються диспозитивними нормами, що свідчить про тенденцію приведення норм до положень міжнародного законодавства, маючі на меті, насамперед, захист прав та інтересів дитини.

Ратифікувавши Конвенцію про права дитини, Україна взяла на себе зобов'язання по забезпеченню дитині такого захисту і піклування, які необхідні для її благополуччя, беручи до уваги права й обов'язки її батьків, опікунів чи інших осіб, які відповідають за неї за законом (ст. 3 Конвенції).

Положеннями Сімейного кодексу України (далі — СК України) передбачається можливість врегулювання сімейних відносин за домовленістю між її учасниками (ст. 7 СК України).

Як вказує С. М. Бервено, первинною стадією договірною правовідношення є укладення договору, функціонально наділеного правостворюючим характером (Бервено С. М. Проблеми договірною права України: [Монографія] / С. М. Бервено. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — 392 с.).

Відповідно до ч. 1 ст. 189 СК України встановлюється, що батьки мають право укласти договір про сплату аліментів на дитину, у якому визначити розмір та строки виплати. Умови договору не можуть порушувати права дитини, які встановлені СК України (Сімейний кодекс України від 10.01.2002 № 2947-III — <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2947-14/paran967#n967>).

Такої ж позиції додержується Пленум Верховного Суду України, зазначаючи у п. 16 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 15.05.2006 року № 3 «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів», що згідно з ч. 1 ст. 181 СК способи виконання батьками обов'язку утримувати дитину визначаються за домовленістю між ними. Частиною 1 ст. 189 цього СК України батькам надано право укласти договір про сплату аліментів на дитину, умови якого (про розмір аліментів, строки їх виплати тощо) не повинні порушувати її права (Постанова Пленуму Верховного Суду України від 15.05.2006 року № 3 «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» — <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0003700-06>).

Більш того, ч. 2 ст. 189 СК України встановлюється форма укладеного правочину. Так, договір про сплату аліментів на дитину має укладатися у письмовій формі і нотаріально посвідчуватися.

Говорячи про недійсність договору, треба звернути увагу на відповідні положення цивільного законодавства.

Згідно зі ст. 203 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) встановлюються загальні вимоги, додержання яких є необхідним для чинності правочину, наприклад, ч. 4 зазначеної статті встановлюється, що правочин має вчинятися у формі, встановленій законом.

Пленум Верховного Суду України у п. 13 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 06.11.2009 року № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» роз'яснює, що з підстав недодержання вимог закону про нотаріальне посвідчення правочину нікчемними є тільки правочини, які відповідно до чинного законодавства підлягають обов'язковому нотаріальному посвідченню (Постанова Пленуму Верховного Суду України від 06.11.2009 року № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» — <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09>).

Взагалі, виходячи зі змісту ст. 203 ЦК України, вбачається вичерпний перелік умов чинності правочину:

1) зміст правочину не може суперечити ЦК України, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства;

2) особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності;

3) волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі;

4) правочин має вчинятися у формі, встановленій законом;

5) правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що зумовлені ним;

6) мають бути дотримані спеціальні вимоги до укладення певних видів правочинів.

Дійсно, недійсними правочинами є дії суб'єктів цивільного права, що спрямовані на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків, однак не породжують бажаних сторонами юридичні результати внаслідок невідповідності вчинених дій вимогам закону (Харитонов Є. О., Старцев О. В. Цивільне право України: Підручник. — Вид. 2, перероб. і доп. — К. : Істина, 2007. — С. 239).

Відповідно до частини 1 ст. 215 ЦК України підставою недійсності правочину є недодержання стороною (сторонами) вимог, які встановлені статтею 203 ЦК, саме на момент вчинення правочину. Не може бути визнаний недійсним правочин, який не вчинено.

Однак, важливим є відокремлення видів недійсності правочинів:

1) нікчемні правочини — якщо їх недійсність встановлена законом (частина перша статті 219, частина перша статті 220, частина перша статті 224 ЦК України тощо);

2) оспорювані правочини — якщо їх недійсність прямо не встановлена законом, але одна із сторін або інша заінтересована особа заперечує їх дійсність на підставах, встановлених законом (частина друга статті 222, частина друга статті 223, частина перша статті 225 ЦК України тощо).

Нікчемний правочин є недійсним через невідповідність його вимогам закону та не потребує визнання його таким судом. Оспорюваний правочин може бути визнаний недійсним лише за рішенням суду.

Таким чином, загальною підставою визнання правочину недійсним є його невідповідність вимогам закону, а саме ст. ст. 203, 215 ЦК України.

ГОЛОВНЯ І. Я.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
здобувач кафедри цивільного права

ДО ПИТАННЯ ПРО СПІВВІДНОШЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ТА ЗЕМЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАПОДІЯНОЇ ЗЕМЕЛЬНІЙ ДІЛЯНЦІ

Визначальною особливістю землі як об'єкту суспільних відносин є її двояке становище — з одного боку відповідно до ст. ст. 13, 14 Конституції України, земля розглядається як надбання народу, національне багатство держави. З іншого боку земельним та цивільним законодавством у якості об'єкта правовідносин розглядається земельна ділянка як частина земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, з визначеними щодо неї правами (ст. 79 ЗК України). При цьому відповідно до цивільного законодавства земля (земельна ділянка) як об'єкт права власності охоплює поверхневий (грунтовий) шар у межах цієї ділянки, водні об'єкти, ліси, багаторічні насадження, які на ній знаходяться, а також простір, що є над і під поверхнею ділянки, висотою та глибиною, які необхідні для зведення житлових, виробничих та інших будівель і споруд (ст. 373 ЦК України).

Особливістю земельної ділянки як об'єкта правовідносин є специфічне поєднання двох факторів — майнового та екологічного, які розкривають її складну юридичну природу. З цивільно-правової точки зору земельна ділянка є нерухомою річчю, щодо якої в певній особі можуть існувати майнові права та обов'язки. Однак, на відміну від інших предметів матеріального світу, земельна ділянка є також частиною навколишнього природного середовища, унікальним природним ресурсом, що характеризується своєю родючістю та іншими неповторними властивостями (Рушинець Ю. Розмежування збитків, заподіяних власникам землі та землекористувачам, і втрат сільськогосподарського та лісгосподарського виробництва // *Юридична Україна*. — 2011. — № 10. — С. 67).

Земельні ділянки відносяться до числа об'єктів цивільних прав і можуть належати суб'єктам земельних відносин на праві власності, володіння, безоплатного строкового користування або оренди. Порушення прав і законних інтересів власників земельних ділянок, землевласників, землекористувачів і орендарів унаслідок здійснення земельних правопорушень може спричинити за собою несприятливі майнові наслідки, пов'язані з втратою або пошкодженням майна, неотриманням запланованого прибутку і т. п. Тому норми земельного та цивільного

законодавства спрямовані на забезпечення можливості захисту порушених прав землевласників та землекористувачів, зокрема, шляхом відшкодування заподіяної їм шкоди. Складність при вирішенні питання про відшкодування такої шкоди викликана тим, що включення земельної ділянки до переліку нерухомих речей не виключає її унікальних властивостей як природного ресурсу, тому постає проблема співвідношення норм цивільного та земельного права, які мають бути застосовані до врегулювання відносин, пов'язаних із заподіянням шкоди земельним ділянкам.

Відшкодування збитків — це цивільно-правова категорія. Відповідно до ст. 22 ЦК України, збитками вважаються втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а саме витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки) та доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода). Категорією збитків оперує ціла низка статей ЗК України, у яких відображено підстави відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам (ст. ст. 97, 101, 152, 156, 157). Зокрема, йдеться про збитки, заподіяні внаслідок вилучення (викупу) земель, їх тимчасового зайняття, встановлення обмежень щодо їх використання тощо.

Разом із тим, специфіка відшкодування збитків, заподіяних власникам землі та землекористувачам визначається земельним законодавством, норми якого є спеціальними та підлягають переважному застосуванню. Зокрема, особливістю, що відрізняє відшкодування збитків у земельному праві від його регулювання цивільно-правовими нормами є законодавче визначення підставами відшкодування збитків, заподіяних діями правомірною характеру, які підлягають компенсації особами, що її спричинили (ст. 156 ЗК України). Крім того, земельним законодавством встановлений специфічний порядок відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам, який затверджено Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку визначення та відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам» від 19.04.1993 р., який закріплено особливості визначення розміру збитків, конкретизації їх складу, процедури відшкодування порівняно із цивільним законодавством. Норми спеціального характеру містяться також і в Методиці визначення розміру шкоди, заподіяної внаслідок самовільного зайняття земельних ділянок, використання земельних ділянок не за цільовим призначенням, зняття ґрунтового покриву без спеціального дозволу, затвердженій Постановою Кабінету Міністрів України від 15.07.2007 р. (Рушинець Ю. Т. Співвідношення цивільного та земельного законодавства у сфері правового регулювання відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам //

Новітні наукові дослідження держави і права — 2011: зб. наук. праць. — Т. 1, 301 с. — С. 243–247)

Отже, земельним законодавством чітко визначені підстави відшкодування збитків у сфері земельних відносин. Проте у даних випадках мова йде про земельну ділянку, як об'єкт суспільних відносин. Разом із тим, земельна ділянка завжди залишається не лише тільки нерухомим майном, але й частиною природи. Тому погіршення конкретної земельної ділянки може завдати шкоди й суспільству в цілому. Це відображується у законодавстві шляхом закріплення необхідності відшкодування крім заповдіяних власникам збитків, ще й шкоди, заповдіяної суспільству в деяких випадках. Так, відповідно до Методики визначення розмірів шкоди, зумовленої забрудненням і засміченням земельних ресурсів через порушення природоохоронного законодавства, затвердженої Міністерством охорони навколишнього природного середовища та ядерної безпеки України від 27.10.1997 р., шкода, заповдіяна забрудненням чи засміченням земельних ресурсів, підлягає відшкодуванню державі, незалежно від її компенсації власникам та користувачам земельних ділянок. У такому випадку йдеться про заповдіяння шкоди не лише земельній ділянці, але й землі (земельним ресурсам) у цілому, тобто шкода має бути відшкодована Українському народу, як власнику землі.

ГОРОБЧЕНКО Ю. Ю.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри цивільного права

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ СПАДКУВАННЯ ЗА ЗАКОНОМ

Зародження права власності та виникнення такого поняття як шлюб зумовили потребу відповіді на питання щодо долі майна, яке залишається після смерті людини. Можливість визначити долю майна після смерті і передати його в спадщину — є однією з найважливіших гарантій стабільності відносин приватної власності. Значення спадкування полягає насамперед у тому, що кожному членові суспільства гарантується, що доля надбаних ним за життя матеріальних благ буде визначена ним особисто або вони перейдуть до найближчих йому, або за його волею стануть надбанням всього суспільства. Спадкування виступає як похідна інституція від права власності. К. Маркс у свій час писав: якби діти були забезпечені після смерті своїх батьків, то батьки не турбувалися б про те, щоб залишити їм засоби для життя, але поки цього немає, скасування спадкового права привело б до труднощів. (Маркс

К. Доклад Генерального Совета о праве наследования. — Соч., Изд. — 2-е, 1969. — Т. 16. — с. 592–594).

Спадкування за законом має місце тоді, коли воно не замінене заповітом, тобто спадкодавець у заповідальному розпорядженні не призначив спадкоємців особисто. У цьому випадку спадкове майно розподіляється між особами, які названі у числі спадкоємців у відповідних статтях Цивільного кодексу України. Такі особи називаються законними спадкоємцями або колом спадкоємців за законом. (Заїка Ю. О. Спадкове право в Україні: становлення і розвиток: Монографія. 2-ге вид. — К.: КНТ, 2007. — 288 с.).

Питання щодо того, якими має керуватися законодавець, визначаючи коло спадкоємців за законом, одне із найбільш спірних у цивілістичній літературі. Так, Г. Ф. Шершеневич, визначаючи дві засади спадкування за законом — сімейні і родинні, вважав, що пріоритет необхідно надавати сімейним засадам, оскільки фізіологічний зв'язок не завжди збігається із зв'язком духовним. Ще окремі дореволюційні російські цивілісти висловлювалися про доцільність обмеження кола спадкоємців при спадкуванні за родовими ознаками. Так, М. Я. Пергамент зазначав необхідність встановлення певної межі, за якою родичі вже не будуть братися до уваги, а спадщина переходить до держави, міста, громади, установи чи фонду, який має соціально, освітянську чи філантропічну мету, тобто в тому чи іншому вигляді переходить суспільству, країні, народу (Пергамент М. Я. «Пределы наследования в гражданском праве». — Петербург, Сенатская Типография. 1906. — 22 с.). Безмежність розширення кола спадкоємців за законом може призвести до того, що спадщину отримують особи, які навіть гадки не мали про існування спадкодавця, яких А. А. Бугаєвський свого часу іронічно називав «спадкоємцями, які сміються». Сміються, мабуть, над законодавцем, який дозволяє їм стати власником майна осіб, про яких вони, інколи, навіть не чули.

У чинному законодавстві України встановлено п'ять черг спадкоємців за законом. До них законодавець відносить: дітей спадкодавця, подружжя, яке його пережило, батьків, братів та сестер, бабу, діда, дядька, тітку, членів сім'ї спадкодавця, родичів до шостого ступеня споріднення та утриманців спадкодавця.

Сьогодні набуває особливої актуальності питання щодо встановлення батьківства і материнства при штучному походженні дитини. З часом випадки народження дітей за таких обставин не будуть поодинокими і тому виникає запитання: чи тотожні поняття «біологічна дитина» і «спадкоємець»? До дітей спадкодавця прирівнюються і усиновлені діти, які спадкують саме після свого усиновителя і вже не вважаються спадкоємцями за законом рідних батьків. Однак, окремі фахівці вважають,

що усиновлені ні за яких обставин не стають спадкоємцями своїх братів і сестер, діда та баби з боку усиновителя.

Проблемним питанням в галузі спадкування за законом визнається також можливість спадкування між фактичним, а не юридично зареєстрованим подружжям. Згідно з законодавством України подружжя визнається спадкоємцем за законом лише у тих випадках, коли воно перебувало у зареєстрованому шлюбі з померлою особою. Проте, згідно зі ст. 74 СК України, якщо жінка та чоловік проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, майно, набуте ними за час спільного проживання, належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено письмовим договором між ними. На майно, що є об'єктом права спільної сумісної власності жінки та чоловіка, які не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, поширюються положення глави 8 розділу II «Шлюб. Права та обов'язки подружжя» цього Кодексу.

Тобто при застосуванні ст. 74 СК України слід виходити з того, що ця норма поширюється на випадки, коли чоловік і жінка не перебувають у будь-якому іншому шлюбі та між ними склалися усталені відносини, які притаманні подружжю.

Для визначення осіб як таких, що перебувають у фактичних шлюбних відносинах, для вирішення майнового спору на підставі ст. 74 СК України суд повинен встановити факт проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без реєстрації шлюбу в період, упродовж якого було придбано спірне майно (Постанова Верховного Суду України від 20 лютого 2012 р. у справі № 6–97цс11.).

Підсумовуючи все вище зазначене, робимо висновок про те, що з прийняттям нового Цивільного кодексу України у спадковому праві з'явилися новели, які потребують єдиного розуміння, тлумачення і застосування. Серед них особливе місце займають проблеми, що стосуються спадкування за законом в Україні.

ІВАНОВ А. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри цивільного права

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ ДЕВЕЛОПМЕНТУ НЕРУХОМОСТІ

Термін «девелопмент нерухомості» на даний момент достатньо важко назвати новим для української економіки, оскільки перші компанії, діяльність яких була пов'язана з девелопментом нерухомості почали

з'являтися ще в середині дев'яностих. Але незважаючи на цей факт, поняття «девелопмент нерухомості» все ще залишається малодослідженим в Україні і єдиного комплексного визначення цього поняття ні економічна, ні юридична українська наука не розробили. Також не вироблено і не напрацьовано єдиних підходів і вимог, які б висувалися до процесів девелопменту нерухомості.

Під девелопментом нерухомості зазвичай розуміють певну діяльність, яка передбачає якісні зміни в об'єкті нерухомості і забезпечує, як правило, підвищення його вартості (Дюкова О. М., Пасяда Н. И. Управление развитием недвижимости: Учебное пособие. — СПб.: «Изд-во СПбГУЭФ», 2009. — С. 5).

На девелопера як особливого суб'єкта підприємницької діяльності в процесі здійснення ним девелоперської діяльності покладаються наступні функції:

1. Пропонування найкращого варіанту розвитку нерухомості з можливих;
2. Взаємодія з державними органами та органами місцевого самоврядування в рамках узгоджувальних та дозвільних процедур;
3. Забезпечення оптимальної схеми фінансування проекту розвитку нерухомості;
4. залучення, фінансування та контроль за роботою підрядників;
5. Реалізація створеного об'єкта нерухомості і повернення інвестованих коштів (Казаков А. А. Девелопмент недвижимости и его роль в экономическом развитии // Вестник удмуртского университета. — 2008. — № 2. — С. 51).

Весь комплекс дій, які виконує девелопер відповідно до зазначених функцій власне і становить девелоперську діяльність, а дохід девелопера — це частина приросту вартості нерухомості, який виникає в результаті реалізації проектів девелопменту (Максимов С. Н. Управление девелопментом как бизнесом: стратегический аспект // Проблемы современной экономики. — 2010. — № 3 (35). — С. 191). Разом з тим для виконання ряду завдань, що потребують спеціальних знань та навичок, девелопер залучає інших професійних суб'єктів підприємницької діяльності у сфері капітального будівництва, які володіють відповідними знаннями та навичками. Також залучення допоміжних учасників у процесі девелопменту нерухомості відбувається для здійснення окремих видів робіт, які можуть проводити лише ліцензовані у встановленому законом порядку суб'єкти підприємницької діяльності, у разі, якщо сам девелопер відповідних ліцензій не має. Тобто поняття «девелоперська діяльність» є вужчим за змістом, ніж поняття «девелопмент нерухомості». Окрім власне девелоперської діяльності, поняття «девелопмент нерухомості», як пояснювалося вище, включає в себе всю систему

правовідносин, які виникають в процесі соціально-економічного розвитку територій та нерухомості (Казаков А. А. Девелопмент нерухомості и его роль в экономическом развитии // Вестник удмуртского университета. — 2008. — № 2. — С. 47), зокрема професійну діяльність залучуваних девелопером допоміжних суб'єктів та адміністративно владну діяльність державних органів та органів місцевого самоврядування.

Для отримання більш глибокого розуміння поняття «девелопмент нерухомості» доцільним вбачається сформулювати систему ознак даного поняття. Так до ознак девелопменту нерухомості зокрема належать:

1. Системний характер (полягає в тому, що девелопмент нерухомості становить складну цілісну сукупність врегульованих, взаємопов'язаних, спрямованих на комплексний розвиток нерухомості правовідносин з широким колом можливих суб'єктів);

2. Ініціативність девелопера (полягає в його провідній системоутворюючій ролі на всіх етапах девелопменту нерухомості, в кожному з яких він визначає проміжні цілі на шляху до досягнення основної мети девелопменту);

3. Організаційна і контролююча роль девелопера (полягає в його обов'язковій керівній та координуючій участі в усіх процесах девелопменту нерухомості, а також в наявності у девелопера повноважень з перевірки результатів роботи на тому чи іншому етапі девелопменту);

4. Універсальність (полягає в тому, що девелопмент дозволяє однаково ефективно і вигідно створювати або реконструювати будь-які об'єкти нерухомості незалежно від їх цільового призначення);

5. Спрямованість на отримання прибутку (характеризує девелопмент нерухомості як систему підприємницької діяльності, кінцевою метою якої є збагачення суб'єктів цієї діяльності за рахунок значного підвищення цінності і вартості створеної нерухомості);

6. Соціальна корисність (полягає в тому, що девелопмент нерухомості, виступаючи універсальним механізмом створення якісних об'єктів нерухомості і налагодження інфраструктури, забезпечує задоволення широкого кола потреб для населення).

Таким чином, виходячи з наведених вище ознак девелопменту нерухомості, можна надати наступне комплексне визначення поняття «девелопмент нерухомості». Девелопмент нерухомості це складна багаторівнева система правовідносин, в рамках яких здійснюються ініціативна, координуюча та контролююча діяльність особливого суб'єкта підприємницької діяльності — девелопера, а також професійна діяльність інших спеціалізованих суб'єктів, спрямована на комплексну реалізацію проектів створення або реконструкції об'єктів нерухомості з метою забезпечення якомога більшого росту цінності і вартості зазначених об'єктів нерухомості та отримання у зв'язку з цим прибутку.

Результати проведеного в даній роботі аналізу поняття «девелопмент нерухомості», які забезпечили розуміння змістовного навантаження даного поняття, дозволяють констатувати, що девелопмент нерухомості як складна багаторівнева система розвитку нерухомості та інфраструктури дає змогу реально забезпечити задоволення широкого кола різноманітних суспільних потреб шляхом формування принципово нового у якісному розумінні ринку комерційної, житлової та інших видів нерухомості.

ЛАБУНСКАЯ А. А.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
аспирантка кафедры гражданского права

**ПОНЯТИЕ ПРИНЦИПА ДОБРОСОВЕСТНОГО ПОВЕДЕНИЯ:
СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ
И СУДЕБНОЙ ПРАКТИКЕ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН**

Противоречие, которое возникает между установкой на ведение переговоров в соответствии с принципами добросовестного поведения и возможностью в любое время эти переговоры прекратить (действие принципа свободы договора), является центральной проблемой в формулировании обязанности добросовестного поведения на преддоговорной стадии.

Как определить грань между недобросовестным поведением в ходе переговоров и преследованием сторонами переговоров своих собственных интересов (ведь последние защищаются принципом свободы договора)?

Обязанность надлежащего (добросовестного) поведения на стадии заключения договора в зарубежной юридической литературе и источниках права определяется по-разному.

Такого рода обязанность предполагает соблюдение этических правил, которые характеризуются как «справедливость, честность и прямота»: если люди не справедливо и не честно стремятся к достижению соглашения, основанного на принципе справедливости, то дух «*contrahere*» больше не существует. *Рудольф фон Иеринг* пояснил, что договор имеет теологические цели: это синтез отдельных конфликтов, которые приходится решать, чтобы прийти к взаимной выгоде каждой из сторон.

Англо-саксонское право, также пользуется понятиями справедливого и добросовестного поведения сторон, участвующих в преддоговорных

отношениях в понимании: «приложение максимальных усилий», «разумная осмотрительность», «честность», «должное старание», «ясность и разумность».

Основополагающим в судебной практике является дело «Walford v. Miles» об устной договоренности, что ответчик не будет вести переговоры при продаже компании с третьими лицами и дело «IBM UK v Rockware Glass» (1980) о получении разрешения на строительство для продажи земли.

В странах общего права в отношении поведения сторон в ходе переговоров часто употребляется термины «good faith» (добросовестность) и «fair dealing» (честное поведение) либо все возможные усилия («best efforts»).

Схожие позиции и в других правовых системах с небольшими отличиями: германское право учитывает «diligentia in contrahendo» (с лат. — прилежность в преддоговорных отношениях), т.е. «учитывать права, правовые блага и интересы другой стороны» (часть 2 §241 Германское гражданское уложение), в то время как итальянское право оперирует термином добросовестность в преддоговорных отношениях сторон: «участники в проведении переговоров и заключении договора, должны действовать добросовестно» (ст. 1337 Гражданский кодекс Италии).

В западных правовых порядках содержание обязанности добросовестного поведения зачастую раскрывается «от противного» — недобросовестного поведения. Так, германское право одним из нарушений обязанности добросовестного ведения переговоров рассматривает вступление в переговоры в отсутствие каких-либо разумных шансов для другой стороны заключить договор или при полном отсутствии намерения заключить договор с другой стороной (Precontractual liability in European Private Law. Edited by J. Cartwright and M. Hesselink. Cambridge University Press, 2009. P. 34.).

Что касается международных документов, то принцип добросовестности закреплен в Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах о международной купле-продажи товаров (Венская Конвенция) и Принципах международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА).

Один из самых спорных моментов, во время формирования Венской Конвенции, был: пропуск положения, предусматривающее, что стороны должны действовать добросовестно в процессе согласования договора и что в толковании положений Конвенции, суды и арбитры должны при рассмотрении дел содействовать соблюдению принципа добросовестности в международной торговле.

Изначально при подготовке Венской Конвенции фраза «добросовестность» вызвала значительный спор: какой вариант положения

о добросовестности, если таковые имеются, должен существовать в документе. Одна группа делегатов поддерживала мнение, что стороны должны соблюдать принципы честности и действовать добросовестно в заключении договоров. Противостоящая группа возражала, т.к. термины «добросовестность» и «честность» носят субъективный характер и, следовательно, для международных судей не было бы четко определенных критериев, которым они бы могли следовать в принятии решений, если бы стороны действовали в соответствии с этими обязанностями. По итогам проекта Конвенции, конфликтующим сторонам удалось достичь компромисса (Diane Madeline Goderre International Negotiations Gone Sour — Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention with permission from 66 U. Cincinnati Law Review (1997) — p.263—264).

Компромисс был достигнут в таком виде: «при толковании настоящей Конвенции надлежит учитывать ее международный характер и необходимость содействовать достижению единообразия в ее применении и соблюдению добросовестности в международной торговле» (ст. 7 п. 1 Венской Конвенции).

Принципы УНИДРУА были разработаны, чтобы объединить в одном документе общепринятые принципы международных коммерческих договоров, и четко установить обязательства сторон действовать добросовестно и, в конкретных случаях, применять критерии разумного поведения. Принцип добросовестности установлен в качестве своего рода «догмы». Статья 1.7 Принципов УНИДРУА закрепляет, что «каждая сторона обязана действовать в соответствии с добросовестностью и честной деловой практикой в международной торговле» и «стороны не вправе исключить или ограничить эту обязанность». В отличие от Венской Конвенции Принципы УНИДРУА требуют, чтобы стороны действовали добросовестно не только в исполнении договора, но и в процессе переговоров. Причем сторона свободна проводить переговоры и не несет ответственности за не достижение согласия. В документе отсутствует определение добросовестности, но закреплено понятие «недобросовестности»: «недобросовестным, в частности, является вступление стороной в переговоры или их продолжение при отсутствии намерения достичь соглашения с другой стороной».

МЕЛЬНИК О. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри цивільного права

ПРАВО ДИТИНИ НА ІНФОРМАЦІЮ ПРО СВОЇХ БАТЬКІВ

Одне з актуальних питань, що виникає у сімейних правовідносинах при здійсненні усиновлення дитини, стосується права дитини на інформацію про своїх батьків. Для кожної дитини важливо знати інформацію про власне походження, про фактичних батьків, тобто кровних родичів, про родину та свій рід. Ця інформація має певну моральну цінність для кожної людини. Вона може бути важливою при медичному обстеженні для виявлення патологій та інших хвороб, що можуть передаватися від батьків; при виявленні талантів та здібностей дитини, її прихильності до будь-яких занять, тощо.

При зверненні до норм міжнародного законодавства, а саме до статті 7 Конвенції ООН «Про права дитини» від 20.11.1989 р. (Зібрання чинних міжнародних договорів України. — 1990 р., № 1, стор. 205), можна зробити висновок про фактичне закріплення права дитини на її реєстрацію зразу ж після народження, права з моменту народження на ім'я і набуття громадянства, а також, наскільки це можливо, права знати своїх батьків і право на їх піклування.

При порівнянні норм міжнародного законодавства з нормами національного, слід звернути увагу на деякі перепони, що постають на шляху реалізації цього права.

Як звертає увагу З. В. Ромовська, перешкодою для здійснення цього права буде таємниця усиновлення. Розсекречення усиновлення допускається у разі досягнення дитиною 14 років (ч. 3 ст. 226 СК України). Перешкодою може бути і небажання, наприклад, батька зустрітися з дитиною. У цьому разі побачити його дитина зможе лише здалека. Правда про свого фактичного батька буде недоступною у разі штучного запліднення матері в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій. (Ромовська З. В. Українське сімейне право: підручник: академічний курс. — К.: Правова єдність, 2009. — 500 с.)

Таким чином, фактично в Україні створені умови для реалізації цього права лише з досягненням чотирнадцятирічного віку, до цього моменту це право фактично обмежується у його реалізації. При наданні можливості для реалізації цього права доцільно звертати увагу на інтереси самої дитини, на її стан психічного розвитку, на можливість завдання шкоди здоров'ю дитини повідомленням її відомостей про її справжніх батьків. Закріплення таємниці усиновлення за умов її нерозголошення може перешкоджати можливості отримання такої інформації.

Встановлення кримінальної відповідальності (ст. 168 Кримінального кодексу України) за розголошення таємниці усиновлення сприяє збереженню цього факту протягом тривалого періоду часу та у певних випадках унеможливує отримання такої інформації.

Звертає на себе формулювання у Конвенції «наскільки це можливо», яке потребує додаткового тлумачення та роз'яснення. Зазначення на те, що дитина вправі знати своїх батьків «наскільки це можливо», безумовно є межею здійснення даного права. У більшості випадків це стосується процесу отримання відомостей про своїх батьків, тобто використання усіх доступних та передбачених законом випадків. У випадку коли дитина була підкинута чи знайдена також дуже складно отримати інформації про власних батьків та походження.

Враховуючи різноманітну кількість висловлених у науці позицій щодо співвідношення права на таємницю усиновлення, закріпленого у законодавстві України з правом дитини на інформацію про власне походження та своїх батьків, це питання потребує додаткового ґрунтовного дослідження з метою узгодження норм законодавства з цього питання.

Окремо постає проблема щодо можливості отримання інформації про власних батьків у випадку застосування методів штучної репродукції (запліднення) людини, у випадку сурогатного материнства, тощо. Розвиток медичних технологій зумовлює доцільність перегляду положень чинного законодавства та розгляду питання про можливі обмеження реалізації права дитини на інформацію про її батьків.

НІВНЯ М. І.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри цивільного права

ПОРЯДОК ПРИМУСОВОГО ВІДЧУЖЕННЯ НЕРУХОМОГО МАЙНА З МОТИВІВ СУСПІЛЬНОЇ НЕОБХІДНОСТІ: ЦИВІЛЬНИЙ АСПЕКТ

Утвердження і забезпечення прав та свобод людини Конституцією України визначено головним обов'язком держави, що має здійснюватися як стосовно прав і свобод окремої особи, так і щодо колективних прав членів суспільства та його інтересів у цілому. Таке завдання зумовлює потребу у вирішенні питання щодо співвідношення публічного і приватного інтересів та їхньої збалансованості у праві. Клименко О. М. Співвідношення публічного та приватного інтересів у аспекті

примусового відчуження об'єктів права приватної власності, зумовленого суспільною необхідністю (конституційно-правовий аналіз): дис... д-ра юрид. наук: 12.00.02/ Клименко Оксана Михайлівна; Ін-т законодавства Верховної Ради України. — К., 2012. — 473 с. — С. 5)

Метою доповіді є дослідження чинного порядку примусового відчуження нерухомого майна у зв'язку із суспільною необхідністю та формулювання пропозицій його збалансування. Окремі аспекти даної проблеми досліджували такі вчені як М. В. Венеціанов, Д. І. Мейер, Р. Майданник, А. Мірошніченко, М. Федорченко, О. М. Кліменко, О. С. Харченко та ін.

Аналіз діючого законодавства України та наукової літератури дає можливість зробити висновок, що у процедурі примусового відчуження нерухомого майна у зв'язку із суспільною необхідністю більше імперативних норм та принципів публічного права, тобто немає рівноваги між публічними та приватними інтересами, що є недопустимим.

Зокрема М. В. Венеціанов зазначав, що хоча приватно-правові теорії, що пояснюють поняття експропріації і виникли першими, але вони хибні. (Венеціанов М. В. Экспроприация с точки зрения гражданского права / М. В. Венецианов. — Казань: Типография Императорского Университета, 1891 г. — 114 с. [Электронный ресурс] // Электронная библиотека юридической литературы «Правовед». — Режим доступа: <http://www.pravoznavec.com.ua>

[/books/letter/21/kernel.php](http://www.pravoznavec.com.ua/books/letter/21/kernel.php)). Спеціальним Законом, що регулює правовідносини у сфері примусового відчуження об'єктів приватної власності у зв'язку із суспільною необхідністю є Закон України «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності» (надалі — Закон).

Аналізуючи статтю 16 Закону, яка визначає порядок, що досліджується стає зрозумілим, що законодавець хоч і застосував термін відчуження, але насправді суд вирішує саме вилучити нерухоме майно у особи, оскільки підставою реєстрації державою чи територіальною громадою права власності на таке майно є рішення суду та документи, що підтверджують попередню та повну сплату коштів власнику вихідної ціни, а не укладений між сторонами договір. (Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності: Закон України від 17 листопада 2009 р. № 1559-VI (зі змінами та доповненнями). — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1559-17>).

Відчуження або перехід права власності базується на різних правочинах, зокрема, договорах купівлі-продажу, міни, дарування тощо та

передбачає волю власника, тому перехід, який ґрунтується на рішенні суду, більш доцільно називати вилученням.

Вважаємо, що підставою реєстрації права власності на вилучене судом майно державою чи територіальною громадою повинен бути договір та документи, що підтверджують попередню та повну сплату колишньому власнику викупної ціни, або державну реєстрацію права власності на нерухоме майно, надане замість відчуженого.

Отже термін вилучення більше відповідає чинному порядку примусового відчуження нерухомого майна з мотивів суспільної необхідності, але вважаємо, що в законі має застосовуватись саме поняття примусове відчуження, але порядок переходу майна повинен бути наступним.

Орган виконавчої влади чи місцевого самоврядування звертається до суду з позовом про визнання права здійснення примусового відчуження у особи нерухомого майна з мотивів суспільної необхідності.

Суд у разі обґрунтованості позову приймає рішення, яким вирішує позов задовольнити, визнати за позивачем право здійснення примусового відчуження та зобов'язати власника укласти будь-який договір відчуження нерухомого майна з позивачем та надає певний час на укладення такого договору.

У разі невиконання особою рішення суду з причин неможливості досягнення згоди по всім істотним умовам договору орган виконавчої влади або місцевого самоврядування звертається повторно до суду з позовом про визначення істотних умов договору.

Суд зобов'язаний у своєму рішенні визначити усі умови договору на яких наполягають сторони.

Дане рішення підлягає виконанню у загальному порядку добровільно або примусово із залученням Державної виконавчої служби.

Такий порядок надасть можливість власникові більш ефективно захищати свої інтереси, оскільки зараз власник у суді головним чином намагається довести необґрунтованість позовних вимог позивача, він не може сконцентруватись на досягненні компромісів оскільки власник не знає чи вирішить суд вилучити власність чи ні.

Запропонований порядок надасть власникові можливість спочатку узнати чи мусить він насправді передати своє майно. У разі задоволення позову власник матиме можливість визначитись, за яким договором передати своє майно та зможе запропонувати певні умови договору.

Саме такий порядок відповідає поняттю примусового відчуження, адже суд дійсно своїм рішенням примушує передати майно, а не позбавляє власності особу лише своїм рішенням.

Отже, питання запровадження запропонованих змін у процедуру примусового відчуження хоч і не стоїть так гостро, але такі зміни у

перспективі є необхідними, як для юридичної практики, так і для того, щоб питання будь-якого відчуження приватної власності знаходилося у сфері інтересів та впливу цивільного права.

МЕЛЬНИК О. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
здобувач кафедри цивільного права

КЛАСИФІКАЦІЯ РИЗИКІВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Сучасне цивільне законодавство робить спроби врегулювати ризикові ситуації, що виникають у цивільному обороті. Використовуючи інститут ризику, держава (шляхом прийняття нормативних актів) і учасники цивільного обороту (шляхом укладення правочинів) встановлюють правила, які дозволяють, з одного боку, звести до мінімуму можливі шкідливі наслідки, і з іншого боку, якщо такі наслідки все ж матимуть місце, розподілити збитки між учасниками цивільного обороту. Інститут ризику в цивільному праві повинен грати роль своєрідного інструменту, сприяючого стабільному розвитку господарської та будь-якої іншої діяльності та економіки у цілому.

У вітчизняній цивілістичній літературі системні дослідження категорії ризику не проводилися протягом останніх кількох десятиліть. Деякі аспекти цієї проблеми розглядалися в окремих публікаціях вчених-цивілістів, однак, переважно в контексті загального підходу в правовому регулюванні категорії ризику (Є. О. Харитонов) [Харитонов Е. О. Категории субъективного и объективного риска в советском гражданском праве // Проблемы правоведения. — Вып. 40. — Киев: Изд-во КГУ, 1979. — С. 63–70.] або цивільно-правового регулювання конкретних видів ризикових (алеаторних) зобов'язань (І. С. Тімуш та ін.) [Тімуш І. С. Цивільно-правове регулювання ризикових (алеаторних) договорів // Дис.... канд. юрид. наук. — К., 2004.].

Незважаючи на активне використання зазначеної юридичної категорії, у вітчизняному праві бракує системних монографічних праць, присвячених цивілістичним питанням юридичного ризику.

Природу ризику необхідно досліджувати з різних позицій, з метою отримання відповіді на питання про те, чи є ризик (діяльності, зобов'язання, тощо) об'єктивною умовою або це суб'єктивне право, обумовлене, зокрема, певними обставинами (нерідко екстремальними — в

міліції і пожежній охороні); або це суб'єктивний обов'язок, який впливає з тих самих обставин.

Проблема правової природи ризику в цивілістичній літературі сприймається неоднозначно і є предметом наукових дискусій. Всі існуючі основні підходи з цієї проблематики можуть бути поділені на дві досить однорідні групи концепцій — об'єктивного і суб'єктивного ризику.

Переважна більшість вчених розглядає ризик як вид суб'єктивного права, що формується в специфічних об'єктивних обставинах [Яковлев А. М. Предупреждение экономической преступности // Сов. государство и право. — 1987.]. Суб'єктивна концепція ризику найбільш послідовно обґрунтована в роботах В. А. Ойгензихта, на думку якого «міра, ступінь, межі — об'єктивні. Однак ризик завжди суб'єктивний, оскільки виступає як оцінка людиною необхідності і до цільності вчинку, як усвідомлений вибір з урахуванням можливих альтернатив» [Ойгензихт В. А. Мораль і Право. // Душанбе. — 1987. — С. 110–111.].

У доктрині цивільного права розроблено три основні концепції правової природи ризику — суб'єктивного, об'єктивного і двоаспектного (двосекторного).

Концепція суб'єктивного ризику під ризиком розглядає свідоме припущення (передбачення) особою настання негативних наслідків як результату власних дій чи дій інших осіб. Суб'єктивний ризик — це включена до існуючого правовідношення додаткова, поряд з каузою, як юридичною метою, підстава суб'єктивного права, виконання якого залежить від випадку. Активний (суб'єктивний) ризик є можливістю настання небажаних результатів у невизначених умовах.

У цьому контексті суб'єктивний ризик може входити до структури зобов'язань абсолютних (речових і виключних) та секундарних прав, в яких розмір чи надання обіцяного припустимо обумовити настанням випадку, включеного до складу суб'єктивного права. Переважна більшість суб'єктивних прав можуть набувати ризикового характеру, за винятком абсолютних.

Сутність концепції об'єктивного ризику полягає в тому, що ризиком визнається об'єктивна і невідворотна небезпека у вигляді нормативно закріпленої імовірності настання певних негативних наслідків і заподіяння шкоди благам та інтересам (наприклад настання підстав для виконання обов'язку з відшкодування шкоди).

Визнання «пасивного» ризику та його істотної відмінності від «активного» ризику є фактичним визнанням об'єктивного розуміння ризику (як можливості настання негативних наслідків, а не підстави відповідальності) і неприпустимості розуміння ризику лише в одному аспекті. Наприклад, об'єктивною є можливість виникнення зобов'язання виконавця повернути отриманий аванс за договором

у випадку неможливості на дання послуг або коли відпала потреба в отриманні таких послуг. Пасивний ризик є умовою, але не підставою виникнення небажаного результату (наприклад у вигляді зобов'язання потерпілого).

Юридичний ризик в одних випадках є об'єктивним, а в інших — суб'єктивним, що умовлено суб'єктивними або об'єктивними підставами юридичних фактів, виникнення яких спричиняє настання передбачуваного ризиком негативного результату.

Ризик необхідно розглядати в діалектичній єдності об'єктивного та суб'єктивного як специфічний елемент діяльності в умовах невизначеності і неминучого вибору.

Двоаспектна (двосекторна) концепція ризику ґрунтується на тезі про взаємодію двох інших концепцій і визнання суб'єктивного ризику поряд з об'єктивним як збірної категорії, що одночасно поєднує в собі суб'єктивні та об'єктивні елементи. Двоаспектне розуміння ризику передбачає визнання суб'єктивного розуміння ризику, а в окремих випадках — об'єктивного ризику, що не допускає одностороннього підходу в тлумаченні природи ризику.

В той же час абсолютні (речові і виключні) права не мають ризикового характеру, оскільки їх здійснення передбачає безумовний і рівний для всіх обов'язок утримуватися від по рушень абсолютних прав, що не допускає надання належного (обіцяного) залежно від випадку.

Наведене, однак, не свідчить про повну неможливість ризикових абсолютних прав, припустимість яких зумовлена існуванням речових прав, обтяжених зобов'язаннями в чужому інтересі. Йдеться про окремі різновиди так званого цільового права власності у вигляді довірчої власності, вчинення надання та припинення якої може бути обумовлене випадковими обставинами. За своєю природою довірча власність не є виключно речовим (абсолютним) правом, випадковість надання в якому обумовлена не так правом власності, як дією довірчого зобов'язання, що робить можливість надання обіцяного під умову випадку. У зв'язку з цим, залежно від характеру суб'єктивні цивільні права, що ґрунтуються на ризику, доцільно поділяти на дві групи: юридично незавершені права (секундарні, натуральні, невизнані тощо) та зобов'язальні ризикові права.

ШВИДКА В. Г.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри цивільного права

РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ НАЙМУ ЖИТЛА ЗА ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ ГАЛІЦІЇ 1797 Р.

Наприкінці XVIII століття в результаті трьох розділів Польща припинила своє існування як державне утворення. Ці події корінним чином відобразилися на подальшій історії українських земель. Галичина та Буковина стали австрійськими територіями, на які з 1772 року стали розповсюджуватися австрійські закони. Треба відзначити, що кінець XVIII століття для Австрії був періодом активних законодавчих дій, які передусім стосувалися цивільного приватного права та були направлені на підготовку нового Цивільного кодексу. К 1796 року кодифікаційною комісією під керівництвом барона Мартіні був створений новий Цивільний кодекс, який в 1797 році був введений в дію на території Західної та Східної Галіції та отримав відповідну назву — Цивільний кодекс Галіції.

Як і інші зводи законів того часу, Цивільний кодекс Галіції містив главу, яка закріплювала правила майнового найму. Так, відповідно до ст. 220 глави VII Цивільного кодексу Галіції «договор найма — тот, по которому приобретает пользование чужой непотребляемой вещью на определенный срок и за определенную плату, и эта вещь используется либо сама по себе, без приложения какого-либо труда, либо может быть полезной только с приложением труда и стараний» (Гражданский кодекс Восточной Галиции 1797 г. = Codex civilis pro Galicia Orientali anni MDCCXCVII / Пер. с лат. А. Гужвы; Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут; Одесса, 2013. — 536 с., с. 399). Законодавцем закріплено два види майнового найму: найм та оренда, хоча відповідні назви в тексті кодексу відсутні. Майновим наймом вважалися договори найму речей, послуг, а також надання процентної позики. Предметом договору найму могли бути рухомі та нерухомі речі, права, сервітути, земельні ділянки, житло. Слід акцентувати на тому, що в рамках даного кодексу договір найму житла залишається законодавцем майже без уваги. Глава VII Цивільного кодексу Галіції 1797 року, під назвою «Про найм», містить загальні норми відносно договорів майнового найму, а спеціальні норми, що регулюють договір найму житла зустрічаються поодинокі. Основними загальними нормами, які розповсюджувалися на договори майнового найму взагалі та найму житла зокрема були правила щодо встановлення предмету, строку та ціни договору; правила отримання наймодавцем найомної плати; повернення йому предмету найму по

закінченню відповідного договору; правила повернення речі у стані, в якому вона була первісно отримана, а у випадку погіршення її стану чи заподіяння шкоди за вини наймача, відшкодування збитків наймодавцю; правила можливості надання найомної речі у піднайом, якщо це не спричинить збитки наймодавцю та прямо не заборонено договором первісного найму тощо. Спеціальні норми, що регулюють договір найму житла (будинків, житлових приміщень) закріплені в ст.ст. 236, 242, 248, 249, 250 Цивільного кодексу Галиції, при цьому, в кожній з перелічених статей крім правил щодо договору найму житла є правила присвячені договорам найму земельної ділянки, рухомих речей тощо. Так, ст. 236 Цивільного кодексу Галиції крім акценту на найм земельної ділянки також закріплює правило втрати права наймодавця житла на встановлену найомну плату, якщо будинок, який є предметом найму зруйновано чи він згорів в результаті пожеги. Захист інтересів наймодавця декларується ст. 242 Цивільного кодексу Галиції, відповідно до якої «в целях обеспечения внесения платежей за наем закон наделяет наймодателя зданий правом залога на мебель и все движимое имущество, принадлежащее нанятому, которое было занесено в помещения до тех пор, пока это имущество или мебель существуют в пределах срока для предъявления иска в отношении нанятого жилья» (Гражданский кодекс Восточной Галиции 1797 г.=CodexcivilisproGaliciaOrientalianniMDCCXCVII/ Пер. с лат. А. Гужвы; Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут; Одесса, 2013. — 536 с., с. 407). Припиненню та розірванню договору майнового найму в главі VII Цивільного кодексу Галиції присвячено ряд статей, в яких закріплені і спеціальні норми щодо договору найму житла. Так, законодавець надає наймачу право відмовитися раніше встановленого строку від договору найму у двох випадках: — за умови не збереження наймодавцем предмету найму у придатному для використання стані; — у випадку перебування предмету найму у стані, що «угрожает очевидным риском» (Гражданский кодекс Восточной Галиции 1797 г.=CodexcivilisproGaliciaOrientalianniMDCCXCVII/ Пер. с лат. А. Гужвы; Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут; Одесса, 2013. — 536 с., с. 409). Стаття 252 Цивільного кодексу Галиції закріплює право вимоги наймодавця на дострокове розірвання договору найму: у разі згубного використання наймачем предмету найму; в разі затримання наймачем виплати найомної плати більш ніж на один повний період; у разі відбудови найманого будинку. «Но только по причине ремонта или улучшения зданий контракт найма не может быть расторгнут без согласия нанятого» (Гражданский кодекс Восточной Галиции 1797 г.=CodexcivilisproGaliciaOrientalianniMDCCXCVII/ Пер. с лат. А. Гужвы; Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут; Одесса, 2013. — 536 с., с. 411). Наступні статті 248, 249 Цивільного кодексу Галиції закріплюють

норми щодо відновлення договору найму житлового приміщення. Так, законодавець, виходячи з того, що житло використовується щоденно встановив правило відновлення договору найму житлового приміщення лише та строк необхідний для зміни житла. Крім того, договір найму житлових приміщень або кімнат, що укладається на день, тиждень, місяць, вважається відновленим на той самий строк, на який був укладений первісний договір.

На основі Цивільного кодексу Галіції 1797 року, в 1811 році було затверджено Австрійське цивільне уложення, яке із змінами та доповненнями залишається дійсним донині та виступає фундаментом для чисельних сучасних спеціальних законів Австрії.

Розділ 6

ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

МІНЧЕНКО Р. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
завідувач кафедри цивільного процесу, доктор юридичних наук,
професор, заслужений юрист України

ДЕЯКІ ПИТАННЯ КАСАЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Реформування судової системи України і прийняття 7 липня 2010 року нового Закону України «Про судоустрій та статус суддів» № 2453 — УІ (далі Закон) суттєво вплинуло на цивільне судочинство України взагалі та на касаційне провадження в цивільному процесі зокрема.

Саме окремим питанням змін до діючого цивільно-процесуального законодавства в області реалізації права особи на касаційне оскарження судового рішення присвячена зазначена стаття.

Як відомо, особи які вважають, що рішення суду що набрало законної сили є незаконним та таким, що порушує їх законні права та охоронювані законом інтереси, мають право на звернення до суду касаційної інстанції з метою перевірки законності рішення суду першої та апеляційних інстанцій.

Відповідно до п. 2 ст. 7 Закону, для забезпечення справедливого та неупередженого розгляду справ у розумні строки, встановлені законом, в Україні діють суди першої, апеляційної, касаційної інстанції і Верховний Суд України, відповідно до положення ст. 14 Закону, учасники судового процесу та інші особи у випадках і порядку, встановлених процесуальними законом, мають право на апеляційне та касаційне оскарження судового рішення, а також на перегляд справи Верховним Судом України. Згідно п. 2 ст. 17 Закону, систему судів загальної юрисдикції складають: місцеві суди, апеляційні суди, вищі спеціалізовані суди та Верховний суд України. Виходячи зі змісту вказаних положень стає зрозумілим, що Верховний Суд України більше не буде відігравати функції касаційної інстанції з перегляду будь-якої категорії справ. З метою реалізації права особи на касаційне оскарження рішення у цивільній справі відповідно до п. 2 ст. 31 Закону, та ст. 323 ЦПК вперше в

історії існування цивільного судочинства в Україні передбачено створення в системі судів загальної юрисдикції Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ.

Право на касаційне провадження можна визначити як гарантовану державою можливість сторонам та іншим особам, які брали участь у справі, а також особам, які не брали участь у справі, якщо суд вирішив питання про їх права, свободи чи обов'язки, звернутися до суду касаційної інстанції з метою перевірки законності рішень суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку, рішення і ухвали апеляційного суду, ухвалені за результатами апеляційного розгляду, що набрали законної сили. (ст. 336 ЦПК).

У цивільному судочинстві України, як і у судочинстві багатьох інших держав, касаційний перегляд судових рішень є остаточною їх перевіркою з метою забезпечення правильного застосування судами норм матеріального і процесуального права. Правова регламентація касаційного провадження у цивільному судочинстві на сьогоднішній день базується на тому постулаті, що перегляд судових актів, що вступили в законну силу в касаційному порядку є додатковою гарантією законності судового рішення. Зміна чи скасування акту судової влади можливе лише за наявності певних умов, але в принципі, кожне судове рішення може бути переглянute в касаційному порядку і стати об'єктом своєрідної ревізії судового акту. Зазначений вид судового провадження в цивільному процесі є особливим, так як переглянуті судові рішення в касаційному порядку на відміну від апеляційного провадження можуть бути тільки у випадку неправильного застосування норм матеріального права і порушення норм процесуального права, що і є відповідно до п. 2 ст. 324 ЦПК безпосередньо підставами касаційного оскарження судового акту.

В українському цивільно-процесуальному законодавстві (ст. 17 Закону) відповідно до організації судової влади, на ряду з принципами територіальності та спеціалізації діє принцип інстанційності. Зазначений принцип полягає в тому, що цивільний процес розподіляється на провадження щодо розгляду цивільних справ судами чотирьох судових інстанцій: місцевим судом, судом апеляційної інстанції, Вищим спеціалізованим судом з розгляду цивільних і кримінальних справ і Верховним судом України. При такій інстанційній системі судочинства, провадження за цивільними справами відбувається на тих засадах, що розгляд справ по суті здійснюється за загальним правилом в двох судових ланках, а касаційна інстанція відіграє роль додаткової ревізійної інстанції. Що стосується перегляду справ Верховним Судом України, то питання відносно того яку функцію відіграє Верховний Суд є достатньо дискусійним, так як не дивлячись на те, що з норм

цивільного процесуального законодавства виключені положення про виняткове провадження, перегляд справ Верховним Судом України по суті як і раніше залишився винятковим.(ст. 355 ЦПК).

Звертаючись до аспекту правової ефективності касаційного провадження, необхідно зазначити, що законне судове рішення, як акт судової влади, має бути стійким і може переглядатись лише в окремих передбачених процесуальним законодавством випадках, виключно з підстав об'єктивного а не суб'єктивного характеру. Це означає, що жоден з учасників цивільного процесу та інших осіб, права та обов'язки яких встановлені судовим рішенням не може вимагати перегляду судового рішення, що вступило в законну силу з метою проведення повторного слухання справи і отримання для себе більш бажаного результату. Перегляд рішень суду в касаційному порядку не може використовуватися як прихована апеляція і сама можливість двох переглядів на один предмет спору не є підставою для повторного розгляду. Необхідно погодитись з точкою зору В. В. Комарова, щодо того, що відхилення від зазначеного принципу можливе лише тоді, коли воно спричинено незалежними і непереборними обставинами (Проблеми теорії та практики цивільного судочинства: Монографія / В. В. Камарова, В. І. Тертішніков, В. В. Баранкова та ін.; / За заг. ред. професора В. В. Комарова. — Х.: Харків юридичний, 2008. — 928 с).

ГОНГАЛО Р. Ф.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного процесу, кандидат юридичних наук

СУДОВІ ДОРУЧЕННЯ В МІЖНАРОДНОМУ ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Судове доручення є ефективним засобом за допомогою якого держави можуть надавати правову допомогу одна одній, а також це спосіб (засіб) за допомогою якого здійснюється міжнародне співробітництво судових та інших юрисдикційних органів різних держав.

Питання надіслання і виконання доручення суду іноземної держави у цивільному процесі на національному законодавчому рівні регулюється такими основними нормативно-правовими актами, як: Цивільно-процесуальний кодекс України (розділ X, статті 415–419); Закон України «Про міжнародне приватне право» (стаття 80); Інструкція «Про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання

доказів та визнання і виконання судових рішень» від 27.06.2008 та іншими(Рибак О. С. Правова природа О. С. Рибак // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. — О., 2013. — № 6—1, ч. 2. — С. 88).

Міжнародно-правова допомога у цивільних справах здійснюється у різних формах і за допомогою використання тих засобів, які передбачені нормами права на рівні національного та міжнародного законодавства. Ці норми складають джерела правового регулювання цивільно-процесуальних правовідносин ускладнених іноземним елементом.

Проаналізувавши міжнародні конвенції, необхідно зазначити, що на міжнародному рівні означене питання регулюється трьома основними документами (універсальними договорами): Гаазька конвенція з питань цивільного процесу 1954 року; Гаазька конвенція про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або торговельних справах 1965 року; Гаазька конвенція про отримання за кордоном доказів з цивільних і торговельних справ 1970 року.

Варто зазначити, що серед науковців є різні підходи до визначення правової природи судового доручення. Одні вчені визначають його як вид правової допомоги, деякі — як форму взаємодії між уповноваженими органами держави, інші — як інструмент (засіб) за допомогою якого надається така допомога.

У юридичному словнику зазначається, що судове доручення — спосіб сприяння суду в збиранні доказів(Гончаренко В. Г. Словник термінів / В. Г. Гончаренко // Правознавство: навч. посіб. / За ред. В. Г. Гончаренка. — К. : Юристконсульт, КИТ. — 2007. — 636 с. С. 545). Тобто у словнику судове доручення визначається як спосіб. Ми погоджуємося із такою позицією, проте вважаємо, що за обсягом тих сутнісних ознак, які містяться у ньому, воно повною мірою не розкриває зміст поняття. Так, оскільки доручення може стосуватися не лише збирання доказів, але й інших питань правового характеру, наприклад може містити звернення про вручення судових документів особам, які знаходяться на території іноземної держави та інших питань.

Виконання судових доручень називається наданням (реалізацією) міжнародної правової допомоги (Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України: Академічний курс : підручник / М. Й. Штефан. — К. : Ін Юре, 2005. — С. 584). Обсяг правової допомоги, яка може надаватися судами України іноземним судам у проведенні окремих процесуальних дій, статтею 415 ЦПК України визначається у загальному вигляді.

Вважаємо, що виконання судового доручення є одним із важливих елементів у наданні правової допомоги. Істотне значення має правильне оформлення і надіслання доручення до суду іноземної держави, яке потім буде ним виконуватися. Вимоги щодо змісту і форми судового

доручення регулюються як внутрішнім право кожної держави (наприклад, в Україні це питання регулюється статтею 416 ЦПК України), так і міжнародними нормативно-правовими актами (наприклад, стаття 3 Конвенції «Про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах» від 18 березня 1970 р.).

Як слушно зазначає М. С. Каменецька, правова допомога держав включає такі напрямки, як: вручення документів; виконання процесуальних та інших дій, передбачених законодавством запитуваної країни, в тому числі: складання та пересилання документів, проведення оглядів, вилучення та передача речових доказів, проведення експертизи, допит сторін, третіх осіб, свідків, експертів, розшук осіб, визнання та виконання судових рішень по цивільним справам і виконавчих написів. При розгляді справ, ускладнених іноземним елементом, часто виникає необхідність здійснення процесуальних дій на території іноземної держави і для цього використовується інститут судових доручень.

Також це простежується з аналізу статті 1 Конвенції «Про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах» від 18.03.1970 (дата набуття чинності для України: 21.07.2001), де зазначається, що у цивільних або комерційних справах судовий орган Договірної Держави може відповідно до положень законодавства цієї Держави шляхом надіслання судового доручення звернутися до компетентного органу другої Договірної Держави з проханням отримати докази або провести інші процесуальні дії. Проаналізувавши означене положення, необхідно підкреслити, що судове доручення слугує процесуальною формою оформлення правовідносин у сфері надання міжнародно-правової допомоги.

ЧВАНКІН С. А.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного процесу, кандидат юридичних наук,
голова Київського районного суду м. Одеси

ПИСЬМОВІ ДОКАЗИ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Важливим засобом доказування в суді являються письмові докази, тобто будь — які документи, акти довідки, листування службового або особистого характеру або витяги з них, що містять відомості про обставини, які мають значення для справи (ст. 64 ЦПК України).

Письмові докази відносяться до особистих доказів, на їх формування впливають особисті якості людини: вік, спеціальність, освіта,

душевний стан, спостережливість та інше. Об'єднання цих фактів і визначає об'єктивність і повноту отримання і закріплення відомостей.

Письмові докази мають речову основу (папір або інший матеріал), на яку нанесено текст способом, що дозволяє сприймати його візуально. Саме зі змісту даного тексту сприймаються необхідні суду відомості, а не з якості предмета, на який він нанесений. Цим відрізняють письмові докази від речових, оскільки речові докази у своєму зовнішньому виразі також можуть являти собою певні предмети з нанесеним текстом.

Необхідно розрізнити письмові докази та письмові матеріали (наприклад, протокол допиту свідка, що було отримано в порядку виконання окремого доручення; письмові клопотання у справі; письмові замітки, якими користується свідок), які не є письмовими доказами.

Викладені у письмовій формі пояснення сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, не є письмовими доказами, а є особистими доказами у письмовій формі. Не є письмовими доказами також висновки експертів у письмовій формі. Письмові докази — це предмети, які відображають (віддзеркалюють) відомості, що мають значення для справи, за допомогою доступних для сприйняття їх людиною засобів.

Акти, договори, довідки можуть бути як письмовими, так і речовими доказами. Якщо відомості про обставини, що мають значення для справи, отримані зі змісту документа, то такий документ належить до письмового доказу. Відомості, отримані на підставі властивості матеріалу документа, свідчать про те, що йдеться про речовий доказ.

Необхідно виділити наступні особливості ознак письмових доказів. По — перше, відомості про фактичні дані у письмових доказах знаходять своє відображення на матеріальних предметах, які придатні для письма. По — друге, фактичні дані відображаються у письмових доказах у формі певних знаків, що є доступними для сприйняття та розуміння людиною. Письмові докази мають досить вагоме значення при розгляді цивільної справи. Це можливо пояснити тим, що для деяких категорій працівників ЦК України встановлює певну форму.

За різними критеріями можливо класифікувати письмові докази, а саме за змістом, формою, суб'єктом формування, способом формування. Так, письмові докази можливо поділити за суб'єктом формування на приватні та офіційні. Крім того, письмові докази поділяються на розпорядчі та повідомні. Листи ділового та особистого характеру, довідки, звіти відносяться до інформаційних (повідомних) письмових доказів, які описують, підтверджують події, факти, які мають значення для цивільної справи. До розпорядчих письмових доказів відносяться ті, що містять волевиявлення осіб, від яких виходить документ, спрямоване на виникнення, зміну або припинення правовідносин.

За засобами і характером формування письмові докази поділяють на оригінали та копії. Екземпляри, які являються першими чи єдиними примірниками документа відносяться до оригіналів. Документи, які повністю відтворюють інформацію оригіналу документа та всі його зовнішні ознаки необхідно віднести до копій письмових доказів (копія довідки, другий примірник договору купівлі—продажу та інше).

Письмові докази, як правило, подаються в оригіналі. Якщо подано копію письмового доказу, суд за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, має право вимагати подання оригіналу. Оскільки оригінал документа є єдиним примірником і необхідний для обліку діяльності позивача чи відповідача, часто вимагаються судом оригінали документів лише для ознайомлення та огляду в судовому засіданні, при цьому в справі залишаються належним чином завірені копії. Ксерокопія має бути належної якості, щоб на ній можна було прочитати весь текст, чітко було видно всі реквізити, поля документа не порушено.

Від копії необхідно відрізнити дублікат документа — повторно виданий (складений) документ, що має з оригіналом однакову юридичну чинність.

Також виділяють нотаріально посвідчені та прості письмові докази.

Письмовий доказ являється фальшивим, коли без відома особи, яка його видала, змінюється зміст, в зв'язку з доповненням, поправкою або стиранням тексту та інших відомостей, які спотворюють зміст викладених відомостей. Таким чином, фальшивим письмовий доказ вважається тоді, коли він не відповідає дійсності.

Відповідно до вимог ст. 31 Конституції України, «Кожному гарантується таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції». Треба окремо зазначити про важливість оголошення та дослідження змісту особистих паперів, листів, записів телефонних розмов, телеграм і інших видів кореспонденції, які належать фізичним особам. Зміст особистих паперів, листів, записів телефонних розмов, телеграм та інших видів кореспонденції фізичних осіб може бути у відкритому цивільному процесі оголошений та досліджений винятково за згодою осіб, які передбачені в ЦК України (ст. 186 ЦПК).

СЕНИК С. В.

Львівський національний університет ім. Івана Франка,
доцент кафедри цивільного права та процесу,
кандидат юридичних наук, доцент

ВІДВІД СУДДІ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Відповідно до ч. 3 ст. 11–1 ЦПК України визначення судді або колегії судів для розгляду конкретної справи здійснюється автоматизованою системою документообігу суду. Разом з тим, не завжди визначений склад суду вправі розглядати та вирішувати цивільну справу. Враховуючи цей аспект, законодавчими нормами передбачена можливість застосування положень щодо відводу судді. Мета відводу — створити у всіх учасників цивільної справи, а також у всіх осіб, присутніх в залі судового засідання, впевненість в тому, що справа буде розглядатись та вирішуватись неупереджено та об'єктивно, що, у свою чергу, сприятиме підвищенню авторитету ухвалюваних судом рішень та сприяти попередженню небезпеки скасування судових рішень у зв'язку з їх незаконністю.

Підстави для відводу (самовідводу) судді передбачені ст. 20 ЦПК України. Виходячи із положень ст. 20 ЦПК України, перелік підстав для відводу складу суду є невичерпним. І це зрозуміло, оскільки, враховуючи складність та багатоманітність життєвих ситуацій, закон не може містити вичерпного переліку підстав для відводу судді. Підстави для відводу можуть бути застосовані до суддів усіх інстанцій. Крім цього, згідно ст. 21 ЦПК України не допускається повторна участь судді в розгляді цивільної справи.

Підстави можуть мати об'єктивний (п.п. 1,5 ч. 1 ст. 20 ЦПК України) або суб'єктивний характер (п.п. 2,3 ч1 ст. 20 ЦПК України).

Заінтересованість у справі може мати як юридичний, так і побутовий характер. Юридична заінтересованість — якщо від результату вирішення спору у судді виникнуть, зміняться або припиняться права чи обов'язки. Побутова або фактична — якщо рішення суду може мати вплив на особисті стосунки судді з оточуючими (*напр., залежність від однієї із сторін*).

Обставинами, що викликають сумнів в об'єктивності та неупередженості судді, можуть бути незаконні дії судді під час розгляду справи, висловлення думки щодо обґрунтованості позову, ігнорування законних вимог осіб, які беруть участь у справі, дружні або навпаки неприязні відносини судді з кимось із осіб, які беруть участь у справі, службова залежність тощо.

За наявності підстав, визначених ст. 20 ЦПК України, суддя повинен заявити самовідвід.

Право на заявлення відводу складу суду належить особам, які беруть участь у справі.

Форма здійснення — як усно (фіксується у журналі судового засідання), так і письмово (заява приєднується до матеріалів цивільної справи).

Часова межздійснення — з моменту відкриття провадження у справі і до початку розгляду справи по суті. Якщо відвід заявлено пізніше, то особа повинна довести поважність причин пропуску строку, а саме, що підстави для відводу стали їй відомі після початку розгляду справи по суті.

Відвід повинен бути *мотивованим*. Особа, яка заявляє відвід судді, повинна навести конкретні факти, що дають підстави для вчинення дій із відводу судді. Нічим не підтверджена вимога не може бути задоволена. У зв'язку з цим, підстава для відводу повинна підтверджуватись доказами. ЦПК України не передбачає якими саме доказами має підтверджуватись підстава для відводу. А тому можуть бути використані будь-які засоби доказування, передбачені ч. 2 ст. 57 ЦПК України.

Виходячи з положень ч. 2 ст. 24 ЦПК України, питання про відвід вирішується *тим складом суду, який розглядає справу*. Вважаю, що таке законодавче положення порушує загальні засади здійснення правосуддя, адже, навряд чи хтось буде заперечувати відомий латинський афоризм, що ніхто не може бути суддею у своїй власній справі. У даному контексті слушною є пропозиція Юрія Стеценка щодо вдосконалення процедури відведення, а саме про розгляд заяви про відвід судді місцевого суду суддею апеляційної інстанції (<http://ut.kiev.ua>).

Порядок вирішення питання про відвід судді.

1. вислухати думку особи, якій заявлено відвід, якщо вона бажає її висловити;

2. вислухати думку осіб, які беруть участь у справі;

3. вийти до нарадчої кімнати для постановлення ухвали. За результатами розгляду заяви може бути постановлено одну із двох ухвал:

- або про задоволення заяви про відвід. В такому випадку, керуючись ч. 1 ст. 191 ЦПК України, суд повинен одночасно відкласти розгляд справи у зв'язку з необхідністю заміни відведеного судді;

- або про відмову в задоволенні заяви про відвід.

Ухвала, якою вирішується заява про відвід, не є самостійним об'єктом для оскарження. Її можна оскаржити тільки разом із оскарженням рішення суду у справі.

Правові наслідки задоволення заяви про відвід передбачені ст. 25 ЦПК України.

ВОЛКОВА Н. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного процесу, кандидат юридичних наук

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПІДСТАВ У СПРАВАХ ПРО ОБМЕЖЕННЯ ЦИВІЛЬНОЇ ДІЄЗДАТНОСТІ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ

Розгляд справ про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, обмеження неповнолітньої особи у дієздатності, здійснюється судом у порядку окремого провадження відповідно до глави 2 розділу IV ЦПК України.

Науковим дослідженням підстав обмеження цивільної дієздатності фізичної особи через призму розгляду справ про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною займалися багато вчених як радянського так і сучасного періоду таких як Блажеєва В. Д., Пятилетова І. Н., Комарова Н. В., Усталова А. В., Удальцова І. В., Червоний Ю. С., Чечот Д. М., Хутиз М. Х., Фурса С. Я., Штефан М. Й. та інші.

Так ст. 36 ЦК України передбачає, що суд може обмежити цивільну дієздатність фізичної особи, якщо вона страждає на психічний розлад, який істотно впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними. Суд може також обмежити цивільну дієздатність фізичної особи, якщо вона зловживає спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами тощо і тим самим ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище. ЦК України передбачає, що при наявності достатніх підстав суд за заявою батьків (усиновлювачів), піклувальника, органу опіки та піклування може обмежити право неповнолітньої особи (віком від 14 до 18 років) самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією чи іншими доходами або позбавити її цього права (ч. 5 ст. 32 ЦК України).

Відповідно до ст. 36 ЦК України підставами для обмеження цивільної дієздатності фізичної особи є психічний розлад, який істотно впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними та зловживає спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами тощо і тим самим ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище.

Таким чином, ЦК України ввів нову підставу для визнання особи обмежено дієздатною, яку не передбачав ЦК УРСР 1963 р., — психічний розлад, який суттєво впливає на її здатність усвідомлювати значення

своїх дій та (або) керувати ними (Окреме провадження в цивільному процесі України : Навч. посіб. / Під ред. Р. М. Мінченко. — О. : Фенікс, 2010. — С. 26). Це стосується осіб, які хворіють психічною хворобою, наприклад тяжкими формами шизофренії, олігофренії та ін. Психічні захворювання — це хвороби головного мозку, що виявляються у різних розладах психічної діяльності — продуктивних (марення, галюцинації, афективні розлади) та негативних (випадіння або ослаблення психічної діяльності), а також загальних змінах особистості (Большая медицинская энциклопедия. Том 21. Издание третье. — М. : Изд-во «Советская энциклопедия», 1983. — С. 316–325).

Вирішуючи питання про те, чи призводить зловживання громадянином спиртними напоями до скрутного матеріального становища його сім'ї, суди часто порівнюють заробітну плату заявника та заінтересованої особи. При цьому може виявитись, що в заявника вона набагато більша, ніж у заінтересованої особи. Але все ж таки якщо суд встановить, що особа здійснило відчуження майна, витрачає заробітну плату на придбання спиртних напоїв, і в зв'язку з цим знаходиться на утриманні заявника, він може обмежити її в дієздатності (Житкевич Л. Ограничение дееспособности граждан, злоупотребляющих спиртными напитками / Л. Житкевич, Ю. Лутченко // Социалистическая законность. — 1984. — № 8. — С. 47–48).

Під зловживанням слід розуміти систематичне пияцтво, а також надмірне вживання алкоголю, наркотиків. Перше означає залежність людини від алкоголю — хворобу, друге — непомірність при вживанні алкоголю, відсутність культури вживання алкогольних напоїв. Є випадки ускладнення хворобливого стану людини внаслідок вживання алкоголю, що виявляється у її агресивності, схильності до буйства (Цивільне право України : Підручник : У 2-х кн. / О. В. Дзера, Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. Кн. 1. — К. : Юрінком Інтер, 2002. — С. 95). Такий автор, як Шишка Р. Б. не погоджується з фразою про надмірне вживання наркотиків та зазначає, що таке можливо лише за умови легалізації приймання наркотиків, наприклад, легких, як це зроблено у Голландії. Оскільки в Україні це заборонено, то слід говорити про немедичне приймання наркотиків — вживання їх без рецепту лікаря і придбання у встановленому законом порядку. В даному випадку цивільне законодавство встановлює імперативи придбання, вживання наркотичних лікарських препаратів. Стосовно токсичних речовин позиція повинна бути однозначна — всяке їх внутрішньоутробне чи зовнішнє вживання повинно оцінюватись суспільством як протизаконне (Шишка Р. Б. Цивільне право України : Курс лекцій: У 6-ти томах. Т. 1. — Харків : Еспада, 2008. — С. 259).

Варто відзначити, що на відміну від ст. 15 ЦК УРСР перелік фактичних підстав обмеження у дієздатності доповнено зловживанням токсичними речовинами.

Вживання токсичних речовин може призводити до різних короткотермінових суб'єктивно позитивних психічних станів, що супроводжуються множинними психічними та соматоневрологічними розладами з порушенням поведінки та соціальним зниженням. Токсикоманія супроводжується ейфорією та певними змінами свідомості. Токсичні речовини за інтенсивністю та якістю дії можуть викликати різні відчуття. Одні (снотворні) викликають переважно тілесні відчуття, інші (галюциногенні) — психічні. При прийнятті деяких речовин (опіатов) відмічається змішаний ефект. Ступінь і форма змін свідомості залежить від дози речовини (Большая медицинская энциклопедия. Том 25. Издание третье. — М. : изд-во «Советская энциклопедия», 1985. — С. 113–115; Юридична енциклопедія. Том 6. — К. : Вид-во «Українська енциклопедія» імені М. П. Бажана, 2004. — С. 95).

Перелік підстав для обмеження дієздатності фізичних осіб в законі невичерпний. Також, крім зазначених підстав, у сучасних умовах можна говорити також про введення додаткових підстав, зокрема, поставити в скрутне матеріальне становище свою сім'ю можна і азартними іграми, і невтримним колекціонуванням та ін. (Волкова Н. В. Цивільно-правові засоби індивідуалізації фізичних осіб : дис.... канд. юрид. наук: 12.00.03 — цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / Н. В. Волкова. — Одеса, 2008. — С. 35). Так, наприклад, С. Слободян зазначає, що якщо особа регулярно витрачає великі суми грошей на благодійництво, то вона теж може довести власну сім'ю до скрутного матеріального становища. У цивільному праві деяких розвинутих країн однією з підстав визнання особи обмежено дієздатною є марнотратство. Марнотратом у юридичному розумінні визнається особа, яка через слабкість характеру та легковажність не може протистояти спокусам і так нерозумно витрачає своє майно, що ризикує залишити себе та своїх близьких без коштів для існування. Таким чином, під поняття марнотратства може підпадати будь-яке витрачання майна особою, що призводить її та її сім'ю до скрутного матеріального становища (Слободян С. Обмеження дієздатності фізичних осіб : Цивільно-правові проблеми / С. Слободян // Юридичний журнал. — 2004. — № 1. — С. 32).

Враховуючи розширене тлумачення статті 36 ЦК України, можна дійти висновку, що в сучасних умовах можливо обмежити дієздатність фізичних осіб і у вищезазначених випадках.

СТОЯНОВА Т. А.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного процесу, кандидат юридичних наук

ПРАВОВА ПРИРОДА СПРАВ ОКРЕМОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Цивільне процесуальне законодавство до юрисдикції суду відносить досить широке коло цивільних справ (ст. 15 ЦПК України). Матеріально-правові особливості справ, що розглядаються судом, здійснюють відповідний вплив на сам порядок цивільного провадження. Як, цілком вірно зазначає Д. М. Чечот: «якщо законодавство віднесе до юрисдикції суду відповідні категорії справ, що за своєю матеріально-правовою природою принципово відрізняються від справ, що «традиційно» розглядаються в порядку цивільного провадження, то виникає необхідність розподілу провадження на окремі види, оскільки суттєві матеріально-правові особливості справ потребують вжиття специфічних засобів та заходів захисту права або охоронюваного законом інтересу» (Чечот Д. М. Неисковые производства. / Д. М. Чечот. — М.: «Юрид.лит.», 1973. — С. 4–5.). Вид цивільного провадження — це складова частина єдиного цивільного провадження, що являє собою порядок розгляду встановленого в законі відповідного кола справ, в основі якого є загальні правила цивільного процесу, а також обумовлені матеріально-правовою природою цих справ специфічні правила їх розгляду (Усталова А. В. Виды гражданского судопроизводства : соотношение общих и специальных правил /А. В. Усталова // Вопросы развития теории гражданского процессуального права: сб. научн. ст. / под ред. С. И. Ивановой и М. К. Треушников. — М.: Издат. Москов. Ун-та, 1981. — С. 142.).

Справам, що розглядаються в порядку окремого провадження притаманні досить суттєві особливості порядку їх розгляду в суді, тому правильний розподіл цивільних справ за видами має велике значення для захисту та охорони цивільних прав та інтересів.

Так, в першу чергу, слід зазначити, що метою окремого провадження є охорона законного інтересу. Необхідно розмежовувати поняття охорони та захисту законних інтересів. Так, під захистом необхідно розуміти сукупність процесуальних дій, що застосовуються у зв'язку з порушенням, невизнанням або оспорюванням прав, інтересів направлених на відновлення суб'єктивних цивільних прав. Під охороною суб'єктивних прав та інтересів слід розуміти правове регулювання суспільних відносин з метою забезпечення їх нормального функціонування. Тобто захист застосовується у випадках, коли цивільне право вже порушене (справи позовного провадження), а охорона цивільних

прав та інтересів коли, необхідно створити умови для їх нормальної реалізації.

По-друге, справи окремого провадження характеризуються відсутністю спору про право. У порядку окремого провадження встановлюються обставини, від встановлення наявності або відсутності яких у особи може виникнути, змінитися або припинитися певне суб'єктивне право. Так, наприклад в справах про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи (Глава 2 ЦПК) суд повинен встановити факт того, що фізична особа ставить себе, своїх членів сім'ї, а також інших осіб яких вона повинна утримувати, згідно до закону, у важке матеріальне становище, внаслідок зловживання спиртними напоями, токсичними чи наркотичними речовинами, відповідно до ст. 31 ЦК. В залежності від встановлення зазначених обставин у фізичної особи обмежується цивільна дієздатність, тобто змінюється коло суб'єктивних прав, що становлять об'єм цивільної дієздатності. Згідно до ч. 6 ст. 235 ЦПК, у випадках виникнення спору про право в справах окремого провадження, суд повинен залишити заяву без розгляду та роз'яснити особам, що беруть участь у справі про можливість звернутися за захистом свого порушеного права в порядку позовного провадження. Але при розгляді справ окремого провадження може мати місце спір про окремий юридичний факт, що не може бути підставою для залишення заяви без розгляду. Відсутність спору про право, як наслідок відсутності протилежних інтересів в процесі, породжує важливу особливість щодо порядку розгляду справ окремого провадження. А саме при розгляді справ окремого провадження не можливе ухвалення мирової угоди та передачі справи на розгляд третейського суду, згідно до ч. 5 ст. 235 ЦПК. Суд розглядає справи окремого провадження, за загальними правилами, за винятком положень змагальності та меж судового розгляду, згідно до ч. 3 ст. 235 ЦПК. Таке положення закону має певний вплив на доказову діяльність суду при розгляді справ зазначеної категорії, саме на суд покладається більш активна роль в судовому доказуванні. Так, згідно до ч. 2 ст. 235 ЦПК, з метою з'ясування обставин справи суд може за власною ініціативою витребувати необхідні докази.

Третьою ознакою є специфічний склад учасників судочинства. Згідно до ч. 4 ст. 235 ЦПК суд розглядає справи за участю заявника і заінтересованих осіб. Відповідно ч. 5 ст. 31 ЦПК, заявник та заінтересовані особи мають права та обов'язки сторін, за винятками, встановленими у розділі IV цього кодексу (вони не мають право укладати мирову угоду, передавати справу на розгляд третейського суду). В кожній із категорій справ окремого провадження права та обов'язки заявника конкретизуються.

Категорії справ, що можуть бути розглянуті в порядку окремого провадження, закріплені в ч. 2 ст. 234 ЦПК. Діюче цивільне процесуальне законодавство надає не вичерпаний перелік справ, що розглядаються за правилами окремого провадження. Законодавством можуть бути передбачені інші категорії справ, що повинні розглядатися в порядку окремого провадження.

АНДРОНОВ І. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного процесу, кандидат юридичних наук

ПРИНЦИП ОСТАТОЧНОСТІ СУДОВОГО РІШЕННЯ «RES JUDICATA»

Рішення суду як найважливіший акт правосуддя покликане забезпечити захист гарантованих Конституцією України прав і свобод людини та здійснення проголошеного Основним Законом України принципу верховенства права.

Конституція України закріплює як одну із засад цивільного судочинства забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду, крім випадків, встановлених законом (п. 8 ч. 3 ст. 129). Водночас у п. 9 ст. 129 Конституції України зазначається про обов'язковість рішень суду. Судові рішення, що набрали законної сили, обов'язкові для всіх органів державної влади і органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, посадових чи службових осіб та громадян і підлягають виконанню на всій території України, а у випадках, встановлених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, — і за її межами (ст. 14 ЦПК).

Отже право та гарантована законом можливість оскарження судового рішення не повинна ставити під сумнів стабільність тих правовідносин, які були офіційно підтверджені судовим рішенням, що набрало законної сили. Учасник правовідносин, суб'єктивне право якого було підтверджене та захищене законною силою судового рішення, повинен бути впевнений у його непорушності, оскільки від цього багато в чому залежить довіра громадян до судової системи та переконаність в ефективності судової форми захисту права.

В цьому проявляється тісний взаємозв'язок принципів правової визначеності та остаточності судового рішення (*res judicata*). Про непорушність та неухильне дотримання даних принципів неодноразово зазначалося у рішеннях Європейського Суду з прав людини.

Так, у п.п. 51, 52 рішення у справі «Рябих проти Росії» (2003) Європейський Суд з прав людини наголошує, що право на справедливе слухання судом, яке гарантовано § 1 ст. 6 Конвенції, має бути інтерпретоване у світлі преамбули до Конвенції, яка проголошує у відповідній частині, що верховенство права має стати спільним набутком Високих Договірних Сторін. Одним із визначальних принципів верховенства права є принцип правової визначеності, що вимагає, серед іншого, що, якщо суди остаточно визначили питання, їхнє рішення не повинне ставитися під запитання. Правова визначеність передбачає повагу до принципу *res judicata*, що є принципом остаточності рішень. Цей принцип наголошує, що жодна зі сторін не повинна вимагати перегляду остаточного і зобов'язувального судового рішення лише з метою повторного слухання та прийняття нового рішення у справі. Вказані положення були застосовані Європейським Судом з прав людини у цілій низці рішень проти України, наприклад, у таких справах як «Світлана Науменко проти України» (2004), «Трегубенко проти України» (2004), «Полтораченко проти України» (2005), «Жердін проти України» (2006).

Тобто дотримання принципу *Res judicata* вимагає від держави створення на національному рівні гарантій стабільності судових рішень, що набрали законної сили. Процедура перегляду таких рішень не повинна перетворюватись на повторний розгляд справи по суті, за термінологією — на прикриті апеляцію (тобто торкатись питань факту), а може стосуватись лише порушень судом норм закону під час розгляду справи.

Суд наголошує, що § 1 ст. 6 охороняє право кожного подавати будь-яку скаргу до суду чи трибуналу стосовно його громадянських прав і обов'язків. У цьому сенсі стаття містить поняття «право на суд», в якому право на доступ, тобто право ініціювати провадження у судах з розгляду цивільних справ, становить одну зі складових. Однак де право було б ілюзорним, якби правова система однієї з Договірних Сторін дозволяла, аби остаточне, зобов'язувальне судове рішення залишалось бездієвим на шкоду одній зі сторін. Було б незрозумілим, якби § 1 ст. 6 деталізував процедурні гарантії, надані сторонам судового процесу, — розгляд справ у суді, який є справедливим, прилюдним і швидким, — без застосування впровадження судових рішень. Розуміння значення ст. 6 як такої, що переймається виключно доступом до суду та проведенням процедур, ймовірно, призвело б до ситуацій, не сумісних із принципами верховенства права, поважати які зобов'язалися Договірні Сторони, ратифікувавши Конвенцію. Виконання рішення, винесеного будь-яким судом, має, таким чином, вважатися невід'ємною частиною «суду» для цілей ст. 6 Конвенції (рішення у справі «Хорнсбі проти Греції» (1997)).

Європейський Суд та Комітет Міністрів Ради Європи неодноразово стверджували, що ст. 6 Конвенції, зокрема, вимагає створення гарантій

не лише самого судового розгляду, а й реального виконання судового рішення. Так, у Рекомендації № Rec (2003) 17 Комітету Міністрів Ради Європи «Про примусове виконання» від 09.09.2003 року зазначається, що примусове виконання судового рішення є невід'ємною частиною фундаментального права людини на справедливий судовий розгляд в розумний строк, гарантованого статтею 6 Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, стверджуючи, що держави-члени зобов'язані забезпечити усім особам, які отримали остаточне і обов'язкове рішення суду, право на його примусове виконання. Невиконання судового рішення або вступ його в силу із затримкою можуть зробити це право недіючим або уявним на шкоду одній стороні.

Безкінечна можливість оскарження судового рішення (зокрема така, що не обмежена певними розумними строками) ставить під сумнів можливість виконання судового рішення, перетворюючи право на судовий захист у просту декларацію.

Водночас дія принципу *Res judicata* не усуває можливості апеляційного перегляду судового рішення, який може бути максимально повним, та стосуватися як питань права, так і питань факту, оскільки предметом такого перегляду є судові рішення, яке не набрало законної сили, а отже не набуло статусу остаточного. Також не суперечить даному принципу перегляд судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами, крім випадків, коли задоволення судом заяви про перегляд судового рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами відбувається всупереч вимогам ЦПК.

ЦАЛ-ЦАЛКО Ю. Ю.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного процесу, кандидат юридичних наук

МІСЦЕ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ В СИСТЕМІ ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ

На забезпечення соціального, правового та демократичного принципу побудови нашої країни, в Україні створена і діє система судів загальної юрисдикції, засобами якої, здійснюється правосуддя. Найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції є Верховний Суд України.

У 2010 році було прийнято Закон України «Про судоустрій і статус суддів» (Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 7 липня 2010 року // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 41–42, № 43,

№ 44–45. — Ст. 529.), який передбачає певні зміни у системі судоустрою, порядку забезпечення діяльності судів, а також яким вносяться зміни до низки законодавчих актів України, зокрема до Цивільного процесуального кодексу України, в наслідок чого створено новий суд касаційної інстанції — Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, роль Верховного Суду України в системі судів загальної юрисдикції відповідно змінюється (Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 року // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 40–41, 42. — Ст. 492). У цьому аспекті актуальним є питання про місце Верховного Суду в системі перегляду судових рішень та про порядок відправлення ним правосуддя.

Однією із гарантій захисту прав, інтересів фізичних осіб, юридичних осіб, держави є передбачена законом можливість оскарження судових рішень у цивільних справах до Верховного Суду України після їх перегляду у касаційному порядку, оскільки в умовах взятого Україною курсу на повноправне членство у європейській спільноті хід реформування вітчизняного цивільного процесуального законодавства, зокрема його контрольних стадій, перебуває під пильним спостереженням європейської та світової громадськості. Серед цих стадій на особливу увагу заслуговує перегляд судових рішень, оскільки питання, що ставляться та вирішуються на цьому етапі цивільної процесуальної діяльності, зумовлені перевіркою таких судових рішень, правосудність яких, здавалося б, не повинна викликати сумнівів.

Перегляд Верховним Судом України судових рішень є однією з процесуальних форм перевірки судових рішень, винесених нижчестоящими судами, що вже набрали законної сили. За своїм змістом і призначенням дана процесуальна стадія має «резервне» значення, тобто має використовуватися, коли не застосовуються, або вичерпані інші засоби процесуально-правового захисту. Ця процесуальна стадія є додатковою гарантією здійснення законного і обґрунтованого правосуддя. Можливість перегляду справи Верховним Судом України має на меті спосіб превентивного впливу, спонукаючи нижчестоящі суди, органи прокуратури, органи державної влади, учасників процесу дотримуватися чинного законодавства.

Основним завданням Верховного Суду України після звуження його повноважень є виявлення та усунення помилок і зловживання, що допущені в ході розгляду конкретної справи судами першої, апеляційної та касаційної інстанцій. Перегляд судових рішень Верховним судом України є процесуальним засобом, що забезпечує їх законність і обґрунтованість, захист прав та охоронюваних законом інтересів громадян, юридичних осіб і держави, а, отже, й виконання завдань і досягнення мети цивільного судочинства. Це особливий винятковий вид перегляду,

який у ЦПК України визначений як особлива стадія розгляду справи. Такий перегляд можливий лише за умови, що відповідне судове рішення переглядалося у касаційному порядку.

Отже, провадження з перегляду судових рішень Верховним Судом України як стадія процесу — це сукупність процесуальних правовідносин між Верховним Судом України, сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі, а також особами, на користь яких постановлено рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, що виникають з метою перевірки законності судових рішень, що вже розглядалися судом касаційної інстанції.

Значення даної стадії, перш за все проявляється саме у особливостях перегляду судових рішень Верховним Судом України, зокрема: предметом такого перегляду є рішення суду після їх перегляду в касаційному порядку. Від даного перегляду залежить забезпечення єдиного застосування норм матеріального та процесуального права, а також норм міжнародних зобов'язань України; процесуальна діяльність суду спрямована на визначення наявності підстав для перегляду справи Верховним Судом України; судові рішення повинні оскаржуватись з підстав: неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах або встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом.

Верховний Суд України нарешті почав виконувати свою головну функцію — забезпечення єдності судової практики, розглядаючи справи, в яких має місце неоднакове застосування норм судами касаційної інстанції. Водночас, Верховний Суд України зможе постановляти рішення, яке буде остаточним і обов'язковим не тільки для сторін по справі, але і на всій території України для застосування у всіх правовідносинах, що виникають у державі.

Підсумовуючи, слід відмітити, що Верховний Суд України виступає ініціатором і розробником законодавчих пропозицій щодо реформування українського правосуддя. Його діяльність істотно впливає й на загальні суспільні процеси в Україні — розвиток демократії, економіки, захист прав людини, політичну та економічну стабільність держави.

Верховному суду належить виняткова прерогатива у прийнятті остаточних судових рішень на національному рівні, виробленні правових позицій у складних судових спорах, спрямуванні судової практики.

НЕКЛЕСА Ю. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного процесу, кандидат юридичних наук

ПРОЦЕСУАЛЬНІ АСПЕКТИ ПРИМИРЕННЯ СТОРІН СІМЕЙНИХ КОНФЛІКТІВ

Сучасний етап розвитку судочинства в світовому масштабі характеризується переходом до нової його моделі, що є наслідком суспільно-політичних процесів, пов'язаних з реалізацією ідеї соціальної правової держави. Основна ідея нової концепції судочинства, яка на відміну від раніше діючої ліберальної (змагальної) моделі іменується соціальною, полягає в тому, що процес перестають розуміти виключно як особисту справу двох протидіючих сторін, за тяжобою яких спостерігає нейтральний суд. На суд покладається відповідальність перед суспільством за реальне відновлення порушеного права (Здрок О. Н. Примирительные процедуры в гражданском судопроизводстве: понятие, классификация, тенденции развития (на примере Республики Беларусь) / О. Н. Здрок // Вестник гражданского процесса. — 2012. — № 1. — С. 180–223).

Одними з провідних положень сучасної моделі судочинства стають вимоги концентрації та правової визначеності. Процес не може вестись сторонами безкінечно довго. Завдання суду — дати відповідь на заявлені вимоги в розумний строк. Активність суду стає однією з найбільш істотних процесуальних гарантій, спрямованих на реалізацію принципу процесуальної рівності сторін. Під останнім в силу нових суспільно-політичних цінностей розуміють не тільки забезпечення формальної юридичної рівності сторін, а реалізацію ідеї фактичної процесуальної рівноправності (Резолюція СМ/RES (78) 8 Комітета Міністрів Совета Європи о юридической помощи и консультациях от 2 марта 1978 г. // Права человека: международно-правовые документы и практика их применения. В 4 т. Т. 1 / сост. Е. В. Кузнецова. — Минск: Амалфея, 2009. — 816 с.). Його відмінною особливістю є те, що суд не вирішує спір по суті, а лише сприяє проведенню самої процедури: він може рекомендувати і навіть зобов'язати (в передбачених випадках) сторони використовувати одну з форм альтернативного вирішення конфліктів.

Судова система України, сприйнявши концепцію захисту прав, свобод і охоронюваних законом інтересів, закріплену на рівні матеріального та процесуального законодавства, зіткнулась з проблемою надмірної завантаженості цивільними справами. У зв'язку з цим ідея соціальної справедливості, що має втілюватися в діяльності судової гілки влади, зобов'язує процесуальну науку відшукувати поміж судових й інші

засоби вирішення приватноправових конфліктів. З роками вітчизняне правосуддя еволюціонує в напрямку повного врахування інтересів осіб, які звертаються до суду. Останні роки як теоретики, так і практики націлили свою увагу не лише на способи судового врегулювання конфліктів, але й на переваги широко застосованого на заході примирення сторін (Іванченко О. П. Примирення сторін як мета проведення попереднього судового засідання / О. П. Іванченко // Часопис Академії адвокатури України — 2009. — № 5 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.aau.edu.ua/e-journal/2009-3/09ioppsz.pdf>).

Надзвичайно важливим є досудове та судове примирення у сімейних справах, оскільки останні носять особистий характер та стосуються моральних засад, властивих для життя в сім'ї — любові, поваги, моральної відповідальності подружжя та інших членів сім'ї один перед одним, юридичного обов'язку турбуватися про непрацездатних та неповнолітніх членів сім'ї. При цьому примирення сторін сімейно-правового конфлікту — головне завдання суду чи іншого органу, що має найбільше моральне і соціально-психологічне значення для людини в порівнянні з іншими видами примирення (Чернышова Т. В. Примирение в праве: понятие и виды: Автореф. дис.... канд. юрид. наук / Т. В. Чернышова; Российская акад. правосудия. — М., 2012. — 18 с.).

Незважаючи на те, що з часу прийняття ЦПК України пройшло вже майже десятиріччя, питання примирення сторін в процесі, в першу чергу на стадії підготовки справи, залишаються чи не найскладнішими з позицій законодавчої регламентації.

Слід відзначити, що після подання позовної заяви до суду головним ініціатором примирення сторін є суддя. У п. 3 Постанови «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства, що регулюють провадження у справі до судового розгляду» від 12 червня 2009 р. № 5 (Про застосування норм цивільного процесуального законодавства, що регулюють провадження у справі до судового розгляду: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 12 червня 2009 р. № 5 // Верховний Суд України).

Пленум Верховного Суду України зобов'язав суди вживати дієві заходи для примирення сторін та врегулювання спору до судового розгляду, зберігаючи при цьому об'єктивність і неупередженість.

О. П. Іванченко найбільш вірогідною можливістю для примирення сторін вважає проведення співбесіди судді зі сторонами спору у ході попереднього судового засідання. Проте на сьогоднішній день попереднє судове засідання поки-що не стало ефективним засобом врегулювання спору без винесення судового рішення по суті спору. Як відзначається, здебільшого судді зазначену мету попереднього судового засідання виконують настільки обережно, щоб у сторін не виникли будь-які

підозри щодо їх об'єктивності, неупередженості чи небажанні розглядати справу тощо, і вважають своїм обов'язком додержуватися нейтралітету (Луспеник Д. Д. Розгляд цивільних справ судом першої інстанції / Д. Д. Луспеник. — Харків: Харків юридичний, 2006. — 480 с.).

І навіть, якщо суддя формально і оголошує сторонам їх право на примирення у ході попереднього судового засідання, сторони, як правило, досить розмито, уявно розуміють та усвідомлюють значення і правові наслідки примирення, що не дозволяє використовувати цей засіб в повній мірі. Для досягнення мети врегулювання спору до судового розгляду повинні бути запровадженні більш конкретні механізми здійснення примирювальних процедур, ніж передбачені зараз.

Зокрема, при пред'явленні позову про розірвання шлюбу законодавство лише містить вказівку на можливість вжиття судом заходів щодо примирення подружжя, якщо це не суперечить моральним засадам суспільства (ст. 111 Сімейного кодексу України). Таке законодавче регулювання в даній сфері не можна визнати достатнім.

В літературі висловлюється думка, що для успішного досягнення результату з примирення сторін суддя має володіти спеціальними знаннями, техніками у галузі психології, оскільки процес врегулювання має проводитися грамотно, неупереджено, об'єктивно і з урахуванням інтересів обох сторін, аби конфліктні правовідносини могли бути успішно завершені досягненням взаємної угоди.

Проте фахові вимоги до судді на сьогодні не передбачають проходження підготовки у сфері психології та конфліктології, а тому навряд чи функція примирення може здійснюватись суддею на професійному рівні. Разом з тим світовий досвід вказує на те, що майже універсальним засобом вирішення конфліктів, що застосовується у багатьох сферах, починаючи від сімейних спорів, закінчуючи конфліктами за участі громади та міжнародними конфліктами, є медіація. Медіація є альтернативним способом врегулювання спору, що визначається як посередництво в спорі, яке має на меті улагодження конфлікту, допомагає дійти порозуміння, прийняти рішення, яке буде прийнятним для обох сторін.

Зарубіжний досвід показує, що відносини між сторонами спору після завершення процедури медіації мають продовження в той час, як після винесення рішення судом вони, як правило, припиняються. Це і визначає потребу застосування медіації на попередніх стадіях цивільного процесу, особливо у сімейних спорах.

Процедура медіації поки-що не знайшла свого законодавчого закріплення в Україні. Із зареєстрованих на сьогодні проектів закону про медіацію лише один передбачає обов'язковість медіації у справі про розірвання шлюбу. Видається, що обов'язкову медіацію в ході підготовки справи до розгляду суддя повинен призначати і у ряді інших спорів, що

виникають із сімейних відносин: про визначення місця проживання дитини, щодо участі батьків у вихованні дитини, її матеріальному забезпеченні тощо. Це сприятиме виконанню одного з найважливіших завдань держави — захисту та збереженню сім'ї як основи суспільства.

КАЗАКОВ Ю. Ю.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри цивільного процесу, кандидат юридичних наук

ВИЗНАЧЕННЯ ПІДСУДНОСТІ СПРАВ ЩОДО РОЗКРИТТЯ ІНФОРМАЦІЇ, ЯКА МІСТИТЬ БАНКІВСЬКУ ТАЄМНИЦЮ

На відміну від цивільної юрисдикції, що розмежовує повноваження з розгляду і вирішення цивільних справ між різними юрисдикційними органами, норми підсудності розмежовують повноваження судів усередині системи загальних судів.

Підсудність — це властивість цивільних справ, за допомогою якої їх розгляд і вирішення віднесено законом до компетенції відповідного суду (Цивільне процесуальне право України : підручник / В. В. Комаров, В. І. Тertiшников, Є. Г. Пушкар та ін.; за ред. В. В. Комарова. — Х. : Право, 1999. — 592 с).

У теорії цивільного процесу підсудність цивільних справ поділяють на функціональну і територіальну.

Цивільне процесуальне законодавство дозволяє розрізнити кілька видів територіальної підсудності: загальна, альтернативна, виключна, за зв'язком вимог і за ухвалою суду.

Підсудність розгляду справ про розкриття банком інформації, яка містить банківську таємницю, визначена ст. 287 ЦПК (Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України. - , 2004. - № 40—41, 42. - Ст.492), в якій передбачено, що заява про розкриття банком інформації, яка містить банківську таємницю, щодо юридичної або фізичної особи у випадках, встановлених законом, подається до суду за місцезнаходженням банку, що обслуговує таку юридичну або фізичну особу. Отже, закон встановлює виключну підсудність справ про розкриття банком інформації, яка містить банківську таємницю.

Доволі актуальним є питання про можливість подання заяви про розкриття банком такої інформації до суду не лише за місцезнаходженням банку, а й за місцезнаходженням його філії, відділення чи представництва, що обслуговує фізичну чи юридичну особу, стосовно

якої вимагається розкриття банківської таємниці. Це питання вперше знайшло своє відображення в Узагальненні судової практики розгляду справ про розкриття банками інформації, яка містить банківську таємницю, щодо юридичних та фізичних осіб 2009 р. (Узагальнення судової практики «Судова практика розгляду справ про розкриття банками інформації, яка містить банківську таємницю, щодо юридичних та фізичних осіб» від 21.12.2009 // Вісник Верховного суду України. — 2010. — № 3) і в подальшому набуло розвитку в Постанові Пленуму Вишого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про судову практику в цивільних справах про розкриття банками інформації, яка містить банківську таємницю, до юридичних та фізичних осіб» (Постанова Вишого спеціалізованого суду «Про судову практику в цивільних справах про розкриття банками інформації, яка містить банківську таємницю, щодо юридичних та фізичних осіб» від 30.09.2011 № 10). Разом з тим, у цих двох документах ми можемо спостерігати різні підходи до вирішення означеної проблеми.

Нажаль на сьогоднішній день у судів немає єдиної позиції щодо питання про визначення територіальної підсудності цієї категорії справ, що призводить до неоднакової судової практики. Цей недолік необхідно усунути шляхом внесення відповідних змін у законодавство.

Закон передбачає право юридичної особи здійснювати всі або частину її функцій через відповідні структурні підрозділи (філії, представництва тощо), що розташовані поза її місцезнаходженням, які не набувають статусу юридичної особи (ч. 1 та ч. 3 ст. 95 ЦК). Відомості про філії юридичної особи та їх місцезнаходження також мають бути внесені до єдиного державного реєстру (ч. 4 ст. 89 ЦК). Згідно з п. 28 ст. 2 Закону України від 07.12.2000 р. № 2121-III «Про банки і банківську діяльність» структурні підрозділи банків, у тому числі Національного банку України, не є юридичними особами і здійснюють діяльність від імені банку. Тобто філії і представництва — це структурні підрозділи банку, які мають право здійснювати всі або частину її функцій (від імені цієї юридичної особи). Виходячи з цього, можна зробити висновок, що звертаючись з заявою до філії чи представництва банку, ми фактично звертаємось до головного банку як юридичної особи. Важливо зазначити, що відомості, які складають банківську таємницю, зазвичай знаходяться тільки в цій філії чи представництві. Тому доцільно встановити, виходячи з норм матеріального та процесуального права, можливість подавати заяви про розкриття банківської таємниці за місцезнаходженням структурних підрозділів банку шляхом внесення змін до ст. 287 ЦПК.

Законом встановлені спеціальні правила підсудності за участю юридичних осіб з урахуванням права юридичної особи здійснювати всі або

частину її функцій через відповідні структурні підрозділи (філії, представництва тощо), що розташовані поза її місцезнаходженням, які не набувають статусу юридичної особи і діють від імені юридичної особи, структурним підрозділом якої вони є. Відповідно до п. 7 ст. 110 ЦПК пред'явлення позовів, що виникають із діяльності філії або представництва юридичної особи, може здійснюватися також за їх місцезнаходженням. Згідно із ч. 4 ст. 95 ЦК керівники філій та представництв призначаються юридичною особою і діють на підставі виданої нею довіреності від її імені, у тому числі й у судових установах. При цьому автори монографії «Окреме провадження» (за ред. В. В. Комарова, 2011) (Окреме провадження : монографія / В. В. Комаров, Г. О. Світлична. І. В. Удальцова : за ред.. В. В. Комарова. — Х. : Право, 2011. — 312 с.) звертають увагу на те, що цей законодавчий припис має загальний характер і визначає певні особливості підсудності справ за участю юридичних осіб незалежно від їх процесуального статусу (сторони, заявника або заінтересованої особи) та виду провадження, в якому розглядається цивільна справа (позовного, наказного чи окремого). При визначенні підсудності справи за участю банківських установ необхідно, таким чином, встановити їх статус (філії, представництва тощо). Заява про розкриття банківської таємниці може бути подана за місцем знаходження структурного підрозділу банку (філії), який не має статусу юридичної особи, але від імені банку здійснює банківську діяльність (обслуговує клієнтів, здійснює банківські операції). Зроблений висновок поділяється й іншими науковцями (Балюк М. І. Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Коментарі, рекомендації, пропозиції : практ. посіб. / М. І. Балюк, Д. Д. Луспенник. - Х. : Харків юрид., 2008. — 704 с. С. 455–456) та підтверджується судовою практикою.

Правовий статус відділення банку на законодавчому рівні не регламентований. Проте в п. 10.1 постанови Національного банку України від 31 серпня 2001 р. № 375 «Про затвердження Положення про порядок створення і державної реєстрації банків, відкриття їх філій, представництв, відділень» зазначається, що з метою поліпшення обслуговування клієнтів та виконання функцій, визначених банком, банк може відкривати структурні одиниці (відділення, власні обмінні пункти), і таке відкриття відповідно до п. 10.4 може здійснюватися як на балансі банку, так і на балансі філії.

Отже, виходячи з аналізу судової практики, можна дійти висновку, що суди нерідко припускаються помилок, визначаючи як підвідомчість, так і підсудність справ, про розкриття банками інформації, яка містить банківську таємницю.

КЛАССИФИКАЦИЯ ПИСЬМЕННЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

В гражданском процессуальном законодательстве Украины не дается общего определения письменных доказательств. В части 1 статьи 64 Гражданского процессуального кодекса Украины указано, что письменными доказательствами являются всякого рода документы, акты, справки, переписка служебного или личного характера или выписки из них, содержащие сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела.

Для определения письменных доказательств необходимо выяснить отличительные особенности этого вида судебного доказательства

1) письменное доказательство создается человеком, излагающим свои мысли в письменной форме; 2) мысли человека закреплены в письменных доказательствах при помощи знаков; 3) закрепленные в письменных доказательствах мысли содержат сведения о фактах, имеющих значение для дела; 4) сведения о фактах должны исходить от лиц, которые еще не являются лицами, участвующими в деле; 5) письменные доказательства возникают, как правило, до открытия производства по делу; 6) материальными объектом сведения может служить любой предмет независимо от его формы, размера, цели, для которой он предназначен, материала из которого он сделан, возможности доставки в суд.

Суммируя указанные признаки, можно дать следующее определение: письменные доказательства — предметы, на которых при помощи знаков человеком выражены мысли, содержащие сведения о фактах, имеющих значение для разрешения дела.

Письменные доказательства подтверждают факты смысловым содержанием, что отличает их от вещественных доказательств, устанавливающих существенные для дела обстоятельства своими признаками или свойствами.

Изложенные в письменной форме объяснения сторон, заключение эксперта представленные в виде письменного документа, являются личными доказательствами в письменной форме, а не письменными (предметными) доказательствами. В постановлении Пленума Верховного Суда Украины от 12.06.2009г. «О применении норм гражданского процессуального законодательства при рассмотрении дел в суде I инстанции» (п. 27) разъясняется, что не могут быть использованы как показания свидетелей их письменные объяснения, поэтому в определенных случаях они принимаются судом как письменные доказательства.

Письменное доказательство — это письменный документ, содержание которого отображается посредством письменных знаков, а также графических знаков. Особый вид письменных доказательств составляют различные технические носители информации: карты, чертежи, схемы, планы. Специфический способ фиксации фактов обуславливает особый способ восприятия сведений, который помещены на технических носителях.

Письменный документ может быть рукописным, при создании которого графические знаки наносятся от руки. При создании машинописного документа графические знаки наносятся с использованием технических средств. В электронном документе информация представлена в электронно-цифровой форме (ст. 3,4 Закона Украины «Об электронной цифровой подписи» от 22.05.2003 г.).

Отличительной особенностью электронного документа является его форма, которая создается посредством технических средств фиксации, обработки и передачи информации (ст. 5 Закона Украины «Об электронных документах и электронном документообороте» от 22.05.2003 г.).

В учебной и научной литературе по гражданскому процессуальному праву предлагается классификация письменных доказательств по ряду оснований. Письменные доказательства следует классифицировать по следующим четырем признакам: по субъекту (источнику) формирования — на официальные и неофициальные (частные); по характеру содержания — на распорядительные и справочно-информационные; по форме закрепления — на документы простой письменной формы, на документы обязательной формы и содержания, на нотариально удостоверенные договоры без их последующего регистрации в органах управления, на письменные договоры, требующие последующей регистрации в органах управления; по способу формирования — на подлинные и копии.

В учебной литературе по гражданскому процессуальному праву письменные доказательства классифицируются на опровержимые и неопровержимые. Последние освобождены от доказывания, так как факты установлены судебным решением, вступившим в законную силу.

Развитие и расширение компьютерной сети привело к увеличению количества письменных доказательств, полученных с помощью электронной техники. Поэтому существующую классификацию письменных доказательств можно дополнить, исходя из источника получения информации: 1) полученные от физических лиц — официальные и личные; 2) полученные от юридических лиц — распорядительные (они же официальные) и справочно-информационные; 3) полученные с помощью электронной техники (они могут исходить и от физических, и от юридических лиц)

Знання класифікації письмових доказательств орієнтує суд в оцінці достовірності окремих письмових доказательств. Різноманітність групової належності письмових доказательств передбачає характер їх дослідження, відносність до справи, допустимість, особливий метод оцінки, що має важке значення при розгляді і вирішенні громадянських справ.

СОЛОМАХІНА О. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
старший викладач кафедри цивільного процесу

ОКРЕМІ ПОЛОЖЕННЯ ФІКСУВАННЯ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Фіксація судового засідання технічними засобами є обов'язковою у кожній цивільній справі. Таке положення не завжди існувало в цивільному процесі. Уперше фіксація судового розгляду була введена Законом України «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України» від 21 червня 2001 р. № 2540-III, що вніс до Цивільного процесуального кодексу України від 18 липня 1963 р. № 1540-VI главу 21 «Фіксування судового процесу та протоколи». Вона регулювала питання власне фіксування судового процесу, порядку складання і оформлення протоколів, подання та розгляду зауважень на протоколи судового засідання. До 2008 року, фіксування судового розгляду було можливим тільки за клопотанням осіб, які брали участь у справі, а у випадку відсутності клопотання фіксування здійснювалось шляхом ведення журналу судового засідання. З 2 січня 2008 року кожна цивільна справа фіксується технічними засобами. Відповідно до п. 7 постанови Пленуму ВСУ № 5 від 12 червня 2009 року «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства, що регулюють провадження у справі до судового розгляду» попереднє судове засідання провадиться з обов'язковим фіксуванням судового засідання технічними засобами. Порядок фіксування судового процесу технічними засобами в загальних судах України визначено інструкцією «Про порядок фіксування судового процесу технічними засобами в загальних судах України», затверджено наказом Державної судової адміністрації України від 21.07.2005 р. № 84.

Документування, технічне чи письмове, має на меті закріплення усіх дій, які виконані в судовому засіданні саме в усній формі, бо процесуальна усність без її фіксації не має можливості в такій формі абстрагуватись, накопичуватись, та зберігатись впродовж довгого часу. Це

дозволяє забезпечити контроль вищестоящим судом за додержанням усієї процесуальної форми та процесуальних дій нижчестоящих судів у ході розгляду ними цивільних справ.

Повна фіксація судового процесу технічними засобами не може підмінити чи цілком замінити письмову фіксацію судового процесу в журналі судового засідання. Водночас фіксація усіх судових процесів технічними засобами є важливою процесуальною дією. Принцип усності в поєднанні з письмовою та технічною формами документування робить, перш за все, цивільне судочинство простим та доступним для громадян, забезпечуючи при цьому необхідну фіксацію волевиявлення суб'єктів цивільних процесуальних відносин з можливістю всебічного й повного контролю за діяльністю судових органів.

Існують точки зору, що нема загальної необхідності фіксування технічними засобами усі без винятку судові процеси. Справи окремих категорій, які насамперед впливають зі шлюбно-сімейних відносин (розірвання шлюбу, стягнення аліментів, усиновлення), справи по яких будуть видаватися судові накази, справи окремого провадження, не потребують обов'язкової фіксації за допомогою технічних засобів. По таких справах досить письмової фіксації судового засідання. У разі ж клопотання про фіксацію. Судового процесу технічними засобами питання має вирішуватись на загальних підставах. Такий підхід до фіксування судових процесів є більш гнучким і пов'язується насамперед з волевиявленням сторін, а не з нічим не виправданою вимогою закону технічного фіксування усіх судових процесів. Справи, які розглядаються в порядку заочного рішення, земельні та житлові спори, розподіл майна та його витребування, справи щодо порушення права інтелектуальної власності тощо потребують обов'язкової фіксації технічними засобами, бо звичайно вони є більш складними, наприклад з точки зору надання та оцінки доказів. У зв'язку з обов'язковістю документування в судах першої інстанції пропонується така класифікація форм документування: 1) судові рішення і ухвали; 2) протоколи (журнали судового засідання); 3) заяви; 4) скарги, подання; 5) резолюції, підписи судді; 6) повістки; повідомлення, розписи; 7) вимоги; 8) акти.

Така класифікація узагальнює всі процесуальні дії, які здійснює суд та учасники процесу в письмовій формі. Документування процесуальних дій в цивільному процесі характеризується відсутністю жорсткого формалізму, з одного боку, а з другого узагальнює всі процесуальні дії, які здійснює суд у письмовій формі.

ГОЛУБЦОВА Е. А.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
старший преподаватель кафедры гражданского процесса

**ОСОБЕННОСТИ РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛ
О СНОСЕ САМОВОЛЬНЫХ СТРОЕНИЙ В ГРАЖДАНСКОМ
ПРОЦЕССЕ УКРАИНЫ**

Согласно ст. 152 владелец участка, землепользователь может требовать устранения любых нарушений его прав на землю, даже если эти нарушения не связаны с лишением права владения земельным участком, и возмещения причиненного ущерба.

В соответствии со ст. 213 Земельного Кодекса Украины самовольно занятые земельные участки подлежат возврату собственникам земли или землепользователям без возмещения затрат, понесенных за время незаконного землепользования. Приведение земельных участков в пригодное для пользования состояние, включая снос незаконного строения, осуществляется за счет граждан, которые самовольно заняли участки, возврат самовольно занятых участков производится по решению суда.

Анализ судебной практики указывает на наличие большого количества нерешенных вопросов при рассмотрении гражданских дел о сносе самовольных строений, что приводит к неправильному применению судами норм действующего законодательства. Усложняет ситуацию наличие значительной разветвленности нормативных актов, регулирующих отношения в сфере строительства.

Защитить интересы собственника можно устранением препятствий в пользовании земельным участком путем сноса самовольного строения либо путем изъятия земельного участка с обязательством освободить занимаемую площадь от построек. Защита права собственника может также произойти путем признания права собственности на строение за владельцем земли (ч. 5 ст. 376 ГК). В этом случае ответчик имеет право на возмещение расходов на строительство.

Защита права собственности путем сноса самовольного строения производится только в судебном порядке. Административный порядок рассмотрения подобных вопросов не предусмотрен действующим законодательством Украины. Подсудность данных категорий дел определяется ст. 114 ГПК (Исключительная подсудность), т.к. спор касается недвижимого имущества.

По данной категории дел как правило происходит соединение исковых требований: 1) снос самовольного строения и 2) компенсация расходов на снос (в случае сноса строения владельцем земельного участка).

Понятие самовольного строения охватывает не только новое строение, но и переоборудованное и реконструированное (ч. 7 ст. 376 ГК)

Истцом может быть любое лицо, которое обоснует нарушение своих прав сохранением самовольной постройки (например, нарушение права пользования, угроза жизни и здоровью). Как правило, когда речь идет о защите государственной собственности, истцом выступает местный совет как владелец земли (Законы «О местном самоуправлении», «Об основах градостроительства», «О планировании и застройки территорий», «О регулировании градостроительной деятельности»). В этом случае к участию в деле могут привлекаться инспекции архитектурно-строительного контроля для дачи заключения по делу о несоответствии строительным нормам и правилам.

Истцом может также быть инспекция государственного архитектурно-строительного контроля. Предварительно инспекция должна обратиться к нарушителю с предписанием об устранении нарушений законодательства в сфере градостроительства, после чего самовольный застройщик обязан нести строение добровольно в течении 30 дней. В случае необходимости инспекция может наложить штраф. Правда в этом случае речь идет о нарушении строительных норм, поэтому требования инспекции не являются иском о защите права собственности.

Ответчиком по делу является лицо, осуществившее (осуществляющее) самовольное строительство (если это физическое лицо требование рассматривается судом общей юрисдикции, если юридическое — хозяйственным судом).

Предмет доказывания в гражданских делах о сносе самовольного строения представлен сложным юридическим составом:

– факт строительства и самовольность (застройка земли не отведенного в установленном порядке или земля отведено, но нарушен статус, целевое назначение земельного участка, нарушение вида разрешенного строительства),

– вина застройщика (именно он осуществил самовольное строительство самостоятельно либо как заказчик строительства),

– нарушение градостроительных норм,

– возражение стороны — владельца (пользователя) земельного участка (в случае согласия владельца у застройщика есть возможность узаконить самовольное строение).

Доказательствами по данным делам являются правоустанавливающие документы на землю, документы, подтверждающие целевое назначение земли, строительно-техническая экспертиза и т. д.

Исковая давность на требования о сносе самовольного строения не распространяется, т.к. отношения не связаны с лишением владения, а с правом пользования (а на эти случаи исковая давность не

распространяется). Т.е. подача иска о сносе самовольного строения, как правило, связана с необходимостью устранить препятствия в пользовании земельным участком, на котором воздвигнута постройка.

В случае сноса самовольного строения самим застройщиком (ответчиком) за ним сохраняется право собственности на строительные материалы.

На практике при защите своих интересов ответчики (самовольные застройщики) очень часто пытаются применить приобретательную давность (ст 344 ГК). Но, необходимо помнить, что приобретательная давность распространяется на чужое имущество, а самовольное строение таковым не является.

ЯНИЦЬКА І. А.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри цивільного процесу

СОЦІАЛЬНА КВАРТИРА ЯК НОВА ФОРМА ТИМЧАСОВОГО ВЛАШТУВАННЯ ДІТЕЙ-СИРІТ ТА ДІТЕЙ, ПОЗБАВЛЕНИХ БАТЬКІВСЬКОГО ПІКЛУВАННЯ

Кращий спосіб виховати хороших дітей — це зробити їх щасливими.

О. Уайльд

У червні 2013 року прийнято Указ Президента України № 312/2013 «Про додаткові заходи з забезпечення гарантій реалізації прав та законних інтересів дітей». У ньому, зокрема, було поставлено завдання перед Кабінетом Міністрів розробити з урахуванням досвіду міст Донецька, Кіровограда, Чернівців та затвердити положення про соціальну квартиру для дітей-сиріт, дітей, позбавлених батьківського піклування, та дітей з сімей, які перебувають у складних життєвих обставинах, а також сприяти вивченню та поширенню такого досвіду у регіонах країни (Про додаткові заходи із забезпечення гарантій реалізації прав та законних інтересів дітей : Указ Президента України від 01.06.2013 № **312/2013** // Офіційний вісник Президента України. - 2013 р. - № 16. — ст. 505). У документі була передбачена необхідність розробки та внесення до 31 грудня 2013 року змін до Порядку провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної з захистом прав дитини (Питання діяльності органів опіки та піклування, пов'язаної з захистом прав дитини (Постанова Кабінету міністрів України від 24 вересня 2008 р. № 866 // Офіційний вісник України. — 2008. — № 76. — ст. 2561.), спрямовані

на вдосконалення механізму взаємодії органів опіки та піклування з іншими суб'єктами соціальної роботи з сім'ями, дітьми та молоддю щодо захисту прав дитини і підтримки сімей, які перебувають у складних життєвих обставинах;

Соціальні квартири довели свою ефективність в Європі та Росії. В Україні вони приходять на зміну великим закладам соціально-го захисту, які часто будують на 40 і більше місць не стільки для реабілітації, як для забезпечення житлом (Соціальним квартирам в Україні — бути чи не бути? <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:4dJxCPt0ZZIJ:www.healthright.org.ua/node/229+&cd=2&hl=ru&ct=clnk&gl=ua&client=firefox-a>).

Більшість дітей, що випускаються з дитячих будинків, не можуть успішно адаптуватися до самостійного життя. Вони відчувають великі труднощі з навчанням, облаштуванням свого побуту, складанням та дотриманням бюджету та захистом своїх юридичних прав. Для успішної соціальної адаптації випускників дитячих будинків, для їх повноцінного включення в суспільство необхідно створити відповідні умови. Модель соціальної квартири, в якій вихованець зможе жити самостійно, дасть умови для відпрацювання соціально-побутових навичок. При запровадженні такого проекту як соціальна сім'я велику роль відведено наставникам дітей, які будуть їх супроводжувати на всьому етапі самостійного проживання, і нададуть можливу допомогу в облаштуванні побуту, плануванні бюджету, розпорядку дня, самообслуговуванні, але відбір і підготовка наставників — це завдання інших проєктів.

Перша соціальна квартира в Україні з'явилася в Чернівцях у 2004 році. Нині в місті функціонує чотири таких квартири, що належать до маневрового житлового фонду Чернівецької міської ради і знаходяться за адресами: вул. Комарова, 40/42, вул. Садова, 24/5, вул. Авангардна, 43-А/32, вул. Авангардна, 43-А/35. У цих квартирах можуть проживати одночасно 39 осіб з числа дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, з них 18 дівчат та 21 хлопець. На даний час в них проживає 33 особи.

У листопаді 2012 р. у Донецьку в рамках Донецької міської програми «Збережемо дитині сім'ю», яка відповідає вимогам Указу Президента України № 609/2012 «Про національну стратегію профілактики соціального сирітства на період до 2020 року» (Про національну стратегію профілактики соціального сирітства на період до 2020 року : Указ Президента України від 22.10.2012 № **609/2012** // Офіційний вісник Президента України. — 2012. - № 30. — ст. 729.) було відкрито першу в Україні соціальну квартиру для підлітків у складних життєвих обставинах період необхідної допомоги їх сім'ям, можливого пошуку нових сімей, підготовки до самостійного проживання та ресоціалізації.

У соціальній квартирі величезну увагу приділяють здобуттю дитиною освіти, пошуку роботи та поверненню в рідну сім'ю, якщо це можливо, чи пошуку опікунів або прийомних батьків, підготовці до самостійного життя, якщо повернення в рідну сім'ю не можливе.

Відкриття соціальної квартири для підлітків в м. Донецьку стало можливим завдяки активній підтримці Донецької міської ради, яка виділила квартиру, а також співпраці благодійного фонду Ріната Ахметова «Розвиток України» та міжнародної організації «Право на здоров'я» (HealthRight International) в рамках Донецької міської програми «Зберемо дитині сім'ю».

21 травня 2013 року у Солом'янському районі Києва також відбулося відкриття соціальної квартири. Вона була відкрита МБФ «Українська фундація громадського здоров'я» у співпраці з представництвом міжнародної організації «Право на здоров'я» та Київським міським центром соціальних служб для сім'ї, дітей та молоді за фінансової підтримки Фонду Ріната Ахметова «Розвиток України», СНІД Фонду Елтона Джона та Фонду Олени Пінчук АНТИСНІД. Разом з тим, київська соціальна квартира має дещо інше спрямування діяльності, на відміну від донецької. Вона призначена для вагітних та матерів з дітьми раннього віку в складних життєвих обставинах (міні центр матері і дитини) в м. Києві - центр для тимчасового перебування вагітних дівчат і жінок з дітьми раннього віку, складні життєві обставини яких створюють реальну небезпеку відмови від новонароджених дітей, або позбавлення батьківських прав, який створено з метою профілактики раннього соціального сирітства.

Мультидисциплінарною командою фахівців соціальної квартири, з урахуванням потреб клієнтів, забезпечується: комплексна правова, соціальна та психологічна допомога з метою подолання жінкою складних життєвих обставин в індивідуальній та груповій формах роботи; медичний нагляд за дитиною дільничними лікарями-педіатрами в загальному порядку (за адресою соціальної квартири); діагностика та лікування вагітної жінки, матері у відповідних медичних закладах; постановка дітей в чергу в дошкільний дитячий заклад за можливою адресою майбутнього проживання матері.

Реалізація завдань соціальної квартири відбувається в тісній співпраці з фахівцями центрів соціальних служб для сім'ї, дітей та молоді, служб у справах дітей спеціалістів пологових будинків, медичних закладів м. Києва тощо (Семченко М. Повернення: проект «соціальна квартира» / Марія Семенченко // День. — 2012. - № 101).

Ще одним прикладом функціонування соціальної квартири в Україні є львівська практика, яка діє у рамках проекту «Соціальна квартира для сиріт» (У Львові запрацює «Соціальна квартира для сиріт» [Електронний

ресурс]. — Режим доступу: [http:// orphancenter.org.ua](http://orphancenter.org.ua)). Вперше у Львові четверо студенток-сиріт під час навчання проживають разом не у гуртожитку, а у орендованій квартирі, що дозволяє створити сімейні умови та максимально наблизити дівчат до дорослого життя. Критерієм відбору стали перспективність та активність вихованок. У дівчат активна життєва позиція, вони успішно вчать на художника, перукаря, освоюють поліграфічну справу та іконопис. Для мешканок квартири діють чіткі правила, також їх супроводжує постійний нагляд чотирьох осіб — священника-капелана, соцпрацівника, психолога та одного із волонтерів руху «Руки Допомоги» при місії «Центр Опіки Сиріт».

Проект став можливим завдяки співпраці з іспанською благодійною асоціацією «Ірина» та журавенським інтернатом.

Враховуючи існуючі особливості у діяльності кожної з функціонуючих соціальних квартир в Україні «Положення про соціальну квартиру» слід прописувати для кожної з таких соціальних квартир окремо (Пілотний проект положення про соціальну квартиру для неповнолітніх [Електронний ресурс] Режим доступу:<http://webcache.googleusercontent.com/search=cache:y48a98bRv3c:www.lukyanchenko.donetsk.ua>). Крім того, при складанні договору про надання послуг з проживання в соціальній квартирі в кожному окремому випадку слід чітко оговорювати права та обов'язки персоналу соціальної квартири та клієнта. Клієнтами соціальної квартири можуть бути неповнолітні у віці від 14 до 18 років діти-сироти та діти, позбавлені батьківського піклування або з родин в складних життєвих обставинах, які потребують соціальної реабілітації. У виняткових випадках клієнт може залишатися в соціальній квартирі до 19 річного віку на підставі наказу директора центру соціальних служб для сім'ї, дітей та молоді (Про затвердження Загального положення про центр соціальних служб для сім'ї, дітей та молоді : Постанова Кабінету Міністрів України від 01.08.2013 № 573 // Офіційний вісник України. - 2013 р. - № 66. — Ст. 2381.) при клопотанні завідуючого щодо необхідності завершити реабілітаційну програму. З огляду на київський досвід функціонування соціальних квартир для вагітних та матерів з дітьми раннього віку в складних життєвих обставинах (міні центр матері і дитини) можливо говорити і про повнолітніх осіб, які можуть бути клієнтами соціальних квартир.

ІЛЮПОЛ І. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри цивільного процесу

**ЩОДО ПОРЯДКУ РОЗГЛЯДУ СПРАВ
АПЕЛЯЦІЙНИМ СУДОМ ЯК ГАРАНТІЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ
СУДОВОГО ЗАХИСТУ**

Порядок розгляду справ судом апеляційної інстанції регламентовано відповідними нормами ЦПК України, які визначають порядок діяльності суду апеляційної інстанції щодо перевірки законності та обґрунтованості рішень, ухвал суду першої інстанції, що не набрали законної сили.

В тому випадку, якщо сторона судового процесу незадоволена винесеним рішенням судом першої інстанції, вона в межах відведених строків подає апеляцію, тобто оскаржує рішення. Оскаржуючи рішення чи ухвалу суду першої інстанції, громадянин використовує надане йому Конституцією та ЦПК, право на захист своїх інтересів в процесі перевірки судом вищої інстанції, апеляційним судом, обґрунтованості та законності судових рішень (ст. 13 ЦПК України).

Апеляція є вагомою гарантією забезпечення як інтересів правосуддя, так і інтересів учасників судочинства. Зміст цієї гарантії полягає в можливості долучення до процесу розгляду справи по суті вищого більш досвідченого й кваліфікованого суду, створення режиму співставлення юридичних оцінок в одній справі ієрархічно різних судових інстанцій та можливості доводити переконливість доказів у певній справі щонайменше перед двома судами. (Стефанюк В. Історичний шанс для українського правосуддя // Юридичний вісник України. — 2002. — 30 березня. — № 13(353)).

Норми ЦПК України не визначають детального порядку розгляду справ судом апеляційної інстанції. Стаття 304 ЦПК України містить положення, згідно з якими справи у суді апеляційної інстанції розглядаються за правилами, встановленими для розгляду справ у суді першої інстанції, з винятками і доповненнями, встановленими главою, яка регламентує апеляційне провадження. Проте законодавець не визначає окремого переліку таких винятків, доповнень. Таке формулювання призводить до появи складностей при застосуванні вищевказаних положень судами апеляційної інстанції. Це, у свою чергу, створює достатньо широкий простір для судового тлумачення тієї чи іншої норми, що регулює провадження як в суді першої, так і апеляційної інстанцій.

Покладені на апеляційні суди завдання захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів, а також проявлення виховного впливу

здійснюється перш за все під час судового розгляду справи і при її вирішенні — у судовому засіданні (Гузь Л. Є. Підстави для скасування судових рішень (ухвал) та способи запобігання їх виникнення при розгляді цивільних справ в судах / Л. Є. Гузь. — Х. : Поліграфіст, 2006. — 792 с.).

Зважаючи на дію принципу гласності, діяльність суду апеляційної інстанції відбувається, як правило, у відкритому судовому засіданні. Розгляд справи у закритому засіданні суду апеляційної інстанції допускається в тих же випадках, у яких справа може слухатись у закритому засіданні в суді першої інстанції.

Слід зазначити, що можливість проведення закритих судових засідань передбачена і міжнародними нормами, причому в більш широкому обсязі, ніж у нашому законодавстві. Вартою уваги є і позиція Європейського суду, відповідно до якої будь-яка особа може відмовитись від свого права на публічний судовий розгляд. Така відмова може бути заявлена за власним бажанням, але вона не є обов'язковою для суду.

При апеляційному перегляді рішень, ухвал суду першої інстанції, що не набрали законної сили, у осіб, які беруть участь у справі, у присутніх в залі судового засідання не повинно бути сумнівів в об'єктивності, неупередженості суддів. У зв'язку з цим чинне цивільне процесуальне законодавство містить цілий перелік підстав для відводу (самовідводу) суддів. (Кононенко В. І. Неупередженість суддів /В. І. Кононенко // Вісник Верховного Суду України. — 2002. — № 2 (30). — С 57–58).

Також, широкий перелік прав осіб, які беруть участь у справі, поєднується з покладеними на них процесуальними обов'язками, які спрямовані на досягнення однієї мети — перевірки законності, обґрунтованості рішення, ухвали суду першої інстанції, що сприяють суду в здійсненні правосуддя.

За наслідками розгляду апеляційної скарги на рішення (ухвалу) суду першої інстанції Апеляційний суд має право постановити ухвалу про відхилення апеляційної скарги і залишення рішення (ухвали) без змін; скасувати рішення (ухвалу) суду першої інстанції і постановити нову рішення (ухвалу) по суті позовних вимог; змінити рішення (ухвалу) суду; скасувати рішення (ухвалу) суду і закрити провадження у справі або залишити заяву без розгляду, направити справу на новий розгляд до суду першої інстанції (в разі скасування ухвали).

ЦПК України визначає вимоги, що ставляться до рішення та вимоги, що ставляться до ували суду апеляційної інстанції. Ухвали суду апеляційної інстанції, що постановляються за наслідками розгляду апеляційної скарги на рішення суду першої інстанції, мають постановлятися іменем України, оскільки ними скасовується рішення, постановлені іменем України. Ухвалене апеляційною інстанцією

рішення проголошується в залі судового засідання прилюдно (ст. 209 ЦПК України). Потім головуючий роз'яснює зміст постановленого і оголошеного рішення (ухвали), порядок і строк оскарження, право на ознайомлення з протоколом судового засідання та подання на нього зауважень в триденний термін після його виготовлення, право на подачу заяви у десятиденний термін на виготовлення обґрунтування рішення суду та оголошує судові засідання у справі закритим.

ЧЕРЕМНОВ Д. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри цивільного процесу

**ЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ФІКЦІЇ НАЛЕЖНОГО
ПОВІДОМЛЕННЯ УЧАСНИКА ПРОЦЕСУ ПРО ЧАС
ТА МІСЦЕ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ СПРАВИ**

В юридичній літературі фікцію, як правило, визначають як законодавчий прийом, який полягає у визнанні неіснуючого існуючим (Кругликов Л. Л. Аксиомы, презумпции и фикции в уголовном праве: динамический аспект / Л. Л. Кругликов // *Iexrussica* (научные труды мгюа). — 2006. — № 5. — С. 922). Тобто для досягнення певного правового результату на законодавчому рівні завідомо неіснуючий факт визнається існуючим (або навпаки, існуючий факт визнається неіснуючим).

В цивільному процесі дуже часто подібні нетипові засоби законодавчої техніки використовуються при вирішенні питань, пов'язаних з повідомленням учасників процесу про час та місце судового розгляду справи.

Пункт 1 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року визначає, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру.

Серед складових права на справедливий судовий розгляд виділяють й належне сповіщення сторін про час і місце слухання справи. Так, наприклад, в постанові у справі «Литвинова проти Росії» від 14 листопада 2008 року Європейський Суд з прав людини констатував порушення пункту 1 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основних свобод, що виразилося в тому, що через неналежне сповіщення заявниці про розгляд її скарги в касаційному порядку вона була позбавлена

можливості бути присутньою в судовому засіданні та відстоювати свою позицію.

Відповідно до ч. 2 ст. 6 ЦПК ніхто не може бути позбавлений права на інформацію про час і місце розгляду своєї справи. Праву сторони знати про час і місце судового розгляду кореспондує обов'язок суду повідомити сторони належним чином про час і місце слухання справи. З цією метою законодавець закріпив у ЦПК Главу 7 «Судові виклики і повідомлення», яка містить низку положень щодо порядку направлення сторонам та іншим учасникам процесу судових повісток.

Перевіряючи явку в судове засідання осіб, які беруть участь у справі, суд установлює, чи повідомлені ті, хто не з'явився, про час і місце судового засідання з дотриманням вимог закону, чи вручені особам, які беруть участь у справі, судові повістки в строк, визначений частиною четвертою статті 74 ЦПК. При цьому в п. 1 ч. 1 ст. 169 ЦПК міститься беззаперечне правило, відповідно до якого суд відкладає розгляд справи в межах строків, встановлених статтею 157 цього Кодексу, у разі неявки в судове засідання однієї із сторін або будь-кого з інших осіб, які беруть участь у справі, про яких нема відомостей, що їм вручені судові повістки.

Для забезпечення можливості виконання вказаного обов'язку суду ч. 1 ст. 77 ЦПК закріплює обов'язок сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, повідомляти суд про зміну свого місця проживання (перебування, знаходження) або місцезнаходження під час провадження справи.

Між тим, суди під час практичної реалізації заходів щодо належного виконання обов'язку сповіщення сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, про час та місце судового розгляду нерідко стикаються з труднощами, пов'язаними з тим, що сторони процесу (особливо відповідачі) або ухиляються від отримання судової повістки, або свідомо повідомляють суду неправдиву інформацію про місце свого проживання.

У зв'язку з цим, для запобігання можливості сторонами зловживати своїми процесуальними правами та створення ними штучних підстав для відкладення справи, усунення перешкод для розгляду справи в розумний строк в ЦПК було закріплено правову фікцію, відповідно до якої у разі ненадання особами, які беруть участь у справі, інформації щодо їх адреси, судова повістка надсилається фізичним особам, які не мають статусу підприємців, — за адресою їх місця проживання чи місця перебування, зареєстрованою у встановленому законом порядку. У разі відсутності осіб, які беруть участь у справі, за такою адресою, вважається, що судовий виклик або судове повідомлення вручене їм належним чином (ч. 5 ст. 74 ЦПК). В даному випадку має місце саме фікція,

оскільки із змісту самої норми закону вбачається, що вона застосовується у тому випадку, коли особа, яка бере участь у справі, відсутня за адресою, за якою їй направлена повістка. Між тим, саме в такому разі вона вважається належним чином повідомленою про час та місце судового розгляду.

Вказане правило ґрунтується на положенні ст. 3 Закону України від 11.12.2003 року № 1382-IV «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», відповідно до якої реєстрація — це внесення інформації до Єдиного державного демографічного реєстру про місце проживання або місце перебування особи із зазначенням адреси, за якою з особою може вестися офіційне листування або вручення офіційної кореспонденції.

Д. Д. Луспенник звертає увагу на те, що суди зобов'язані, аби не допустити суддівської помилки, при застосуванні фікції належно процесуально оформляти таку дію. При цьому як у журналі судового засідання, так і у акті правосуддя (рішенні чи ухвалі) факт застосування процесуальної норми, яка містить фікцію, повинен бути зазначеним з вказівкою на підстави та наслідки її реалізації (Луспенник Д. Д. Застосування у судовій практиці доказових презумпцій та фікцій у системі розподілу обов'язків з доказування за новим ЦПК / Д. Д. Луспенник // Право України. — 2005. — № 8. — С. 58–59). З даною позицією можна цілком погодитись, оскільки застосування правової фікції завжди пов'язане з певними негативними процесуальними наслідками для однієї з сторін судового процесу, а в таких випадках дії суду повинні бути належним чином вмотивовані для забезпечення можливості здійснення контролю за ними з боку судів вищих інстанцій.

АКИМОВА А. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри цивільного процесу

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ РОЗГЛЯДУ СУДОМ СПРАВ ПРО ВИЗНАННЯ СПАДЩИНИ ВІДУМЕРЛОЮ

В деяких випадках може виникнути ситуація, коли майно, яке залишилось після смерті особи, не може перейти до інших осіб у загальному порядку спадкування (відсутність спадкоємців за заповітом і за законом, усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини, а також відмова від її прийняття). Така спадщина може бути визнана в судовому порядку відумерлою.

Предметом судової діяльності у даній категорії справ є встановлення наявності передбачених законом підстав для визнання спадщини відумерлою. Процесуальний порядок розгляду та вирішення цих справ визначається ст.ст. 274–278 ЦПК України.

Цивільний кодекс України передбачає 4 умови, за яких спадщина може бути визнана відумерлою:

- 1) відсутність спадкоємців за заповітом і за законом;
- 2) усунення усіх спадкоємців від права на спадкування;
- 3) неприйняття спадщини;
- 4) відмова усіх спадкоємців від прийняття спадщини.

Наявність зазначених умов після закінчення одного року з моменту відкриття спадщини надає органам місцевого самоврядування право звернутися до суду з заявою про визнання спадщини відумерлою. При цьому правом такого звернення наділений лише відповідний орган місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини.

Заява про визнання спадщини відумерлою подається лише після спливу одного року з дня смерті спадкодавця або з дня оголошення судом його померлим відповідно до вимог ч. 3 ст. 46 ЦК України.

Відповідно до ст. 274 ЦПК України заява про визнання спадщини відумерлою подається до суду органом місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини. При прийнятті такої заяви суд повинен врахувати ст. 22 ЦК України, яка місцем відкриття спадщини визнає останнє постійне місце проживання спадкодавця. При цьому слід врахувати, що місце відкриття спадщини може не збігатися з місцем смерті спадкодавця.

Заява про визнання спадщини відумерлою за формою та змістом має відповідати загальним вимогам ст. 119 ЦПК, і з урахуванням особливостей, передбачених ст. 275 ЦПК, зокрема містити відомості про час і місце відкриття спадщини; про майно, що становить спадщину; докази, що свідчать про належність цього майна спадкодавцю; про відсутність спадкоємців за заповітом і законом, усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини або про відмову від її прийняття. Невиконання зазначених вимог тягне процесуальні наслідки, передбачені ст. 121 ЦПК, — залишення заяви без руху із наданням строку на усунення недоліків.

У разі відповідності змісту заяви вимогам закону, суд відкриває провадження у справі та призначає її до розгляду. Розгляд справи відбувається з обов'язковою участю заявника та з обов'язковим повідомленням усіх заінтересованих осіб (ст. 277 ЦПК). Заінтересованими особами за цією категорією справ можуть бути виконавець заповіту, нотаріус, відказоодержувач, сервітуарії, кредитори спадкодавця, боржники спадкодавця, особи, у яких зберігаються речі спадкодавця або які претендують

на речі, що знаходяться у спадкодавця на праві користування, володіння або оренди тощо (Цивільний процес України: Підручник/за ред. Є. О. Харитонова. — К.: Істина, 2012. — с. 329–330).

У разі встановлення усіх обставин, що мають значення для вирішення справи, суд ухвалює рішення про визнання спадщини відумерлою та про передачу її територіальній громаді за місцем відкриття спадщини. Рішення суду є підставою для внесення відповідних змін в реєстр прав власників та реєстрації права власності на таке майно за територіальною громадою (Цивільний процес України: Підручник/за ред. Р. М. Мінченко, І. В. Андронova — Х.: Одісей, 2012. — С. 340).

Слід зазначити, що визнання спадщини відумерлою не можна ототожнювати зі спадкуванням територіальною громадою майна. Спадкування територіальною громадою або державою майна відбувається, якщо спадкодавець заповість їй своє майно в установленому порядку. Внаслідок заповіту держава або територіальна громада набуває прав спадкоємця. Прийняття спадщини в даному випадку здійснюється на загальних підставах з дотриманням процедури подання заяви до нотаріальної контори та строків прийняття спадщини.

В свою чергу слід зауважити, що відповідно до ч. 2 ст. 1280 ЦК України, якщо майно, на яке претендує спадкоємець, що пропустив строк для прийняття спадщини, перейшло як відумерле до територіальної громади і збереглося, спадкоємець має право вимагати його передавання в натурі. У разі його продажу спадкоємець має право на грошову компенсацію.

Складним є питання щодо визнання відумерлим спадкового майна, якщо воно знаходиться за кордоном. За цих обставин враховується положення міжнародних договорів, ратифікованих Верховною Радою України. Зокрема, згідно ст. 49 Конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах, підписаною країнами СНД 7 жовтня 2002 року, перехід відумерлого майна до держави, громадянином якої був померлий, поширюється лише на його рухоме майно. Якщо нерухоме майно є нерухомим, воно переходить у власність країни за місцем знаходження такого майна в порядку, встановленому законодавством цієї держави (Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 07.10.2002 року — Офіційний вісник України від 16.11.2005 р., № 44, стор. 328)

**ПОВЕРЕННЯ ВИКОНАВЧОГО ДОКУМЕНТА ДО СУДУ,
ЯКИЙ ЙОГО ВИДАВ (ПРОБЛЕМАТИКА)**

Відповідно до ч. 1 ст. 48 Закону України «Про виконавче провадження» (Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про виконавче провадження» та деяких інших законодавчих актів України щодо вдосконалення процедури примусового виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб)», Відомості Верховної Ради України, 2011, № 19–20, ст. 142) (надалі — Закон) виконавчий документ, прийнятий державним виконавцем до виконання, повертається до суду, який його видав, у разі відновлення судом строку для подання апеляційної скарги на рішення, за яким видано виконавчий документ, та прийняття такої апеляційної скарги до розгляду (крім виконавчих документів, що підлягають негайному виконанню).

Виконавчий документ, прийнятий державним виконавцем до виконання, за яким стягувачем є держава, у випадках, передбачених частиною першою статті 47 Закону, повертається до органу, який пред'явив виконавчий документ до виконання.

У чинному законодавстві про виконавче провадження присутня колізія щодо застосування частини першої статті 48 Закону на практиці, яка вбачається у виконавчих документах, що були видані на підставі ухваленого судом заочного рішення та полягає в наступному. Відповідно до ч. 2 ст. 230 Цивільно процесуального кодексу України (Цивільно процесуальний кодекс України, Відомості Верховної Ради України, 2004, № 40–41, 42, ст. 492) (надалі — Кодекс) ухвалюючи заочне рішення суддя вказує відповідачеві на можливість подачі заяви про перегляд заочного рішення впродовж десяти днів з моменту отримання рішення.

Відповідно до ч. 3 ст. 231 Цивільно процесуального кодексу України у результаті розгляду заяви про перегляд заочного рішення суд може своєю ухвалою: залишити заяву без задоволення; скасувати заочне рішення і призначити справу до розгляду в загальному порядку. Частиною 4 цієї ж статті передбачається, що у разі залишення заяви про перегляд заочного рішення без задоволення заочне рішення може бути оскаржене в загальному порядку, встановленому Кодексом.

Відповідно до ч. 2 ст. 292 Цивільно процесуального кодексу України ухвала суду першої інстанції оскаржується в апеляційному порядку окремо від рішення суду у випадках, передбачених статтею 293 Кодексу.

Згідно із п. 16 ч. 1 ст. 293 Цивільно процесуального кодексу України до переліку ухвал, на які можуть бути подані скарги окремо від рішення суду зокрема відноситься ухвала про залишення заяви про перегляд заочного рішення без розгляду.

У разі оскарження ухвали про залишення заяви про перегляд заочного рішення без розгляду строк на апеляційне оскарження рішення починає відраховуватися з дати постановлення такої ухвали. Тобто у разі оскарження відповідачем ухвали суду першої інстанції до апеляційного суду із дотриманням вимог щодо форми та змісту такої скарги та в строки встановлені законом та надані судом першої інстанції для оскарження, суд апеляційної інстанції зобов'язаний прийняти таку скаргу та призначити справу до розгляду. Отже судом апеляційної інстанції при прийнятті апеляційної скарги та призначення справи до розгляду не відновлюється строк для подання апеляційної скарги на ухвалу суду першої інстанції у зв'язку із відсутністю факту пропуску строку для апеляційного оскарження.

На думку автора в даному випадку відсутній обов'язковий двухкомпонентний набір фактів у разі наявності яких виконавчий документ, прийнятий державним виконавцем до виконання, повертається до суду, який його видав, а саме — відновлення судом строку для подання апеляційної скарги на рішення, за яким видано виконавчий документ, та прийняття такої апеляційної скарги до розгляду. Тобто в даному випадку питання про повернення виконавчого документа до суду або іншого органу (посадовій особі), який його видав у разі відновлення судом строку для подання апеляційної скарги на рішення, за яким видано виконавчий документ, та прийняття такої апеляційної скарги до розгляду залишається остаточно не вирішеним. Адже згідно із ч. 1 ст. 50 Закону у разі закінчення виконавчого провадження, повернення виконавчого документа до суду або іншого органу (посадовій особі), який його видав, арешт, накладений на майно боржника, знімається, скасовуються інші вжиті державним виконавцем заходи примусового виконання рішення, а також провадяться інші дії, необхідні у зв'язку із завершенням виконавчого провадження.

Питання щодо повернення виконавчого документа до суду та як наслідок питання про зняття арешту, накладеного на майно боржника та скасування інших вжитих державним виконавцем заходів примусового виконання рішення цілком та одноособово вирішується державним виконавцем, що може призвести до зловживань службовим становищем та різного роду спекуляцій з боку державного виконавця при прийнятті рішення про повернення виконавчого документа до суду.

На думку автора, положення ч. 1 ст. 48 Закону з метою однакового застосування норм права усіма сторонами та учасниками виконавчого

провадження, усунення можливостей для зловживань з боку державних виконавців, необхідно доповнити наступним формулюванням — «у разі прийняття апеляційної скарги на ухвалу про залишення заяви про перегляд заочного рішення без розгляду» та викласти у наступній редакції — «Виконавчий документ, прийнятий державним виконавцем до виконання, повертається до суду, який його видав, у разі відновлення судом строку для подання апеляційної скарги на рішення, за яким видано виконавчий документ, та прийняття такої апеляційної скарги до розгляду, (крім виконавчих документів, що підлягають негайному виконанню), прийняття апеляційної скарги до розгляду на ухвалу про залишення заяви про перегляд заочного рішення без розгляду».

ЦИХОНЯ Д. Ю.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри цивільного процесу

ПЕРЕДУМОВИ АПЕЛЯЦІЙНОГО ОСКАРЖЕННЯ РІШЕННЯ СУДУ З ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ

Суди першої, апеляційної, касаційної інстанцій і Верховний Суд України, відповідно до ч. 2 ст. 7 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 року, діють в Україні для забезпечення справедливого та неупередженого розгляду справ у розумні строки. Відповідно, наряду з принципами територіальності та спеціалізації у правовій доктрині виділяють принцип інстанційності. Зазначений принцип, як відзначає Р. М. Мінченко, полягає в тому, що цивільний процес розподіляється на провадження щодо розгляду цивільних справ судами чотирьох судових інстанцій: місцевим судом, судом апеляційної інстанції, Вищим спеціалізованим судом з розгляду цивільних і кримінальних справ і Верховним Судом України. Саме такий, чотирьохінстанційний судовий розгляд цивільної справи, як вважає вчена, забезпечить найбільшу ефективність цивільного судочинства і остаточність та обов'язковість прийнятих судових актів (Мінченко Р. М. Новели касаційного провадження у цивільно-процесуальному законодавстві України / Р. М. Мінченко // Часопис цивілістики. — 2010. — Випуск 9. — С. 37). У свою чергу, ефективний механізм судового захисту прав людини — це найбільш універсальний демократичний інструмент правової держави (Ківалов С. В. Актуальні проблеми судового захисту прав людини в Україні і міжнародні стандарти / С. В. Ківалов // Актуальні проблеми політики : зб. наук. пр. — О., 2002. — Випуск 13–14. — С. 6.)

З урахуванням євроінтеграційного курсу України варто звернути увагу і на правову позицію Європейського Суду з прав людини, відображену в його ухвалі від 08.01.2008 року у справі «Скорик проти України», в якій Суд відзначив, що відповідно до п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, якщо в національному правовому порядку існує процедура апеляції, держава має гарантувати, що особи, які знаходяться під її юрисдикцією, мають право у апеляційних судах на основні гарантії, передбачені ст. 6 Конвенції (Ухвала Європейського Суду з прав людини у справі «Скорик проти України» від 08.01.2008 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.search.ligazakon.ua.>)

Держава, гарантуючи кожному захист його прав і свобод, забезпечує можливість отримання такого захисту у разі звернення особи до суду. Відповідно до приписів ч. 1 ст. 213 ЦПК України рішення суду повинно бути законним і обґрунтованим. Якщо ж у судовому рішенні міститься судова помилка, то вона повинна бути виправлена до набрання цим рішенням законної сили. М. А. Гурвич відзначав, що система виправлення державою помилок і порушень, допущених її органами, створює надійну гарантію і охорону як інтересів учасників справи, так і поєднаних з ними державних та громадських інтересів. Засобом приведення цієї системи в дію слугує перш за все право сторін на оскарження рішення першої інстанції незалежно від його правильності (Гурвич М. А. Судебное решение. Теоретические проблемы. — М., 1976. — С. 11.).

Для реалізації можливості звернутися до апеляційного суду з апеляційною скаргою на рішення суду першої інстанції необхідна наявність низки передумов, що в правовій доктрині визначаються як попередні умови реалізації права на апеляційне оскарження. С. В. Васильєв поділяє передумови допустимості апеляційного оскарження на передумови об'єктивного (наявність об'єкта, з приводу якого подається апеляція; дотримання строку апеляції) та суб'єктивного (наявність певного кола осіб, які мають право подати апеляційну скаргу на рішення, ухвалу суду першої інстанції) характеру (Гурвич М. А. Судебное решение. Теоретические проблемы. — М., 1976. — С. 11)

У правовій доктрині значного поширення набуло твердження, що для реалізації права апеляційного оскарження та виникнення апеляційного провадження, окрім передумов об'єктивного та суб'єктивного характеру, є необхідним і дотримання низки формальних передумов (Корчевний Г. В. Право на оскарження судових рішень в апеляційному та касаційному порядку / Г. В. Корчевний // Судова апеляція. — 2006. — № 1 (2). — С. 25).

Незважаючи на деякі розбіжності у трактуванні передумов апеляційного оскарження у правовій доктрині та відсутність належної їх

систематизації, більшість вчених є одноставними у доцільності віднесення до передумов апеляційного оскарження належного об'єкту апеляційного оскарження; кола осіб, уповноважених на апеляційне оскарження; дотримання строків такого оскарження.

Отже, однією із основних об'єктивних передумов права апеляційного оскарження є належний об'єкт оскарження. На законодавчому рівні об'єкти апеляційного оскарження визначені у ст. 292 ЦПК України, відповідно до ч. 1 якої сторони та інші особи, які беруть участь у справі, а також особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права та обов'язки, мають право оскаржити в апеляційному порядку рішення суду першої інстанції повністю або частково.

Наступною об'єктивною передумовою є дотримання строку на апеляційне оскарження рішень суду першої інстанції.

Передбачені ст. 294 ЦПК України строки на апеляційне оскарження рішень чи ухвали суду першої інстанції необхідно обчислювати з урахуванням визначеного ст. 69 ЦПК України правила про початок перебігу процесуальних строків — з наступного дня після відповідної календарної дати або настання події, з якою пов'язано його початок та з дотриманням вимог частин 3, 6 ст. 70 ЦПК України.

Суб'єктивною передумовою права на апеляційне оскарження є належність особи до кола суб'єктів, які мають право звернутися до суду з апеляційною скаргою. Питання щодо суб'єктів права апеляційного оскарження на законодавчому рівні вирішено у ч. 1 ст. 292 ЦПК України. Згідно з положеннями даної статті оскаржити в апеляційному порядку рішення суду першої інстанції мають право сторони та інші особи, які беруть участь у справі, а також особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права та обов'язки. Таким чином, коло осіб, які можуть звернутися до суду з апеляційною скаргою, законодавцем необмежено. А саме, право апеляційного оскарження, крім осіб, які беруть участь у справі, поширюється також і на тих осіб, які не брали участі у справі за умови, що суд вирішив питання про їх права та обов'язки.

Право на апеляційне оскарження особами, які не брали участі у справі, позитивно сприйнято судовою практикою, зокрема, закріплено у п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2008 року «Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку». Однак, реалізація даного права, згідно з позицією спеціалістів Верховного Суду України є можливою за умови, якщо суд вирішив питання про права та обов'язки таких осіб.

ЦИЛІНКО І. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри цивільного процесу

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЄДНОСТІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ЯК МЕТА ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ ВЕРХОВНИМ СУДОМ УКРАЇНИ

Перегляд судових рішень Верховним Судом України з підстави неординарного застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах покликаний сприяти вирішенню однієї з найважливіших проблем судочинства — впровадження єдиних підходів до однакового та правильного застосування норм чинного законодавства всіма правомочними суб'єктами, у першу чергу — судами.

Якість здійснення судочинства, а отже, й авторитет усієї судової системи України визначається правильним й однаковим застосуванням судами законодавства. У зв'язку з цим функції Верховного Суду України крім здійснення правосуддя мають забезпечувати ефективність національної правової системи та дію принципу верховенства права (Романюк Я., Бейцун І. *Правова природа обов'язковості рішень Верховного Суду України та вдосконалення механізму забезпечення єдності судової практики* / Я. Романюк, І. Бейцун // *Право України*. — 2012. — № 11–12. — С. 122–136).

Значення уніфікованої судової практики полягає у наступному:

- уніфікованість судової практики сприяє рівності осіб;
- єдина судова практика сприяє стабільності правової системи, а стабільність, у свою чергу, породжує передбачуваність і, в той же час, забезпечує правову певність для людей, які звертаються до судів за захистом своїх прав;
- постановляючи рішення у справах, суди не просто застосовують правові норми, але й приймають рішення етичного характеру і такі, що стосуються суспільних цінностей. Єдина судова практика показує, яким суспільним цінностям суди віддають перевагу і які суспільні інтереси вважаються найважливішими. Отже, якщо судовій практиці бракуватиме єдності, то громадянам не буде зрозуміло, яким цінностям суди віддають перевагу;
- неоднакова судова практика руйнує авторитет судівництва і не сприяє довірі населення до органів судової влади;
- єдність судової практики допомагає зменшити навантаження на суди, бо коли люди знають, як у судах вирішувались подібні справи,

то, наприклад, зможуть зрозуміти безперспективність судового провадження та утриматись від звернення до суду у певних випадках;

— єдина судова практика зменшує вірогідність оскарження судового рішення через передбачуваність позиції суду вищої інстанції щодо обставин по справі (Валанчус В. Навіщо потрібна уніфікована судова практика? / В. Валанчус // *Право України*. — 2012. — № 11–12. — С. 137–143).

Для подолання проблеми неоднаковості судової практики необхідно визначитися з тим, що слід розуміти під неоднаковим застосуванням судом норми права.

С. Бичкова з цього приводу вказує, що у разі, коли правозастосовний орган (зокрема, суд) неправильно обрав правову норму, неправильно кваліфікував відповідні відносини, застосував правову норму не до того випадку, для якого вона створена, не застосував норму права, передбачену для цього випадку, тобто застосував норму права, яка не підлягала застосуванню, або не застосував норму права, яка нарівні з іншими нормами, застосованими судом, підлягала застосуванню, він порушив основні принципи застосування норм права, отже, неправильно застосував правові норми (Бичкова С. Неоднакове застосування норм матеріального права як підстава перегляду Верховним Судом України судового рішення у цивільній справі / С. Бичкова // *Підприємництво, господарство і право*. — 2013. — № 2. — С. 48–51).

Більш докладно це питання вирішується у п. 6 постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30.09.2011 року № 11 «Про судову практику застосування статей 353–360 Цивільного процесуального кодексу України». Відповідно до правової позиції, висловленої Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ, неоднакове застосування одних і тих самих норм матеріального права полягає, зокрема:

— у різному тлумаченні судами змісту і сутності правових норм, що призвело до різних висновків про наявність чи відсутність суб'єктивних прав та обов'язків учасників відповідних правовідносин;

— у різному застосуванні правил конкуренції правових норм при вирішенні колізій між ними з урахуванням юридичної сили цих правових норм, а також їх дії у часі, просторі та за колом осіб, тобто різне застосування закону, який підлягав застосуванню;

— у різному визначенні предмета регулювання правових норм, зокрема застосуванні різних правових норм для регулювання одних і тих самих правовідносин або поширенні дії норми на певні правовідносини в одних випадках і незастосуванні цієї самої норми до аналогічних відносин в інших випадках, тобто різне застосування закону, який не підлягав застосуванню;

– у різному застосуванні правил аналогії права чи закону у подібних правовідносинах.

Не заперечуючи проти правильності даного положення, необхідно зробити певні уточнення щодо сформульованого у вищевказаній постанові терміну «різне незастосування закону, який підлягав застосуванню». Як справедливо зазначається у юридичній літературі, незастосування судом певної норми права унеможливорює перегляд судового рішення Верховним Судом України за даною підставою (Ярема А. Г., Лужанський А. В. Неоднакове застосування закону судами як підстава звернення до Верховного Суду України / А. Г. Ярема, А. В. Лужанський // Вісник Верховного Суду України. — 2012. — № 12. — С. 28–37).

Між тим, аналізуючи норму ч. 2 ст. 309 ЦПК, відповідно до якої норми матеріального права вважаються порушеними або неправильно застосованими, якщо застосовано закон, який не поширюється на ці правовідносини, або не застосовано закон, який підлягав застосуванню, можна стверджувати, що незастосування судом норми закону, яка поширюється на відповідні правовідносини, слід вважати її неправильним застосуванням.

КИРИЛЛОВА Ю. І.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірантка кафедри цивільного процесу

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Актуальною проблемою в сучасних умовах розвитку України як правової держави є дотримання в ній стану законності, який в свою чергу реалізується перш за все через судову систему.

В українському цивільно-процесуальному законодавстві (ст. 17 Закону) відповідно до організації судової влади наряду з принципами територіальності та спеціалізації діє принцип інстанційності. Зазначений принцип полягає в тому, що цивільний процес розподіляється на провадження щодо розгляду цивільних справ судами чотирьох судових інстанцій: місцевим судом, судом апеляційної інстанції, Вищим спеціалізованим судом з розгляду цивільних і кримінальних справ і Верховним судом України. При такій інстанційній системі судочинства, провадження за цивільними справами відбувається на тих засадах, що розгляд справ по суті здійснюється за загальним правилом в двох судових ланках, а касаційна інстанція відіграє роль додаткової ревізійної інстанції

(Мінченко Р. М. Деякі питання касаційного провадження в цивільному судочинстві України // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. пр. — Одеса: Юрид. л-ра. — 2010. — Вип. 56. — С. 107–110).

Право особи звернутися до суду для захисту своїх прав, свобод та законних інтересів є одним із найважливіших прав, гарантованих Конституцією України (Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст.141] (ч. 3 ст. 8, ст. 55).

Позов та право на позов — фундаментальні поняття цивільного процесуального права, тому проблеми позовної форми захисту права постійно у центрі уваги цивілістів. Цивільний процесуальний кодекс України (далі ЦПК України) зазначає що позов пред'являється шляхом подання позовної заяви до суду першої інстанції, де вона реєструється, з дотриманням порядку, встановленого ч. 2 і ч. 3 статті 11 цього Кодексу, та не пізніше наступного дня передається визначеному судді (Цивільний процесуальний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 40–41. — Ст.492) (ст. 118). Відкриття провадження по справі реалізується шляхом подання позовної заяви, що за формою і змістом має відповідати вимогам ст. 119 ЦПК України.

Однією з головних умов для пред'явлення позову є наявність у особи, яка подає позовну заяву, цивільної процесуальної дієздатності (ст. 29 ЦПК України). Якщо позовна заява була подана недієздатною особою, суд повертає її позивачеві, а якщо недієздатність виявилася у ході розгляду справи, — залишає таку заяву без розгляду. Однак до суду може звернутися законний представник недієздатної особи. До умов для пред'явлення позову також можна віднести наявність належним чином посвідчених повноважень на ведення справи, якщо позовна заява подається представником позивача. Відсутність документів, що підтверджують повноваження представника, призводить до повернення судом такої заяви.

Порядок пред'явлення позову полягає у дотриманні норм про підсудність, встановлених статтями 107–116 ЦПК України, і оплаті судового збору за подання позовної заяви. У разі порушення вимоги про підсудність суд повертає заяву та вказує, до якого суду слід звернутися позивачеві. Наслідком несплати судового збору є залишення позовної заяви без руху або її повернення.

Мінченко Р. М. зазначає, що саме чотирьохінстанційний судовий розгляд цивільної справи забезпечить найбільшу ефективність цивільного судочинства і остаточність та обов'язковість прийнятих судових актів.

Реалізація права на судовий захист здійснюється шляхом оскарження судових рішень у судах апеляційної інстанції, оскільки перегляд

таких рішень в апеляційному порядку гарантує відновлення порушених прав і охоронюваних законом інтересів людини і громадянина. Апеляційне провадження є важливою процесуальною гарантією захисту прав і охоронюваних законом інтересів осіб, які брали участь у розгляді справи. Воно є засобом зміцнення законності у цивільному судочинстві та успішного здійснення правосуддя. Але слід зазначити що касаційне провадження, як ревізійна інстанція, має мету перевірки законності та обґрунтованості рішень і ухвал суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку, а також рішень і ухвал апеляційного суду. Ч. 3 ст. 14 ЦПК України зазначає, що обов'язковість судового рішення не позбавляє осіб, які не брали участі у справі, можливості звернення до суду, якщо ухваленим судовим рішенням порушуються їхні права, свободи чи інтереси.

Цивільне судочинство нерідко носить тривалий характер, в результаті чого зацікавлені особи відчують значні труднощі в реалізації права на доступ до правосуддя. Тому реалізація права на судовий захист пов'язано зі спрощенням цивільного судочинства, його гнучкістю та оперативністю. При цьому процесуальне законодавство повинне містити достатні гарантії, які надаються учасникам процесу традиційними процесуальними нормами.

Реалізація права на судовий захист пов'язана також з регламентацією юридичної допомоги. Відомо, що ведення справи в судових органах припускає несення різноманітних витрат (сплата державного мита, оплата послуг адвоката та інших судових витрат) Ця обставина може ускладнити або взагалі зробити неможливою реалізацію права на судовий захист. Тому процесуальне законодавство не повинно містити економічних перешкод для доступу до правосуддя у цивільних справах. Досягненню зазначеної мети можуть сприяти скорочення судових витрат, спрощення системи судових витрат та забезпечення контролю над розміром гонорарів адвокатів і експертів.

Судово-правова реформа, що відбувається в Україні, передусім, націлена на підвищення ефективності механізму судового захисту законних прав та інтересів фізичних і юридичних осіб. Це визначається Конституцією України, цілою низкою законів, а також міжнародно-правовими зобов'язаннями держави. При цьому доступ до правосуддя і виконання та дотримання судового рішення мають бути максимально забезпечені. Європейський суд з прав людини неодноразово наголошував саме на цих параметрах реального забезпечення прав і свобод людини.

Тому для законодавства та правозастосовчої практики України особливо важливим є створення умов, які б унеможливили обмеження права звернення до суду. Йдеться як про випадки, пов'язані з відмовами

по певним категоріям справ, так і про ситуації, коли великі судові витрати чи складні процедури роблять судові позови фактично недоступними (Ківалов С. В. Актуальні проблеми судового захисту прав людини в Україні і міжнародні стандарти // Актуальні проблеми політики: зб. наук. пр. — Одеса: Юрид. л.-ра. — 2002. — Вип. 13–14. — С. 3–10)

АЛЕКСЕЄВА Н. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірантка кафедри цивільного процесу

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ІНСТИТУТУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОЗОВУ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Забезпечення позову має важливе значення для захисту порушеного, невизнаного чи оспорюваного права та охоронюваного законом інтересу учасників цивільного процесу. Неправильне застосування положень зазначеного інституту може призвести до необґрунтованого порушення прав як позивача так і відповідача.

У судовій практиці час від часу виникають проблеми пов'язані з вжиттям заходів забезпечення позову, незважаючи на надання Верховним судом України рекомендацій щодо порядку вжиття заходів забезпечення позову.

Забезпечення позову — це вжиття судом, у провадженні якого знаходиться справа, заходів щодо охорони матеріально-правових інтересів позивача проти несумлінних дій відповідача, що гарантує реальне виконання позитивно прийнятого рішення. Заходи із забезпечення позову вживаються судом виключно за заявою осіб, які беруть участь у справі (Погрібний С. О., Гонгало Р. Ф., Волкова Н. В. Цивільний процес України. 2011, с. 74).

Забезпечення позову не порушує принципів змагальності та процесуальної рівноправності сторін. Його мета не допустити утруднення чи неможливості виконання судового акта (Гнатенко А. В., Лупеник Д. Д. Деякі особливості застосування судами заходів забезпечення позову при розгляді цивільних справ. 2009, с.42).

Точне й неухильне дотримання судом України норм чинного законодавства під час розгляду заяв про забезпечення позову є необхідною умовою здійснення завдань цивільного судочинства, які полягають у справедливому, неупередженому та своєчасному розгляді і вирішенні цивільних справ з метою захисту порушених прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб та інтересів держави.

Процесуальному інституту забезпечення позову присвячені ст.ст. 151–155 ЦПК України.

У застосуванні зазначених норм на практиці виникає низка проблемних питань. Серед них — питання про захист прав відповідача від наслідків забезпечення позову у цивільному процесі.

Вирішуючи питання про забезпечення позову, суд повинен брати до уваги інтереси не тільки позивача, а й інших осіб, права яких можуть бути порушені у зв'язку із застосуванням відповідних заходів (Беліков О. Забезпечення позову в цивільному судочинстві. 2007, с.115).

Закон гарантує захист прав і інтересів відповідача при застосуванні заходів забезпечення позову.

Згідно ст. ст. 154,155 ЦПК України, відповідач має право: просити суддю про заміну способу забезпечення позову, при забезпеченні позову, що має грошову оцінку, замість допущеного забезпечення, внести на депозитний рахунок суду суму, зазначену у позовній заяві, має право на відшкодування завданої йому шкоди забезпечення позову, подати заяву про скасування заходів забезпечення позову, оскаржити ухвалу про забезпечення позову.

Необхідність захисту інтересів відповідача проти необґрунтованих обмежень при вжитті заходів забезпечення позову в цивільному процесі проявляється у тому, що заходи забезпечення позову з одного боку є важливою гарантією забезпечення реалізації майнових і немайнових прав заявника, а з іншого боку, зазначена гарантія надається за рахунок обмежень прав відповідача через застосування до нього зазначених заходів, у зв'язку з чим відповідач на певний строк позбавлений можливості розпоряджатись своїм майном, грошовими коштами чи здійснювати іншу діяльність.

У ЦПК України відсутня вказівка на те, що особою, що має право на відшкодування зазначених збитків, має бути саме відповідач. Дана обставина свідчить про те, що вимагати відшкодування збитків може не тільки відповідач, а й інша особа, інтереси якої порушує виконання ухвали про забезпечення позову.

Тому питання про вжиття заходів забезпечення позову повинно вирішуватись з урахуванням охорони прав і інтересів відповідача та інших осіб.

Важливим інструментом реалізації права на відшкодування збитків, завданих забезпеченням позову, є інститут зустрічного забезпечення, тобто можливість суду зобов'язати позивача забезпечити його вимогу заставою, достатньою для того, щоб запобігти зловживанню забезпеченням позову. Грошова застава вноситься на депозитний рахунок суду. Відповідно до ч. 4 ст. 153 ЦПК України, розмір застави визначається судом з урахуванням обставин справи, але не повинен бути більшим за розмір ціни позову.

Однак, зазначений спосіб захисту прав відповідача від необґрунтованих заходів забезпечення позову є недосконалим. Його недосконалість, насамперед, проявляється у тому, що суд має право, а не обов'язок вимагати зустрічного забезпечення під час забезпечення позову. Законом не визначено перелік підстав для застосування такого засобу забезпечення інтересів відповідача.

Також, законодавством не передбачено можливість застосування забезпечення вимоги позивача заставою за клопотанням відповідача, що вказує на нерівне становище сторін під час захисту своїх прав та інтересів, відповідач позбавлений можливості запобігти необґрунтованому застосуванню по відношенню до нього заходів забезпечення позову, що призведуть до можливого завдання збитків.

Вжиття заходів забезпечення позову відносно відповідача може бути пов'язано для нього з матеріально-правовими обмеженнями і можливими збитками. У зв'язку з цим законом передбачене право відповідача на захист своїх прав від наслідків вжиття забезпечення позову, що призвело до завдання йому збитків, однак механізм реалізації зазначеного права є не достатньо ефективним.

Надання права відповідачу на зустрічне забезпечення вимог позивача може вдосконалити та розширити існуючий механізм захисту та гарантій інтересів відповідача в процесі реалізації забезпечення позову в цивільному судочинстві.

Вдосконалення ефективності системи цивільних процесуальних норм, що формулюють підстави та порядок застосування механізму забезпечення позову та способи захисту прав як позивача так і відповідача, також сприятиме утвердженню принципу рівності сторін перед законом і судом.

БУТІ. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри цивільного процесу

НАУКОВІ ПОГЛЯДИ НА ПРАВОВУ ПРИРОДУ ТРЕТЕЙСЬКОГО СУДУ

Погляди науковців на правову природу третейського суду різняться. В данному контексті на окрему увагу заслуговують теорії, сформульовані щодо міжнародного комерційного арбітражу, оскільки вони також сприяють з'ясуванню правової природи третейського суду. Основними теоріями, які визначають правову природу третейського суду є:

договірна (консесуальна), процесуальна (юрисдикційна), змішана (*sui generis*) та автономна.

Історично першою правову природу третейського суду пояснювала **договірна теорія**, яку остаточно було сформовано на початку ХХ сторіччя, однак задовго до цього науковцями та юристами неодноразово формулювалися певні її положення. У рамках договірної теорії (В. Хегер, І. В. Гетьман-Павлова та ін.) стверджується, що відносини між сторонами та третейськими суддями є цивільно-правовими, передача справи на розгляд третейського суду базується на звичайній цивільно-правовій угоді, що тягне за собою цивільні права та обов'язки для сторін, зокрема, і щодо підкорення рішенню третейського суду. Виключення з-під юрисдикції державного суду певного спору (що має явно процесуальні наслідки) визначається також цивільно-правовим елементом, хоча це і не є метою угоди (якою є винесення третейського рішення), а лише необхідною умовою для досягнення такої мети.

Іноді представниками договірної теорії третейські судді визначаються як мандатарії сторін, які при винесенні рішення фактично укладають цивільно-правову угоду за дорученням сторін. І якщо у певні історичні періоди сторони дійсно обирали третейських суддів з позиції представництва їх інтересів, то з часом третейський суддя виконував роль незалежного від волі сторони учасника третейського розгляду, а отже неможливо говорити про доручення на вирішення спору.

Третейську угоду також іноді ототожнювали з мировою угодою попри те, що спільне для обох угод прагнення сторін вирішити спір без залучення суду має відмінності безпосередньо при виконанні даних угод: мирова угода базується на взаємних поступках сторін та не вимагає участі незалежних осіб для її укладення, третейська ж угода передбачає вирішення спору незалежною особою та без будь-яких поступок кожної з сторін, на що ще на початку ХХ століття звернув увагу О. П. Волков (Волков А. Ф. Торговые третейские суды: Историко-догматическое исследование. СПб., 1913. — 293 с., с. 89).

Дана теорія лише на початку існування третейського суду відображала його сутність, однак з набуттям третейським рішенням обов'язковості для сторін сили та забезпечення цієї обов'язковості примусом держави, у третейському розгляді з'явився певний публічно-правовий елемент, що суперечив виключно договірному характеру цих правовідносин.

Прихильники **процесуальної теорії** (Є. О. Суханов, Г. А. Цірат, О. М. Циганова) вважають третейський суд особливою формою відправлення державного правосуддя, а сам третейський розгляд, третейську угоду — інститутами цивільного процесуального права, винесене рішення — судовим рішенням. Обґрунтовують вони свої позиції тим, що у деяких країнах рішення арбітражу є виконавчим документом і не

потребує додаткового звернення до державних органів для його легалізації, у законодавстві використовується термінологія, що відповідає процесуальній термінології, а правові норми щодо арбітражу в більшості випадків містяться в процесуальних кодексах. На думку Г. А. Цірата арбітражному рішенню притаманні властивості, характерні і для судового рішення, в силу чого, підходи до виконання арбітражних рішень мають бути такими самими, як і до виконання судових рішень (Цірат Г. А. Міжнародний комерційний арбітраж: Навч. посіб. / Г. А. Цірат. — К.: Істина, 2002. — 304 с., с. 27)

Функція арбітрів вважається тотожною функції судді, оскільки арбітри самостійно розглядають спір та не залежать від волі сторін, визначають обґрунтованість вимог сторін, дотримуються певних процесуальних правил, схожих на судову процедуру, вирішують спір, застосовуючи здебільшого правові норми, а прийняте ними рішення може бути або переглянуто, або оскаржено, що не може бути застосовано відносно договору. Однак безсумнівно, що саме лише використання аналогічної термінології відносно арбітражу не дозволяє однозначно зробити висновок про правову природу арбітражу, а суттєві відмінності між суддею та арбітром не дозволяють однозначно їх ототожнювати, оскільки це мало б наслідком визнання третейського розгляду окремим видом правосуддя.

Наступною теорією, яка визначає природу третейського суду, є викремлена в рамках міжнародного приватного права щодо міжнародного комерційного арбітражу концепція *sui generis* (особливого роду) або **змішана теорія** третейського суду (Дж. Сайссе-Холл, О. О. Виноградова, Ю. Д. Притика). Дана теорія поєднує у собі безспірні тези попередніх двох теорій та визначає третейський суд як змішаний інститут, що поєднує як матеріально-правові (договірні), так і процесуально-правові елементи. Так, питання, що стосуються укладення третейської угоди, дієздатності сторін тощо, вирішуються на загальних засадах договірного права, однак вже сам третейський розгляд зі всіма його елементами, як пред'явлення позову, розгляд спору, виконання рішення та інше є вже сферою процесуального права, за винятком особливостей, що характерні для арбітражу. Проте основним недоліком змішаної теорії залишається недосконале визначення та розмежування матеріально-правових та процесуально-правових елементів (Притика Ю. Д. Теоретичні проблеми захисту прав учасників цивільних правовідносин в третейському суді. Дис... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Притика Юрій Дмитрович ; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. — К., 2006. — 632 с., с. 101).

Прихильники **автономної теорії** (Ж. Рюбеллен-Девіши), що виникла у 60-х роках ХХ ст., не визнають положень попередніх теорій

та вважають третейський суд оригінальною системою, вільною як від договірних, так і від процесуальних елементів, а його правова природа може бути визначена лише враховуючи мету та реальну користь, тобто ті гарантії, які необхідні сторонам, щоб не звертатися для вирішення спору до державного суду. Однак, на думку О. О. Виноградової автономна теорія третейського суду не є теорією його правової природи і має право на самостійне існування разом з визнанням теорії *sui generis* (Виноградова Е. А. Правовые основы организации и деятельности третейского суда: Автореф. дисс. канд. наук. М., 1994. — 37 с., с. 22)

Таким чином, єдиного розуміння правової природи третейського суду не існує, однак найбільш обґрунтованою вбачається змішана теорія. Саме цією теорією найбільш повно та всебічно охоплюються характерні ознаки третейського розгляду. На арбітражну угоду поширюються загальні норми договірного та зобов'язального права (цивільно-правовий елемент), оскільки вона фактично є договором декількох осіб — суб'єктів цивільного права, яким притаманна свобода волевиявлення та юридична рівність. А з іншого боку, виходячи з предмету такого договору, метою сторін є настання саме процесуальних наслідків (від формування складу третейського суду до винесення рішення, можливості його оскарження та виконання).

СОКОЛЮК А. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри цивільного процесу

**ДЕЯКІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ СУДОВО-ПСИХІАТРИЧНОЇ
ЕКСПЕРТИЗИ У СПРАВАХ ПРО НАДАННЯ ОСОБИ
ПСИХІАТРИЧНОЇ ДОПОМОГИ
В ПРИМУСОВОМУ ПОРЯДКУ**

Права і свободи громадян, закріплені в Конституції та інших законах України, повинні бути визначальними для держави. Для досягнення цієї мети держава повинна гарантувати ефективний правовий захист кожної особи, чії права та інтереси були порушені. Основною формою здійснення захисту прав та охоронюваних законом інтересів особи є справедливий судовий розгляд із дотриманням всіх принципів судочинства. Суд, зберігаючи об'єктивність і неупередженість, зобов'язаний створювати необхідні умови для всебічного і повного дослідження обставин по справі. Наслідком такого дослідження є відповідність висновків суду, викладених у рішенні, дійсним обставинам справи.

Всебічне та повне з'ясування обставин справи означає, що суд повинен дослідити всі наявні у справі докази та надати оцінку всім обставинам — як тим, що свідчать на користь заявника, так і тим, що суперечать його позиції. Особливе місце серед засобів доказування у цивільному процесі України належить висновку експерта.

Дослідженню проблеми проведення судово-психіатричної експертизи у справах про надання особі психіатричної допомоги у примусовому порядку приділяли увагу такі вчені як: Н. Г. Бурлакова, В. В. Комаров, О. С. Погребняк, С. А. Чванкін та ін.

У постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову експертизу в кримінальних та цивільних справах» від 30 травня 1997 року № 8 вказується, що судово-психіатрична експертиза призначається, коли вирішення цивільної справи залежить від визначення психічного стану особи, її спроможності усвідомлювати значення своєї поведінки внаслідок психічної хвороби або тимчасового розладу душевної діяльності. Знаками такої поведінки можуть бути неадекватні, немотивовані чи неконтрольовані дії особи. Також у цій постанові відмічається, що судово-психіатрична експертиза обов'язково призначається:

- для визначення психічного стану особи в справах про визнання громадян недієздатними;
- у справах про поновлення громадянина в дієздатності.

Цивільний процесуальний кодекс України, як і вищевказана постанова Пленуму Верховного Суду України, не містить прямої вказівки на обов'язковість проведення судово-психіатричної експертизи у справах про надання особі психіатричної допомоги у примусовому порядку. Неоднозначно дане питання вирішується й у науковій літературі. Наприклад, Н. Г. Бурлакова вважає недоцільним проведення судово-психіатричної експертизи в кожній справі про примусове психіатричне лікування, оскільки це вимагає додаткового часу та витрат (Бурлакова Н. Г. Процессуальные особенности рассмотрения гражданских дел о принудительной госпитализации граждан в медицинский стационар: дис.... канд. юрид. наук : 12.00.15 / Наталья Георгиевна Бурлакова. — Томск, 2006. — 238 с.). В. В. Комаров зазначає, що встановлення правильного та кваліфікованого діагнозу щодо наявності в особи тяжкого психічного розладу та його наслідків, має суттєве значення, оскільки цим обумовлюється наявність чи відсутність підстав для надання особі психіатричної допомоги у примусовому порядку. Тому доцільним є призначення судово-психіатричної експертизи, якщо під час розгляду справи виникає сумнів у правильності поставленого діагнозу (Окреме провадження: монографія./ В. В. Комаров, Г. О. Світлична, І. В. Удальцова/ за ред. В. В. Комарова. Х.: — Право, 2011. — С. 256). Схожої думки дотримується і О. С. Погребняк, зазначаючи, що така

експертиза повинна проводитися в кожній справі про надання медичної допомоги в примусовому порядку (Погребняк О. С. Судовий захист законних інтересів фізичних осіб при примусовому наданні медичної допомоги./ автореферат на здоб.наук.ступеня.кандидата юрид. наук. — Харків. — 2011. — С. 10).

Згідно ч. 1. ст. 145 Цивільного процесуального кодексу України суд зобов'язаний призначити судову експертизу за клопотанням однієї сторони, якщо у справі необхідно встановити: а) характер і ступінь ушкодження здоров'я; б) психічний стан особи; в) вік особи, якщо про це немає відповідних документів і неможливо їх одержати.

У справі, розглянутій Європейським Судом з прав людини, «Лашин проти Росії» від 22 січня 2013 року за скаргою № 33117/02 громадянину Лашину у національних судах всіх інстанцій відмовляли в проведенні незалежної експертизи, посилаючись на те, що висновок недержавної експертизи суд не прийме як доказ, незважаючи на те, що Лашин неодноразово наголошував на упередженості і негативній налаштованості по відношенню до нього з боку лікарів психіатричного закладу, де він знаходився на лікуванні. У рішенні Європейського Суду з прав людини у цій справі вказується, що для поміщення особи у психіатричний заклад для надання психіатричної допомоги в примусовому порядку необхідна достатня кількість підстав, а у деяких випадках, якщо є сумнів у висновку лікаря-психіатра, необхідно призначити незалежну експертизу.

Судово-психіатрична експертиза є комплексним дослідженням, що спрямоване на встановлення і вирішення питання про наявність чи відсутність психічного розладу в особи, визначення ступеню тяжкості розладу, встановлення, чи обумовлює розлад небезпечність особи чи її безпомічність. Д. Х. Бембеєва відмічає, що у практиці Європейського Суду з прав людини склався підхід щодо законного поміщення осіб, які страждають на психічні розлади, до психіатричних закладів, відповідно до якого, за винятком крайніх випадків, особа не повинна позбавлятися свободи, якщо стан душевної хвороби надійно не доведений, що тим самим вимагає об'єктивної медичної експертизи (Бембеєва Д. Х. Принудительная госпитализация душевнобольных в свете Конвенции о защите прав человека и основных свобод (практика Европейского Суда по правам человека) / Д. Х. Бембеєва // Современное состояние и перспективы нормотворческой и правоприменительной деятельности в Республике Калмыкия: материалы республ. науч.-практ. конф. — Элиста : Изд-во КГУ, 2009. — С. 198).

Отже, для забезпечення всебічного та повного розгляду справ про надання особи психіатричної допомоги в примусовому порядку, в ЦПК необхідно закріпити норму щодо обов'язкового проведення у цій категорії справ судово-психіатричної експертизи.

БЕССАРАБ Н. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
здобувачка кафедри цивільного процесу

ПОНЯТТЯ ЦИВІЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ

Дослідження питань судової юрисдикції в науковій літературі традиційно починається з аналізу положень ч. 2 ст. 124 Конституції України, якою юрисдикцію судів поширено на всі правовідносини, що виникають у державі. Проте ані сама Конституція, ані процесуальні закони не дають змоги чітко встановити зміст цього поняття. В науковій літературі саме поняття юрисдикції залишається дискусійним. Тому правильне визначення цієї категорії має істотне значення як для науки цивільного процесуального права й інших процесуальних наук, так і для правозастосовної діяльності, оскільки, як підкреслював М. С. Строгович, вивчення, дослідження власне наукових юридичних понять з точки зору їх чіткого юридичного змісту та їх точне наукове визначення абсолютно необхідне, без цього не може розвиватися юридична наука, не може правильно застосовуватися діюче право (Строгович М. С. *Философия и правоведение: Некоторые методологические вопросы юридической науки* / М. С. Строгович // *Советское государство и право.* — 1965. — № 5. — С. 74–82).

Якщо звернутися до етимології слова «юрисдикція», то воно походить від латинського «*iurisdictio*», яке в свою чергу утворено з двох слів — «*ius*» та «*dicere*», що означає «говорити право», «право мовлення». Це поняття було відоме римському праву ще в період монархії (753–510 рр. до н.е.) та пов'язувалося з повноваженнями давньоримських магістратів щодо організації судового процесу, в тому числі з визначенням правових підстав спору між сторонами. З самого раннього періоду своєї правової історії римляни розрізняли особливу судову владу (*iurisdictio*), якою володіли царі, починаючи з Ромула. Розглядаючи приватні спори та конфлікти, цар визначав, що є *ius* (*ius dicere*), і виносив санкції за правопорушення». В період республіки повноваженнями щодо *ius dicere* були наділені магістрати та претори. Право державних судових магістратів організовувати для вирішення кожного окремого спору судовий розгляд присяжних суддів, які вирішували справу по суті, отримало назву юрисдикції (*iurisdictio*) (Римское частное право: ученик / В. А. Краснокутский [и др.]; под ред. проф. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. — М.: Волтерс Клувер, 2010. — С. 58).

На сьогодні в довідковій юридичній літературі юрисдикція розуміється, як правило, як повноваження державних органів щодо вирішення правових питань. Великий юридичний словник визначає

юрисдикцію як встановлену законом (або іншим нормативним актом) сукупність повноважень відповідних державних органів вирішувати правові спори та справи про правопорушення, тобто оцінювати дії особи або іншого суб'єкта права з точки зору їхньої правомірності, застосовувати юридичні санкції до правопорушників (*Большой юридический словарь / Под ред. А. Я. Сухарева, В. Д. Зорькина, В. Е. Крутских. — М.: ИНФРА-М, 1999. — VI изд. — С. 783*). Тлумачний словник Ушакова і тлумачний словник Ожегова сходяться на позиції, що юрисдикція — це повноваження, право вести провадження у справі, вирішувати правові питання (Толковый словарь Ожегова [Электронной ресурс]. — Режим доступа: http://dic.academic.ru/misc/ogegova.nsf/ByID/NT_0004_3572; Толковый словарь Ушакова [Электронной ресурс]. — Режим доступа: <http://dic.academic.ru/misc/ushakov.nsf/ByID/NT0010C49A>). В юридичній енциклопедії Л. В. Тихомирової та М. Ю. Тихомирова юрисдикція визначена як сукупність правомочностей відповідних державних органів розв'язувати правові спори та вирішувати справи про правопорушення. Юрисдикція визначається залежно від виду і характеру справ, що вирішуються (Тихомирова Л. В., Тихомиров М. Ю. *Юридическая энциклопедия. — Изд. 5-е. — М., 2001. — С. 504*).

Аналогічне визначення зустрічається в працях з теорії держави та права. С. С. Алексеев вважає, що сьогодні юрисдикція визначається як сукупність повноважень відповідних державних органів вирішувати правові спори і справи про правопорушення (Алексеев С. С. *Проблемы теории права. Курс лекций. В 2 т. Т. 1 / С. С. Алексеев. — Свердловск, 1972. — 396 с.*).

Слід враховувати, що правові норми щодо юрисдикції містяться у низці галузей права (міжнародному, конституційному, адміністративному, цивільному процесуальному праві тощо), тому інститут юрисдикції є міжгалузевим.

Дослідження проблем судової юрисдикції пов'язане, в першу чергу, зі становленням науки цивільного процесуального права. Цим питанням приділяв увагу ще Є. В. Васьковський. Він зазначав, що застосування юридичних норм до приватних випадків життя здійснюється низкою судових, судово-адміністративних та адміністративних установ і посадових осіб. Для кожного з них характерною є певна сфера діяльності, у межах якої їм надається одночасно право і обов'язок здійснювати відповідні дії. Право суду розглядати і вирішувати відому категорію справ називається судовою юрисдикцією (*jurisdictio, Gerichtsbarkeit*), або владою суду (Васьковский Е. В. *Учебник гражданского процесса / Под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. — М.: Зерцало, 2003. (Серия «Русское юридическое наследие»).* — С. 130).

Наука цивільного процесуального права до сьогоднішнього дня не виробила єдиного підходу до визначення понять «юрисдикція» та «цивільна юрисдикція». Звичайно, що дані категорії співвідносяться як ціле та частина. Цивільна юрисдикція — це юрисдикція судів стосовно цивільних справ.

З огляду на те, що Глава 2 розділу 1 ЦПК України носить назву «Цивільна юрисдикція», а включена до цієї глави ст. 15 — «Компетенція судів щодо розгляду цивільних справ», зміст терміну «цивільна юрисдикція» необхідно розглядати у співвідношенні з поняттям «компетенція».

Досліджуючи дане питання одні автори вважають, що поняття компетенції судів ширше ніж поняття юрисдикції (Курс цивільного процесу: підручник / В. В. Комаров, В. А. Бігун, В. В. Баранкова та ін. ; за ред. В. В. Комарова. — Х.: Право, 2011. — С. 247), інші, по суті, використовують термін «юрисдикція», визначаючи сферу відання (компетенцію) судових органів (Цивільний процес України: підручник / за заг. ред. М. М. Ясинка. — К.:Алерта, 2014. — С. 189).

Судовою практикою вироблене найбільш правильне визначення: цивільна юрисдикція — це визначена законом сукупність повноважень судів щодо розгляду цивільних справ, віднесених до їх компетенції (п. 2 постанови Пленуму Вишого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 01.03.2013 року № 3 «Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ»).

Вказане визначення, звичайно, потребує уточнення відносно того, що слід розуміти під цивільними справами. Відповідь на дане питання міститься у ст. 15 ЦПК, відповідно до якої суди розглядають у порядку цивільного судочинства справи щодо захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин; а також інших правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства.

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ
ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ**

ПОДЦЕРКОВНИЙ О. П.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
заведующий кафедрой хозяйственного права и процесса,
доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрНУ

**ДЕЦЕНТРАЛИЗАЦИЯ КАК ИНСТРУМЕНТ ОБЕСПЕЧЕНИЯ
ЭКОНОМИЧЕСКИХ СВОБОД И САМОРЕГУЛИРОВАНИЯ
ХОЗЯЙСТВЕННОГО ОБЩЕСТВА**

Вопросы децентрализации звучат в украинском обществе остро. В основе — это вопросы экономической власти. При этом важно понять, что сказать слово «децентрализация» — не значит сказать «федерализация». За последним понятием стоит опасный контекст дальнейшего раскола общества. Да и само по себе понятие «федерализации» ничего не значит для понимания сущности взаимоотношений центральной власти и регионов. Ведь федерализация может быть проведена лишь на словах, а децентрализация унитарного государства напротив — сопровождается мощнейшими инструментами наделения регионы властью решать вопросы местной жизни.

Причем для конкретного человека или субъекта хозяйствования в процессе децентрализации важно не допустить появление нового «царька» на местном уровне, который будет решать все сам, будучи неконтролируемым, получая коррупционный налог и богатая за счет территориальных громад. От этого украинское общество уже устало на общегосударственном уровне и вряд ли одобрит на местном. Также, как вряд ли предприниматели и граждане хотят столкнуться (как при федерализации) с законами львовскими, киевскими или одесскими, действующими наравне с общегосударственными (федеральными), когда политические и экономические свободы оказываются зажатými между проявлениями суверенитета региональных властей и верховенством общеукраинской власти.

Взвешенностью и ответственным подходом в этом контексте отметилась инициатива Нобелевского лауреата 2007 г. по экономике Роджера Майерса, в виде «Приглашения к проведению дебатов о политической децентрализации в Украине» (<http://www.decentralizationinukraine.info>).

Хочется обратить внимание на экономический ее подтекст, учитывая то, что многие небеспочвенно называют сегодняшние события в Украине буржуазной революцией, для которой вопрос экономических свобод является важнейшим. Украинские граждане устали от властвующих феодалов с придворными чиновниками, судьями. В этом контексте децентрализация — это дефеодализация общества, с разрушением характерных для феодального государства экономической и иной вседозволенности одних («элиты») в отношении других (всех остальных).

Передача власти от государства к обществу, человеку, субъектам хозяйствования здесь более чем отвечает идеи децентрализации. Меньше власти в центре — больше власти у общества, территориальных громад и граждан. При этом политическая децентрализация ничего не будет стоить, если она не приведет к повышению уровня экономических свобод в Украине и значительно большему саморегулированию хозяйствующих субъектов. Сегодня за последних все решает государство: как урегулировать их взаимные отношения (законом), какие цены установить (управленческими актами), как обеспечить безопасность бизнеса (органами контроля и надзора), какие меры ответственности применить (государственное судопроизводство), как и кому помочь в ведении бизнеса (льготирование приближенных структур) и т. п.

Децентрализация должна сопровождаться, прежде всего, дерегулированием экономических отношений и деюридизацией общественной жизни. Лишь тогда сможет раскрыться экономический потенциал Украины. В частности, в частности важно:

- продолжить кодификацию законодательства, устранив обилие законов, которых не только сложно выполнять, но и знать и усваивать;
- предоставить реальную власть саморегулируемым предпринимательским организациям;
- установить стимулы ко внесудебному урегулированию споров, медиации, третейскому разбирательству;
- антиконкурентной политикой заместить ручное регулирование ценообразования, экспорта и импорта ;
- устранить монополии в сферах распределения важнейших ресурсов;
- внедрить полномасштабный доступ предпринимателей к государственным закупкам, возврату НДС, инфраструктурным проектам;
- ликвидировать «монстры» административно-хозяйственных полномочий, которые были не способны создать условия для развития отраслей, таких как, например: Администрация морских портов Украины;
- обеспечить реальную самостоятельность государственных предприятий, высших учебных заведений и научных учреждений по

использованию полученных доходов и много других проявлений огосударствления общественной жизни, которое искажает инициативность, отрицает продвижение инноваций и провоцирует коррупцию;

– провести регионализацию экономической политики. В частности, важно наделить регионы такой властью, которая способна создать благоприятные условия для развития экономических свобод, создания благоприятных условий для ведения бизнеса как предпосылки дальнейшего пополнения бюджета регионов, что позволит создать экономическую основу для их развития.

Должна появиться база для социально-экономической конкуренции регионов по принципу: создал лучше условия для жизни людей и ведения бизнеса — получи рост бюджета, развитие социальной сферы, повышение электоральной поддержки. Ведь сегодняшняя система, когда законы не позволяют регионам решать вопросы местной жизни, ущербна по сути. И дело даже не в том, что децентрализация власти может снизить «накал» политической борьбы, существующей по принципу — или все или ничего. Суть проблемы лежит глубже — в необходимости создания в Украине регионов-возможностей, когда лучший менеджмент на местном уровне, а не «связи с Киевом», приносит социально-экономический эффект; когда предприниматель чувствует, что уплата им налогов отражается на жизни его города, а потому местные чиновники все делают для защиты его частной собственности и снятия административных барьеров; когда должности правоохранителей зависят от эффективности борьбы с преступностью в конкретном населенном пункте, а не о того, кто министр или генеральный прокурор; когда капиталовложения в развитие инфраструктуры зависят не от количества «откатов наверх», а от эффективности использования местных ресурсов и хозяйственности руководителей на местах.

И здесь мало математического перераспределить доходы бюджета — например, 70 % оставить регионам, а 30 % — направить в центр. Мало, потому что местная власть должна иметь возможность содействовать формированию бизнес-климата, развивая гарантированные на общегосударственном уровне элементы экономической свободы субъектов, поощряя те формы социально-экономической активности, которые нужны территориальным громадам, выступая самым главным гарантом права частной собственности. Мало еще и потому, что общегосударственная власть должна не просто собирать деньги с регионов, но и обеспечивать сглаживание «дефектов» местного регулирования, выступать фактором единства и стабильного развития общества.

Вот почему вопрос политической децентрализации и самоорганизации — это прежде всего вопрос экономический, хозяйственный.

МЕЛЬНИК С. Б.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
профессор кафедры хозяйственного права и процесса
кандидат юридических наук, профессор

К ВОПРОСУ ОБ ИНСТИТУЦИОННОЙ СОСТАВЛЯЮЩЕЙ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ КОНКУРЕНТНЫХ ОТНОШЕНИЙ

В современном научном познании институционную систему правового опосредования конкурентных отношений рассматривают, как правило, с двух основных позиций. Первая устанавливает ту или иную сферу правового регулирования определенных общественных отношений, то есть речь идет о неких группах общественных отношений, урегулированных правовыми общностями, в рамках единой сферы правового регулирования, то есть речь идет именно о правовых институтах. Внешнее их выражение сопряжено с определенным правовым массивом, относительно которого обычно и происходит соответствующее оценивание. Базой такого внешнего выражения выступает, как правило, специальное законодательство. Так, к примеру, на современном этапе институционную основу антимонопольного регулирования США составляет ряд антitrustовских законов, административная и судебная практика (система прецедента). Основными законодательными актами в США являются: Закон Шермана, Закон Клейтона (1914 г.), Закон о Федеральной комиссии по торговле (1914 г., 1938 г.), Закон Робинсона-Петмана (1936 г.), Закон Селлера-Кефопера (1950 г.) и ряд других (Филюк Г. М. Світовий досвід антимонопольного регулювання та можливості застосування в Україні // Наукові праці Донецького національного технічного університету. Серія: економіка. Випуск 31–3 (117). Донецьк, ДонНТУ, 2007. с. 134).

Например, в Германии право конкуренции, по распространенному мнению, охватывает в узком смысле собственно традиционное конкурентное право (*Wettbewerbsrecht*), т. е. запреты неразрешенной конкуренции, например, вводящей в заблуждение рекламы, порядок скидок на товары и т. п., а в широком смысле также: а) право ограничений конкуренций в форме соглашений (картели, ценовой диктат господствующих на рынке субъектов); б) право законных (*gesetliche*) монополий. К праву конкуренции в широком смысле причисляют также патенты, образцы и пр. Наряду с понятием права конкуренции существует и понятие картельного, или антимонопольного, права (*Kartellrecht*). Основными источниками права конкуренции в широком смысле являются: а) Закон против неразрешенной конкуренции (*Gesetz gegen den*

Unlauteren Wettbewerbd — UWG) от 7 июня 1909 г. с последними изменениями от 17 декабря 1999 г.; б) Антимонопольный закон, или Закон о картелях (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)... К этим законам примыкают и другие... Крайне остра проблема источников европейского конкурентного права (Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. 2001. с.с. 451—452; 454—455).

В Европейском Союзе сосуществуют два уровня права конкуренции: право конкуренции ЕС и право конкуренции государств-членов. Важнейшие правила конкуренции содержатся в главе I «Право конкуренции» Раздела VII (VI) Договора о функционировании Европейского Союза. Они сформулированы в двух отделах: 1) правила, которые применяются к предприятиям (отдел 1); 2) государственная помощь (отдел 2). Второй составной частью конкурентного права ЕС является вторичное законодательство — решения, которые принимаются Европейским парламентом, Советом и Комиссией. Кроме этого разъяснения Суда ЕС, а с 1989 г. и Суда I Инстанции по соответствующим проблемам, то есть прецедентные нормы также включаются в число источников конкурентного права ЕС (Право Европейского Союза. Особлива частина: Навч. посіб. / За ред. М. Р. Аракеяна, О. К. Вишнякова. 2010. с. 40—41).

В Украине действует специальный Закон в сфере конкуренции (содержатся соответствующие нормы и в Основном Законе, и в кодифицированном акте сферы хозяйствования), который в свое время представлялся на правовую экспертизу в Украинско-Европейский консультативный центр по вопросам законодательства. Комитет получил благоприятные отзывы относительно проекта Закона от Четвертого генерального директората ЕС, Федерального картельного ведомства Германии, антимонопольных органов США. Фактически разработчиками был изучен более чем столетний опыт применения антitrustовского законодательства США и пятидесятилетний опыт Германии, проанализировано законодательство ЕС в сфере защиты конкуренции и изучена практика его применения Четвертым генеральным директоратом и судами ЕС (Чернелевская Е. Применение конкурентного законодательства // Юридическая практика. 2002. № 41 (251). с. 10). Включаются в антимонопольно-конкурентное законодательство Украины и иные нормативно-правовые акты (см. ст. 41 Хозяйственного кодекса Украины), внешне представляющие, таким образом, институционную основу правового регулирования конкурентных отношений.

Второе представление об институционной составляющей связано с выявлением и характеристикой функционирования специальных органов, задача которых сводится обычно к поддержанию и защите конкурентных отношений. Такое смысловое звучание в отечественный научный лексикон конкурентного права было привнесено, в первую очередь,

из характеристики конкурентной политики ЕС, конкурентного права ЕС, соответствующих институций ЕС. Институционная составляющая, к примеру, сравнительного конкурентного права связывается чаще всего с системой органов, в задачи которых входит поддержание и защита экономической конкуренции, противодействие монополизации рынков, неправомерному монопольному поведению субъектов на рынке. И речь обычно идет именно об органах, наделенных исключительно такой компетенцией. В последние годы произошло стремительное увеличение количества стран, которые ввели у себя антимонопольно-конкурентное законодательство и институций, призванных его применять. Если в конце 1980-х годов такие институции существовали в двух с половиной десятках стран, то сейчас, по данным Федеральной Торговой Комиссии США — в 122 странах (Цушко В. Глобальний вимір конкурентної політики // Конкуренція. Вісник Антимонопольного комітету України. 2012. № 4. С. 3). В Украине, например, с 1993 года — Антимонопольный комитет Украины (Режим доступа: <http://www.amc.gov.ua/amku/control/main/uk/publish/article/84960>). Международной организацией, которая объединяет сто сорок четыре конкурентных ведомств, а также неправительственные организации (представляют бизнес, группы потребителей, научные учреждения, юридические компании) является Международная сеть по вопросам конкуренции (International Competition Network, ICN (Режим доступа: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>).

МАРУЩАК В. П.

Одеський регіональний інститут державного управління НАДУ
при Президентіві України, завідувач кафедри права і законотворчого процесу,
професор

ПРАВО І СТРАТЕГІЧНЕ ПЛАНУВАННЯ ЕКОНОМІКИ

Стратегічне планування у сфері правового регулювання економічною діяльністю — це реалізація основних напрямків державної економічної політики, її цілей і завдань, функцій держави в соціально-економічній сфері шляхом проміркованого процесу прийняття управлінських рішень в правовій формі через діяльність органів державного управління у сфері економіки. Воно висловлюється в діях, спрямованих на досягнення максимальних результатів, виходячи із сильних сторін органів державного управління з використанням сприятливих умов навколо і в середині його. Ці дії включають у себе надання операціям властивостей

прагматичного і прогностичного характеру за рахунок їх обумовленості від економічних процесів і внутрішнього потенціалу органів державного управління, націлених на те, щоб уникнути ситуацій негативного характеру і добитися позитивних наслідків своєї діяльності в правовому регулюванні економічної сфери. Тому воно об'єднує цілі органу державного управління, його політику і дії в єдине ціле, на підставі і в межах правового регулювання. Стратегічне планування у сфері правового регулювання не слід сприймати тільки як розробку і реалізацію стратегічного плану. Мається на увазі, що рішення органів державного управління, які приймаються по основним напрямкам правового регулювання економіки, формуються на основі правових норм і уявляють з їх боку стратегічні дії. (Нижник Н. Р., Машков О. А. Системний підхід в організації державного управління. К. 1998., с.88.)

Суттєва відмінність стратегічного планування від інших форм планування полягає в тому, що воно не тільки спрямовано на досягнення кількісних показників, на розробку прогнозного стану об'єкту регулювання, на створення програм розвитку об'єкта регулювання, програмування розвитку економічних відносин, а на формування дій суб'єктів державного управління шляхом їх формалізації, як правило, за допомогою нормативних актів, використовуючи системоутворюючі планові основи. Стосовно до економічної сфери правове регулювання на основі стратегічного планування уявляє таку діяльність державних органів, яка виходячи із їх внутрішньої структури і наданої компетенції була б в змозі використати сильні свої сторони для прийняття проміркованих, ефективних і адекватних рішень з економічних питань в правовій формі.

Досягнення результатів означеного правового регулювання потребує зміни циклу розробки і прийняття правового акту в процесі нормотворчості органів державного управління. Розробка і прийняття правового акту на основі стратегічного планування передумовлює постановку питання про необхідність такого регулювання і розробку наукової концепції розробки проекту акту регулювання економічних відносин. Лише після цього може йти мова про розробку самого проекту правового акту. Наукова концепція, як стадія стратегічного планування органів державного управління, повинна передумовити рішення, які увійдуть у проект нормативного акту. Для цього необхідно окреслити проблему, яка повинна знайти своє відображення в правовому акті, як її можна вирішити, який державно — правовий механізм необхідно запровадити для ефективного управлінського рішення, хто конкретно буде виконувати і нести відповідальність за наслідки правового акту. Розробка наукової концепції правового акту дає змогу перейти до розробки його проекту, використовуючи накопичену базу і доповнюючи її компонентами необхідними для якісного змісту. З цієї метою проект необхідно

перевірити на відповідність до нормативної бази, провести експертизу наукової концепції, а потім і самого проекту, скласти графік проходження проекту правового акту управління, здійснити координацію різних відділів при розробці проекту. Такий підхід до розробки правових актів в економічній сфері органів державного управління, маючих стратегічну спрямованість дозволив би підвищити якість управлінських рішень і професіональніше виконувати свою роботу. (Підготовка законів і управління нормотворчістю в країнах центральної та східної Європи. К. 1998. с. 29.)

Розробка і прийняття правових актів державних органів з економічних питань вбирає в себе систематизацію дій, які повинні носити сталий і передбачений характер за рахунок зусиль, спрямованих на те, що б уникнути ситуацій, які гальмують діяльність самих органів, зменшують їх ефективність і негативно впливають на об'єкти економічного регулювання. Це означає, що державні органи при регулюванні економічних відносин повинні діяти в межах своєї компетенції, аналізувати стан об'єкту регулювання, розробляти правові акти так, щоб вони реально сприяли поліпшенню стану регулюючого об'єкту, тобто економічних відносин.

Стратегічне планування пов'язано з проміркованими діями державних органів, котрі спрямовані на прийняття рішень і здійснення таких дій, які об'єднують у собі економічну політику держави, а також опираються на реальність існуючих економічних відносин. Виходячи з цього прийняття управлінського рішення правового характеру включає в себе:

- 1) чітке формування завдань державного органу по регулюванню економічних відносин;
- 2) окреслення кордонів розробляемого та приймаемого правового акту;
- 3) виявлення можливостей і наявність ресурсів для реалізації правового акту;
- 4) визначення ефективності закладеного регулювання в правовому акті;
- 5) визначення наслідків реалізації змісту означеного рішення як в економічній так і соціальній сфері.

Стратегічне планування у сфері державного регулювання економіки слід розглядати як невід'ємну частину правового впливу. Річ йде про те, що рішення державних органів приймаються по головним напрямкам правового регулювання економіки шляхом конструювання внутрішньої структури правового акту, так і тих дій, які здійснює в зв'язку з цим орган державного управління. Тому стратегічне планування носить статично — динамічний характер, де статика — це правовий акт сконструйований на планових засадах, а динаміка це — є скоординовані планові

дії державного органу чи їх сукупність. Таким чином, стратегічне планування уявляє собою кристалізовані дії державних органів посередством правових актів, які формуються на планових засадах.

КВАСНИЦКАЯ О. А.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
доцент кафедры хозяйственного права и процесса,
кандидат юридических наук, доцент

МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ НАПРАВЛЕНИЯ РЕФОРМИРОВАНИЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ СТРОИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В УКРАИНЕ

Градостроительная, в том числе строительная деятельность относится к сложным, укрупненным межотраслевым правовым институтам, что находит правовую регламентацию в комплексной отрасли градостроительного законодательства. Учитывая происходящие мощные долговременные процессы геополитического значения, очевидной и необходимой является систематизация градостроительного законодательства в Украине, что позволит перейти от количественного к качественному правовому регулированию. В связи с этим актуальным остается вопрос усовершенствования градостроительного законодательства на базе Хозяйственного кодекса Украины с применением методологических и теоретических основ современной правовой идеологии и интеграции европейского опыта.

Объективизация методологических основ использования земель под застройку и упрощение разрешительных, согласительных процедур не позволила внедрить взаимодействие публично-правовых и частно-правовых основ законодательного обеспечения строительной деятельности. За рамками реформ остались важные вопросы, связанные с: уточнением существующей правовой терминологии; требованиями к строительной продукции и строительным объектам, которые поставлены в зависимость друг от друга; гарантированностью и защитой субъективных прав участников строительной деятельности; механизмами ответственности за нарушение градостроительного законодательства.

В Украине остается, не принятым Закона Украины «О саморегулирующих организациях». Между тем правовой хозяйственный порядок в Украине должен формироваться на основе оптимального соединения саморегулирования экономических отношений субъектов хозяйствования и государственного регулирования макроэкономических

процессов, что нашло свое отображение в предписаниях статьи 5 Хозяйственного кодекса Украины.

Несмотря на либерализацию государственного регулирования строительной деятельности, важным направлением является внедрения поэтапного контроля над возведением объекта строительства. Посредством, которого, обеспечивался бы общественный хозяйственный порядок и субъективные права участников строительных правоотношений. Учитывая, что градостроительное законодательство содержит нормы, регулирующие частноправовые и публично-правовые отношения, именно в сбалансированном подходе государственного регулирования и саморегулирования видится развитие экономической системы Украины.

Более открытых и понятных условий требуют отношения организации, проведения и финансирования строительства в Украине, особенно если это международные инвестиции для реализации масштабных строительных проектов. Таким образом, важным на сегодня является имплементация в национальную правовую сферу контрактов FIDIC — типовых условий для их применения в строительной деятельности с целью урегулирования взаимоотношений участников международных инвестиционно-строительных процессов.

На доктринальном уровне не найдено решения вопроса относительно момента приобретения объектом строительства статуса недвижимости. При этом ограничение его в гражданском обороте, позволяет недобросовестным застройщикам злоупотреблять своими правами, что приводит к двойным продажам, несанкционированному изменению проекта и другим нарушениям в строительной отрасли.

Весомым для гармонизации градостроительного законодательства Украины с европейской системой технического нормирования в строительстве имеет категориальный аппарат. Регламентом Европейского Парламента и Совета № 305/2011 от 9 марта 2011 «Об установлении гармонизированных условий для маркетинга строительной продукции и отмене Директивы Европейского Совета № 89/106/ЕЕС» (CPR 305/2011) введены два термина «основополагающие требования» [англ.: basic requirements] к строительным объектам и «существенные характеристики» строительной продукции. Такой подход позволяет аргументировать позицию относительно того, что в процессе возведения «объект строительства» — не совокупность движимых вещей, так как в процессе строительства строительная продукция имеет свойство трансформироваться в объект строительства.

Следует отметить, что отдельный блок градостроительного законодательства состоит из национальных ГОСТов и СНИПов, которые учитывают региональные особенности Украины и в силу этого не могут быть отображены в Еурокодах. В силу этого, гармонизация

градостроительного законодательства Украины с Еврокодами требует учета природно-климатических, сейсмических особенностей территории государства.

Обобщенный научно-теоретический анализ нормативных и доктринальных источников в сфере градостроительства позволяет определить основные тенденции и возможные перспективы правового регулирования организации, осуществления и финансирования строительной деятельности, которые усматриваются в следующем:

1) принятие Градостроительного кодекса Украины должно завершить кодификационный процесс в сфере регулирования градостроительных отношений, создать законодательную базу, адаптированную к нормам и принципам права Европейского Союза и международного права. Правовая идеология реформирования градостроительного законодательства не может не учитывать современные интеграционные процессы адаптации его к правовой системе Европейского Союза и требования ВТО;

2) модернизация законодательства в сфере строительной деятельности путем наращивания нормативного содержания Хозяйственного кодекса Украины, позволит имплементировать в его разделы нормы действующих правовых актов в сфере строительства и внедрить новые предписания с учетом целесообразности гармонизации его положений с правом Европейского Союза;

3) принятие Комплексной программы гармонизации украинской и европейской систем технического нормирования в области строительства, позволит подойти к поэтапному внедрению Еврокодов вместе с национальными приложениями, учитывающими региональные и социальные особенности Украины, так как Еврокодексы не могут заменить отечественные строительные нормы и правила в Украине. Приоритетными направлениями программы должны стать единые цели строительного нормирования и стандартизации;

4) дерегулирование хозяйственно-производственных отношений, путем либерализации условий договоров подряда в капитальном строительстве и имплементации стандартизированных проформ FIDIC;

5) применение комплексного подхода к выбору и применению правовых форм, норм, методов, принципов регулирования отношений, что опосредуют строительную деятельность с целью обеспечения баланса публичных и частных интересов.

В условиях глобализации концепция правового регулирования строительной деятельности должна основываться на сочетании государственного регулирования и саморегулирования, что позволит обеспечить равное подчинение всех участников отношений в сфере строительства требованиям экономического порядка.

КАРТУЗОВ М. Ю.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
доцент кафедры хозяйственного права и процесса,
кандидат юридических наук, доцент

ПРОБЛЕМЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ЭЛЕКТРОННЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В ХОЗЯЙСТВЕННОМ ПРОЦЕССЕ

С каждым днём всё больше возрастает значение информационных технологий и цифровых способов связи в жизни людей. Сегодня практически не одно заключение контракта, тем более международного, не проходит без использования электронной переписки, СМС сообщений, факсов, видеоконференций, многочасовых телефонных звонков и других способов связи, которые созданы для удобства решения деловых задач субъектами хозяйствования. Такое положение вещей приводит к тому, что важная информация, которая может понадобиться сторонам при разрешении спора в хозяйственном суде, нередко может содержаться только в электронном виде, например в форме СМС сообщений, истории электронных писем или информации на веб-сайте.

Однако, сегодня, нормативное регулирование в сфере доказывания в хозяйственном процессе не соответствует реалиям жизни, неоправданно тормозит их развитие.

Правовая регламентация отношений, возникающих между хозяйственным судом и участниками хозяйственного процесса не должна являться барьером, препятствующим защите законных прав и охраняемых законом интересов субъектов хозяйствования, наоборот, правовая регламентация должна быть адекватна тем отношениям, которые призвана упорядочить.

Необходимо напомнить, что согласно статье 32 Хозяйственного процессуального кодекса Украины, доказательствами по делу являются любые фактические данные, на основании которых хозяйственный суд в определенном законом порядке устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, на которых основываются требования и возражения сторон, а также иные обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения хозяйственного спора. Эти данные устанавливаются следующими средствами: письменными и вещественными доказательствами, заключениями судебных экспертов; объяснениями представителей сторон и других лиц, участвующих в судебном процессе. В необходимых случаях по требованию судьи объяснения представителей сторон и других лиц, участвующих в судебном процессе, должны быть изложены письменно.

Также в ст. 34 ХПК Украины закрепляются такие свойства доказательств, как относимость и допустимость. Если относимость означает, что предоставленные суду доказательства должны касаться именно рассматриваемого дела, то допустимость предполагает, что обстоятельства дела, которые в соответствии с законодательством должны быть подтверждены определенными средствами доказывания, не могут подтверждаться другими средствами доказывания. И вот здесь участники хозяйственного процесса сталкиваются с серьезными трудностями.

На Украине судебная практика пошла по тому пути, что раз электронные доказательства не предусмотрены в действующем ХПК в качестве допустимых средств доказывания, то никакие фактические данные не могут подтверждаться подобными доказательствами. Да, конечно, существует ч. 2 ст. 8 Закона Украины «Об электронных документах и электронном документообороте» от 22.05.2003 г., в которой четко закреплена норма, согласно которой *допустимость электронного документа как доказательства не может опровергаться лишь на основании того, что он имеет электронную форму*. Однако, данное правило не получило должного распространения в судебной практике, поскольку существования обозначенной нормы недостаточно для формирования полноценного правового режима использования электронных доказательств в хозяйственном процессе.

Например, заявки на оказание экспедиторских услуг поступают экспедитору от клиента по электронной почте, следовательно, для экспедитора единственная возможность доказать правомерность оказания услуг, в случае, если клиент отказывается подписывать акты приема-передачи выполненных услуг — убедить хозяйственный суд принять электронную переписку между сторонами в качестве допустимого доказательства.

Однако ХПК Украины, которым должен руководствоваться хозяйственный суд, при раскрытии понятия допустимости не предусматривает возможности подтверждения каких-либо фактических данных по электронным каналам связи.

Наименее конфликтным способом идентификации электронных документов является, безусловно, использование сторонами электронной цифровой подписи (далее — ЭЦП) при заключении сделок. Согласно ст. 1 Закона Украины «Об электронной цифровой подписи» от 22.05.2003г. ЭЦП представляет собой данные в электронной форме, которые получены в результате криптографической переработки и предназначены для идентификации пользователя. Пользование ЭЦП осуществляется путем ее наложения на электронный носитель информации, при этом для идентификации самого пользователя создается личный ключ, который выполняет роль своеобразного пароля

при получении доступа к ЭЦП того или иного лица либо организации. В соответствии с ч. 1 ст. 3 упомянутого Закона ЭЦП по своему правовому статусу приравнивается к собственноручной подписи (печати). Таким образом, ее наличие устраняет все риски, связанные с электронной формой документов. Она способна обеспечить достоверность и аутентичность нужной контрагентам информации и придать последней юридическую силу. Единственная проблема здесь, пожалуй, только слабая оснащенность хозяйствующих субъектов ЭЦП и ее дороговизна.

В России законодатель более продуманно подошел к вопросу использования электронных доказательств при осуществлении судопроизводства. В соответствии с ч. 3 ст. 75 Арбитражного процессуального кодекса РФ (далее — АПК РФ) документы, полученные посредством факсимильной, электронной или иной связи, в том числе с использованием сети Интернет, а также документы, подписанные электронной цифровой подписью или иным аналогом собственноручной подписи, допускаются в качестве письменных доказательств. Добавим также, что в этом Кодексе о возможности указания адресов электронной почты лиц, участвующих в деле, идет речь практически во всех процессуальных документах (в частности, подобная информация может быть включена в исковое заявление, отзыв на исковое заявление, заявление об обеспечении иска, о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда, апелляционную и кассационную жалобы и т. д.). Кроме того, ч. 3 ст. 121 АПК РФ позволяет арбитражным судам в случаях, не терпящих отлагательства, известить или вызвать лиц, участвующих в деле, и иных участников процесса по электронной почте.

В США электронные почтовые сообщения стали одним из самых широко используемых источников доказательственной информации. В 2006 году в *Federal Rules of Civil Procedure* были внесены серьезные изменения, касающиеся представления и оценки электронных документов и сообщений. Если ранее суды США применяли во внимание лишь официальную деловую переписку, то в деле *CX Digital Media, Inc. v. Smoking Everywhere, Inc.*, (*S. D. Fla. Mar. 23, 2011*) судом было принято решение, которое является значимым как для судебной системы США, так и для судебной системы в целом. В качестве доказательства изменения условий договора, суд принял во внимание переписку в программе *Jabber* между представителями ответчика и истца. Как результат было вынесено судебное решение, мотивированное содержанием этих электронных сообщений.

На Украине же судьи в отсутствие правовой регламентации этого вопроса на свой страх и риск приобщают к делу электронные материалы в распечатанном виде, если стороны не опровергают их достоверности.

Представляется, что для того, чтобы исправить сложившуюся в хозяйственном судопроизводстве неудовлетворительную ситуацию с использованием электронной переписки в качестве доказательств по делу, необходимо дополнить ХПК Украины нормами, аналогичными тем, которые содержатся в АПК РФ касательно признания юридической силы электронной переписки между субъектами хозяйствования.

Разумеется, в тот момент, когда будут расширены границы допустимости доказательств и появятся новые источники фактических данных, возникнет необходимость в специальных нормах, определяющих гарантии достоверности полученных сведений. К примеру, как определить, было ли то или иное электронное сообщение отправлено с надлежащего почтового ящика надлежащим субъектом? Учеными установлено, что технически вполне возможно установить, с какого именно компьютера был отправлен тот или иной документ, однако весьма затруднительно персонифицировать его отправителя. Усложняет электронный документооборот и то обстоятельство, что в электронные документы крайне легко внести изменения, что, в свою очередь, всегда будет провоцировать сомнения в их достоверности.

В этой связи было бы вполне логичным закрепить в хозяйственном законодательстве Украины норму, в соответствии с которой при регистрации в Едином государственном реестре юридических лиц и физических лиц-предпринимателей субъектам, наряду с иной информацией о себе, следовало бы указывать адрес своей электронной почты. Во-первых, это дало бы возможность хозяйственному суду извещать тяжущихся о состоянии рассмотрения дел по электронной почте, не прибегая к рассылке судебных извещений, выполненных на все дорожающей бумаге. Во-вторых, это позволило бы исключить из хозяйственного процесса такого «игрока», как почта, к работе которой у участников хозяйственного процесса возникает огромное количество вполне справедливых претензий.

Если же участники спора, пытаясь злоупотребить своими процессуальными правами, скрыли бы свой электронный адрес или апеллировали бы к его изменению, то суд на это всегда мог бы возразить, что направлял необходимую информацию на тот электронный адрес, который был указан в Едином реестре юридических лиц и физических лиц-предпринимателей, а значит субъекты считаются уведомленными надлежащим образом. Как известно, именно такой порядок в отношении бумажных извещений был введен Законом Украины «О судостроительстве и статусе судей», дополнившим ст. 64 ХПК Украины. Представляется, что пришло время аналогичным образом урегулировать и порядок направления электронных извещений.

ДОБРОВОЛЬСЬКА В. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри господарського права і процесу,
кандидат юридичних наук, доцент

ЩОДО КОНТРОЛЮЮЧОГО ХАРАКТЕРУ ВЕРТИКАЛЬНИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ ГОСПОДАРЮВАННЯ

У сферу правового регулювання повинні входити ті відносини, які мають наступні ознаки. По-перше, це відносини, в яких знаходять віддзеркалення як індивідуальні інтереси членів суспільства, так і, інтереси загально-соціальні. По-друге, в цих відносинах реалізуються взаємні інтереси їх учасників, кожен з яких йде на якийсь тиск своїх інтересів ради задоволення інтересів іншого. По-третє, відносини ці будуються на основі згоди виконувати певні правила, визнання обов'язковості цих правил. По-четверте, ці відносини вимагають дотримання правил, обов'язковість яких підкріплена достатньо дієвою силою (Теория государства и права. учебник для юридических вузов и факультетов. Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА. М, 1999. — С. 259.).

Усі ці ознаки притаманні організаційно-господарським відносинам, які складаються між суб'єктами господарювання і суб'єктами організаційно-господарських повноважень у процесі управління господарською діяльністю та характеризуються як вертикальні відношення. Такі відносини є проявом публічного та іншого владного інтересу у сфері господарювання і складаються між органами господарського контролю (наприклад, Антимонопольний комітет України, органами по контролю за цінами, органи стандартизації тощо) і підприємцями, між органами державного управління і державними підприємствами, між дочірніми підприємствами і материнською (холдинговою) компанією, між господарським об'єднанням і підприємствами, що входять до його складу тощо (Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / Кол. авт.: Г. Л. Знаменский, В. В. Хахулін, В. С. Щербина та ін.; За заг. ред. В. К. Мамутова. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — С. 13.).

Організаційні відносини виникають: при реєстрації і ліквідації (реорганізації) суб'єктів господарювання, внесенні змін до їхніх установчих документів; при видачі ліцензій, патентів, інших дозволів; при формуванні державного замовлення; при реалізації функцій державного контролю (нагляду) за сферою господарювання; при виконанні програм соціально-економічного розвитку; при забезпеченні вільної економічної конкуренції; при захисті прав споживачів; при забезпеченні якості продукції і безпеки виробництва; при відновленні

платоспроможності суб'єктів підприємництва або визнанні їх банкрутами; при наданні дотацій і пільг суб'єктам господарювання; при забезпеченні розрахунково-касової дисципліни і в багатьох інших випадках, зумовлених необхідністю державного втручання в сучасні економічні відносини.

Вертикальні відносини у сфері господарювання невіддільні від горизонтальних відносин. Наприклад, якщо організаційні елементи розрахункових відносин (касова дисципліна, порядок відкриття і використання банківських рахунків, єдність банківської системи) не існують для майнових (гроші, безготівкові перекази, кредитні ресурси тощо) і не зліті з ними воедино, то самі по собі, втративши майнову основу, вони не потрібні; і навпаки, що залишилося б від таких відносин, якби вони не були відповідно організовані (Кузьмин В. Ф. Кредитные и расчетные отношения в промышленности. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 29.). Саме тому в реальності не можна розчленувати норми, які регулюють господарські відносини, на самостійні частини цивільного й адміністративного права.

Відсутність організаційно-майнової єдності господарських відносин означала б їх руйнування і хаотичне існування. Свідомо тому — сумні уроки початку 90-х років, коли усунення держави від організації економічних відносин призвело до знищення виробничої сфери, гіперінфляції і падіння матеріального становища громадян України. Ось чому господарська діяльність — складно-організований, але єдиний економічний організм.

Правова природа організаційно-господарських правовідносин досліджувалася науковцями у радянський період, щоправда в той час вони мали назву «господарсько-управлінських» (що зумовлено об'єктивними причинами). Зокрема, В. К. Мамутов зазначав, що відносини між вищестоящими господарськими органами та підпорядкованими їм підприємствами є відносинами майнового характеру. Ці відносини регламентуються державою (в основному шляхом визначення компетенції вказаних органів у вирішенні господарських питань) і тому вони набувають правового характеру, тобто стають відносинами правовими. На відміну від інших форм господарських відносин, правові відносини майнового характеру між вищестоящими господарськими органами та підприємствами можна назвати господарсько-управлінськими (Мамутов В. К. Правовые отношения предприятий с вышестоящими хозяйственными организациями (сущность и основное направление совершенствования) (извлечение) / В. К. Мамутов // Экономика и право: сб. науч. тр. — К.: Юринком Интер, 2003. — С. 13.).

Г. Л. Знаменський наголошує, що одним із видів господарських правовідносин є відносні зобов'язальні господарські правовідносини,

які науковець поділяє на господарсько-управлінські, виробничо-господарські, внутрішньогосподарські. Господарсько-управлінські відносини — це відносини між органами господарського керівництва та підприємствами (об'єднаннями), що виникають, як правило, у сфері господарського управління (Хозяйственное право / Под ред. В. К. Мамотова. — К. : Юринком Интер, 2002. — С. 76.).

Аналізом правової природи організаційних відносин займалися також видатні цивілісти, зокрема, на думку О. О. Красавчикова, організаційні відносини як такі побудовані на основах координації або субординації соціальні зв'язки, що спрямовані на упорядкування (нормалізацію) інших суспільних відносин, дій їх учасників або на формування соціальних утворень (Красавчиков О. А. Категории науки гражданского права. Избранные труды / О. А. Красавчиков. — М. : Статут, 2005. — Т. 1. — С. 53.).

Сучасним вітчизняним дослідником О. П. Віхровим пропонуються такі ознаки організаційно-господарських правовідносин: 1) вони складаються у процесі управління (організації, регулювання, керівництва) господарською діяльністю; 2) сторонами цих відносин виступають, з одного боку, органи, які здійснюють таке управління (суб'єкти організаційно-господарських повноважень), а з другого — суб'єкти господарювання; 3) самі ці відносини мають господарсько-управлінський (організаційно-господарський) характер, є відносинами «по вертикалі» (Віхров О. Організаційно-господарські відносини як предмет правового регулювання / О. Віхров // Право України. — 2010. — № 8. — С. 61–62.).

Таким чином, організаційно-господарські відносини тісно пов'язані з термінами «державне управління», «державне регулювання», «державний нагляд та контроль». Організаційно-господарські відносини характеризуються контролюючою складовою через їх управлінсько-наглядову природу і суб'єктів, які наділені владними повноваженнями. Зазначені суб'єкти здійснюють контроль у межах своєї компетенції, які визначені нормами чинного законодавства. Контроль є державним, а його підвидами є фінансовий, антимонопольно-конкурентний, ціновий, податковий, пільговий, інвестиційний та інші.

РОЗУМОВИЧ І. М.

Таврійський національний університет ім. В. І. Вернадського,
доцент кафедри господарського і екологічного права,
кандидат юридичних наук, доцент

ЩОДО СТРОКУ ЛІКВІДАЦІЙНОЇ ПРОЦЕДУРИ В СПРАВІ ПРО БАНКРУТСТВО

Набрання чинності нової редакції Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (далі — Закон) ознаменувало широке коло нововведень щодо оптимізації процедур банкрутства в Україні, зокрема, порядку здійснення ліквідаційної процедури. Особливу увагу привертає питання строку ліквідації підприємства-банкрута, оскільки воно потребує додаткового регулювання й тлумачення існуючих норм. Відсутня і судова практика вирішення цієї проблеми.

За старою редакцією Закону строк ліквідаційної процедури не міг перевищувати 12 місяців. При цьому господарському суду було надано право на його продовження на 6 місяців. Натомість чинна редакція Закону встановлює імперативну норму, відповідно до якої господарський суд відкриває ліквідаційну процедуру строком на 12 місяців без можливості його продовження. Доцільність такого нововведення пояснюється прагненням законодавця до уникнення випадків затягування процесу ліквідації банкрута, що є досить актуальною проблемою для України, але погодитися з тим, що це дієвий спосіб її вирішення, важко.

На забезпечення ефективного захисту інтересів кредиторів у разі, якщо на момент закінчення строку ліквідації залишилися непроданими активи боржника і негайний продаж матиме наслідком істотну втрату їх вартості, ліквідатор передає такі активи в управління визначеній господарським судом юридичній особі, яка зобов'язана вжити заходів щодо продовження погашення заборгованості кредиторів боржника за рахунок отриманих активів. Ліквідатор у разі потреби передавання активів боржника, які залишаються непроданими на час закінчення процедури ліквідації, в управління іншій юридичній особі погоджує кандидатуру такої особи з комітетом кредиторів та звертається до господарського суду з відповідним клопотанням.

Таке клопотання ліквідатор надає господарському суду не пізніше ніж за два місяці до завершення процедури ліквідації і зазначає в ньому обсяг активів, що продавалися і не були продані, причини нездійснення продажу, а також загальну суму незадоволених вимог кредиторів. Законом встановлені деякі обмеження щодо кандидатури юридичної особи, до якої в управління передаються активи боржника.

Так, управителем майна боржника не може бути юридична особа, яка є кредитором, пов'язаною особою або акціонером/учасником боржника; не виконала зобов'язання перед боржником чи є стороною у судовій справі за участю боржника.

Якщо в ліквідаційній процедурі бере участь юридична особа, якій передаються в управління непродані активи боржника, то в цьому випадку між боржником і кредиторами укладається мирова угода, яка підписується керівником такої юридичної особи і повинна передбачати, зокрема, задоволення грошових вимог кредиторів на суму вартості майна боржника. В цьому випадку важливим є врахування положення ч. 1 ст. 78 Закону, відповідно до якого мирова угода може бути укладена тільки щодо вимог, забезпечених заставою, вимог другої та наступних черг задоволення вимог кредиторів, визначених Законом про банкрутство, тобто неможливим є її укладання щодо вимог першої черги.

Невирішеною залишається проблема, не пов'язана з продажем активів боржника, адже ліквідатор стикається з іншими питаннями в ліквідаційній процедурі, які майже завжди не вдається вирішити протягом 12 місяців (питання повернення дебіторської заборгованості, передачі об'єктів соціального призначення у власність місцевих органів влади та інш.). Судова практика також не надала пояснень щодо можливостей господарського суду подовжити строк процедури з цих причин.

Виходячи з вищевикладеного, недоліки законодавства з питання, що розглядається, можна звести до наступних:

1. Не регламентовано якими саме документами має здійснюватися така передача активів.

2. Не закріплено процесуальних наслідків передачі активів в управління юридичній особі, якщо така передача відбулася, а саме — не закріплені особливості затвердження звіту ліквідатора і ліквідаційного балансу, ні відповідної підстави для винесення ухвали про ліквідацію банкрута.

У такому випадку не може бути винесено ухвалу про ліквідацію, оскільки відсутні підстави, передбачені ч. 2 та ч. 5 ст. 46 Закону про банкрутство. Якщо ж виходити з загальних вимог Закону про банкрутство, то відповідно до п. 5 ч. 1 ст. 83 Закону про банкрутство затвердження мирової угоди є підставою для припинення господарським судом справи про банкрутство. А відповідно до ч. 4 ст. 7 Закону про банкрутство боржник, щодо якого були застосовані судові процедури банкрутства, вважається особою, що не має неврегульованих грошових зобов'язань. Таким чином, незрозуміло, чи є наслідком передачі активів банкрута в управління юридичній особі припинення підприємства-банкрута.

З метою вирішення зазначених проблем пропонується:

1. Встановити вичерпний перелік випадків, коли продовження ліквідаційної процедури можливе та конкретний строк імовірного продовження.

2. Закріпити на підставі яких саме документів має бути оформлена передача активів боржника юридичній особі, що їх приймає.

3. Закріпити повноваження щодо контролю господарським судом юридичної особи, яка прийняла активи банкрута в управління щодо погашення нею заборгованості перед кредиторами у вигляді надання звіту до господарського суду у строки, визначені у мировій угоді.

4. Доповнити статтю 46 Закону пунктом 1–1, що має визначати особливості затвердження звіту ліквідатора і ліквідаційного балансу та закріпити передачу активів боржника в управління юридичній особі як підставу для винесення ухвали про ліквідацію юридичної особи-банкрута.

ПОПЕЛЮК В. П.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри господарського права і процесу,
кандидат юридичних наук, доцент

ДО ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ДОСВІДУ УПРАВЛІННЯ ЖИТЛОВО-КОМУНАЛЬНИМ ГОСПОДАРСТВОМ

Житлово-комунальне господарство — це одна з важливих та пріоритетних галузей національного господарського комплексу, яка забезпечує життєдіяльність населених пунктів та суттєво впливає на розвиток економічних взаємовідносин у державі. При цьому від моделі управління житлово-комунальним господарством залежить ефективність реформування ринку житлово-комунальних послуг.

У сучасній світовій практиці управління житлово-комунальним господарством так чи інакше зводиться до того, що регулюючі органи визначають правила роботи приватних підприємств-конкурентів, захищають права споживачів, гарантують виконання стандартів якості на житлово-комунальні послуги, що проявляється в побудові системи менеджменту з децентралізованим управлінням та контролем за відхиленнями.

Загалом країни Західної Європи характеризуються наявністю розвинутого конкурентного середовища. Свої послуги на ринку житлово-комунальних послуг пропонують фірми різноманітних форм власності, що дозволяє споживачам обирати підприємства, котрі забезпечують

більш високі показники якості послуг та більш гнучкі тарифні схеми та умови платежів.

Цікаво, що в більшості зарубіжних країн, наприклад у Франції, Нідерландах, США, Канаді, Польщі, Словаччини, Чехії, Мексиці, Сінгапурі, Малайзії та інших, управління в сфері житлово-комунального господарства розглядається як окремий вид підприємницької діяльності, за яку керуюча організація отримує винагороду від власників приміщень, а відповідальність перед ними несе об'єднання (асоціація, товариство) власників житла. Всі основні управлінські рішення (насамперед, за розпорядженням фінансами та укладення договорів на закупівлю товарів і послуг) приймаються керівними органами товариства (асоціаціями) власників житла, в той час як керуюча компанія готує та обґрунтовує рекомендації для правління товариства. Фактично ринок житлово-комунальних послуг формує вимоги до керуючих компаній, невиконання яких робить їх неконкурентоспроможними. Перш за все це відноситься до страхування керуючою компанією (керуючим) своєї цивільної та матеріальної відповідальності на випадок нанесення збитку власникам житла в результаті неправильних дій керуючої компанії (Голубова М. И. *Международный опыт реформирования ЖКХ/ М. И. Голубова/ Сборник научных трудов/ Ставрополь, — 2002 — с. 58*).

Досвід управління житлово-комунальним господарством Швеції характерний тим, що широко розвинені об'єднання квартиронаймачів, які наглядають за якістю наданих житлово-комунальних послуг і цінами на них, ведуть роботу по взаємодії з державними та муніципальними органами влади, захищають свої права в суді. Кілька спілок та асоціацій квартиронаймачів, чисельність членів в яких сягає сотень тисяч, являє собою впливову силу, з якою рахуються всі політичні партії. Такі асоціації мають свою штаб-квартиру, регіональні та місцеві відділення. Крім того, у Швеції для вирішення спорів у цій сфері створений і успішно функціонує житловий суд, результатами роботи якого є: повна прозорість діяльності всіх структур ЖКГ і тарифів на житлово-комунальні послуги; відсутність корупції; висока якість обслуговування споживачів; пред'явлення споживачами позовів монополісту (Савельєва М. В. «Международный опыт правления жилищно-коммунальными хозяйствами в Швеции»// *Жилищное право — 2005 — № 4 — с. 25*).

Зарубіжний досвід Німеччини свідчить про те, що власники усіх квартир утворюють товариство власників житла. Крім того, законодавством встановлений обов'язковий вступ у товариство одночасно з придбанням квартири у власність, і жоден із власників квартир не може відмовитись від вступу в товариство. Товариство власників житла є управляючим органом, який реалізує свої повноваження через рішення, які приймаються загальними зборами членів товариства, які скликаються і

проводяться згідно зі статутом. Збори мають право брати на себе різноманітні зобов'язання у відношенні до житлового будинку, виступати у суді у якості позивача, або відповідача — зазвичай в особі управляючого кондомініуму. Товариство несе солідарну відповідальність по відношенню до спільного майна.

Цікавий досвід Польщі, яка в числі перших з держав колишнього соціалістичного табору перейшла на управління у сфері управління ЖКГ, створивши акціонерне товариство зі 100-відсотковим державним чи міським капіталом. Були об'єднані всі види комунальних послуг в єдину компанію. Всі економічні, технологічні процеси здійснюються холдингом. Основний курс, який взятий поляками, — надання якісної послуги та забезпечення надійності функціонування всіх об'єктів. У сфері ЖКГ Польщі діють постачальники різних форм власності. Так, в Краківській комунальній холдингу входять підприємства енергетики, водоканалу, муніципального транспорту. При цьому 100 % акцій холдингу належить гміні (мерії) міста Кракова, яка управляє грошовими потоками, виробництвом, веде контроль. У той же час, на ринку таких послуг, як прибирання, вивіз сміття, обслуговування житла в плані ремонту — багато приватних компаній (Голубова М. И. *Международный опыт реформирования ЖКХ/ М. И. Голубова/ Сборник научных трудов/ Ставрополь, — 2002 — с. 60*).

Таким чином, міжнародній досвід управління житлово-комунальним господарством свідчить про те, що механізм державного управління житлово-комунальним господарством повинен бути заснований на наступних підходах: реальна передача прав власності від муніципалітетів до громадян, створення ринку послуг по управлінню та утриманню житла, шляхом посилення антимонопольної політики та децентралізації управління, нормативності визначення тарифів на житлово-комунальні послуги та надання послуг.

ОСНОВНІ ПРОБЛЕМИ ТЛУМАЧЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО БАНКРУТСТВО ФІЗИЧНИХ ОСІБ-ПІДПРИЄМЦІВ

Порядок застосування законодавства про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом стосовно фізичних осіб-підприємців виявляє дві основні проблеми тлумачення.

Перша стосується визначення кола правовідносин за участю фізичних осіб-підприємців, які підпадають під процедури банкрутства.

Друга — співвідношення загальних процедур банкрутства та спеціальних процедур, визначених у ст.ст. 90–92 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (далі — Закон) стосовно фізичних осіб-підприємців. Останні є досить обмеженими за своїм регулятивним змістом, а тому на практиці виникають запитання щодо можливості розповсюдження на провадження про банкрутство громадян-підприємців загальних положень законодавства про банкрутство.

Проблема підстав банкрутства фізичних осіб-підприємців не є простою у зв'язку із тим, що не завжди можна визначити вірно, чи пов'язана діяльність фізичної особи із здійсненням підприємницької діяльності. Господарські суди в Україні займають досить формальну позицію щодо визначення підстав банкрутства фізичних осіб-підприємців. Така позиція є наслідком побоювання, що боржник-підприємець шляхом недобросовісного використання положень Закону намагатиметься уникнути виконання кредитних зобов'язань перед банками та іншими кредиторами. За такого підходу вказівка у договорі, що він укладено фізичною особою-підприємцем, трактується на користь підприємницького характеру боргу. Але це не повною мірою відповідає об'єктивному характеру сприйняттю змісту правочинів у цивільному та господарському законодавстві, коли категорії «фіктивних», «удаваних» правочинів (ст.ст. 234, 235 ЦК) повною мірою вимагають з'ясувати реальний, а не формальний зміст угод, коли в основі з'ясування обставин справи покладено принцип дослідження усіх доказів, а не лише письмових (ст. 32–43 ГПК) тощо.

Інша проблема торкається заперечення необхідності застосування до банкрутства громадян-підприємців загальних положень Закону. У цьому разі дослідники та окремі судді не звертають увагу на положення ст. 84 Закону: «Відносини, пов'язані з банкрутством суб'єктів

підприємницької діяльності, визначених у цьому розділі, регулюються Законом з урахуванням особливостей, передбачених цим розділом». Тобто передбачається, що положення, призначені для встановлення особливостей регулювання банкрутства окремих суб'єктів (комунальних підприємств, страхових організацій, фізичних осіб-підприємців тощо), не є самодостатніми. Субсидіарно до цих відносин застосовуються загальні положення законодавства про банкрутства. Але у цьому разі, дійсно, мають бути чітко визначені загальні процедури, що за природою не можуть бути застосовані стосовно банкрутства наведених спеціальних суб'єктів.

Зокрема, не може бути застосована при процедурі банкрутства фізичної особи-підприємця санація. Адже під санацією розуміється система заходів, що здійснюються під час провадження у справі про банкрутство з метою запобігання визнанню боржника банкрутом та його ліквідації, спрямована на оздоровлення фінансово-господарського становища боржника, а також задоволення в повному обсязі або частково вимог кредиторів «шляхом реструктуризації підприємства, боргів і активів та/або зміни організаційно-правової та виробничої структури боржника» (ч. 1 ст. 28 Закону). По-перше, санкція передбачає вплив на ті елементи правового статусу суб'єкта господарювання, що відсутні у фізичної особи підприємця: функціонування підприємства, організаційно-правова чи виробнича структура. По-друге, при санації відновлення платоспроможності боржника відбувається за рахунок інвесторів, які у свою чергу мають отримати певне відшкодування власних інвестиційних вливань за рахунок певних корпоративних прав боржника, майнових прав, нерозривно пов'язаних із комерційним найменуванням особи, що припинить своє існування у різі ліквідації юридичної особи. Але фізична особа-підприємець, звісно, не ліквідується і не може бути ліквідована у процедурі банкрутства — може бути лише припинення підприємницька діяльність відповідної фізичної особи. Тобто жодного сенсу у застосування заходів (у даному випадку санкції), які попереджають ліквідацію суб'єкта господарювання, чи вводять управління суб'єкта господарювання, немає. Так само, і ще більш очевидно, позбавлене будь-якого сенсу застосування такого заходу, як власно ліквідаційна процедура стосовно фізичної особи-підприємця.

Разом із тим, не можна виключити, наприклад, застосування до процедури банкрутства фізичної особи підприємця, наприклад, процедур призначення комітету кредиторів, хоча про це не йдеться у положеннях статей 90–92 Закону. У цьому контексті не можна погодитися із позицією колегії ВГСУ щодо застосування статей 47–49 Закону, які у попередній редакції стосувалися тих саме особливих питань провадження про банкрутство фізичних осіб-підприємців: «Колегія суддів касаційної

інстанції також погоджується із висновками попередніх судових інстанцій щодо відмови в задоволенні клопотання ПАТ «Укрсоцбанк» про зобов'язання ліквідатора С. І. Мішина скликати і провести збори комітету кредиторів, оскільки провадження у даній справі здійснюється за особливою процедурою банкрутства суб'єкта підприємницької діяльності — громадянина, яка регулюється ст.ст. 47–49 Закону і якими не передбачено створення комітету кредиторів (курсив мій — М. М.)» (Постанова Вищого господарського суду України у справі № Б-39/126–09). Але у випадку, коли особлива норма не передбачає певного застосування загальної норми, це не заперечує застосування загальної норми. Застосування загальної норми має виключатися прямо, чи виходячи із сенсу спеціальної норми. Але останнього колегією суддів ВГСУ не обгрунтовано, а тому не є правильним. Не випадково, відповідна позиція сьогодні аналізується Верховним Судом України як підстава неоднакового вирішення справ відповідної категорії.

Таким чином, виключення тих чи інших загальних положень законодавства про банкрутство стосовно фізичних осіб-підприємців вимагає всебічного обгрунтування, а не простої констатації про те, що прямо не передбачено законом стосовно банкрутства громадян-підприємців.

ЗГАМА А. О.

Міжнародний гуманітарний університет,
доцент кафедри цивільного та господарського права і процесу,
кандидат юридичних наук

ПРО ДОГОВІР ЕСКРОУ

При укладенні договорів учасники господарських відносин у тій чи іншій мірі зустрічаються з так званою проблемою «грошей та стільців». Ризик даного питання у багатьох економічно розвинутих країнах знижується за допомогою договорів ескроу. До сьогодні застосування ескроу українським законодавством не врегульовано. Проте розроблено проект Закону України «Про похідні фінансові інструменти (деривативи)», підготовлений Мінекономрозвитку за підтримки Європейського банку реконструкції та розвитку, з прийняттям якого будуть внесені зміни до ЦК України, зокрема планується главу 72 після статті 1076 доповнити новим параграфом 2 «Рахунок умовного зберігання (ескроу)». Аналізуючи положення зазначеного проекту змін до ЦК України, спостерігаємо обмежений підхід законодавця до можливостей ескроу цілому як договору. Так, ескроу розглядається як договір рахунка умовного

зберігання. Пропонується обмежити коло ескроу-агентів тільки банками, а об'єктом ескроу вважати тільки грошові кошти. З огляду на вищезазначене, виникає закономірне питання, чи відповідає запропонована конструкція потребам сучасного господарського обігу і якою має бути сфера застосування ескроу?

У США ескроу використовується у випадках іпотеки. Власник заставленого об'єкта (заставадавець) депонує грошову суму (у розмірі податку на майно й страхової премії, що відносяться до заставленого майна). Якщо заставадавець не виконує свій обов'язок зі сплати такого податку на майно і страхової премії, заставлена сума передається заставадержателю.

Ще одним прикладом застосування ескроу є ескроу програмного вихідного коду, коли ліцензіар (правоволоділець програми і володілець вихідного коду програми) передає виключне право на програму іншій особі, зберігаючи у себе вихідний код програми. Проте у разі застосування ескроу депонується вихідний код програми. У випадку смерті автора програми чи його банкрутства, невиконання автором зобов'язань, вихідний код передається покупцю виключного права на програму, тим самим дозволяє останньому уникнути проблем з можливою модифікацією самої програми.

Варіант запропонованих змін до ЦК України не враховує всіх можливостей договору ескроу, відомих світовій практиці. Зокрема, маємо переконання, що договір ескроу слід класифікувати як трьохсторонній договір, який укладається між депонентом, бенефіціаром і ескроу-агентом. До об'єктів цього договору слід віднести речі (включаючи грошові кошти в готівковій формі, документарні цінні папери і документи), безготівкові грошові кошти, бездокументарні цінні папери. Крім того, вважаємо, не слід обмежувати коло ескроу-агентів спеціальними суб'єктами (наприклад, банками) і отримувати спеціальний дозвіл на діяльність ескроу-агентів. Проте, якщо в якості ескроу-агента виступатиме особа, яка не є професійним учасником ринку цінних паперів, кредитною чи страховою організацією, нотаріусом, договір ескроу повинен набирати чинності з моменту нотаріального посвідчення дати укладення договору.

Слід також передбачити положення, за якими ескроу-агент зобов'язаний передати депоноване майно бенефіціару при виникненні вказаних у договорі підстав. Такими підставами можуть бути здійснення бенефіціаром або третьою особою будь-яких дій або настання строку чи події. У випадку коли договір ескроу передбачає необхідність пред'явлення бенефіціаром документів, що підтверджують виникнення підстав для передачі йому майна, ескроу-агент зобов'язаний перевірити їх за зовнішніми ознаками. Договором ескроу може також бути

передбачений обов'язок ескроу-агента перевірити наявність підстав для передачі майна бенефіціару.

Сфера застосування договору ескроу у господарському обігу може бути досить різноманітною. Розглянемо декілька прикладів.

По-перше, у випадку оренди нерухомості, частина орендної плати може бути депонована орендарем до закінчення оренди. Після закінчення строку договору ескроу і за відсутністю завданої шкоди орендованому майну, депонована сума повертається орендарю. Якщо мала місце така шкода, то депонована сума передається орендодавцю, що гарантує останньому наявність необхідних коштів для відшкодування збитків, пов'язаних з орендою майна за наявності шкоди, сприченої орендарем. Крім того, зазначене дозволить виключити недобросовісність орендодавців, котрі безпідставно утримують суму «забезпечувального платежу» після закінчення дії оренди.

По-друге, у випадку підряду на капітальне будівництво, частина ціни може бути депонована замовником до кінця гарантійного строку на будівельні роботи. Після закінчення гарантійного строку і за відсутністю гарантійних випадків, депонована сума повністю або частково повертається замовнику для відшкодування витрат, понесених при усуненні будівельних дефектів.

По-третє, доцільно планувати так звані угоди M&A саме за допомогою ескроу. Так, покупець активу депонує частину його ціни до певного строку, в який продавець активу повинен здійснити певні корпоративні дії. Якщо ці дії здійснені, депонована сума передається продавцю, а якщо ні — депонована сума повертається покупцю. При цьому отримуємо захист інтересів покупця, при цьому продавець активів має матеріальний інтерес для належного виконання своїх зобов'язань.

У літературі можемо зустріти висловлювання про недоцільність застосування ескроу з огляду на його схожість з акредитивом. Дійсно, ескроу певною мірою нагадує акредитив. Разом з тим, у запропонованій нами конструкції даного договору ескроу-агентом може бути не тільки банк, але й будь-яка інша особа, а об'єктом депонування можуть бути не тільки грошові кошти й векселя, але й інші види майна, на відміну від акредитива.

Таким чином, ефективність використання договору ескроу гальмується недоліками законодавства в цій сфері. Досі не сформовано повноцінного правового поля застосування механізмів ескроу, єдиної концепції щодо його запровадження та регулювання. Договір ескроу не слід зводити лише до договору рахунку умовного зберігання, як це запропоновано у проекті змін до чинного законодавства України.

ПЕТРОВ В. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри господарського права і процесу,
голова Господарського суду Одеської області, суддя

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ПОЛОЖЕНЬ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ПРИМУС ДО ВИКОНАННЯ ОБОВ'ЯЗКУ У НАТУРІ

Серед способів захисту порушеного права та інтересу ч. 2 ст. 16 ЦК України передбачає примусове виконання обов'язку в натурі. Аналогічні положення передбачені у ГК України, зокрема, у положеннях ч. 2 ст. 20 вказаного Кодексу. Крім того, наприклад, у ст. 203 ГК передбачається, що сплата штрафних санкцій за невиконання або неналежне виконання господарського зобов'язання не звільняє боржника від виконання зобов'язання в натурі.

Підхід щодо виконання обов'язку у натурі є традиційним для країн континентального права, зокрема й України, та навіть таким, стосовно доцільності застосування якого не існує якої-небудь ґрунтовної дискусії. Хоча зміст відповідних положень втрачає таку очевидність, якщо врахувати положення англо-американського права, де такий принцип не діє. Зокрема, Цвайгерт та Кетц відзначають концепції «неприпустимості рабства», «сумнівної якості примусових робіт», «неможливості перевірки відповідності способу надання послуг» тощо (Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в области частного права. — М., 1998. — Т. 2. — С. 214.), що пояснюють більшу справедливість такого способу захисту як стягнення збитків.

Примус до виконання обов'язку у натурі сприймається в країнах континентального права як певне продовження сили зобов'язання, як такого, реального виконання зобов'язання. Це призводить до виникнення низки проблем, серед яких, наприклад, виділяється проблема співвіднесення способу захисту із способом виконання відповідного рішення суду.

При прийнятті судового рішення про присудження до виконання обов'язку у натурі суд може зіштовхнутися із юридичною чи фактичною неможливістю виконання цього обов'язку, враховуючи, зокрема, положення Закону України «Про виконавче провадження» чи обставини справи.

Звичайно, проблема лежить й у площині принципу диспозитивності сторін у господарському чи цивільному процесі — у випадку, якщо сторона вимагає такий спосіб захисту, який неможливо ефективно виконати у зв'язку із прогалинами законодавства про виконавче провадження

чи збереженням елементів волевиявлення боржника на таке виконання, суд не може втручатися у компетенцію суб'єкта господарювання та відмовляти у захисті порушеного права обраним позивачем способом.

Але випадки об'єктивної неможливості виконання не можуть не враховуватися судом. Адже у супротивному випадку рішення суду не лише було б пустопорожнім, чим знецінювався б принцип права особи на справедливий суд, але й прямо порушувалися б положення закону.

Примус до виконання обов'язку у натурі не може бути покладено в основу судового рішення у разі, якщо його не можна виконати з незалежних від боржника причин.

Зокрема, як зазначає В. Д. Андрійцьо, у випадку втрати боржником ліцензії на проведення робіт або надання передбачених договором послуг «неможливе винесення судового рішення про зобов'язання боржника виконати певні роботи або надати послуги навіть у тому випадку, коли на боржника обов'язок виконати роботи або надати послуги покладений законодавством», адже «застосування такого способу захисту цивільних прав як примусове виконання обов'язку в натурі неможливе, якщо боржник з незалежних від нього причин втрачає можливість виконання таких робіт або надання послуг» (Андрійцьо В. Д. Примусове виконання обов'язку у натурі в зобов'язаннях з виконання робіт та надання послуг // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. — С. 70—74 — С. 74).

Але у цьому разі існує проблема виявлення обставин, що унеможливають зобов'язання загалом у зв'язку із неможливістю виконання. Так, названа В. Д. Андрійцьо обставина існування «незалежних від боржника причин», коли він «втрачає можливість виконання зобов'язання», не може бути кваліфікована як припинення виконання без вирішення питання про припинення зобов'язання загалом.

У цьому разі, як видається, необхідно розмежовувати обов'язок, що існував під час дії зобов'язання, та обов'язок, неможливість виконання якого виникло вже після прострочення виконання зобов'язання. Якщо у підрядника в обговорюваному прикладі була відсутня ліцензія на момент укладення договору, то такий правочин є недійсним у силу статей 227 ЦК та 207 ГК, а зобов'язання не виникло як таке. При цьому у підрядника виникає зобов'язання з відшкодування моральної шкоди як позадоговірною зобов'язання, якщо він ввів другу сторону в оману щодо свого права на вчинення такого правочину. Але у випадку, коли неможливість виконання виникла вже після прострочення виконання, таке зобов'язання має визнаватися саме таким, що не припинилося, хоча не може бути примусово виконане, а тому не може бути застосований такий спосіб захисту, як примус до виконання обов'язку у натурі. Не випадково у ч. 7 ст. 180 ГК зазначається, що закінчення строку дії

господарського договору не звільняє сторони від відповідальності за його порушення, що мало місце під час дії договору.

Випадки припинення зобов'язання у зв'язку з неможливістю виконання передбачені ст. 158 КТМ, відповідно до якої договір морського перевезення вантажу припиняється без заяви однієї зі сторін про припинення договору (зобов'язання) і без обов'язку відшкодування збитків, заподіяних припиненням зобов'язання, якщо після укладення договору і до виходу судна з місця навантаження внаслідок обставин, незалежних від сторін, настануть такі випадки: 1) судно загине або буде захоплене силоміць; 2) судно буде визнано непридатним до плавання; 3) загине вантаж, що являє собою індивідуально визначену річ; 4) загине вантаж, що являє собою речі, визначені родовими ознаками, після здачі його для навантаження, а відправник не встигне здати інший вантаж замість загиблого. З перелічених підстав договір морського перевезення припиняється і під час рейсу. При цьому слід враховувати, що спеціальні правила ст. 158 КТМ не ставлять припинення зобов'язань за обставин, зазначених у цій статті, у залежність від наявності чи відсутності вини перевізника, відправника вантажу чи третіх осіб.

Припинення зобов'язань унаслідок неможливості виконання незалежно від вини однієї з сторін у настанні обставин, що обумовили неможливість виконання передбачено також й спеціальними правилами п. 1 і п. 6 ч. 1 ст. 1044 ЦК України, ч. 1 ст. 593 ЦК України та ст. 28 Закону України «Про заставу», а також ч. 2 ст. 36 Закону України «Про оренду державного і комунального майна».

У цьому контексті суперечливими та такими, з якими жодним чином не можна погодитися, виглядають думки навіть відомих правознавців. Наприклад, В. М. Коссак зазначає: «Водночас у юридичній практиці відомі випадки, коли сторона в зобов'язанні, яке базується на договорі, не може виконати свій обов'язок у натурі з власної вини. Наприклад, продавець уклав договір купівлі-продажу з двома особами щодо однієї і тієї самої речі, визначеної індивідуальними ознаками. Оскільки річ передана третій особі, за правилами віндикації у добросовісного набувача її витребувати згідно з новим Цивільним кодексом неможливо (ст. 620 ЦК). Покупець може лише відмовитися від договору. На мою думку, у коментованому випадку має йтися не про відмову від договору, а про припинення зобов'язання внаслідок неможливості його виконання з вини боржника. У цьому разі правовим наслідком повинно бути право кредитора на відшкодування завданих збитків (Коссак В. М. Проблеми припинення зобов'язань у Цивільному Кодексі України // <http://lib.chdu.edu.ua/pdf/naukpraci/politics/2007/69-56-32.pdf>).

Разом з тим не можна вимагати стягнення збитків за зобов'язанням, яке припинилося — «ніщо не породжує щось». Тим паче, що у даному

випадку припинення зобов'язання не може кваліфікуватися як таке, адже неможливість виконання тут залежить від однієї сторони, а у положеннях ст. 607 ЦК та у ст. 205 ГК неможливість виконання пов'язане із «обставиною, за яку жодна із сторін не відповідає».

Таким чином, питання про застосування примусу до виконання обов'язку у натурі має вирішуватися у контексті принципу диспозитивності сторін, але враховуючи обставини об'єктивної неможливості виконання.

ЛІПСЬКА О. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри господарського права і процесу,
провідний юрист юридичного відділу

ДО ПИТАННЯ ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА В МЕХАНІЗМІ РЕАЛІЗАЦІЇ ІННОВАЦІЙНИХ ПРОЕКТІВ

Реалізація інноваційних проектів сьогодні об'єктивно ускладнена в силу не лише великої кількості законодавчих актів, але й низькою якістю законодавчого матеріалу, коли правові норми відповідних законів є декларативними, оскільки не враховують реальні пріоритети та фінансові можливості держави.

Відсутність фактично сформованих державно — приватних інноваційних відносини заважає підприємницькій ініціативі та характеризується відсутністю інноваційних процесів «знизу» «верх». Між тим, в західній теорії інновацій останні ототожнюються із підприємництвом. У цьому ракурсі українське законодавство не відповідає міжнародним стандартам.

Тема державно — приватного партнерства в господарсько — правовому механізмі реалізації інноваційних проектів є досить актуальною, адже інновації як основа інноваційного проекту, є результатом досліджень та розробок, основна частка яких сконцентрована в державному секторі (академічної і вузівської науки). При цьому, даний сектор не пристосований для здійснення інноваційної діяльності, адже, по — перше, є некомерційною сферою господарювання, по — друге, не має необхідних фінансових та інфраструктурних ресурсів, по — третє, не має стимулів та механізмів впровадження та подальшої реалізації інновацій. Існуючий стан речей потребує від держави, з одного боку, збереження та реалізації свого наукового та інноваційного потенціалу, а з іншого, — забезпечення мотивації та активізації інноваційних відносин

в приватній сфері. Реалізація цих завдань можлива шляхом використання дієвих форм державно — приватного партнерства (ДПП).

Загальні організаційно-правові засади взаємодії державних та приватних партнерів містяться у Законі України «Про державно — приватне партнерство» (надалі — Закон). І хоча, стаття 4 Закону прямо не закріплює ДПП в інноваційній сфері, проте обмеження стосуються лише господарської діяльності, здійснення якої дозволяється виключно державним підприємствам, установам та організаціям.

Позитивним кроком у розвитку ДПП в інноваційній сфері є, по — перше, його визначення як механізму інноваційного розвитку (Програма економічних реформ на 2010—2014 р. «Заможне суспільство, конкурентоспроможна економіка, ефективна держава» // Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/content/ker-program.html>), по — друге, визначення ДПП як інструменту залучення інвестицій. (Постанова «Про затвердження Програми розвитку інвестиційної та інноваційної діяльності в Україні» від 2 лютого 2011 р. № 389 // Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/389-2011-p>). При позитивній направленості інноваційного законодавства, дані норми є декларативними, оскільки не мають механізмів їх виконання на практиці.

Окремі заходи ДПП передбачені Законами України «Про державне регулювання трансферу технологій», «Про наукові парки», «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків». Спільним недоліком яких є обмеження форм ДПП, тобто, аналіз показує, що в Україні приваляює договірна форма ДПП (заснована в основному на традиційній моделі замовлення науково-технічної продукції та спільній діяльності без об'єднання вкладів).

Позитивним є зарубіжний досвід формування ефективної моделі ДПП, що розроблюється на рівні країн ЄС, та країн-учасниць ОЕСР, відповідно до якої державно-приватне партнерство є не тільки договірною формою взаємодії держави і приватного партнера, і навіть, не тільки організаційно-інституціональною основою цієї взаємодії, скільки ефективною моделлю гармонізації публічних і приватних інтересів в інноваційній стратегії. Зокрема, Організація економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР) (OECD Science, Technology and Industry Outlook, 2004. — Paris, 2004. — 234 с.) визначає ДПП як будь-які офіційні відносини або домовленості на фіксований / необмежений період часу між державними і приватними учасниками, у якому обидві сторони взаємодіють у процесі ухвалення рішення і співінвестують обмежені ресурси, такі як гроші, персонал, устаткування й інформацію для досягнення конкретних цілей у визначеній сфері науки, технологій й інновацій. Дане визначення, дозволяє досить комплексно окреслити суть ДПП, оскільки не містить обмежень щодо форм, строків, видів взаємодії

приватних та державних партнерів, що дає змогу використовувати договірні, інфраструктурні форми та інші види офіційних форми взаємодії, направлені на досягнення інноваційних цілей.

Для реалізації даної моделі в Україні необхідно не тільки гармонізувати та адаптувати її до українських умов, але й виробити чіткі та дієві механізми взаємодії приватних та державних партнерів.

Таким чином, необхідною умовою проведення системних перетворень в науково-технічній та інноваційній сфері шляхом запровадження дієвих форм ДПП є активне залучення в інноваційні процеси, що протікають в межах реалізації інноваційних проектів приватного сектору (промислових підприємств, бізнесу, недержавних фінансових установ).

Зокрема, для активізації та мотивації приватних партнерів необхідно:

По — перше, передбачити ефективні організаційно-правові форми суб'єктів ДПП, а саме: 1) закріпити можливість створення корпоративних комерційних підприємств, в яких державні наукові установи брали б участь майновими правами на технології поряд з фінансовою участю приватних інвесторів та промислових підприємств, що заінтересовані у впровадженні технологій; 2) закріпити можливість створення господарських об'єднань: корпорацій, консорціумів, технологічних альянсів за участю державних установ.

По — друге, вирішити питання передачі майнових прав на технології, що створені за державні кошти, в саме: 1) закріпити механізми недержавного або часткового державного фінансування створення і впровадження таких технологій; 2) створити інфраструктурну допомогу трансферу технологій з державного сектору.

ШУХАТЯН Х. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри господарського права і процесу, аспірантка

ДО ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ СТОРІН У ПОРЯДКУ ПРОВАДЖЕННЯ ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ ТРЕТЕЙСЬКИХ СУДІВ ТА ПРО ВИДАЧУ ВИКОНАВЧИХ ДОКУМЕНТІВ НА ПРИМУСОВЕ ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ТРЕТЕЙСЬКИХ СУДІВ

Досліджуючи питання правового положення сторін у господарсько-му процесі, необхідно звернути увагу на проблему виокремлення інституту сторін в одній з особливих форм господарського процесу, а саме у провадженні у справах про оскарження рішень третейських судів та

про видачу виконавчих документів на примусове виконання рішення третейського суду.

Згідно з положеннями чинного Господарського процесуального кодексу України, учасниками даної форми господарського процесу виступають сторони, треті особи, а також особи, які не брали участь у справі, у разі якщо третейський суд вирішив питання про їх права і обов'язки.

Але в даному контексті, вживаючи поняття сторони, законодавець має на увазі сторін іншої неюрисдикційної форми, що здійснюється третейським судом шляхом вирішення спору та прийняття рішення по суті. У даному випадку, згідно з чинним Законом України «Про третейські суди», сторонами виступають позивач та відповідач.

Однак, на нашу думку, виокремлення провадження у справах про оскарження рішень третейських судів та про видачу виконавчих документів на примусове виконання рішення третейських судів в якості самостійної форми господарського процесу потребує наявності усіх основних елементів: системи учасників провадження, в тому числі самостійних сторін провадження, спеціального порядку розгляду справ, наявності окремого судового акту за результатами розгляду справи.

Таким чином, однією із сторін даної форми процесу завжди виступає заявник, тобто особа, що звернулася до господарського суду із заявою про скасування рішення третейського суду чи про видачу документу про примусове виконання рішення господарського суду. Згідно з діючим законодавством заявниками можуть виступати наступні учасники третейського розгляду спірних правовідносин, учасників позовного провадження: позивач та відповідач, треті особи, а також інші особи, що не брали участь у справі, у разі якщо третейський суд вирішив питання про їх права і обов'язки.

При чому у справах про оскарження рішення третейського суду, заявником може виступати як позивач так і відповідач третейського розгляду справи, в залежності від того, на чію користь прийнято рішення третейським судом. Але, що стосується справ про видачу виконавчих документів на виконання рішення третейських судів, то заявником може виступати лише та сторона спірного правовідношення, для якої рішенням суду передбачені певні права, для здійснення яких необхідно отримання спеціального документу — наказу господарського суду.

Іншою стороною провадження у справах про оскарження рішення третейських судів та у справах про видачу виконавчих документів на примусове виконання рішення третейських судів повинна виступати особа, для якої законом та рішенням суду передбачена протилежна роль у спірних правовідносинах. Так, якщо за результатами розгляду спору, рішення третейського суду було ухвалено на користь позивача, а відповідач по справі звернувся із заявою про оскарження даного рішення

до господарського суду, то позивач автоматично стає іншою стороною даної форми господарського процесу, у зв'язку з чим закон наділяє його певним колом прав та обов'язків.

В іншому випадку, відповідач по справі, що була розглянута третейським судом може виступати іншою особою у справах про видачу виконавчих документів на примусове виконання рішення третейських судів.

Так, наприклад, в Законі України «Про третейські суди» встановлюється вимога щодо повідомлення про час і місце розгляду заяви про видачу виконавчого документа на рішення третейського суду лише сторін третейського розгляду. Видається, що визначаючи коло осіб, які мають брати участь в розгляді справи про видачу виконавчого документа і повідомлятися судом про розгляд такої справи, слід виходити з того, на кого за рішенням третейського суду покладені певні обов'язки. Якщо рішенням третейського суду покладені обов'язки лише на сторін третейської угоди, то лише їх і слід повідомляти про час і місце розгляду заяви. Якщо ж рішенням третейського суду покладені обов'язки на особу, яка не є стороною третейської угоди, то ця особа фактично є відповідачем у третейському розгляді, навіть якщо третейський суд помилково визначив її як третю особу або взагалі не залучив до участі у справі та не повідомив про розгляд справи. Така особа, звичайно, має розглядатись і як сторона у справі про видачу виконавчого документа, а відтак і повідомлятися судом про час і місце розгляду такої справи (Попов Ю. А., Теоретико-прикладні проблеми господарського процесуального права/ Ю. А. Попов// Журнал «Українське комерційне право». — № 11. — 2011 року. — С. 59).

В результаті вищевикладеного, вважаємо, що у чинному господарському процесуальному законодавстві не існує чіткого розуміння щодо положення сторін в особливих формах господарського процесу, у тому числі у провадженні у справах про оскарження рішень третейських судів та про видачу виконавчих документів на примусове виконання рішення третейського суду. У зв'язку з цим, доцільним є законодавче виокремлення інституту сторін у даному виді господарського провадження, що буде сприяти якісному розвитку правового положення сторін у господарському процесі України.

СОРОКИНА Т. Б.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
аспирантка кафедры хозяйственного права и процесса

О ПРАВИЛАХ РАБОТЫ УЧРЕЖДЕНИЙ (ПРЕДПРИЯТИЙ) РЕСТОРАННОГО ХОЗЯЙСТВА

В современной Украине правовое регулирование деятельности субъектов хозяйствования в сфере ресторанного хозяйства осуществляется, в частности, специальным правовым документом. Следует отметить, что достаточно длительное время, с учетом построения и функционирования правовой системы СССР, а также законодательства Украины о правопреемстве, на территории УССР, а затем и Украины (вплоть до июля 1995 г.) действовал приказ Министерства торговли УССР от 03.03.1975 г. № 60. Со времени же провозглашения независимости специальный правовой документ принимался уже дважды и в него вносились изменения.

Так, приказ, действовавший более двадцати лет, был отменен приказом Министерства внешних экономических связей Украины «Об утверждении Правил работы предприятий общественного питания» от 03.07.1995 г. № 129 (далее — Правила). Как было отмечено в принятом документе, эти Правила регламентировали основные требования к работе хозяйствующих субъектов — предприятий (их объединений), учреждений, организаций независимо от форм собственности, граждан-предпринимателей, иностранных юридических лиц, которые осуществляют предпринимательскую деятельность на территории Украины, в торгово-производственной сфере (общественном питании). Кроме общих положений в них содержались требования к организации производства и реализации продукции; организации обслуживания потребителей; ценам и ценообразованию; контролю за работой хозяйствующих субъектов.

В Правила трижды вносились изменения Приказами Министерства внешних экономических связей и торговли Украины: № 252 от 29.04.1998 г.; № 402 от 07.07.1998 г.; № 168 от 23.03.1999 г. Первые изменения были внесены в связи с принятием и введением в действие Закона Украины «О качестве и безопасности пищевых продуктов и продовольственного сырья» от 23.12.1997 г. (сегодня — Закон Украины «О безопасности и качестве пищевых продуктов», название в редакции Закона № 2809-IV от 06.09.2005 г.).

Следующие изменения Правил в 1998 году были вызваны внесением изменений в законодательство о лицензировании, в частности, в ст. 4 Закона Украины «О предпринимательстве»: Закон Украины

«О внесении изменений в Закон Украины «О предпринимательстве» от 23.12.1997 г. Следует напомнить, что Закон Украины «О предпринимательстве» от 07.02.1991 г. утратил свое действие, кроме ст. 4, после вступления в силу Хозяйственного кодекса Украины. Однако и ст. 4 Закона Украины «О предпринимательстве» сегодня действует в редакции Закона Украины «О лицензировании определенных видов хозяйственной деятельности» от 01.06.2000 г. с последующими изменениями.

Приказом Министерства внешних экономических связей и торговли Украины «О внесении изменений и дополнений в некоторые нормативные документы МВЭСторга» от 23.03.1999 г. № 168 в Правилах было исключено понятие «наценочная категория», внесены изменения в классы предприятий общественного питания.

Приказом Министерства экономики и по вопросам европейской интеграции Украины «Об утверждении Правил работы учреждений (предприятий) общественного питания от 24.07.2002 г. № 219 (далее — Правила 1) Правила были отменены. Пункт 1.1 Правил 1 устанавливал, что ими регламентируются основные требования к работе субъектов хозяйственной деятельности (учреждений, предприятий) всех форм собственности, которые осуществляют деятельность на территории Украины в сфере общественного питания. На момент своего принятия Правила 1 содержали пять основных пунктов: общие положения; организация производства и продажа продукции; организация обслуживания потребителей; цены и ценообразование; контроль за работой субъектов хозяйственной деятельности. Указанная структура акта актуальна и сегодня.

Изменения же и дополнения в данный правовой документ с момента принятия по сегодняшний день вносились соответствующими приказами пять раз. Так, приказом от 03.11.2003 г. № 303 были внесены дополнения в отношении мелкорозничной торговой сети.

С целью обеспечения реализации основных направлений государственной политики по предупреждению и уменьшению употребления табачных изделий и их вредного влияния на здоровье населения, руководствуясь положениями соответствующего Закона Украины, следующие изменения в Правила 1 были внесены приказом от 17.05.2006 г. № 170.

Далее изменения затронули несколько положений правил регулирования учреждений (предприятий) общественного питания. Именно приказом Министерства экономики Украины «О внесении изменений в некоторые приказы» от 09.10.2006 г. № 309 категория «общественное питание» была заменена на новую категорию «ресторанное хозяйство». Таким образом, сегодня п. 1.1 Правил 1 устанавливает регламентацию основных требований в сфере ресторанного хозяйства.

Приказом Министерства экономики Украины от 25.01.2008 г. № 21 в тексте Правил 1 было изменено указание о Постановлении Кабинета Министров Украины «О Порядке занятия торговой деятельностью и правила торгового обслуживания населения» от 08.02.1995 г. № 108 на вновь принятое Постановление Кабинета Министров Украины «Об утверждении Порядка занятия торговой деятельностью и правил торгового обслуживания населения» от 15.06.2006 г. № 833 (сегодня, с учетом изменений, — «Об утверждении Порядка занятия торговой деятельностью и правил торгового обслуживания на рынке потребительских товаров»).

Последние изменения, внесенные в приказ Министерства экономики Украины от 10.11.2009 г. № 1239, затронули уже изменяемый ранее п. 3.10 Правил 1 (Приказ от 17.05.2006 г. № 170) относительно предупреждения и уменьшения употребления табачных изделий.

Таким образом, можно проследить достаточно активное изменение правил работы субъектов хозяйствования в сфере ресторанного хозяйства, которые объясняются как изменением общих законодательных требований, так и развитием данного вида хозяйственной деятельности. Однако и оно не разрешает всех тех правовых коллизий, которые требуют своего устранения и приведения специального законодательства в соответствии требованиями, например, Хозяйственного кодекса Украины, в частности, относительно субъектов хозяйствования в сфере ресторанного хозяйства.

ЯСТРЕМСЬКА І. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірантка кафедри господарського права і процесу

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ІНОЗЕМНИХ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ ЯК УЧАСНИКІВ СПІЛЬНОЇ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ З УКРАЇНСЬКИМИ ПАРТНЕРАМИ

На сьогоднішній день у науці господарського права є актуальною проблема визначення правового статусу іноземних суб'єктів господарювання як учасників спільної господарської діяльності з вітчизняними суб'єктами господарювання.

Важливість наукового дослідження зумовлена тим, що чітке визначення правового статусу іноземних суб'єктів господарювання є підставою для вільної реалізації ними своїх прав, змоги користуватись

передбаченими державними пільгами та гарантіями, також поряд із дотриманням особливих вимог, що випливають із суті спільної господарської діяльності. Це у свою чергу посилить надійність іноземних суб'єктів господарювання для українських партнерів та сприятиме зміцненню спільної господарської діяльності між ними.

Дослідження питання суб'єктного складу правовідносин із здійснення спільної господарської діяльності вітчизняних та іноземних суб'єктів господарювання знайшло своє втілення у працях вітчизняних науковців — О. М. Вінник, Н. Є. Косач, В. В. Луця, В. В. Резникової та ін.

Спільна господарська діяльність вітчизняних та іноземних суб'єктів господарювання може здійснюватись як у формі господарського договору (без створення юридичної особи), так і у формі створення самостійного суб'єкта господарювання — юридичної особи.

Відповідно до ст. 23 Закону України «Про режим іноземного інвестування» учасниками договору спільної діяльності (далі за текстом — «СД») на території України без створення юридичної особи можуть бути іноземні інвестори.

Згідно з ст. 1 цього Закону, іноземні інвестори — це суб'єкти, які здійснюють інвестиційну діяльність на території України: юридичні особи, створені відповідно до законодавства іншого, ніж законодавство України; фізичні особи — іноземці, які не мають постійного місця проживання на території України і не обмежені у дієздатності; іноземні держави, міжнародні урядові та неурядові організації; інші іноземні суб'єкти інвестиційної діяльності, які визнаються такими відповідно до законодавства України.

Згідно з ст. 5 Закону України «Про інвестиційну діяльність», інвестор — це суб'єкти інвестиційної діяльності, які приймають рішення про вкладення власних, позичкових і залучених майнових та інтелектуальних цінностей в об'єкти інвестування.

Однак, наразі незрозуміло, визнається інвестором суб'єкт, який приймає рішення про вкладення інвестицій, або ж такий суб'єкт, який провадить інвестиційну діяльність, тобто не просто має намір займатись інвестиційною діяльністю, а вклав певні інвестиційні засоби та здійснює інвестиційну діяльність на законних підставах.

Згідно з вимогами Положення про порядок державної реєстрації договорів (контрактів) про спільну інвестиційну діяльність за участю іноземного інвестора, затвердженого Постановою КМУ від 30.01.1997 року № 112, (далі за текстом — «Положення») такий договір підлягає обов'язковій державній реєстрації.

Державна реєстрація договорів (контрактів) про спільну інвестиційну діяльність відіграє правостановлюючу функцію, що підтверджується

п. 4 Положення, відповідно до якого саме державна реєстрація договорів (контрактів) є підставою для здійснення іноземної інвестиції за такими договорами (контрактами).

Таким чином, державну реєстрацію можна вважати складовою юридичного факту — укладення договору про спільну інвестиційну діяльність, настання якого, у свою чергу, породжує у суб'єктів такого договору набуття статусу іноземного інвестора.

Щодо ведення спільної господарської діяльності із створенням юридичної особи, підприємство набуває статусу підприємства з іноземними інвестиціями з дня зарахування іноземної інвестиції на його баланс.

Таким чином, законодавець залишає можливість для зловживань суб'єктами, які лише виявивши намір у майбутньому зайнятися інвестиційною діяльністю, однак фактично не набули цього статусу.

Такі зловживання можуть полягати, наприклад, у користуванні гарантіями, установленими Законом України «Про режим іноземного інвестування», зокрема, про встановлення для іноземних інвесторів національного та пільгового режиму інвестиційної та іншої господарської діяльності.

Тому для врегулювання даної проблеми необхідно виключити неоднозначність тлумачення поняття «інвестор» у ст. 5 Закону України «Про інвестиційну діяльність», законодавчо визначивши його як суб'єкта, який вклав власні, позичкові чи залучені майнові чи інтелектуальні цінності в об'єкти інвестування.

ТАРНАВСЬКИЙ Р. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри господарського права і процесу

РЕГІОНАЛЬНІ ВЕНЧУРНІ ІНВЕСТИЦІЙНІ ФОНДИ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО СТАТУСУ

Фінансове стимулювання інноваційного розвитку регіонів в умовах внутрішньодержавної економічної конкуренції потрібне не лише з державного та місцевого бюджетів, а й з приватного сектора, що має можливість для надання значних інвестицій.

Враховуючи, що за перший квартал 2014 року в США в компанії зі сфери програмного забезпечення було інвестовано рекордну з 2000 року суму — 4 мільярди доларів, видається дуже перспективним та виправданим розроблення українського аналогу «силіконової долини». (MoneyTree report Q1 2014 [електронний ресурс] // режим доступу:

<https://www.pwcmoneytree.com/MTPublic/ns/moneytree/filesource/displays/notice-D.html>) Потенціал розвитку комп'ютерної техніки та сучасних технологій важко переоцінити, проте саме концентрація в одному місці професіоналів у цій сфері та значної кількості венчурного капіталу зробили можливим для США існування феномену «силіконової долини».

Однією з проблем при формулюванні положень про правовий статус регіонального венчурного інвестиційного фонду (далі — ВІФ) є відсутність закріпленої спеціалізації кожного регіону на певному виді інноваційної діяльності, що дозволило б визначати відповідну спеціалізацію регіонального ВІФ, що працює в цьому регіоні. Сюди можна віднести спеціалізацію певних областей (регіонів) на впровадженні інноваційних технологій у: сільському господарстві, енергетиці та альтернативних джерелах енергії, морегосподарському комплексі, розробці нових способів перевезень і т. д. В свою чергу, під регіональними ВІФ слід розуміти фонди, які інвестують виключно в межах певного регіону країни (не виходячи за межі області та, в певних випадках, областей які безпосередньо з нею межують).

Відсутність законодавчо закріпленого визначення регіонального ВІФ не становить значної проблеми. Цілком доцільно використовувати визначення ВІФ, що закріплене в Законі «Про інститути спільного інвестування» також і для регіональних ВІФ в частині, що стосується визначення організаційно-правової форми такого інституту спільного інвестування. Проте положення щодо регіонального ВІФ потребуватимуть доповнення в частині вказування специфічних ознак його діяльності. Зокрема, щодо територіального обмеження розташування компаній в які має право інвестувати такий ВІФ. Також виглядає доцільним регіональні ВІФ створювати із обов'язковим значним внеском з місцевого бюджету (скажімо, в межах 30 %-50 % статутного капіталу регіонального ВІФ). Цікавим в даній сфері є зарубіжний досвід.

У французькому законодавстві в 2004 році були представлені положення про місцеві інвестиційні фонди. Підприємства, в які інвестують такі фонди, повинні бути невеликими або середніми, і бути розташовані в одному з фондом регіоні або двох-трьох межуючих регіонах, або мати в них зареєстрований офіс. (France: Venture Capital Companies [електронний ресурс] // режим доступу: <http://www.lowtax.net/lowtax/html/offon/france/fravent.html>)

Також не можна не відзначити досвід створення регіональних ВІФ в Англії. Під керівництвом Комітету з питань бізнесу, інновацій та навчочок в дев'яти регіонах Англії були створені регіональні ВІФ, одним з завдань яких є: збільшення кількості ризикового капіталу доступного для малих та середніх підприємств, що розвиваються, щоб дати їм

можливість повністю реалізувати свій потенціал зростання. (Regional Venture Capital Funds // Department for Business Innovation & Skills [електронний ресурс] // режим доступу: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.berr.gov.uk/whatwedo/enterprise/enterprisesmes/info-business-owners/access-to-finance/regional-venture-capital-funds/page37596.html>)

Отож, можна зробити висновок, що проблема з забезпеченням доступу представників малого і середнього бізнесу в регіонах до ефективних джерел фінансування, властива не лише Україні. Тому варто проаналізувати досвід позитивних напрацювань в цьому напрямі у зарубіжних країнах.

Визначаючи правовий статус регіонального ВІФ, потрібно враховувати той факт, що територія інвестування такого фонду обмежена регіоном (областю). Тому існує проблема розроблення та впровадження додаткових переваг і пільг, що стимулюватимуть вкладення коштів приватного сектору саме до регіональних ВІФ. Тут можна скористатись запровадженим у Англії механізмом, згідно з яким — у випадку невдалих фінансових рішень керівництва фонду, збитки у вигляді не виплати дивідендів несе в першу чергу вкладник фонду в особі держави (або органу місцевого самоврядування, якщо говорити про місцеві бюджети в Україні). (Regional Venture Capital Funds // Department for Business Innovation & Skills [електронний ресурс] // режим доступу: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.berr.gov.uk/whatwedo/enterprise/enterprisesmes/info-business-owners/access-to-finance/regional-venture-capital-funds/page37596.html>)

Користуючись досвідом зарубіжних країн, можливо розробити систему відбору кваліфікованих керуючих венчурними фондами (в українському випадку — кваліфікованих компаній з управління активами), встановити мінімальний розмір статутного фонду регіонального ВІФ, максимально допустимий розмір інвестиції регіонального ВІФ в одне підприємство-реципієнт, сфери куди може інвестувати такий фонд, щоб зберігати статус регіонального ВІФ. Варто відзначити, що в Англії замість сфер куди *може* інвестувати ВІФ, визначено перелік сфер куди фонд *не може* інвестувати. Хоч механізм і різний, проте мета його однакова — створити умови за яких ВІФ інвестуватимуть саме у ті сфери, що потрібні для ефективного економічного розвитку держави, регіону, області.

Тож питання регіональних ВІФ в Україні потребує подальшого вивчення, а наявні напрацювання в цій сфері — вдосконалення.

ТУРОВЕЦЬ О. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри господарського права і процесу

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ АНАЛОГІЇ У ГОСПОДАРСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

Як у радянській, так і сучасній науковій літературі питання застосування аналогії процесуального закону, як одного з засобів подолання прогалин у нормативному регулюванні правовідносин у сфері здійснення господарського судочинства є досить актуальним, як з наукової (теоретичної) точки зору, так і з точки зору практичного його застосування.

Основною метою застосування аналогії закону є усунення прогалин у правовому регулюванні певних суспільних відносин, перш за все, судовими органами. При цьому, на практиці спостерігається тенденція уникати застосування аналогії процесуального закону у зв'язку з відсутністю чіткої нормативної визначеності підстав, способу та меж її застосування.

Навколо даного питання на сьогодні триває активна дискусія серед наукової та суддівської спільноти, оскільки застосування процесуальної аналогії при здійсненні судочинства є вкрай важливим інструментом для подолання досить серйозних існуючих прогалин у законодавстві.

При цьому дискусія щодо припустимості застосування процесуальної аналогії триває досить давно, але на практиці вона відбувається переважно в межах цивільно-процесуального та кримінально-процесуального права.

Можливість застосування аналогії в цивільному судочинстві не заперечується «оскільки більшість правознавців визнають, що це не суперечить інтересам законності». Однак в літературі можна зустріти і протилежну думку, згідно з якою застосування аналогії в межах процесуального права веде до ігнорування принципу законності, порушення жорсткої процесуальної форми. На їх думку, у всіх випадках, коли законодавець допускає застосування аналогії, він прямо вказує на це в законі. Адже якщо принципом матеріального приватного права є правило «дозволено все, що не заборонено законом», то для публічного права, до якого належить процесуальне право, притаманний принцип «дозволено лише те, що не заборонено законом».

Крім того, як справедливо зазначає О. Косаренко, відмовлятися від аналогії цивільного процесуального законодавства в країні надто передчасно. А з урахуванням того, що законодавець визнає можливість існування недоліків у матеріальному праві, але при цьому не визнає можливості існування їх у процесуальному — ще й нелогічно (Косаренко

О. Проблеми аналогії в контексті реформування цивільного судочинства / О. Косаренко // Вісник Академії адвокатури України 186 число 2(18) 2010. — С. 186.)

Зазначену позицію слід визнати цілком справедливою і для господарського судочинства.

При цьому, як доречно зазначає Карнаух Т. М., принцип процесуального формалізму є основним у процесуальному праві, оскільки саме через нього проявляється суворий імперативний метод публічного права, спрямований на забезпечення рівності сторін шляхом встановлення чітких, формально визначених, заздалегідь відомих «правил гри». Такий інститут, як процесуальна аналогія, здавалося б, підриває цей принцип, вносить елемент невизначеності й нестабільності у процесуальні відносини, відкриває шлях зловживанням цим інститутом, суддівському свавілля (Карнаух Т. М. Проблеми застосування правової аналогії в цивільному судочинстві України [Електронний ресурс] / Т. М. Карнаух. — Режим доступу: www.nbuv.gov.ua/.../27_kornauh_tm.pdf).

Саме така позиція може завести правозастосовувача в «глухий кут», коли йому бракуватиме необхідної правової норми, що, звісно, зумовить ускладнення провадження і порушення конституційних прав громадян та інших учасників господарського процесу.

Це доводить, що процесуальні аналогії в господарському судочинстві певною мірою є припустимими, але так само як у господарському, так і у господарсько-процесуальному кодексі України подібний прямий дозвіл на застосування судами процесуальної аналогії відсутній. Поряд із цим у статті 4 ГПК України (Господарський процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>) забороняється відмова у розгляді справи з мотивів неповноти, незрозумілості, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини. Саме це істотно ускладнює судовий розгляд господарських спорів. Проте аналіз судової практики свідчить, що аналогія подекуди фактично застосовується судами при розгляді господарських спорів, але саме поняття «аналогія» у судовому рішенні при цьому не згадується. В цьому контексті варто підтримати позицію Н. А. Власенка, який вважає, що специфіка відносин, які регулюються процесуальним правом, така, що тут повинен діяти принцип аналогії закону, і що аналогія у процесуальному праві допустима лише у випадках, спеціально передбачених законом (Власенко Н. А. Об аналогии в современном процессуальном праве / Н. А. Власенко // Российская юстиция. — 2005. — № 7. — С. 36.).

Варто також погодитись із думкою И. Сабо про те, що застосування аналогії є неминучим у всіх галузях права, за винятком кримінального (Сабо И. Социалистическое право / И. Сабо. — М., 1964. — С. 270—279)

Відсутність у ГПК України згадувань про можливість застосування процесуальної аналогії при розгляді господарських справ не означає, що вона фактично не існує. Адже відсутність, неповнота чи суперечливість законодавства не дає суду підстав для відмови у розгляді справи. Тому суд змушений фактично застосовувати аналогію закону у практичній діяльності.

На підставі вищезазначеного, можна зробити висновок про можливість застосування процесуальної аналогії при здійсненні господарського судочинства. Більше того, даний «процесуальний інструмент» знаходить широке застосування у суддів, що підтверджується судовою практикою. Але все ж таки дане питання потребує більш чіткого нормативного врегулювання, у зв'язку з чим виникає потреба у внесенні змін до Господарського процесуального кодексу України з метою законодавчого закріплення застосування процесуальної аналогії при здійсненні господарського судочинства.

ТИХОНЧУК Р. Г.

Одеський регіональний інститут державного управління НАДУ
при Президентові України, аспірант кафедри права і законотворчого процесу

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ АКЦІОНЕРНОЇ ФОРМИ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Недостатній рівень корпоративного управління в українських акціонерних товариствах гальмує розвиток економіки нашої держави, стримує «прилив» зовнішніх інвестицій та не дозволяє мобілізувати з інвестиційною метою кошти населення на організованому фондовому ринку (Орлова Я. С. Корпоративне управління як основа розвитку ринкової економіки України / Економіка та право. № 3. 2010 — с. 66.)

Важливим питанням правового регулювання є контроль над діяльністю акціонерного товариства (Оліфіренко Формування ефективного механізму взаємодії інститутів державного та корпоративного управління / Економіка та держава. 2012, № 12. — с. 120.). Так, наприклад, це стосується дрібних акціонерів, інтереси яких можуть ущемлятися, або великими власниками пакетів акцій, або виконавчим органом акціонерного товариства. Ст. 7 Закону України «Про акціонерні товариства» передбачає право акціонерів публічного акціонерного товариства відчувати приналежні їм акції без згоди інших акціонерів і товариства. Це ставить у нерівне положення власників великих пакетів акцій і дрібних акціонерів, оскільки перші можуть проводити політику по витисненню

дрібних акціонерів з акціонерного товариства, що веде до завдання збитків інтересам останніх (дрібних акціонерів). Не заперечуючи саму норму законодавства, повинні бути зазначені причини такої дії, на яких умовах викупляються акції і який механізм реалізації викупу акцій, а також які гарантії держави забезпечать у цьому випадку інтереси дрібних власників акцій. Це хоч у якійсь мірі захистить інтереси дрібних акціонерів. Тому правильно відзначається, що контроль над діяльністю акціонерного товариства з боку великої групи учасників (власників дрібних пакетів акцій) часто є неефективним. Дрібні акціонери не можуть реально впливати на діяльність акціонерного товариства, що створює можливість зловживання з боку невеликої групи найманих керівників або власників контрольного пакета акцій (Селівестрова Л. С. Організаційно-правові форми підприємств у системі корпоративного управління. — Економіка та держава 2010 № 1 — с. 78)

У цих умовах виникає питання — як держава може і повинна допомогти дрібним акціонерам у захисті їх власності у вигляді акцій і інших майнових прав. Одним зі шляхів захисту прав дрібних акціонерів може служити їхня консолідація. Так, у західних країнах дрібні акціонери можуть об'єднатися шляхом передачі своїх прав єдиному представникові, який буде захищати їх права на загальних зборах або в складі наглядової ради. Такий шлях можливий, але для його реалізації в нинішньому ринковому середовищі недостатньо умов, що в значній мірі пов'язане з недовірою акціонерів до подібних можливих представників, що пов'язане з їх підкупом або можливістю шахрайства. Представляється, що в таких умовах держава повинна брати на себе роль регулятора цих відносин. Мова йде не про тверде регламентування відносин в акціонернім товаристві, а про створення моделі регулювання, яка сприяла б захисту прав дрібних акціонерів, а з іншої сторони, не заважала діяльності товариства і сприяла його розвитку. Пропозиція може полягати в наступному. Держава в особі Державної комісії із цінних паперів і фондовому ринку або створеного утворення виступає у вигляді консолідуючого агента власників дрібних пакетів акцій акціонерного товариства. У такої позиції державі легше контролювати діяльність акціонерного товариства від зловживань і стосовно акціонерів, і стосовно господарської діяльності суспільства. Посилення можливостей держави відбувається і у тому випадку, якщо державний консолідований агент буде членом Наглядової ради.

Правове регулювання акціонерних товариств у першу чергу повинне бути спрямоване на створення цивілізованих відносин між учасниками акціонерного товариства (між акціонерами, між акціонерами та управлінськими структурами акціонерного товариства). У цілому, Закон України «Про господарчі товариства» і Закон України «Про акціонерні

товариства» створюють рамки правових відносин в акціонерному товаристві. Разом з тим багато питань «зависають» і регулюються далеко не правом, а «правом сильного». Це стосується тих акціонерів, які володіють контрольним пакетом акцій. По-перше, це стосується держави. «Держава намагається залишатися основним власником підприємств або впливати на прийняття базових рішень» (О. О. Ілюхін Про головний мотив розвитку корпорації (Вісник економічної науки України 2007 № 7, с.83). Присутність держави, як акціонера в акціонерному товаристві об'єктивна. Але при цьому не слід забувати, що держава — це публічна організація, що тією чи іншою мірою пов'язана із втягуванням акціонерного товариства в реалізацію державної політики в сфері економіки. І в цьому немає нічого особливого. Але складається протиріччя: з одного боку, держава-акціонер захищає публічні інтереси, а з іншого, — повинне відбивати корпоративні інтереси акціонерного товариства. І тут немає гарантії того, що публічні інтереси держави будуть погоджені з корпоративними інтересами. У такому випадку акціонерне товариство буде зазнавати збитків. Але, оскільки за законом держава не несе відповідальності за свої дії, а акціонерне товариство не несе відповідальності за діяльність держави, то збиток, заподіяний йому, відшкодуванню не підлягає. Представляється, що це не зовсім справедливо, оскільки третя особа (держава) експлуатує капітал акціонерів. Якої-небудь існуючої інструкції на подібну колізію, що дозволяє її вирішити не існує. Представляється, що в такому випадку на державі — акціонерів повинна лежати додаткова відповідальність. У результаті завдання збитків акціонерному товариству, держава-акціонер повинна нести відповідальність своїм пакетом акцій, тобто, на суму нанесеного збитку повинна зменшуватися вартість його пакета акцій. Але за державою повинне залишатися право поповнення свого пакету акцій до контрольного.

Одним зі шляхів захисту прав дрібних акціонерів може служити їхня консолідація. Представляється, що в таких умовах держава повинна брати на себе роль регулятора цих відносин. Мова йде не про тверде регламентування відносин в акціонернім товаристві, а про створення моделі регулювання, яка сприяла б захисту прав дрібних акціонерів, а з іншого сторони, не заважала діяльності товариства і сприяла його розвитку.

ЮРЧЕНКО О. В.

Одеський регіональний інститут державного управління НАДУ
при Президентові України, аспірант кафедри права і законотворчого процесу

ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ РЕГУЛЮВАННЯ ЦІН

Істотною складовою державного регулювання цін є його правовий механізм. У науковій літературі відзначається, що розробка механізму правового регулювання недостатньо пояснює це явище (Марушак П. В. Планування в умовах ринкової економіки. — Одеса: Пальміра, 2008 — с.74 (284 с.).

Такої ж позиції дотримується Ю. Н. Оборотов (Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс: учебник/ под ред. Ю. Н. Оборотова — О. Феникс. 2011. — с. 188).

Визнання механізму правового регулювання у вигляді трьох елементів: норми права, правовідносин і актів застосування норм права дає нам можливість дати характеристику механізму правового регулювання цін і ціноутворення.

Норма права стосовно цін реалізує себе через законодавство. Раніше вже відзначалося, що норма права — це абстракція, яка реалізує себе за допомогою статей законодавства. Тому законодавство — це найважливіший елемент правового регулювання, яким користується держава, здійснюючи керуючий вплив на ціни.

Державне цінове регулювання регламентується спеціальним законодавством у вигляді законів, постанов і інших нормативно-правових актів.

Закон України «Про ціни й ціноутворення» є системотворчим у державнім регулюванні цін. Однак, на жаль, повною мірою він цю функцію не виконує. Так, якщо Закон формує основні напрямки державної цінової політики, то вони повинні бути в ньому розкриті. А якщо ні, то даний документ є не більш, ніж декларацією намірів держави. Крім того, Закон повинен містити опис державного регулювання й ціноутворення, починаючи з того, що під цим повинне розумітися. Дефінітивні норми життєво необхідні, тому що вони дають офіційне розуміння термінів, які використовуються в процесі господарської діяльності. Також закон повинен містити в собі загальну схему організаційних відносин між органами виконавчої влади з питань цін і ціноутворення, а також основи юридичної відповідальності за порушення законодавства про ціни, як відносно державних органів, так і відносно посадових осіб і й суб'єктів господарської діяльності. Необхідна конкретизація закону про ціни. Загальний характер норм чинного закону робить його, з одного боку, складним у застосуванні в системі державного регулювання

цін, а з іншого сторони, дає виконавчим органам можливість трактувати закон у відповідності зі своїми потребами, коли замість норм закону на практиці застосовуються норми інструкцій і циркулярів, які по своїй суті часто можуть бути оскаржені з погляду самого закону. Усе вищевказане підтверджує необхідність удосконалювання Закону України « Про ціни й ціноутворення» у напрямку створення кодифікованого нормативного акту у вигляді закону, що безсумнівно поліпшить систему державного регулювання цін і ціноутворення.

Без законодавчого механізму державного регулювання цін між виконавчими органами й природними монополіями закон є не більш, ніж декларацією. Причому саме в законі, а не в підзаконних нормативних актах повинен бути вписаний механізм державного регулювання цін між виконавчими органами й природними монополіями, тому що а якщо ні, то сам виконавчий орган буде формувати відносини із природними монополіями так, як він це буде розуміти, і так, як це буде вигідно йому. Це створить можливості порушення законодавства в цілому й веде до корупції. Звичайно в одному законі викласти весь механізм регулювання цін природних монополій неможливо й недоцільно. Але кількість підзаконних нормативних актів повинне бути як можна більш меншим. У них можуть відбиватися тільки незначні й поточні питання державного регулювання цін природних монополій і тих, які не відбиті й Законі й вимагають термінового рішення. Але знов-таки винятково в межах компетенції державного органа.

Елементом правового регулювання цін виступає правовідносини. Структура правовідносин впливає на наступні елементи: суб'єкт, об'єкт, зміст і юридичний факти (Скакун О. Ф. Теорія держави й права: підручник. — Харків: Еспада, 2009 — с.508 (752 с.)). Суб'єктами керування виступають державні органи керування, місцевого самоврядування, юридичні й фізичні особи. Що стосується сфери державного регулювання цін — те це сфера публічного права. Тут взаємини будуються в рамках нерівності сторін, де державний орган наділений правами, а інша сторона (як правило, суб'єкт господарської діяльності) — переважно обов'язками. Хоча в цілому, правовідносини можна вважати складними, оскільки права детермінуються обов'язками. Так, суб'єкти господарювання зобов'язано виконувати акти виконавчих органів, що регулюють ціни, але, з іншого боку, вони має право оскаржити дії державних органів, якщо вважають, що ті суперечать чинному законодавству.

**ПИТАННЯ ГАРМОНІЗАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ
У СФЕРІ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ
ІЗ ВИМОГАМИ СИСТЕМИ УГОД СОТ**

1. Приєднання України до СОТ не є кінцевим етапом інтеграції вітчизняної економіки до світової фінансово-економічної системи. Насправді це лише якісне переміщення нашої держави в глобальних торгівельних відносинах з одного рівня на інший. І кожне таке переміщення: чи то вступ до СОТ, чи приєднання до ЄС, чи інші інтеграційні здобутки держави — відкривають перед нею низку нових перспектив розвитку. Мова йде передусім про те, що Україна, інтегрувавшись до СОТ та пройшовши процедури узгодження ключових аспектів в сфері державного регулювання зовнішньоекономічної та зовнішньоторгівельної діяльності, натомість отримала доступ до нових ринків збуту своєї продукції. Необхідно пам'ятати, що сам по собі вступ до тієї чи іншої організації не дає державі конкретних одномоментних преференцій у вигляді декількох додаткових якісних показників розвитку чи конкретних матеріальних вигод. Разом з тим, інтеграційний процес, як у випадку вступу України до СОТ, так і в будь-якому іншому випадку, дає країні лише доступ до певного набору інструментів регулювання двосторонніх чи багатосторонніх торгівельних відносин, використання яких можливо та гарантується лише в рамках конкретної міжнародної організації. З огляду на це стає зрозумілим, що для реального відчуття позитивних зрушень, які влада анонсувала для України після її приєднання до СОТ, необхідно провести досить кропітку та важку роботу щодо узгоджень різних, більш конкретних аспектів ЗЕД України з іншими членами СОТ в інверсивних рамках, які обумовлюються обов'язковими для всіх учасників угодами (Стемпківська О. І. СОТ та аграрний сектор / О. І. Стемпківська // Меткріали наук.-практ. конференції «Вступ України до Світової організації торгівлі. Законодавчі зміни. Галузеві стратегії» (Київ, 17.04. 2008). — К.: НІСД. — 2008).

В цьому аспекті процедура гармонізації повинна розглядатися як додаткова можливість України підвищити власні конкурентні позиції за рахунок дипломатичних інструментів та конкретних важелів державно-управлінського та організаційно-правового характеру, які мають бути спеціалізовані по відношенню до кожної конкретної країни-партнера в межах СОТ (Дорофійенко В. Про деякі аспекти економічних наслідків приєднання України до СОТ / В. Дорофійенко //

Економіст — № 8—2007. — С. 66—70). Україна не повинна сліпо імплементувати у національне законодавство ті норми, які проголошує СОТ. В цьому процесі необхідно, перш за все, виходити з національних інтересів стратегічних суспільно-політичних потреб нашої держави. Тому в процесі гармонізації та уніфікації вітчизняного законодавства з тією системою міжнародно-правових норм, яка склалася в рамках СОТ, доцільним вважається дотримання наступних ключових критеріїв:

- в першу чергу імплементуватися у національне законодавство мають ті норми та принципи регулювання зовнішньоекономічної діяльності, а також ратифікуватися ті угоди, які стосуються, в першу чергу, галузей вітчизняної економіки, що мають найбільший конкурентний потенціал;

- в процесі імплементации таких норм та ратифікації відповідних угод необхідно розробити систему індикаторів, за допомогою яких можна було б чітко відстежувати наслідки (в першу чергу негативні) дії норм, введених в межах СОТ у національне правове поле з метою оперативного корегування механізмів господарсько-правового забезпечення зовнішньоекономічної діяльності;

- в процесі двосторонніх відносин необхідно спиратися на ті норми обмежувального та стимулюючого характеру, які максимально вигідні для України, але є прийнятними в межах СОТ та не порушують її правил;

- гармонізація ключових аспектів державного регулювання таких стратегічно важливих галузей як сільське господарство, металургійна та хімічна промисловість тощо, повинна відбуватися за умови першочергового дотримання національних інтересів;

- особлива увага повинна приділятися стимулюванню зовнішньоекономічної діяльності в так званих транскордонних регіонах, економічна діяльність в яких тісно пов'язана із економічною діяльністю прикордонних регіонів країн сусідів. Метою такої політики має стати створення потужної інфраструктури, за допомогою якої процес експорту та імпорту товарів буде більш інтенсифікованим.

Для реалізації цих завдань доцільно, на нашу думку прийняти нормативно-правові акти стратегію розвитку та забезпечення здійснення зовнішньоекономічної діяльності України на 2014–2020 роки», розробка та прийняття якої вбачається нами логічним кроком на шляху поступової гармонізації національного законодавства із законодавством СОТ, що повинна містити:

- мету, принципи та критерії гармонізації вітчизняного правового поля із вимогами СОТ;

- стратегічні цілі розвитку зовнішньоекономічної діяльності, які планується досягти за період реалізації даної Стратегії, за рахунок тих

заходів, що будуть впроваджені, виходячи з її мети та тих стратегічних напрямків вдосконалення правового поля, які будуть нею окреслені. Іншими словами, має бути визначено бажаний стан системи зовнішньоекономічної діяльності після реалізації стратегії;

– інституціональну та організаційну складову забезпечення процесу гармонізації з боку органів державної влади, ринкових інституцій та приватного сектору. В цьому аспекті доцільною вбачається каталізація розвитку приватно-державного партнерства з метою підвищення активності, власне, суб'єктів господарювання в аспекті здійснення ними зовнішньоекономічної діяльності та зацікавленості останніх в створенні висококонкурентної продукції;

– конкретні напрямки та стратегічні перспективи вдосконалення нормативно-правового регулювання в таких сферах як: митне регулювання; податкові відносини (зокрема з приводу забезпечення більшої прозорості механізмів стягнення, адміністрування та повернення ПДВ); інвестиційні відносини; виробничі зовнішньоекономічні відносини в таких галузях народного господарства як: металургійне виробництво, хімічна, текстильна, харчова промисловість, сільське господарство та ін.;

– джерела фінансування та механізми контролю за реалізацією даної стратегії. При чому, це не повинні бути штучно створені механізми фінансування з метою «відмивання» державних грошей та їх перенаправлення в приватний сектор, оскільки це лише робить фіктивними ті результати, які будуть анонсовані після спливу терміну реалізації даної Стратегії.

Таким чином, можна цілком обґрунтовано стверджувати, що подальший процес гармонізації вітчизняного законодавства в сфері зовнішньоекономічної діяльності з вимогами СОТ повинен ґрунтуватися, перш за все, на національних інтересах України, а також реалізовуватися з урахуванням стратегічних можливостей розвитку нашої держави в аспекті глобалізації світової фінансово-економічної системи. Особливої еволюції має зазнати система господарсько-правового забезпечення державного регулювання зовнішньо екологічної діяльності, трансформація якої повинна відбуватися з огляду на перспективи багатокторної зовнішньоекономічної та зовнішньоторгівельної політики нашої держави.

Розділ 8

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ТА КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА

ХАРИТОНОВА О. І.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
завідувач кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права,
доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

ЛЦЕНЗІЙНІ ДОГОВОРИ ТА ВІЛЬНІ ПУБЛІЧНІ ЛЦЕНЗІЇ: ПРОБЛЕМИ І ПЕРСПЕКТИВИ

Підставою як виникнення, так і трансформації творчих (авторських) правовідносин інтелектуальної власності може бути договір, котрий може тут виступати як окремий юридичний факт або елемент юридичної сукупності (фактичного складу).

Укладення договору ґрунтується на принциповому положенні ст. 627 ЦК України про те, що сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. За учасниками договору визнається можливість самостійно формувати суб'єктивні права і юридичні обов'язки. Це означає, що договір є інструментом створення прав і обов'язків на підставі узгодженого волевиявлення. Принцип свободи договору включає в себе і передбачає свободу вибору партнера за договором; свободу погодитися чи відмовитися від укладання договору; свободу визначити його зміст.

Нормативне закріплення принципу свободи договору, як одного із загальних принципів цивільного права, сформульований у ст. 627 ЦК України, знаходить своє підтвердження і в інших положеннях цивільного законодавства. Цей принцип визнається одним з наріжних камнів приватного права взагалі, а відтак і цивільного права країн, які мають або орієнтуються на ринкову економіку.

Свобода договору, крім можливості вибору контрагента і визначення змісту договору, включає також: 1) вільний прояв волі особи на вступ у договірні відносини; 2) вільний вибір сторонами форми договору; 3) право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і

договори, що законом не передбачені, але йому не суперечать; г) право сторін за своєю згодою змінювати, розривати або продовжувати дію укладених ними договорів; 4) визначати способи забезпечення договірних зобов'язань; 5) право встановлювати форми (засоби) відповідальності за порушення договірних зобов'язань та ін (Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / А. В. Луць. — К., 2001. — С. 9.).

Свобода договору не є безмежною: вона існує в рамках чинних нормативних актів, звичаїв ділового обороту, а дії сторін договору мають ґрунтуватися на засадах розумності, добросовісності та справедливості. Значення договірної свободи в кінцевому результаті зводиться до того, що учасникам господарського обороту надається можливість вирішити, чи буде між ними укладений договір, а якщо буде, то яким буде його зміст. Разом із тим, ця свобода не є абсолютною, тому що, приймаючи рішення, сторони при укладенні договору повинні керуватися законами.

Стаття 1107 ЦК України містить перелік видів договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Зокрема, до них належить і ліцензійний договір, який є однією з головних підстав трансформації (перетворення) творчих (авторських) правовідносин інтелектуальної власності у похідні «обмежені» правовідносини інтелектуальної власності, за якої зберігаються й первісні правовідносини.

Згідно зі ст. 1109 ЦК України ліцензійний договір є домовленістю сторін, за якою одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта інтелектуальної власності (ліцензію) на умовах, визначених за взаємною згодою сторін з урахуванням вимог чинного законодавства. Договір є консенсуальним, двостороннім, і, як правило, оплатним.

При укладанні ліцензійного договору мають враховуватися вимоги ЦК України та Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», Закону України «Про охорону прав на промислові зразки», Закону України «Про авторське право і суміжні права». Законодавство України досить детально регламентує укладення та виконання ліцензійних договорів на використання низки об'єктів промислової власності та інших об'єктів. Ліцензійний договір має специфічні риси, які полягають у наступному: 1) запропонований до передачі за договором продукт є нематеріальним; 2) ліцензіат набуває право на використання визначених договором майнових прав на об'єкт інтелектуальної власності; 3) матеріальні об'єкти, що передаються за ліцензійним договором, є лише носіями інформації, яка є інтелектуальною власністю; 4) основний елемент об'єкту — виключне право інтелектуальної власності не переходить до ліцензіата, йому лише надається тимчасове

право користування об'єктом цього права; 5) власник патенту при видачі ліцензії зберігає за собою майнові права на об'єкт права інтелектуальної власності (Базилевич В. Д. Інтелектуальна власність : підруч. / В. Д. Базилевич. — К. : Знання, 2006. — С. 221).

Слід зазначити, що цифрові технології поставили на порядок денний питання існування й інших, крім традиційних, інструментів використання прав інтелектуальної власності. До одного з них слід віднести інститут вільних публічних ліцензій, який було винайдено з метою спрощення та здешевлення надання дозволів на використання об'єктів авторського права та суміжних прав.

Вільна ліцензія являє собою такий ліцензійний договір, умови якого містять дозвіл користувачу від правовласника на конкретний перелік способів використання його твору, які дають йому багато переваг. Для того, щоб вважатися вільною, ліцензія має дозволяти: використовувати твір з будь-якою метою, досліджувати його, створювати і поширювати копії твору, вносити у твори зміни, публікувати і поширювати такі змінені твори.

Права, перераховані у вільній ліцензії, як правило, надаються будь-якій людині в світі. Вільні ліцензії, зазвичай, є безстроковими (на строк дії авторського права), всесвітніми, невиключними і безвідкличними.

Поява вільних публічних ліцензій пов'язана також з рухом за обмеження авторського права (так званого руху «copyleft»).

Юридично вільні ліцензії дуже схожі на звичайні ліцензійні договори, передбачені цивільним законодавством, так само вони ґрунтуються на принципах свободи договору.

Однак існує і низка питань, пов'язаних з дією таких договорів.

Зокрема, у літературі обговорюються питання визначення форми вільних ліцензій, безвідплатний характер таких договорів, проблеми ідентифікації сторін, тощо. Питання про визначення форми договору є найменш складним, оскільки електронна форма даного договору може бути визнана видом письмової форми.

Проблема невідчужуваності права на недоторканість твору також була піднята неодноразово стосовно традиційних форм використання прав інтелектуальної власності, вона не є новою для теорії права інтелектуальної власності і має своє вирішення.

Більш складною і такою, що потребує законодавчого вирішення, є проблема дії таких ліцензій при реалізації права автора на відзив твору.

Таким чином, навіть побіжне ознайомлення з новим видом використання прав інтелектуальної власності у всесвітній мережі Інтернет, робить необхідним теоретичне опрацювання багатьох пов'язаних з цим питань з подальшим вдосконаленням чинного законодавства, зокрема, у сфері права інтелектуальної власності.

БАСАЙ О. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
докторант кафедри права інтелектуальної власності
та корпоративного права, кандидат юридичних наук

НАДАННЯ ДОЗВОЛУ НА ВИКОРИСТАННЯ ЗАПАТЕНТОВАНОГО ВИНАХОДУ (КОРИСНОЇ МОДЕЛІ), ЩО СТОСУЄТЬСЯ ЛІКАРСЬКОГО ЗАСОБУ

Патентування лікарських препаратів фармацевтичною компанією доволі часто призводить до обмеження можливості інших компаній випускати аналогічні препарати. З однієї сторони, така практика є цілком виправданою, адже розробка лікарського препарату потребує чималих фінансові та часових витрат. Тому, отримуючи монополію на виробництво препарату, фармацевтична компанія отримує можливість компенсувати понесені витрати та отримати прибуток. З іншої сторони, виробництво ліків лише одним виробником може обумовлювати доволі високу їх вартість, а також недостатню кількість для задоволення потреб населення. У зв'язку з цим у сфері виготовлення та реалізації ліків важливе значення має розроблення ефективних механізмів забезпечення інтересів правовласників і суспільних потреб. З метою розширення кола виробників лікарських препаратів, забезпечення потреб населення у ліках, попередження та ефективну боротьбу з важкими, небезпечними хворобами, запроваджено практику надання примусових ліцензій на використання запатентованих винаходів (корисних моделей), що стосуються лікарських засобів.

Відповідно до ст. 9 Закону України «Про лікарські засоби» з метою забезпечення здоров'я населення при реєстрації лікарського засобу Кабінет Міністрів України відповідно до закону може дозволити використання запатентованого винаходу (корисної моделі), що стосується такого лікарського засобу, визначеній ним особі без згоди власника патенту.

Порядок надання дозволу на використання винаходу (корисної моделі) Кабінетом Міністрів України без згоди патентовласника визначено у ст. 30 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі». Положення Закону мають загальний характер та не встановлюють особливостей надання примусової ліцензії у сфері виготовлення та реалізації лікарських засобів. Спеціальні умови надання примусових ліцензій на використання винаходів та корисних моделей, що стосуються лікарського засобу визначено у Порядку надання Кабінетом Міністрів України дозволу на використання запатентованого винаходу (корисної моделі), що стосується лікарського засобу (Про затвердження Порядку

надання Кабінетом Міністрів України дозволу на використання запатентованого винаходу (корисної моделі), що стосується лікарського засобу: Постанова Кабінету Міністрів України від 04.12.2013 № 877 // Урядовий кур'єр. — 2013. — № 239)

Відповідно до Порядку метою забезпечення охорони здоров'я населення, у тому числі протидії ВІЛ-інфекції/СНІДу та іншим соціально небезпечним хворобам, Кабінет Міністрів України може надати визначеній ним особі дозвіл у разі документального підтвердження наявності таких обставин одночасно:

власник патенту не може задовольнити потребу у відповідному лікарському засобі силами та потужностями, що звичайно використовуються для виробництва такого лікарського засобу;

власник патенту безпідставно відмовив заявникові у видачі ліцензії на використання винаходу (корисної моделі).

Дозвіл видається з дотриманням таких вимог:

обсяг і тривалість використання запатентованого винаходу (корисної моделі) визначаються з урахуванням мети наданого дозволу;

дозвіл на використання запатентованого винаходу (корисної моделі) не позбавляє власника патенту права надавати дозволу на використання запатентованого винаходу (корисної моделі);

право на використання запатентованого винаходу (корисної моделі) не передається третім особам, крім випадку, коли воно передається разом з тією частиною підприємства, в якій здійснюється це використання;

використання запатентованого винаходу (корисної моделі) дозволяється для задоволення потреб внутрішнього ринку лікарських засобів;

на підставі рішення Кабінету Міністрів України про надання дозволу на використання запатентованого винаходу (корисної моделі) власнику патенту сплачується компенсація відповідно до економічної цінності винаходу (корисної моделі) за рахунок коштів особи, якій надається такий дозвіл.

Дозвіл може бути надано суб'єктові господарювання, що здійснює виробництво лікарських засобів у повному обсязі або на кінцевій стадії виробництва лікарського засобу з використанням активного фармацевтичного інгредієнта іншого виробника на виробничих дільницях, розташованих на території України, на підставі ліцензії на виробництво лікарських засобів, або суб'єктові господарювання, що здійснює ввезення на територію України лікарських засобів на підставі ліцензій на імпорт лікарських засобів і оптову та роздрібну торгівлю лікарськими засобами.

Кабінет Міністрів України у рішенні про надання дозволу встановлює розмір компенсації за використання запатентованого винаходу

(корисної моделі), враховуючи доступність лікарських засобів для населення за максимально низькою ціною.

Запровадження практики примусового ліцензування у сфері виготовлення та реалізації ліків має сприяти належному забезпеченню населення ефективними, безпечними, якісними та економічно доступними лікарськими засобами, особливо за надзвичайних обставин у сфері охорони здоров'я. Практика примусового ліцензування у зазначеній галузі відома багатьом країнам. Вивчення міжнародного досвіду надання дозволу на використання запатентованих винаходів (корисних) моделей, що стосуються лікарського засобу, належне правове регулювання відносин у зазначеній сфері є важливою умовою прийняття виважених рішень, які б не завдавали шкоди правовласникам, та забезпечували потреби населення у ліках. Важливим питанням, яке потребує подальшого опрацювання є здійснення ефективного контролю за якістю ліків, які будуть випускатись з використанням винаходів (корисних моделей), дозвіл на які надано Кабінетом Міністрів України.

УЛЬЯНОВА Г. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
докторант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права,
кандидат юридичних наук, доцент

ПОРУШЕННЯ АВТОРСЬКИХ ПРАВ ПІД ЧАС СТВОРЕННЯ ПОХІДНИХ ТВОРІВ

Відповідно до Закону України «Про авторське право і суміжні права» похідним визнається твір, що є творчою переробкою іншого існуючого твору без завдання шкоди його охороні (анотація, адаптація, аранжування, обробка фольклору, інша переробка твору) чи його творчим перекладом на іншу мову (до похідних творів не належать аудіовізуальні твори, одержані шляхом дублювання, озвучення, субтитрування українською чи іншими мовами інших аудіовізуальних творів).

Особливість похідних творів полягає у тому, що вони створюються на підставі переробки або іншого використання інших творів, однак при цьому є самостійними об'єктами права інтелектуальної власності за умови відповідності критеріям охороноздатності, закріпленим у законодавстві.

Делія Ліпцік зазначає, що похідними є твори, які ґрунтуються на попередньому творі. Такими вважаються адаптації, переклади, оновлені твори, аналогії, резюме, витяг і будь-яка переробка вже існуючого

твору, в результаті чого з'являється інший твір. Оригінальність похідного твору може проявитися як у композиції, так і у формі вираження (наприклад, в адаптаціях), тільки у композиції (наприклад, у збірниках і антологіях) або у формі вираження (наприклад, у перекладах). Якщо попередній твір не став суспільним надбанням, то для створення похідного твору необхідно дозвіл автора попереднього твору. Це називається наданням права на переробку (Липщик Д. Авторское право и смежные права / Пер. с фр.; предисловие М. Федотова. — М.: Ладомир; Издательство ЮНЕСКО, 2002).

Як зазначає С. Судариков автор похідного твору може використовувати будь-який об'єкт, що не охороняється, без згоди та дозволу особи чи осіб, які є творцями об'єктів, або яким належать виключні майнові права. Відповідно особи, які створили похідний твір, мають авторське право на такий твір, якщо твір, що переробляється не охороняється. При цьому розповсюдження охорони на похідний твір, який отримано переробкою твору, що не охороняється, не означає розповсюдження охорони на твір, що не охороняється (Судариков С. А. Основы авторского права. — Мн.: Амалфея, 2000).

Для того, щоб автор похідного твору набув виключні майнові права та мав змогу вільно використовувати твір, важливим є дотримання прав та інтересів авторів (їх правонаступників) оригінальних творів, які підлягають переробці.

Під час створення похідних творів мають дотримуватись як майнові, так і немайнові права автора оригінального твору. При цьому слід мати на увазі, що майнові права мають строковий характер, тоді як немайнові права охороняються безстроково. У зв'язку з цим отримувати дозвіл на використання твору, а також виплачувати винагороду правовласнику, автор похідного твору має лише в тому випадку, якщо строк охорони прав не закінчився. Разом з тим вільне використання творів, які перейшли у суспільне надбання, не звільняє автора похідного твору від обов'язку дотримання немайнових прав автора оригінального твору.

Під час створення похідних творів немайнові права автора можуть бути порушені внаслідок наступних дій. По-перше, це порушення права авторства та права на ім'я автора. Право авторства може бути порушено внаслідок не зазначення даних про автора оригінального твору у похідному творів. Наприклад, у перекладі твору не буде зазначено нічого про автора оригінального твору. У такому випадку дії перекладача можуть бути визнані плагіатом. Адже у перекладача виникає право на переклад, при цьому до нього не переходять немайнові права на оригінальний твір. Не зазначаючи про автора оригінального твору, перекладач фактично привласнює авторство. Іншим випадком порушення права авторства є, навпаки, зазначення даних про автора твори, всупереч

його бажанню. Відповідно до ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права» автор має право забороняти під час публічного використання твору згадування свого імені, якщо він як автор твору бажає залишитись анонімом. Крім того, право на ім'я може бути порушено внаслідок його неправильного зазначення, перекручення тощо.

По-друге, це порушення права на цілісність твору. Одним з немайнових прав є право вимагати збереження цілісності твору і протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору або будь-якому іншому посяганню на твір, що може зашкодити честі і репутації автора. Враховуючи, що похідні твори створюються внаслідок переробки оригінальних, слід дотримуватись прав та інтересів автора. Зокрема, перекладаючи твір, перекладач не повинен змінювати його ідейне наповнення, суть викладеного матеріалу, тощо. Творчий характер діяльності перекладача обумовлений тим, що смислове значення слів і виразів однієї мови не знаходить повної відповідності в іншій мові і перекладач повинен на свій розсуд здійснювати заміну слів однієї мови найбільш близькими їм за значенням словами з іншої мови. При цьому особливе значення має передача стилістичних особливостей і художньої своєрідності твору, що переводиться.

Таким чином, набуття прав на похідний твір, як самостійний новий об'єкт права інтелектуальної власності, не звільняє його автора від обов'язку зазначити дані про автора оригінального твору, якщо таке зазначення є технічно можливим та проти цього не заперечує сам автор чи його спадкоємці.

Створюючи похідний твір, важливо дотримуватись прав та інтересів авторів оригінальних творів. Найбільш поширеними порушеннями, які допускаються під час створення похідних творів, є плагіат, а також порушення цілісності твору.

Плагіат під час створення похідних творів полягає у привласненні авторства на твір або його частину, які використані під час створення похідного твору.

РОМАНАДЗЕ Л. Д.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри права інтелектуальної власності,
кандидат юридичних наук, доцент

РОЛЬ БІЗНЕС-ІНКУБАТОРІВ У СТИМУЛЮВАННІ ІННОВАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Питання створення та функціонування бізнес-інкубаторів не є новим. Прообрази сучасних бізнес-інкубаторів з'явилися в Великобританії у середині ХХ ст. Перший бізнес-інкубатор у сучасному розумінні «BataviaIndustrialCenter» був заснований у 1959 році з метою створення нових робочих місць Джозефом Манкусо, який придбав склад при фабриці в м. Батавія.

Що ж таке бізнес-інкубатор та кому він потрібен? З початку, спробуємо розібратися з його визначенням. Бізнес-інкубатор — організація, яка надає на певних умовах і на певний час спеціально обладнані приміщення та інше майно суб'єктам малого та середнього бізнесу, що розпочинають свою діяльність, з метою сприяння у набутті ними фінансової самостійності. Таке, досить вдале визначення поняття бізнес-інкубатору містила Постанова КМ «Про затвердження Порядку реєстрації організацій, діяльність яких спрямована на задоволення потреб суб'єктів малого та середнього підприємництва» від 21.05.2009 N 510, що втратила чинність згідно з постановою Кабінету Міністрів України від 28 листопада 2012 р. N 1107 «Про внесення змін до постанов Кабінету Міністрів України щодо діяльності Державної служби з питань регуляторної політики та розвитку підприємництва та визнання такими, що втратили чинність, деяких актів Кабінету Міністрів України».

На практиці, бізнес-інкубатором є організація, що створена для підтримки суб'єктів підприємницької діяльності на початковій стадії їх функціонування шляхом надання можливості користування приміщеннями, надання консалтингових (юридичних, бухгалтерських, тощо) послуг, створення бізнес-простору для повсякденного спілкування суб'єктів підприємницької діяльності між собою.

Сьогодні в світі існує багато різновидів бізнес-інкубаторів. Навіть на законодавчому рівні в Україні виділяють бізнес-інкубатори та інноваційні бізнес-інкубатори. Бізнес-інкубатори можуть мати загальну або спеціальну направленість. Наприклад, існують бізнес-інкубатори для ІТ-компаній, для сервісних компаній та інші. Розрізняють також бізнес-інкубатори і за способами їх фінансування, і за часом знаходження в них, тощо.

Незважаючи на таку різноманітність, бізнес-інкубатори об'єднують той факт, що вони є корисними для всіх хто має відношення до їх створення та функціонування. Бізнес-інкубатори надають ШАНС: шанс реалізувати власну ідею, шанс обмінятися ідеями, шанс знайти ідею для інвестування, шанс знайти партнерів, шанс розпочати власну справу із найменшою кількістю витрат та помилок, тощо.

Як правило, діяльність бізнесів-інкубаторів передбачає надання в оренду обладнаних нежитлових приміщень (офісів); забезпечення технічної експлуатації будівлі, в якій розташовані офіси; надання поштово-секретарських послуг; консультування з питань оподаткування, бухгалтерського обліку, правового захисту, кредитування, бізнес-планування, підвищення кваліфікації, навчання, тощо; забезпечення доступу до інформаційних баз даних; сприяння налагодженню ділових контактів. У зв'язку з цим до бізнес інкубаторів висуваються наступні вимоги: наявність певної кількості робочих місць, обладнаних оргтехнікою та меблюю; наявність телефонного та Інтернет зв'язку; наявність кімнати для переговорів; наявність обладнаної кімнати для проведення тренінгів, семінарів тощо; наявність місця загального користування обладнаного кава-машиною та м'яким диваном. При цьому, встановлюються певні умови знаходження у бізнес-інкубаторі, зокрема початковий період створення суб'єкта підприємницької діяльності (як правило, представника малого або середнього бізнесу); обмежений термін знаходження у бізнес-інкубаторі (як правило не більше 2–3 років) та інші.

Окреме місце посідають питання пов'язані з фінансуванням бізнес-інкубаторів. Тут також існує декілька варіантів.

По-перше, це державна підтримка такого роду утворень. В такому разі фінансування діяльності бізнес-інкубаторів здійснюється за рахунок державних або місцевих бюджетів. В багатьох країнах інкубаційні програми фінансуються за рахунок місцевих та національних бюджетів в рамках загальної стратегії економічного розвитку.

Другий варіант, коли фінансування здійснюється за рахунок внесків окремих осіб на певних умовах (наприклад, в обмін на процент в бізнесі). Внески також можуть бути благодійними. Досить часто бізнес-інкубатори фінансуються так званими «бізнес-ангелами». Існує також варіант фінансування за рахунок цільових грантів та проектів. В США більшість інкубаційних програм є незалежними та фінансуються за рахунок окремих спільнот та проектів.

Крім того, часткове фінансування може здійснюватися за рахунок власних коштів учасників бізнес-інкубаторів. Наприклад, учасники бізнес-інкубатору сплачують символічну орендну плату.

Законом України «Про наукову і науково-технічну діяльність» від 13 грудня 1991 року № 1977-ХІІ (із змінами та доповненнями)

встановлено, що розвиток науки і техніки є визначальним фактором прогресу суспільства, підвищення добробуту його членів, їх духовного та інтелектуального зростання. Цим зумовлена необхідність пріоритетної державної підтримки розвитку науки як джерела економічного зростання і невід'ємної складової національної культури та освіти, створення умов для реалізації інтелектуального потенціалу громадян у сфері наукової і науково-технічної діяльності, цілеспрямованої політики у забезпеченні використання досягнень вітчизняної та світової науки і техніки для задоволення соціальних, економічних, культурних та інших потреб. У зв'язку з цим, безсумнівною є необхідність створення бізнес-інкубаторів при суб'єктах науково-технічної діяльності, технологічних парках, тощо. Допомога «на старті», що забезпечується бізнес-інкубаторами, стимулює інноваційну діяльність, сприяє впровадженню наукоємних розробок та доведенню наукових і науково-технічних знань до стадії практичного їх використання. Більшість зі створених в Україні бізнес-інкубаторів мають інноваційну направленість.

КУЛІНІЧ О. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри права інтелектуальної власності,
кандидат юридичних наук, доцент

«REVENGE PORN» ЯК ДІЇ, ЩО ПОРУШУЮТЬ ОСОБИСТІ ПРАВА ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ

У двадцять першому столітті з розвитком науково-технічного прогресу з'являється можливість для швидкої фіксації зображення фізичних осіб у фотографічних та інших художніх творах та їх розміщення для загального доступу як контенту Інтернет-сайтів, що створює умови для порушення прав та інтересів зображених на таких творах фізичних осіб.

«Revenge porn» (порно помста) як новий вид порушення особистих прав фізичної особи з'явився близько п'ятнадцяти років тому внаслідок конфліктів між знаменитими особами та їх колишніми коханими та бажанню покинутих коханих помститися за розлучення. Сутність таких дій полягає у неправомірному розміщенні фотографічних та інших художніх творів (як контенту Інтернет-сайтів) з зображенням колишніх близьких осіб у оголеному вигляді чи під час моментів особистого характеру. При цьому не виключається розголошення інформації персонального характеру поряд з такими творами.

Прикладом перших з таких дій було розміщення Томмі Лі в Інтернеті «гарячого відео» їх з Памелою Андерсон першої шлюбної ночі. Потім в мережі з'явилися відео Періс Хілтон («Одна ніч з Періс»), Камерон Діас і Брітні Спірс. Сьогодні ідея розміщувати в мережі порно-фото або відео зі своїм колишнім шанувальником або прихильницею — так звана «порно вендета» — набирає значних масштабів. (Казати Д. Месть реалізується через порно любительское порно [Електронний ресурс]. — Режим доступу : aktiv.com.ua 29.04.2009 16:44). У США навіть створені спеціальні сервіси, на яких розміщуються тільки фотографії фізичних осіб у оголеному вигляді. Вони супроводжуються інформацією про персональні данні зображеної особи, зокрема містять її прізвище та ім'я, вказівку на місце навчання чи роботи, посилання на сторінки у соціальних мережах, номери телефонів чи домашні адреси та інші данні. Крім цього, на сервісі існує можливість коментування розміщених фотографій.

Після розповсюдження «revenge porn» й у інших країнах, назріла необхідність боротьби з такими діями на законодавчому рівні. У Пенсільванії 14.01.2014 р. було прийнято законопроект № 1167, який забезпечує захист прав фізичної особи від злочину, пов'язаного з переслідуванням сексуального партнера. Розділ 18 (злочинів та правопорушень) консолідованого уставу Пенсільванії доповнено § 2709,2 — домагання інтимного партнера. Такий злочин здійснюється шляхом розміщення (обнародування) фотографії, кіно -, відео — запису чи аналогічного запису зображень інтимного партнера у оголеному вигляді чи у інтимні моменти їх особистого життя (при цьому якість запису дозволяє ідентифікувати особу) без будь-якої законної мети з наміром переслідування, залякування, збентеження чи хвилювання особи. Не є злочином дії, які вчинено за згодою зображеної особи.

До моменту прийняття відповідних змін у законодавство, у США постраждали особи намагалися власними зусиллями розробити механізм захисту прав фізичних осіб, які постраждали від «revenge porn». На жаль, дієвий захист здійснювався тільки щодо selfy-фотографій (створених самою особою) на підставі норм законодавства про авторське право.

Дії особи, яка постраждала внаслідок «revenge porn» та бажає захистити власні права полягають у наступному. По-перше, необхідно забезпечити можливість підтвердження авторства для фотографій чи інших художніх творів і наявність відповідних прав. По-друге, направити повідомлення про блокування доступу найбільшим пошуковикам (в рамках DMCA), а також ініціювати блокування, згідно антипіратського закону, щодо сервісу. По-третє, збільшити свою присутність в мережі шляхом реєстрації на популярних сервісах (соціальних мережах), що дозволить

«відсунути» індексацію сайту з фотографіями на другу сторінку і далі. Спробувати об'єднатися з іншими жертвами і, зібравши важкий томик матеріалів, звернутися до правоохоронних органів. (Laws Ch. I've Been Called the «Erin Brockovich» of Revenge Porn, and For the First Time Ever, Here is My Entire Uncensored Story of Death Threats, Anonymous and the FBI [Електронний ресурс] — Режим доступу : <http://www.xojane.com/it-happened-to-me/charlotte-laws-hunter-moore-erin-brockovich-revenge-porn>). При виконанні даних рекомендацій у часті випадків є можливість обґрунтувати вимоги про видалення небажаного контенту зі сторінок Інтернет-сайтів.

В Україні у судовій практиці також трапляються справи про захист порушених особистих прав фізичної особи, порушених внаслідок розміщення фотографій інтимного характеру у соціальних мережах. До відповідальності за «revenge porn», в залежності від обставин справи, за законодавством України можна притягнути особу внаслідок:

- порушення права на персональні данні фізичної особи (Закон України «Про захист персональних даних»);
- порушення авторських прав — у випадку доведення авторства на фотографії чи інші художні твори (ЦК України, Закон України «Про авторське право і суміжні права»);
- порушення права на зображення (ст. 307, 308 ЦК України);
- порушення норм суспільної моралі (Закон України «Про захист суспільної моралі»), тощо.

У законодавстві нашої країни, на жаль, досить не існує дієвих механізмів захисту прав та інтересів у мережі Інтернет. Доцільно впровадити відповідні норми щодо можливості захисту прав шляхом зобов'язання видалити з сайту інформацію (контент), що порушує права та інтереси фізичних осіб. Слід вдосконалити порядок визначення винної у розміщенні контенту особи (користувача Інтернету) та притягнення її до відповідальності за порушення прав та інтересів фізичних осіб, з врахуванням специфіки Інтернет-середовища. Прийняття антипіратського закону частково дозволить вирішити існуючі проблеми, врегулювати відносини з використання об'єктів інтелектуальної власності за допомогою мережі Інтернет (зокрема фотографій з зображенням фізичних осіб) та вдосконалити механізм захисту особистих прав фізичної особи при порушенні її прав з використанням мережі Інтернет.

БІГНЯК О. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права,
кандидат юридичних наук, доцент

МАТЕРІАЛЬНО-ПРАВОВІ СПОСОБИ ЗАХИСТУ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ

В Україні останні роки корпоративні конфлікти та корпоративні спори стали центром уваги судової практики та правників-теоретиків. Недосконалість правового регулювання корпоративних відносин, відсутність активного реформування корпоративного законодавства, ефективної доктрини корпоративного права та низька якість локальних актів господарських товариства стає підґрунтям для недружного поглинання, свавілля чиновників та прийняття незаконних судових рішень. Окрім цього прийняття Закону України «Про судовий збір» та збільшення судового збору стало підґрунтям для зменшення справ у господарських судах, що виникають з приводу порушень корпоративних прав.

Однак, проблема захисту корпоративних прав та зокрема способів захисту залишається актуальною дивлячись на різну правову природу «права на частку» та «права з частки» (корпоративні права), неможливістю ототожнення «вкладу» та «частки», проблемними питаннями пов'язаним з правом спільної власності подружжя на частку в статутному капіталі товариства.

У статтях 16 ЦК України та 20 ГК України визначені способи захисту корпоративних прав особи, які вона набуває у разі дії, а саме внесення вкладу до статутного капіталу товариства. З моменту внесення вкладу, права на вклад трансформуються у корпоративні права учасника товариства, які обумовлюються його часткою у статному капіталі товариства та потребують охорони, а в разі порушень та посягань відповідного захисту. У контексті цього питання варто зазначити, що незважаючи на невичерпний характер способів захисту не всі із них використовуються при захисті корпоративних прав. При цьому, інші способи захисту знаходять своє закріплення в низці інших законодавчих актів. Наприклад, в Законі України «Про акціонерні товариства» у ст. 50 передбачена можливість судового оскарження рішення загальних зборів, у разі, якщо рішення або порядок його прийняття порушують законодавства, установчі документа та права та охоронювальні законом інтереси акціонера.

При захисті корпоративних прав, які включають в себе майнові та немайнові права зміст кожного способу захисту, порядок його застосування конкретизується в нормах як загальної частини

цивільного законодавства (в нормах що відносяться до інституту власності, зобов'язального права), так і в нормах господарського законодавства (державна реєстрації господарського товариства, змін до установчих документів).

Отже, у такому випадку мова йде виключно про способи захисту корпоративних прав, які є складовою корпоративних правовідносин, які мають свою специфіку у порівнянні з загальноцивільністичними відносинами, це: визнання недійсними рішень загальних зборів акціонерів (учасників), товариств, органів управління; визнання недійсним статуту; внесення змін в установчі документи; внесення змін до системи реєстру; надання інформації щодо діяльності товариства; стягнення дивідендів; стягнення вартості частини майна товариства, пропорційно частці учасника в статутному фонді товариства; зобов'язання товариства до державної реєстрації змін в установчих документах товариства у зв'язку зі зміною у складі учасників товариства; визначення порядку і способу обчислення вартості частини майна товариства та частини прибутку, яку має право отримати учасник при виході (виключенні) з ТОВ (ТДВ); визначення порядку і строків виплати частини майна товариства та частини прибутку, яку має право отримати учасник при виході (виключенні) з ТОВ (ТДВ); переведення на учасника прав та обов'язків покупця частки у статутному капіталі; визнання недійсними правочинів, витребування акції з чужого незаконного володіння і т. д.

Даний перелік способів захисту містить як загальні способи (наприклад визнання недійсними правочинів), так і спеціальні способи захисту (наприклад примусове виключення зі складу учасників, витребування акцій з незаконного володіння), які передбачені в окремих правових нормах та відображають специфіку корпоративних прав, що безумовно пов'язані з правом на частку, між тим мають різні об'єкти та реалізуються в різних правовідносинах.

На поділ способів захисту корпоративних прав на загальні та спеціальні, не розкриваючи особливостей такого поділу, робив акцент Стефанчук М. О. розглядаючи окремі питання здійснення і захисту суб'єктивних цивільних прав у корпоративних правовідносинах. Між тим, спеціальні способи захисту корпоративних прав є самостійною групою способів захисту, це матеріально-правові засоби виключно корпоративних прав, специфіка яких визначається належністю корпоративних прав учаснику (акціонеру) господарського товариства, обумовленістю часткою у статутному (складеному) капіталі, які реалізуються в корпоративних відносинах. При цьому, в залежності від виду порушеного корпоративного права залежить вибір оптимального способу захисту корпоративного права, що й пропонується віднести до критеріїв класифікації корпоративних способів захисту.

Таким чином, під способом захисту корпоративних прав слід розуміти матеріально-правові заходи примусового характеру, за допомогою яких відбувається відновлення (визнання) порушених (оспрюваних) корпоративних прав, які залежать від виду порушеного корпоративного права. У зв'язку з чим, пропонується способи захисту корпоративних прав класифікувати за наступними критеріями: — залежно від порушення корпоративних прав, що включають правомочність учасника (акціонера) на безпосередню участь у товаристві; — залежно від порушення корпоративних прав, що включають правомочність учасника (акціонера) на опосередковану участь у товаристві; — залежно від порушення корпоративних прав, що пов'язані з придбанням та відчуженням часток (акцій); — залежно від порушення корпоративних прав, що пов'язані з неправомірним припинення участі в товаристві. Поряд з цим, слід звернути увагу на потребу дослідження корпоративного контролю як способу захисту корпоративних прав, так як такі способи захисту як реституція, ввідикація та визнання права не в змозі адекватно захистити корпоративні права власника акцій, які були втрачені ним за інших підстав ніж недійсний правочин.

Враховуючи, що на сьогодні відсутня єдина система корпоративних способів захисту, залишається не виявленою специфіка таких корпоративних способів захисту та їх класифікація, потреба у подальших наукових розробок корпоративних способів захисту стане одним із фундаментів для доктрини корпоративного права.

СИМОНЯН Ю. Ю.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права,
кандидат юридичних наук, доцент

УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ КОМП'ЮТЕРНИХ ПРОГРАМ І БАЗ ДАНИХ

Проблеми захисту прав інтелектуальної власності в умовах виникнення глобальної інформаційної інфраструктури привертають все більше уваги з боку працівників різних країн, тому що в різних країнах ключові поняття авторського права, такі як право на відтворення, публічне виконання, публічне сповіщення, публічний показ, розповсюдження, використання цитат, відтворення товару в особистих цілях, відтворення примірників твору для навчання, відтворення творів бібліотеками та архівами інтерпретуються по-різному, а для мережених технологій

ці поняття ще зовсім не вироблені. Все більш розмитою стає межа між творчістю та інтерпретацією вже існуючих даних, між твором та його копією.

Ситуація значно ускладнюється з розвитком глобальних мереж, зокрема — Інтернет, у якій відсутні поняття національних кордонів, а постійне збільшення швидкості комунікацій та інтенсифікація інформаційних процесів призводить до збільшення мобільності матеріальних та інформаційних об'єктів, виробництво, розповсюдження та правова охорона яких вже не може бути здійснена за допомогою діючого законодавства. Закони, при створенні яких суттєво використовувалось поняття національних кордонів, стають непридатними до застосування. Все більше значення має швидкість фіксації та реєстрації інформаційних об'єктів, що захищаються авторським правом, а також зручність та ефективність маніпулювання такими об'єктами. Слід зазначити, що число користувачів Інтернет вже досягає сотень мільйонів чоловік, тому ефективне вирішення проблем захисту прав інтелектуальної власності в цій сфері найближчим часом стане нагальною проблемою.

В цьому блоці законодавчої бази першочергового вирішення потребують проблеми захисту власне комп'ютерних програм та баз даних.

Правове регулювання відносин по створенню і використанню комп'ютерних програм і баз даних відбувається на національному і міжнародному рівнях. На національному рівні таке регулювання забезпечується прийняттям відповідних законів, на міжнародному — укладенням відповідних конвенцій, угод.

У всіх розвинених країнах, які підписали Бернську конвенцію про охорону літературних та художніх творів, основною формою охорони комп'ютерних програм і баз даних є авторське право (Бернська конвенція про охорону літературних та художніх творів від 24.07.1971 р. // Нормативні акти України: Електронна база даних [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>). Комп'ютерні програми та бази даних віднесені до категорії об'єктів, що охороняються як літературні твори. В зазначених країнах ефективно використовуються достоїнства, властиві правовій охороні комп'ютерних програм та баз даних нормами авторського права, і компенсуються його вузькі місця за рахунок застосування інших правових норм, зокрема патентного права.

Охорона комп'ютерних програм нормами авторського права закріплена в Бернській конвенції про оборону літературних і художніх творів, членом якої є Україна, Договорі Всесвітньої організації охорони інтелектуальної власності, з авторського права, і підписаному на Дипломатичній конференції 20 грудня 1996 року, директиві Європейських Співтовариств про правову охорону комп'ютерних програм і баз даних від 14 травня 1991 року, Угоді Світової організації

торгівлі про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (Угода ТРІПС) (Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15.04.1994 р. // Нормативні акти України: Електронна база даних [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>).

В Україні охорона комп'ютерних програм та баз даних здійснюється відповідно до Закону України «Про авторське і суміжні права» (Про авторське право і суміжні права: Закон України / Нормативні акти України : Електронна база даних [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>), що в основному відповідає вимогам міжнародних конвенцій і угод, переважна більшість статей якого безпосередньо стосується й комп'ютерних програм і баз даних.

Разом з тим специфічні особливості комп'ютерних програм і баз даних утруднюють застосування до них усіх норм авторського права, яке не повною мірою задовольняє інтереси розробників комп'ютерних програм, зокрема не захищає від запозичення принципів, реалізованих в них. До того ж, щоб правова охорона комп'ютерної програми чи бази даних найбільш повно відповідала вимогам сучасного рівня розвитку інформатики, недостатньо охорони комп'ютерних програм та баз даних як літературних творів. У більшості зарубіжних країн застосовують системний підхід щодо охорони комп'ютерних програм та баз даних, який включає і можливість їх захисту патентним законодавством. Але в Україні згідно із Законом «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» програми для обчислювальних машин не можуть одержати правову охорону. Це практично лишає поза охороною винаходи, пов'язані з комп'ютерними програмами та базами даних, обмежує інтереси заявників України відносно їх прав в розвинених країнах.

У сфері охорони комп'ютерних програм та боротьби з піратством зміст законодавчих актів має бути спрямований на такі аспекти:

- удосконалення правової охорони комп'ютерних програм і баз даних.

- удосконалення нормативно-правової бази в галузі охорони прав інтелектуальної власності в Інтернет.

- внесення змін та доповнень до відповідних кодексів України, що передбачають посилення відповідальності за порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності з урахуванням необхідної боротьби з піратством.

Правова охорона комп'ютерних програм і баз даних може здійснюватись не лише нормами авторського права і патентного права, а й договірним правом, законодавством про недобросовісну конкуренцію, про охорону комерційних таємниць. Так, договори на створення і використання комп'ютерних програм доцільно виділити в спеціальну

групу договорів у Цивільному кодексі України. Існує піратство на рівні використання алгоритмів, реалізованих у комп'ютерній програмі може завдавати відчутної шкоди їх виробникам. Такі дії розглядаються як протиправні в тому випадку, якщо алгоритм, використовуваний в комп'ютерній програмі, є конфіденційною інформацією і підпадає під комерційну таємницю. Комп'ютерні програми та бази даних, як специфічні об'єкти інтелектуальної власності, повинні мати особливий статус правової охорони.

КИРИЛЮК А. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права,
кандидат юридичних наук, доцент

КРИМІНАЛЬНО-ПРОВОА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ АВТОРСЬКИХ ПРАВ В МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ

Ефективна кримінально-правова охорона авторського права має на сьогодні особливо важливе значення, особливо в умовах глобалізаційних процесів та широкого використання мережі Інтернет. Відповідно до чинного законодавства України, за порушення авторських прав, в тому числі і в мережі Інтернет, передбачена кримінальна відповідальність.

Угода TRIPS зобов'язує держави, які входять до складу СОТ, в тому числі і Україну, у своїх національних законодавствах передбачити кримінальну відповідальність за порушення авторського права (ст. 61) (*ImplicationsoftheTRIPSAgreementonTreatiesadministeredbyWIPO. — Reprint. ed. — Geneva : WIPOpubl., 2011. — 83 p.*).

Обов'язок передбачити відповідальність за незаконне виготовлення та продаж об'єктів охорони авторського права або суміжних прав покладається на держави-учасниці Конвенцією «Про охорону інтересів виробників фонограм від незаконного відтворення їх фонограм» від 29 жовтня 1971 р. (ст. 2) та Бернською конвенцією «Про охорону літературних і художніх творів» від 9 вересня 1886 р. (ст. 16).

Так, згідно зі ст. 176 Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III (далі — КК України), кримінально-караним визнається умисне незаконне відтворення, розповсюдження об'єктів авторського права, якщо це заподіяло матеріальний збиток у значному, великому чи особливо великому розмірі (Кримінальний кодекс України: закон України від 05.04.2001 № 2341-III // Відомості Верховної Ради

України (ВВР). — 2001. — N 25–26. — Ст.131.). За злочин передбачено покарання у виді штрафу, виправних робіт або позбавлення волі з конфіскацією і знищенням всіх екземплярів творів, матеріальних носіїв комп'ютерних програм, баз даних.

У ч. 1 ст. 176 КК України закріплено чотири форми вчинення даного злочину: 1) незаконне відтворення творів науки, літератури і мистецтва, комп'ютерних програм, баз даних, виконань, фонограм, відеограм і програм мовлення; 2) незаконне розповсюдження творів науки, літератури і мистецтва, комп'ютерних програм, баз даних, виконань, фонограм, відеограм і програм мовлення; 3) незаконне тиражування та розповсюдження виконань, фонограм, відеограм і програм мовлення на аудіо- та відеокасетах, дискетах, інших носіях інформації; 4) інше умисне порушення авторського права і суміжних прав.

Санкції за ст. 176 КК України передбачають альтернативні покарання (штраф, виправні роботи, арешт, обмеження волі, позбавлення волі), що є загальною позитивною тенденцією КК України. Також в даній статті міститься примітка що матеріальна шкода вважатиметься завданою в значному розмірі, якщо її розмір у двадцять і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, у великому розмірі — якщо її розмір у двісті і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а завданою в особливо великому розмірі — якщо її розмір у тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Науковці наголошують на тому, що вагомою причиною, яка призводить до неефективного застосування вказаної норми, є недостатнє науковевивчення механізму кримінально-правової охорони авторського права і суміжних прав. На думку доктора юридичних наук, професора М. Й. Коржанського, порушення авторського права і суміжних прав вчиняється тільки умисно, будь-яка помилка у використанні об'єктів авторського права і (або) суміжних прав складу злочину не утворює. С. О. Довгий зазначає, що суб'єктивна сторона «порушення авторського права і суміжних прав» характеризується умислом. Це означає, що винна особа усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачає його суспільно небезпечні наслідки і бажає або свідомо допускає їх настання.

Вчинення зазначених у ст. 176 КК України дій із необережності не утворює складу злочину і не тягне за собою кримінальної відповідальності. Варто зазначити, що у правозастосовній практиці, у зв'язку із тим, що у диспозиції ч. 1 ст. 176 ККУ України кримінально-караним порушенням авторського права і суміжних прав визнається виключно умиснепорушення даних прав, виникають певні складнощі. Деякими науковцями висловлюються пропозиції щододоцільності виключення

із диспозиції ч. 1 ст. 176 КК України слова «умисне» і криміналізувати як умисне, так і необережне порушення авторського права і суміжних прав (Коваль А. Порушення авторського права і суміжних прав: кримінально-правові проблеми, які потребують свого вирішення / А. Коваль // Юридична газета. — 2005. — 18 серпня № 15. — С. 6.).

Із такими пропозиціями, на наш погляд, погодитись досить важко. Оскільки кримінальна відповідальність є найбільш тяжким видом юридичної відповідальності, доцільно застосовувати інші види відповідальності (цивільно-правову, адміністративну).

На думку М. Мельникова, законодавець має підвищити рівень покарань за кримінальні злочини у даній сфері залежно від рівня суспільної небезпеки (Мельников М. Піратство як злочин у галузі авторського права і суміжних прав: погляд на проблему / М. Мельников // Право України. — 2003. — № 4. — С. 72–75.).

Досить цікавою є думка А. Штефан щодо того, що хоча притягнення до кримінальної відповідальності за порушення авторського права, відбувається лише у випадку порушення майнових прав, чомусь норма ст. 176 КК України міститься в розділі V- Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод громадянина. Вищезгаданим автором підтримується позиція, що об'єктом злочину, який розглядається є виключні майнові права авторів, виконавців, виробників фонограм і відеограм, організацій мовлення, оскільки відповідальність встановлена за незаконне вчинення дій, належних до виключного права дозволяти чи забороняти таке використання. Пропозиції поширення кримінально-правової охорони на особисті немайнові права інтелектуальної власності, на нашу думку, є не досить правильними, адже ч. 1 ст. 11 КК України визнає злочином діяння, яке характеризується високим ступенем суспільної небезпечності, а порушення особистих немайнових прав автора не є такими.

ЭННАН Р. Е.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
доцент кафедры права интеллектуальной собственности,
кандидат юридических наук, доцент

ФОРМИРОВАНИЕ РЕГИОНАЛЬНЫХ ПАТЕНТНЫХ СИСТЕМ

Облегчение зарубежного патентования изобретений реализуется на протяжении длительного времени различными путями. Прежде всего — это установление самой возможности подачи иностранцами заявок на

получение патентов. Затем это установление для заявок, подаваемых иностранцами, и для полученных ими патентов на изобретения национального режима, иногда именуемого режимом ассимиляции со своими гражданами. Эти исходные и ныне представляющиеся самоочевидными вопросы были поставлены и успешно решены еще в 1883 г. Парижской конвенцией по охране промышленной собственности.

Не менее важным международным мероприятием по облегчению зарубежного патентования изобретений явилось принятие в 1970 г. Договора о патентной кооперации (РСТ). Этот Договор создал систему международной патентной заявки и систему их предварительной проверки и патентной экспертизы, что существенно облегчает дальнейшее патентование изобретений в отдельных странах мира.

Вместе с тем облегчение зарубежного патентования изобретений осуществляется путем унификации (или гармонизации) материально-правовых требований, предъявляемых к заявкам на получение патентов на изобретение и к уже выданным патентам (Договор о патентном праве 2000 г. (PLT), Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (ТРИПС).

Создание в настоящее время единого общемирового патента на изобретение невозможно потому, что это означало бы отказ стран-участниц от части своего национального суверенитета, к чему большинство стран еще не готовы. Но в отдельных регионах мира под воздействием дополнительных факторов становятся возможными и реализуются региональные патентные системы. Сами эти дополнительные факторы могут иметь длительный характер (тесные экономические связи, стремление к экономическому единству) либо, наоборот, носить временный, краткосрочный характер.

Первыми в сфере региональной патентной интеграции стали государства Африканского континента. В 1962 г. в Либревиле франкоязычные государства Африки заключили Соглашение о создании единого Африканского ведомства по охране промышленной собственности, наделенное правом выдачи единых охранных документов, в том числе патентов на изобретения. Другое африканское региональное соглашение — Соглашение о создании Африканской региональной организации интеллектуальной собственности. Первоначально, в 1976 г., это соглашение касалось только вопросов промышленной собственности, а его участниками были колонии Соединенного королевства Великобритании и Северной Ирландии. Соглашение предусматривает, что заявитель может подать одну заявку на патент, в которой указывается, что он желает получить охрану в любых или во всех странах, участвующих в Соглашении. Заявка может быть подана непосредственно в единое патентное ведомство.

5 октября 1973 г. в г. Мюнхене (Германия) была заключена Европейская патентная конвенция (ЕПК). Она напрямую не связана с Европейским союзом (ЕС), однако косвенно ее создание связано с европейской экономической интеграцией. В ЕПК участвуют как государства-члены ЕС, так и другие европейские страны. Конвенция предусматривает возможность подать заявку на патент в Европейское патентное ведомство (ЕПВ) на одном из трех его официальных языков (английский, немецкий, французский). На основе заявки после ее проверки выдается европейский патент. Этот патент по желанию заявителя может действовать во всех или в некоторых из стран, входящих в ЕПК. В каждой такой стране он действует как национальный патент.

Наряду с ЕПК в ЕС начиная с 1975 г. ведутся работы по созданию патента ЕС и единого патентного суда ЕС. Хотя основные положения, касающиеся создания патента ЕС, уже согласованы (это будет патент, действующий во всех 27 странах ЕС), до сих пор не решены все вопросы, касающиеся этой будущей региональной патентной системы. Единый патент ЕС будет выдаваться ЕПВ на основе заявки, поданной в течение определенного времени после получения европейского патента. Во всех участвующих странах ЕС он будет иметь одинаковую правовую силу. Любые ограничения и переуступки единого патента также будут иметь силу во всех участвующих странах ЕС, однако лицензии на единый патент могут быть предоставлены в отношении либо всей территории его действия, либо части этой территории.

В 1994 г. страны-участницы СНГ подписали Евразийскую патентную конвенцию (ЕАПК), которая вступила в силу 12 августа 1995 г. В ЕАПК в настоящее время участвуют восемь стран: Азербайджан, Армения, Беларусь, Казахстан, Киргизия, Россия, Таджикистан, Туркменистан. ЕАПК создана в основном по образцу и подобию ЕПК. Образовано единое Евразийское патентное ведомство (ЕАПВ), расположенное в Москве (Россия). Страны-участницы приняли единое патентное (наднациональное) законодательство. На основе норм этого законодательства заявитель (любой изобретатель или его правопреемник из любой страны мира) может подать в ЕАПВ единую патентную заявку. Заявка подается на русском языке, который является официальным языком Евразийской патентной организации (ЕАПО). Если в результате экспертизы будет установлено, что заявка содержит патентоспособное изобретение, то заявителю выдается евразийский патент. Этот патент действует либо во всех восьми участвующих в ЕАПК странах, либо в некоторых из них, что определяет заявитель. В странах, где действует евразийский патент, он действует как национальный патент соответствующего государства.

Как показывает исторический опыт, региональные патентные системы могут появляться и в результате воздействия других факторов: обретение независимости колоний, находившихся ранее под властью одной монополии, или прекращение существования (распад) единого государства.

Для дальнейшего успешного существования и функционирования таких региональных патентных соглашений необходимы длительные, устойчивые, взаимовыгодные экономические связи между странами. Если они существуют, создаются основы единой экономики, что вызывает потребность создания единого патента на изобретение. Как свидетельствует опыт, единый региональный патент на изобретение может существовать в двух формах: ныне действующего европейского патента или в форме евразийского патента либо в форме задуманного, но еще не реализованного окончательно единого патента ЕС.

БААДЖИ Н. П.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права,
кандидат юридичних наук, доцент

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПАТЕНТУВАННЯ ЛІКАРСЬКИХ ЗАСОБІВ В УКРАЇНІ

Патентний захист лікарських засобів часто призводить до обмеженої кількості життєво важливих ліків на ринку, а також високої вартості останніх, що, у свою чергу, зменшує їх доступність для населення, особливо у країнах, що розвиваються (Бразилії, Індонезії, Індії, Кенії, Таїланді, Філіппінах, тощо). На сьогоднішній день Україна є єдиною європейською країною, яка активно розробляє механізм патентування для фармацевтичної галузі, що можна розглядати як застосування особливих заходів у період економічної кризи.

При дослідженнях в означеній сфері доцільним був аналіз робіт щодо обмежень та захисту патентних прав як українських (В. Д. Базилевич, Р. Є. Еннан, Н. Б. Москаль, Петров В. та ін.), так і зарубіжних науковців (В. И. Белов, О. П. Мурзина, А. П. Сергеев та ін.)

Основним принципом патентного права у сфері обігу лікарських засобів є дотримання балансу приватних інтересів патентовласника та публічних інтересів держави у сфері охорони здоров'я.

Суспільна корисність патентної охорони та захисту ліків зумовлюється стимулюванням розроблення нових препаратів. Відповідно до

Угоди TRIPS патентування лікарських засобів має здійснюватися справедливо, дотримуючись суспільної охорони здоров'я й одночасно захищаючи інтерес власника патенту.

Характерними ознаками об'єктів охорони інтелектуальної власності в цій сфері насамперед є їхня специфічність і багатofункціональність. Це обумовлює їх виокремлення як самостійної частини законодавства у сфері промислової власності багатьох країн. (Петров В. Правова охорона інтелектуальної власності в Україні // Право України — № 11. — 1998.)

Як зазначає В. Д. Базилевич, інтелектуальна власність — це вищий рівень існування не лише власності, а й людини, це свідчення того, що удосконалення суспільства не лише може, а й буде здійснюватися не тільки завдяки політичним зусиллям, а й трансформації власності. Інтелектуальна власність — це духовна форма існування приватної і особистої власності (Базилевич В. Д. Інтелектуальна власність : підручник / В. Д. Базилевич. — 2-ге вид., стереотип. — К.: Знання, 2008. — 431 с.), тому державні ініціативи, які знижують законодавчий рівень охорони прав інтелектуальної власності, зокрема у сфері виробництва інноваційних ліків в Україні, негативно впливають на її розвиток і інвестиційну привабливість.

Основною нормою, що захищає приватні інтереси патентовласника є норма п. 2 ст. 28 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» згідно з якою патент надає його власнику виключне право використовувати винахід (корисну модель) за своїм розсудом, якщо таке використання не порушує прав інших власників патентів. (Москаль Н. Б. Актуальні питання правового режиму обігу інноваційної продукції, що містить генетично модифіковані продукти [Електронний ресурс]. — Режим доступу: irbis-nbuv.gov.ua/.../cgiirbis_64.exe?...).

Закон України «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі» визначив основні положення захисту винаходів усіх галузей науки та техніки. Зокрема, ст. 6 та ст. 28 даного Закону гарантують винахіднику право на виключне використання винаходу протягом 20 років.

Що стосується фармацевтичних компаній, то цей строк не здається досить значним враховуючи той факт, що виведення лікарського засобу на ринок є довготривалим процесом, який потребує проведення доклінічних та клінічних досліджень, які тривають роками. Як результат винахідник має лише кілька років, щоб компенсувати витрати на розробку та дослідження нового лікарського засобу. Щоб подолати таку несправедливість, положення ч. 4 ст. 6 Закону «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі» (Про охорону прав на винаходи та корисні моделі : Закон від 15.12.1993 № 3687-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1994. № 7. Ст. 32) надають можливість власнику патенту на винахід, об'єктом якого є лікарський засіб, продовжити його

дію на строк, що дорівнює періоду між датою подання заявки та датою одержання дозволу на використання лікарського засобу, але не більше ніж на 5 років. Крім того, ст. 9 Закону України «Про лікарські засоби» передбачає захист реєстраційних даних оригінального лікарського засобу. Даний спосіб захисту діє незалежно від патентного і в багатьох розвинених країнах світу охоплюється поняттям «ексклюзивності даних» (Примусове ліцензування виробництва ліків. Чи вдасться КМУ витримати баланс інтересів? [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://jurblog.com.ua/2013/02/primusove-litsenzuvannya-virobnitstva-likiv-chi-vdastsya-kmu-vitrimati-balans-interesiv/>). Так, згідно положень ч. 9 ст. 9 Закону України «Про лікарські засоби» якщо лікарський засіб, що зареєстрований на підставі поданої в повному обсязі (повної) реєстраційної інформації, зареєстровано в Україні вперше, державна реєстрація іншого лікарського засобу, що містить ту саму діючу речовину, що й референтний/оригінальний лікарський засіб, можлива не раніше ніж через п'ять років з дня першої реєстрації референтного/оригінального лікарського засобу в Україні, якщо інше не передбачено цією статтею. Таким чином, дана норма забороняє державним органам реєструвати генеричні лікарські засоби, що містять таку ж діючу речовину, що і оригінальний лікарський засіб, протягом 5 років, незалежно від того, чи захищений такий оригінальний лікарський засіб патентом. При цьому, застосування такого захисту не вимагає жодних дій з боку виробника-оригінатора.

Підсумовуючи, слід зазначити, що патентна охорона фармацевтичної продукції є необхідною передумовою прогресу медичної науки й охорони здоров'я в цілому.

КЕТРАРЬ А. А.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права,
кандидат юридичних наук

ОСОБЛИВОСТІ ВІДШКОДУВАННЯ МАЙНОВОЇ ШКОДИ В АВТОРСЬКОМУ ПРАВІ

Динамічно розвиваючись в умовах ринкового господарювання, чисельних творчих та наукових досягнень, сучасне авторське право забезпечує реалізацію та захист прав авторів творів науки, літератури і мистецтва на основі гармонічного поєднання інтересів особистості та суспільства. Правова система України забезпечує в цілому можливість

реалізації, охорони та захисту авторського права, втім, його стрімкий розвиток породжує чималу кількість питань, які потребують як теоретичного обґрунтування, так і практичного втілення. Так, важливим і актуальним є питання відшкодування шкоди, що є результатом делікту в авторському праві.

Ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права» (далі — Закон), визначає що у разі порушення авторського права, особа, права якої порушено, має право, зокрема: подавати позови про відшкодування збитків (матеріальної шкоди), включаючи упушену вигоду, або стягнення доходу, отриманого порушником внаслідок порушення ним авторського права, або виплату компенсацій.

Відповідно до ст. 22 ЦК України збитками є: втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також втрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушено (упущена вигода). Крім того, реальні збитки, також можна поділити на дві частини: 1) вартість втраченого або пошкодженого майна; 2) витрати які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права.

Між тим, постає питання: як слід тлумачити поняття реальних збитків стосовно об'єктів авторського права? Звичайно, зазначене поняття можна розуміти у прямому значенні, як знищення або пошкодження речі, у якій втілений об'єкт авторського права. Так, скульптуру або картину тощо, можна знищити чи пошкодити. Однак, далеко не у кожному випадку «знищення» або «пошкодження» можна розуміти так прямо-лінійно. Наприклад, літературним творам можна завдати пошкоджень шляхом їх перекручення, а отже як приклад реального збитку можна вказати на витрати потерпілого, що були зроблені у зв'язку з усуненням перекручень твору. Крім того, завдання реальних збитків може бути здійснено невиконанням, або неналежним виконанням авторського договору тощо. Таким чином, поняття реальних збитків у сфері авторського права слід тлумачити значно ширше ніж знищення та пошкодження майна.

Набагато частіше, збитки у сфері авторського права, виражаються у тій упушеній вигоді, яку могли б отримати суб'єкти авторських відносин, в умовах нормальної реалізації прав та обов'язків.

Упушена вигода відрізняється від реальних збитків тим, що реальні збитки характеризуються наявністю витрат, зменшенням майнової сфери потерпілого, у разі ж упушеної вигоди наявне майно (майнова сфера) не збільшується, хоча й могло б збільшитися, якби не мало місце порушення права. Іншою характерною ознакою упушеної вигоди є те, що можливість її стягнення залежить від специфіки конкретних правовідносин, а саме: вона виникає тільки в умовах комерційного використання майна (Крисень Т. Є. Збитки як категорія цивільного права

України: дис...канд. юрид. наук: 12.00.03., Одеса, 2008, с. 143). Крім того, упущена вигода має компенсаційні властивості, так згідно з абз. 2 ч. 3 ст. 22 ЦК України, якщо особа, яка порушила право, одержала у зв'язку з цим доходи, то розмір упущеної вигоди, що має відшкодуватися особі, право якої порушено, не може бути меншим від доходів, одержаних особою, яка порушила право.

Представляється, що упущена вигода, не повинна зводитися тільки до виплати гонорару, який автор повинен був одержати за звичайних обставин. Цю позицію можна пояснити тим, що авторське законодавство не регулює питання авторської винагороди, визначаючи лише її мінімальні ставки, орієнтація на які була б несправедливим заходом, по відношенню до потерпілої сторони. Тому, в якості упущеної вигоди повинен розглядатися щонайменше весь прибуток, який отримав порушник, незаконним шляхом.

Згідно із постановою пленуму Вищого господарського суду України від 17.10.2012 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» у визначенні розміру збитків у частині упущеної вигоди господарським судам слід виходити з показників, які звичайно характеризують доходи суб'єкта авторського права. При визначенні розміру упущеної вигоди також повинні ураховуватися тільки точні дані, які підтверджують реальну можливість отримання грошових сум або іншого майна, якби зобов'язання було виконано боржником належним чином; нічим не підтвержені розрахунки кредитора про передбачувані доходи не повинні прийматися до уваги.

Обґрунтувати розмір заподіяних збитків має позивач, ним же доводиться факт порушення належних йому авторських прав, а також причинний зв'язок між порушенням його права і заподіяними збитками. Щодо суб'єктивної умови відповідальності, то порушник авторських прав визнається винним до тих пір, поки ним не буде доведено протилежне.

Підводячи підсумок, можна сказати, що для визначення розміру грошового відшкодування збитків, суд повинен уважно дослідити та оцінити усі обставини, які можуть вплинути на суму такого відшкодування. Правовласник повинен мати можливість отримати відшкодування, еквівалентне прибутку, який він міг би отримати в тому випадку, якщо б незаконне використання не відбулось. На нашу думку, тільки таким чином, можна уникнути ситуації, при якій було б вигідніше порушувати авторські права, ніж їх дотримуватися.

ЗАПРОВАДЖЕННЯ МЕДІАЦІЇ ЯК АЛЬТЕРНАТИВНОГО СПОСОБУ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ У СФЕРІ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

З розвитком науково-технічних можливостей людства, розширюються і можливості для обходу технічних засобів захисту прав інтелектуальної власності, спрощується доступ до таких об'єктів, внаслідок чого збільшується кількість порушень у зазначеній сфері. Розв'язання спорів у сфері права інтелектуальної власності може здійснюватись як в судовому порядку, так і за допомогою альтернативних способів врегулювання спорів, тобто без залучення органів державної влади. Одним із таких способів є медіація.

У сучасній літературі медіація визначається як процедура, метод, форма, процес, засіб вирішення конфлікту. У проекті закону України про медіацію запропоновано наступне визначення: медіація (примирення) — процедура альтернативного, добровільного врегулювання спорів, вирішення конфліктів шляхом ведення переговорів між сторонами конфлікту (спору) за допомогою одного або декількох медіаторів (посередників) з метою досягнення сторонами взаємоприйнятного рішення про врегулювання конфлікту (спору) або усунення спричиненої конфліктом (спором) шкоди (Про медіацію: проект закону — 2425а від 26.06.2013 — [Електронний ресурс] — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47637).

У справах, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності, сторони звертаються до медіатора для досягнення згоди в разі неправомірного копіювання, розповсюдження, використання об'єкта права інтелектуальної власності іншою стороною, порушення умов різних видів договорів щодо, розпорядження майновими правами інтелектуальної власності (особливо ліцензійних договорів та договорів комерційної концесії), спорів щодо авторства на винахід та права власності на патент, порушення авторського права та суміжних прав тощо.

На сьогоднішній день, медіація стає ефективним способом вирішення конфлікту в усьому світі. Так умовно можна виділити три рівні правового закріплення медіації в правові системи. Перший рівень — це закріплення порядку застосування медіації у кодифікованих актах. Положення про медіацію закріплено в кримінально-процесуальному кодексі Австрії, Фінляндії, Франції, Німеччини, Польщі та Словенії. Кримінальним кодексом регулюється медіація в Фінляндії, Німеччині, Польщі та Швейцарії. Другий рівень — це детальне регулювання процесу медіації спеціальним законом про медіацію. Такі закони є в Чехії,

Російській Федерації, Норвегії, Швеції. Третій рівень — це закріплення положень про медіацію в нормативно-правих актах, які регулюють різні сфери суспільних відносин. Зокрема, у законодавстві про ювенальну юстицію визначено умови застосування медіації у таких країнах, як Польща, Німеччина, Ірландія та Фінляндія.

Варто зазначити, що в країнах Західної Європи, як правило, використовується слово «медіація», за винятком Німеччини, яка використовує слово «примирення».

В Україні вже робляться спроби закріпити дану процедуру на законодавчому рівні. Запровадження її в правову систему України сприятиме значному розвантаженню судів та економії як державних так і приватних коштів, а також пришвидшенню процедури вирішення спору в інтересах сторін. Для успішного запровадження медіації в правову систему України, держава повинна визначитись з механізмами функціонування даної процедури, з умовами обов'язкового її проведення, з механізмом контролювання за якістю надання послуг медіації, з визначенням принципів проведення медіації (Носырева Е. И. Формирование модели правового регулирования посредничества в Российской Федерации // Третьейский суд — № 3—2009 — С. 138—145). Дані визначення допоможуть вкоренитися медіації як формі врегулювання конфлікту. Особливої уваги потребують питання проведення медіації у спорах щодо прав інтелектуальної власності. Захист зазначених прав потребують швидкого та злагодженого врегулювання.

Відповідно до останнього проекту закону про медіацію від 26.06.2013 передбачається внесення зміни до Цивільного процесуального кодексу, до Кримінального процесуального кодексу, до Кодексу законів про працю України, Господарського процесуального кодексу України, до Кодексу адміністративного судочинства України (Порівняльна таблиця до проекту Закону України «Про медіацію» — [Електронний ресурс] — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47637), у зв'язку з цим процедура медіації буде врегульована відразу на декількох рівнях.

Варто також відповідально підійти до визначення особи-медіатора. Незважаючи на різні думки з цього приводу, чи то медіатор-юрист, чи то медіатор-психолог, ми вважаємо доречним визначення особи — медіатора — юристом. Особливо важлива юридична освіта при вирішенні спору щодо права інтелектуальної власності. Відомо, що об'єкти авторського права та суміжних прав, об'єкти права промислової власності мають певні особливості. Їх захист потребує певних знань у сфері права інтелектуальної власності, саме ці знання отримують юристи. Крім того, при позитивному вирішенні спору, сторони підписують медіаційну угоду, яка має статус цивільно-правового договору. Тому, вважається, що медіатор, який володіє юридичною освітою, зможе більш ефективно

та швидко вирішувати різні конфлікти, в тому числі й у сфері права інтелектуальної власності.

Отже, можемо сказати, що медіація в усьому світі стає актуальним та демократичним способом альтернативного вирішення спору. Її ефективність відчувли такі держави як Німеччина, США, Росія, Республіка Білорусь, Польща, Швейцарія, Австрія та ін. Сьогодні Україна повинна визначитись з напрямком запровадження даної процедури в нашу правову систему.

МАРТИНЮК І. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
кафедра права інтелектуальної власності та корпоративного права

КОМПЕНСАЦІЯ ЯК ОДИН ІЗ СПОСОБІВ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАННОЇ ВНАСЛІДОК ПІРАТСТВА, ПЛАГІАТУ ТА КОНТРАФАКЦІЇ

Попри велику увагу, яка приділяється забезпеченню ефективного захисту прав інтелектуальної власності, нерідко трапляються випадки порушення прав авторів.

У чинному законодавстві, зокрема: ЦК України, Законі України «Про авторське право і суміжні права», передбачено основні способи цивільно-правового захисту авторських прав. Вибір способу захисту залежить від виду порушення прав, наслідків порушення та мети, якої бажає досягти правовласник, обираючи той чи інший спосіб захисту.

Враховуючи, що при неправомірному використанні об'єктів авторського права творцям (їх правонаступникам) завдається майнова шкода, актуальне значення має дослідження способів її відшкодування.

Відшкодування збитків, стягнення з порушника незаконно одержаного доходу чи виплата ним компенсації становлять найбільш дієві способи захисту авторських прав. У даному випадку майновий інтерес потерпілого задовольняється за рахунок грошової компенсації завданих йому майнових збитків. Під збитками маються на увазі витрати, зроблені особою, права якої порушені, втрата чи пошкодження її майна — реальні збитки, а також недержанні доходи, які б особа могла одержати при звичайних умовах цивільного обороту, якби її права не були порушені — упущена вигода. За загальним правилом збитки відшкодовуються у певному обсязі.

Оскільки довести наявність збитків та обґрунтувати їх розмір, особливо в частині упущеної вигоди, не завжди просто, Закон України «Про авторське право і суміжні права» надає потерпілим можливість

компенсувати завдану їм майнову шкоду двома іншими, простішими способами.

По-перше, це стягнення з порушника на користь правовласника всього доходу, отриманого внаслідок порушення авторських прав.

По-друге, власники порушених авторських прав можуть вимагати від порушника виплати *компенсації*. Її розмір визначається судом на підставі позову потерпілого в сумі від 10 до 50 тисяч мінімальних розмірів заробітної плати, встановленої законодавством України (Довгий С. О. Охорона інтелектуальної власності в Україні / С. О. Довгий, В. О. Жаров, В. О. Зайчук, - К, 2002. — С. 131).

Попри таку чіткість та здається конкретність у відшкодуванні шкоди, існують певні проблемні моменти, з якими стикаються як правовласники, так і суди, на які покладено нелегке завдання у винесенні справедливого рішення.

Існує певна проблема в оцінці правомірності вимоги правоволодільця про стягнення компенсації стосовно кожного окремого випадку правопорушення або стосовно вчиненого правопорушення в цілому.

Існують також неточності при визначенні розміру компенсації. Так у вітчизняному законодавстві у п. 5 ст. 432 ЦК України міститься правило: «розмір стягнення визначається відповідно до закону з урахуванням вини особи та інших обставин, що мають істотне значення». Як бачимо, ЦК України проголошує, що разове грошове стягнення має визначатися з урахуванням вини особи та інших суттєвих обставин, і нічого не говорить про те, які це обставини. Як зазначив О. А. Підпригора: «Слід пам'ятати, що ця компенсація має відповідати заподіяній шкоді, — порушника не можна ображати. При такій ситуації сподіватися на зменшення масштабів порушення прав інтелектуальної власності навряд чи можна» (Підпригора О. А. Захист права інтелектуальної власності в новому Цивільному кодексі України / О. А. Підпригора // Інтелектуальна власність. — 2003. — № 6. — С. 4).

Як зазначає В. Погуляєв, «оскільки компенсація не пов'язана з завданими збитками чи незаконно отриманими доходами та підлягає виплаті визначати розмір компенсації, необхідно обов'язково виходячи з певних критеріїв» (Погуляєв В. Компенсація — особий спосіб захисту исключительных прав / В. Погуляєв // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2001. — № 12. — С. 50).

Це критерії вини і, відповідно, розмір стягнення за правопорушення, вчинене з умислу чи грубої необережності, має значно відрізнитися від розміру стягнення за правопорушення, вчинене не з умислу чи грубої необережності, коли особа, яка вчинила його, вжила усіх необхідних заходів задля дотримання прав інтелектуальної власності чи не знала і не повинна була знати, що в її діях є правопорушення.

Слід зазначити, що компенсація, як спосіб захисту порушених прав інтелектуальної власності, не завжди оцінюється позитивно.

Обґрунтовується це тим, що такий захист відповідно до принципів цивільного права спрямований лише на відновлення порушеного права, в тому числі і майнового стану суб'єкта права інтелектуальної власності в разі його порушення.

Цілком слушною виглядає пропозиція О. А. Підпригори щодо зміни акценту законодавця у ЦК України, щодо необхідності відходу від чистого компенсаційно-відновлювального механізму у сфері захисту прав інтелектуальної власності до карального (Підпригора О. А. Захист права інтелектуальної власності в новому Цивільному кодексі України / О. А. Підпригора // Інтелектуальна власність. — 2003. — № 6. — С. 4).

Як зазначає О. В. Ришкова: «Компенсаційний принцип захисту цивільних прав стосовно прав інтелектуальної власності спрямований лише на відновлення порушених прав, у тому числі і майнового стану суб'єкта права інтелектуальної власності у разі його порушення, а тому потребує заміни на більш ефективний. Таким заміником може стати кратний принцип відповідальності за порушення права інтелектуальної власності, за яким розмір майнової відповідальності збільшується у два і більше разів в залежності від розміру завданих збитків та інших факторів, що мають істотне значення для обсягу відповідальності за принципом: чим більшим є розмір завданих збитків, тим більш суворою є відповідальність» (Ришкова О. В. Захист прав інтелектуальної власності за цивільним законодавством України: Автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Одеса, 2007. — С. 14).

Таким чином, незважаючи на переваги компенсації, як одного із способів захисту авторських прав, як ми переконались існують певні складнощі у її застосуванні. Зокрема, це пов'язано з відсутністю критеріїв, які мають враховуватись при визначенні розміру компенсації. На нашу думку саме розроблення таких критеріїв дозволить спростити визначення розміру компенсації та буде сприяти більш ефективному захисту авторських прав

МЕНСО І. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри права інтелектуальної власності і корпоративного права

ПРАВОВІ АСПЕКТИ СТВОРЕННЯ ЕЛЕКТРОННИХ БІБЛІОТЕК

Обробки та використання електронної інформації, переведення друкованої інформації в електронний вигляд та її розміщення в електронних бібліотеках дозволяють істотно підвищити швидкість надання інформації та розширить доступ користувачів до неї.

Саме поняття «електронна бібліотека» не має узгодженого і сталого змісту, хоча термін активно застосовується у колі фахівців різного профілю. Виникають і певні труднощі з визначенням таких понять як «віртуальна бібліотека» та «цифрова бібліотека», оскільки, сьогодні данні поняття не є усталеними і досить часто їх вважають як синоніми (Лаппо П. М. Введение в электронные библиотеки. 2005р. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://natlib.org.by/html/news2005/7iuuly/data/index.html>). При цьому, найбільш розповсюдженим та найбільш вживаним є термін «електронна бібліотека», під яким слід розуміти документальну автоматизовану інформаційну систему, у якій документи зберігаються, як правило, у повнотекстовому вигляді на електронних машинних носіях і можуть надаватися користувачам по їхніх запитках через телекомунікаційні мережі.

Однією з перших ініціатив у створенні електронної бібліотеки стало рішення інформаційно-бібліотечної ради Національної Академії Наук, в якому доручили Науковій бібліотеці України ім. В. Вернадського організувати передачу в науково-дослідні установи НАН України копій електронного каталогу і відповідно установам організувати передачу до НБУВ своїх загальнодоступних електронних інформаційних ресурсів для створення електронної наукової бібліотеки НАН України (Василенко О. М. Електронні ресурси як чинник оптимізації довідково-бібліографічного обслуговування. 2000, с. 204).

Ще одним кроком у розвитку електронної бібліотеки в Україні стала Національна програма інформатизації, метою якої є створення Національної системи електронного інформаційно-бібліотечного ресурсу та систем органів державної влади.

Ще один проект, «Створення регіональних інформаційних порталів та інформаційних центрів на базі публічних бібліотек», передбачає створення загальнодоступного універсального віртуального регіонального ресурсу.

Також слід відзначити інформаційно-аналітичну правову базу даних «Ліга-Закон», яку використовують 16 бібліотек, та сайт Верховної Ради України, база даних якого налічує близько 70 тис документів.

Крім того, право на створення глобальної електронної бібліотеки мають і певні пошукові системи. Зокрема, Інтернет-гігант Google може продовжувати створювати глобальної електронної бібліотеки GoogleBooks шляхом оцифрування книг. Таке рішення виніс нью-йоркський суддя Денні Чін, відхиливши позов американської Гільдії письменників. За його словами, електронна бібліотека дозволить студентам, вчителям, дослідникам та іншим людям з легкістю знаходити потрібні книги, не порушуючи при цьому авторські права письменників.

Таким чином, електронні бібліотеки створюються не лише на державному рівні відповідно до національних програм та державними установами, зокрема органами державної влади, державними

організаціями, національними бібліотеками та ін., а й приватними особами та компаніями, а також пошуковими системами, що підтверджується такими яскравими прикладами як існування глобальної електронної бібліотеки GoogleBooks та «Ліга-Закон».

Однак, при формуванні та діяльності електронних бібліотек необхідно дотримуватися чинного законодавства України, зокрема Законів України «Про інформацію», «Про авторське право і суміжні права», «Про бібліотеки і бібліотечну справу», «Про видавничу справу», «Про обов'язків примірник документів», «Проінноваційну діяльність» та ін.

З метою належного та законного створення та існування електронних бібліотек необхідно:

- отримати дозвіл від суб'єкта авторського права на переведення їх творів в цифрову форму з метою розміщення їх в електронній бібліотеці з подальшим наданням користувачам доступу до них. При цьому, ст. 22 Закону України «Про авторське право і суміжні права» щодо виключного права для бібліотек на репродуковане відтворення без згоди автора примірника не може застосовуватися для електронних бібліотек;

- створити реєстр суб'єктів авторського права на твори, які планується розмістити в електронній бібліотеці та укласти авторський договір між суб'єктами авторського права та електронною бібліотекою;

- запозичення електронних документів, зроблених іншими особами або організаціями повинно здійснюватися на договірній основі з дотриманням інтересів партнерів, ліцензійної і правової чистоти електронного документа;

- у випадку прийняття законодавчого акта, що покладає на публічну бібліотеку функції депозитарного збереження електронних документів і надання права одержання екземпляра електронного документа в обов'язковому порядку, особливим чином обумовлюється право публічної бібліотеки на включення цих документів в електронну бібліотеку і умови їхнього надання користувачам;

- при включенні до складу електронних бібліотек документів взятих із загальнодоступних інформаційних мереж необхідна експертиза їх ліцензійної і правової чистоти;

- передбачити виплату авторам чи іншим особам, що мають авторське право, винагороди електронною бібліотекою;

- електронні копії творів мають супроводжуватися застереженням щодо заборони неправомірного їх використання (Рекомендації Державної служби інтелектуальної власності України: Офіційний веб-портал. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://sips.gov.ua/ua/ip.html>).

Розділ 9

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Підрозділ 9.1

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ФОРМУВАННЯ СУЧАСНОЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ДОКТРИНИ

ТУЛЯКОВ В. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
віце-президент, проректор з міжнародних зв'язків,
завідувач кафедри кримінального права, доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України, заслужений діяч науки і техніки України

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ПОВОДЖЕННЯ: ДО ТЕОРІЇ ПИТАННЯ

Сучасні праці відомих українських фахівців у галузі кримінального права в якості одного із центральних напрямків розвитку доктрини називають питання кримінальної політики. Так, П. Я. Фріс та В. Я. Борисов під кримінально-правовою політикою розуміють «системоутворюючий елемент політики держави у сфері боротьби зі злочинністю, що розробляє стратегію і тактику, формулює основні завдання, принципи, напрями і цілі кримінально-правового впливу на злочинність, виробляє засоби їх досягнення і виражається в нормах законодавства про кримінальну відповідальність, практиці їх застосування, рішеннях офіційного тлумачення Конституційним Судом України кримінально-правових норм, постановвах Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ з питань застосування спеціалізованими судами законодавства про кримінальну відповідальність, судових рішеннях Верховного Суду України з приводу неоднакового застосування норм матеріального права (складові кримінально-правової політики)» (Борисов В. І., Фріс П. Л. Поняття кримінально-правової політики // Вісник Асоціації кримінального права України. — 2013. — № 1(1). — С. 19).

Не торкаючись свідомо застережливих для кримінологів понять «боротьба зі злочинністю», все ж таки вважаємо за необхідне більш предметно зосередитись на одній білій плямі у сучасній кримінально-правовій науці, яка не знайшла свого відображення у цитованій роботі.

Мова йде про кримінально-правове поводження.

Термін «поводження» (treatment) виник за часів перших Конгресів ООН з питань профілактики злочинності та поводження з правопорушниками (UN Congresses on Crime prevention and treatment of offenders). Зміст цього терміну було з'ясовано ще у перших документах ООН (Мінімальні стандартні правила поводження з ув'язненими // Збірник нормативних актів з кримінально-виконавчого права України / уклад. В. М. Трубников, Ю. В. Шинкарьов. — Х. : Харків юрид., 2008. — С. 78–90), які було присвячено розробці мінімальних стандартів охорони прав людини у процесі реалізації кримінальних правовідносин.

За радянських часів термін «поводження» набув широку критичну оцінку, бо вважалося, що саме задля його існування капіталістична влада має можливість застосовувати репресивний апарат проти девіантів або використовувати інші за характером репресивності правові заходи медичного та соціально реабілітуючого характеру.

На Заході проблематика поводження пов'язана із програмами медичної та соціальної реабілітації правопорушників та жертв злочинів (<http://www.nij.gov/journals/265/Pages/therapy.aspx>), застосуванням нейронбіологічних методик корекції особистості (http://www.law.ku.edu/sites/law.drupal.ku.edu/files/docs/law_review/v56/04-Greely_Final.pdf), заходів ресоціалізації та соціальної реабілітації, які надають особистості право на надію на найкраще навіть в умовах довічного позбавлення волі.

Доречи, питанням реалізації права на соціальну реабілітацію було присвячене відоме рішення ЄСПЛ *Vinter and others v. the United Kingdom* (2013).

В українській літературі у працях Т. Денісової, О. Козаченка, Н. Мирошніченко, А. Музики, М. Панова питанню характеристик окремих видів кримінально-правового впливу, які асоціюються із поводженням, було надано особливу увагу. Проте загалом в українській кримінально-правовій літературі цей термін не отримав поширення.

Частково цей термін використовується фахівцями у галузі кримінально-виконавчого права у зв'язку із особливостями застосування режиму відбування та індивідуалізації покарання чи особливостями застосування примусового лікування та примусових заходів медичного характеру. Проте такі характеристики лише частково відображують комплексний характер цього явища, яке може бути охарактеризоване як форма реалізації кримінально-правового впливу на локальному та індивідуальному рівнях соціальної взаємодії.

Отже, з нашої точки зору, термін «кримінально-правове поводження» повинен включати усі можливі заходи кримінально-правового

впливу на особу злочинця та потерпілого з метою соціальної їх реабілітації та адаптації.

Таким чином, сучасна кримінально-правова політика формулює основні завдання, принципи, напрями і цілі кримінально-правового впливу на злочинність та особливості поведіння зі злочинцями та потерпілими.

МИРОШНИЧЕНКО Н. А.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
професор кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук,
доцент, заслужений юрист України

ПІДСТАВИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

У кримінально-правовій літературі протягом ряду років висловлювалися три основні точки зору щодо визначення підстави притягнення особи до кримінальної відповідальності. А саме, в якості підстави кримінальної відповідальності пропонувалося визнавати вину, суспільно небезпечне діяння (злочин) або склад злочину. Вину ряд вчених називають передумовою виникнення кримінальної відповідальності. Разом з тим, вина є основною (обов'язковою) ознакою суб'єктивної сторони складу злочину (одного з елементів складу злочину). Суспільно небезпечне діяння є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу злочину, воно може бути вчинено особою невинно, або його може вчинити неналежний суб'єкт (малолітній або неосудна особа), у зв'язку з цим факт вчинення діяння недостатній для притягнення особи до кримінальної відповідальності. Тому найбільш правильно видається точка зору тих вчених, які підставою кримінальної відповідальності визнавали наявність в діянні винної особи конкретного складу злочину. У КК України 2001 року закріплена підстава притягнення особи до кримінальної відповідальності (ч. 1 ст. 2 КК), нею визнається вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину.

Відомі юристи Таганцев Н. С., Трайнін А. Н., Піонтковський А. А. внесли вагомий внесок у вивчення та розвиток поняття складу злочину, як правового інституту, він визнається законодавством і юридичною практикою більшості країн європейської правової орієнтації. Але юристи англо-саксонського напрямку не вживають цей термін, він відображений в основному в кримінально-процесуальних нормах.

Дослідження складу злочину, що почалося в кінці 18 століття, продовжується до цих пір в науці вітчизняного кримінального права. Однак на законодавчому рівні, як було зазначено, поки закріплено лише

підставу кримінальної відповідальності (ч. 1 ст. 2 КК), поняття вини, вік і осудність (окремі ознаки складу злочину).

Склад злочину це не тільки сукупність, а й чітка система ознак злочину. Склад злочину є інформаційною моделлю злочину певного виду, закріпленого в кримінальному законі, він служить юридичною підставою притягнення особи до кримінальної відповідальності. Склад злочину виконує ряд функцій, а саме: гарантійну, що забезпечує недопущення необґрунтованого притягнення особи до кримінальної відповідальності, в діянні якого немає складу злочину; фундаментальну, яка визначає підставу кримінальної відповідальності; ціннісну, що захищає найбільш цінні відносини та інтереси; розмежувальну, яка дозволяє відмежувати злочин від інших правопорушень, у тому числі від кримінальних проступків.

Склад злочину хоча і визнається більшістю європейських країн, проте його поняття не є уніфікованим. Наприклад, КК Німеччини підставою кримінальної відповідальності визнає склад злочину, а вину вважає необхідною умовою караності, передбачає змішану формулу неосудності, обмежену осудність. КК Німеччини та Франції поділяють злочинні діяння на злочини, проступки і порушення. Кримінальне законодавство країн, що входили до 1991 року до складу СРСР, підставою кримінальної відповідальності визнавало передбачене кримінальним законом суспільно небезпечне діяння, вчинене особою винною у вчиненні злочину. Поняття та ознаки суб'єкта, вина та її форми в КК РФ збігаються з положеннями КК України, однак є і деякі відмінності. Наприклад, КК РФ передбачає відповідальність за злочин, вчинений з двома формами вини, в якому психічне ставлення до суспільно небезпечного діяння характеризується умисною формою вини, а по відношенню до суспільно небезпечних наслідків — необережною формою вини.

Визначаючи підставу кримінальної відповідальності, не можна обмежитися якою-небудь однією ознакою (діянням, виною, віком). Підставою кримінальної відповідальності є наявність всіх ознак, зазначених у законі, що утворюють склад злочину. Тому в чинному КК України підставою кримінальної відповідальності є вчинене особою суспільно небезпечне діяння, що містить склад злочину, передбаченого кримінальним кодексом (ст. 2 КК).

В даний час актуальним є питання про впровадження в кримінальне законодавство інституту кримінальних проступків. Відповідно повинні зазнати змін і інші кримінально-правові інститути. Так, має бути закріплено поняття кримінального правопорушення, виділено його види (злочин і проступок). У зв'язку з такого роду новелами, слід уточнити редакцію ст. 2 КК, вказавши що підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад кримінального правопорушення. Підставою притягнення особи до кримінальної відповідальності за вчинення кримінального проступку

є діяння, що містить в собі склад кримінального проступку, а підставою притягнення суб'єкта до кримінальної відповідальності за вчинення злочину є діяння, що містить склад злочину. За скоєння кримінального проступку не можуть застосовуватися такі види покарання як позбавлення та обмеження волі. Вперше вчинений кримінальний проступок може бути підставою для звільнення від кримінальної відповідальності, готування і замах на кримінальний проступок не повинні тягнути за собою кримінальну відповідальність. Крім того, засудження особи за вчинення кримінального проступку не може тягнути судимість.

Отже, кримінальний проступок відрізняється від злочину не тільки за ступенем суспільної небезпеки, а й за правовими наслідками. Підставою притягнення особи до кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення, є склад кримінального правопорушення (діяння, що містить склад кримінального проступку або злочину).

ПІДГОРОДИНСЬКИЙ В. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
директор Інституту прокуратури та слідства, доцент кафедри кримінального права,
кандидат юридичних наук, доцент

ЧЕСТЬ ТА ГІДНІСТЬ ОСОБИ В СИСТЕМІ ОБ'ЄКТІВ ЗЛОЧИНІВ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ РОЗДІЛОМ III ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КК УКРАЇНИ

Честь та гідність особи є одним із особистих немайнових прав особи. Вказані права особи відносять в теорії конституційного права до прав другого покоління (Тодька Ю. Т. Конституційно-правовий статус человека и гражданина в Украине / Ю. Н. Тодька, О. Ю. Тодька. — К. : Ін Юре, 2004. — 56–60 с.), а за іншою класифікацією виділяють в групу особистих прав людини (Рабінович П. М. Права людини і громадянина: навч. посіб. / П. М. Рабінович, М. І. Хавронюк. — К. : Атіка, 2004. — 10–11 с.). Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та процесуальних законів щодо додаткових заходів захисту безпеки громадян» від 16 січня 2014 року № 721-VII доповнено положення Кримінального кодексу України ст. 151–1 «Наклеп». Вказаний законодавчий акт втратив чинність на підставі Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо припинення норм законів, схвалених 16 січня 2014 року» від 23 лютого 2014 року № 767-VII.

Вважається, що вказана кримінально-правова норма була виправданою, оскільки честь та гідність не знайшли належної

кримінально-правової охорони в діючому КК України. У зв'язку із викладеним, цікавим є питання якими кримінально-правовим нормами охороняється честь та гідність особи згідно положень діючого КК України.

Розділ III Особливої частини КК України іменується як «Злочини проти волі, честі та гідності особи» та містить склади злочинів, передбачені положеннями ст. ст. 146–151. Назва вказаного розділу Особливої частини КК України охороняє декілька видів суспільних відносин: суспільні відносини, що забезпечують право на свободу пересування; суспільні відносини, що забезпечують право на повагу до честі та гідності особи. В теорії кримінального права суспільні відносини, які володіють подібним ступенем однорідності іменують видовим об'єктом злочину.

М. І. Хавронюк волю, честь та гідність особи розглядає як основний безпосередній об'єкт всіх злочинів, відповідальність за які передбачена ст. ст. 146–151 КК України (Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка — 9-те вид., перероб. та доп. — К. : Юрид. думка 2012. — 362–385 с.) тобто вказані об'єкти злочинів із позиції цього вченого є основними безпосередніми об'єктами всіх злочинів, відповідальність за які встановлена положеннями Розділу III Особливої частини КК України.

На думку Т. В. Варфаломієвої, Є. В. Фесенка основними безпосередніми об'єктами вказаних злочинів є: злочину передбаченого ст. 146 — фізична свобода (воля) людини та її особиста недоторканість в частині права на свободу пересування; злочину передбаченого ст. 147 КК України, крім вищевказаних об'єктів, також є особиста недоторканість; злочину передбаченого ст. 148 — особиста свобода дитини і сім'я як блага; злочину передбаченого ст. 149 — фізична свобода та особиста недоторканість; злочину передбаченого ст. 150 — особиста свобода, фізичний та психічний розвиток дитини; злочину ст. 151 — воля людини, її гідність, недоторканість людини, а також її здоров'я (Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. — 2-е вид. перероб. та доп. / за заг. ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенка. — К. : Дакор, 2008. — 348–358 с.). Виходячи із позиції вказаних вчених честь особи положеннями цього розділу Особливої частини КК України не охороняється, а гідність охороняється лише ст. 151 КК України.

Є. Л. Стрельцов досліджуючи склади злочинів передбачені у ст. ст. 146–151 КК України, взагалі не відносить честь та гідність до будь-яких об'єктів вказаних злочинів (Кримінальний кодекс України: наук.-практ. коментар. 8-е вид., перероб. та доповн. / відп. ред. Є. Л. Стрельцов. — Х. : Одиссей, 2012. — 275–287 с.).

Борисов В. І. та Козак В. А. досліджуючи склади злочинів передбачені положеннями ст. ст. 146–151 КК України визначають одним із основних об'єктів злочинів гідність у ст. 151, честь не відносять до об'єктів

вказаних складів злочинів(Кримінальний кодекс України : наук.-практ. Коментар / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш та ін.; за заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. — 3-е вид., прероб. та доповн. — Х. : ТОВ Одісей, 2007. — 410–423 с.).

В. О. Гацелюк, Ю. О. Кучер вважають, що основним об'єктом злочину передбаченого ст. 146 при незаконному позбавленні волі людини є воля, а при викраденні людини — воля та гідність людини; основними безпосередніми об'єктами злочинів передбачених ст. 147, 148 є воля людини; основним безпосереднім об'єктом злочину передбаченого ст. 149 умовно визначають як гідність людини; об'єктом злочину передбаченого ст. 150 є гідність людини; злочину передбаченого ст. 150–1 є гідність, а додатковим об'єктом може бути — честь; об'єктом злочину передбаченого ст. 151 — воля, честь та гідність особи (Кримінальне право. Особлива частина): підручник за редакцією О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. — 2-ге вид. — К.: «ВД Дакор», 2013. — 109–124 с.).

Вважається, що відсутність окремої кримінально-правової норми, яка б охороняла честь та гідність особи призводить до того, що ці об'єкти злочинів вказані в назві Розділу III Особливої частини КК України, проте погляди вчених на їх захист положеннями цього розділу є протилежними. Одні вчені узагальнюючи об'єкти злочинів, відповідальність за які встановлена ст. ст. 146–151 КК України, визнають честь та гідність об'єктами всіх злочинів цього розділу, інші взагалі не відносять честь та гідність до об'єктів вказаних злочинів, треті вказують, що гідність охороняється положеннями лише однієї із форм складу злочину передбаченого ст. 146 КК України; можливо охороняється положеннями ст. 149 КК України; основним об'єктом злочину, відповідальність за який встановлено положеннями ст. 150 КК України є гідність, основним об'єктом злочину відповідальність за який встановлено ст. 150–1 КК України є гідність, а додатковим — честь; об'єктом злочину, відповідальність за який встановлено положеннями ст. 151 КК України є честь та гідність особи.

Суперечність та протилежність вказаних поглядів вчених у визначенні честі та гідності об'єктами злочинів, відповідальність за які встановлена положеннями Розділу III Особливої частини КК України, свідчить про необхідність запровадження окремої кримінально-правової норми, яка б забезпечувала належний захист вказаних об'єктів кримінально-правової охорони.

БАЛОБАНОВА Д. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
докторант кафедри кримінального права,
кандидат юридичних наук, доцент

ЩОДО СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ДИНАМІКА» ТА «РОЗВИТОК»

Останнім часом в українській кримінально-правовій науці все частіше підіймається питання про необхідність не тільки аналітичного, а й прогностичного дослідження доктрини кримінального права та кримінального законодавства України. Саме науковий підхід до правотворчості в галузі кримінального права повинен стати однією з перепон для внесення необґрунтованих та невинуватених змін та доповнень до Кримінального кодексу України. На необхідності врахування динамічного характеру кримінального права при розробці пропозицій щодо вдосконалення відповідної галузі законодавства зосереджували свою увагу такі вчені, як Ю. В. Баулін, В. О. Навроцький, В. Я. Тацій, В. О. Туляков, М. І. Хавронюк та багато інших.

В процесі дослідження динаміки кримінального права виникають питання, пов'язані як з визначенням цього поняття, так й з з'ясуванням його співвідношення з деякими іншими, одним з яких є поняття «розвиток».

Правову динаміку можна розглядати крізь призму розвитку. При цьому в літературі динаміка визначається неоднозначно, оскільки під нею пропонують розуміти або 1) розділ механіки, або 2) хід розвитку, зміни якого-небудь явища, або, навіть, 3) сам рух, дію, розвиток [Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка [Электронный ресурс]. — Режим доступу: <http://slovarozhegova.ru/word.php?wordid=6614>]. В усіх цих можливих визначеннях кидається в очі вказівка на зв'язок динаміки та розвитку. Відповідно виникає питання про характер цього зв'язку, чи є ці поняття тотожними.

Проблема розвитку, як філософської категорії, на протязі багатьох століть привертала увагу вчених, враховуючи фундаментальний характер цієї категорії. І, звичайно ж, охарактеризувати настільки складне поняття досить непросто. У літературі не завжди можна зустріти точно сформульоване визначення розвитку, часом автори характеризують його в співвідношенні з іншими категоріями (наприклад, рух). Це загальний (філософський) підхід до даної проблеми. Однак у кожній галузі наукового пізнання є свої особливості. Розвиток — це істотний, необхідний рух, зміна в часі, він є нескінченим, але в той же час існує кожного разу як окремий кінцевий процес [Философский словарь / Под ред. И. Т. Фролова. 1981, с.308]. Відносно права це може означати, що правова система не є застиглою і нерухомою, навпаки, навіть з

урахуванням відомої частки консерватизму це досить динамічна система. Життя постійно вносить свої корективи та вимагає відповідної реакції від законодавця шляхом приведення правової системи в цілому та окремих її галузей (в тому числі, кримінального права) у відповідність з потребами сучасності.

Тому досить лаконічно і точно можна сказати, що «в своєму конкретно-історичному змісті, стосовно аналізу конкретних систем, розвиток є процес формування певного результату з його конкретної підстави, історичний процес самотворення об'єкта за об'єктивними законами» [Злотина М. Л. Развитие как мировоззренческая проблема. 1974, с.21]. Дане визначення представляється вельми адекватним в силу того, що автор зробив акцент на принципи детермінізму та історизму. Нарешті, право може бути тією самою «конкретною системою», стосовно до якої і дається дане розуміння розвитку.

Весь спектр існуючих визначень дозволяє вказати на всю складність трактування категорії «розвиток», її універсальність і багатоаспектність. Поліструктурність розвитку, його багатогранність дозволяють включити в нього досить широке коло явищ (наприклад, прогрес, регрес, спадкоємність).

Виходячи з цього можна спробувати визначити співвідношення розвитку та динаміки. Остання не тотожна розвитку, представляючи собою більш вузьку категорію. В іншому випадку ототожнення розвитку та динаміки призвело б до надмірного розширення останньої, яка при цьому втратила б наукову і пізнавальну цінність. Тому більш точним представляється підхід, згідно з яким дані категорії відрізняються один від одного. У загальній моделі розуміння розвитку динаміка протистоїть статиці, яка тісно пов'язана з поняттям спокій. При цьому динаміка не зводиться і до зміни, оскільки остання може носити різний характер.

Визначаючи правову динаміку як форму існування правової системи суспільства, яка володіє власною структурою, має складний циклічний характер і пов'язана з іншими соціальними явищами і процесами, та яка в інтегрованому вигляді відображає особливий стан цілеспрямованого внутрішнього і зовнішнього розвитку і функціонування правової системи суспільства, представляється найбільш оптимальним розглядати динаміку в якості стану, сторони розвитку, яка зумовлює той чи інший ступінь його інтенсивності. Справедливість цього судження можна підкріпити наступним. Суспільство, будучи дуже складною системою, знаходиться в постійному розвитку. Однак протягом усього ходу історії цьому розвитку була притаманна різна динаміка. І якщо сучасний соціум характеризується досить високою інтенсивністю розвитку, прогресом, який йде прискореними темпами (з позиції певних критеріїв), наявністю стійкої наступності, то, наприклад, епоха первинного ладу відрізнялася досить повільними темпами розвитку суспільства.

Отже, правову систему України в цілому та окремих її галузей можна охарактеризувати як такі, що знаходяться в стані розвитку, тобто історичному процесі самотворення. А як складову цього процесу можна визначити динаміку правової системи та кримінального права (як її частини), що володіє власною структурою та має циклічний характер. Враховуючи самостійний характер динаміки кримінального права, видається доцільним подальше наукове дослідження цієї правової категорії, що буде слугувати запорукою науково обґрунтованого та виваженого підходу до реформування кримінального законодавства України.

ГОРБАЧОВА І. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук, доцент

ПЕРЕШКОДЖАННЯ РОБОТІ ЕЛЕКТРОННО- ОБЧИСЛЮВАЛЬНИХ МАШИН (КОМП'ЮТЕРІВ), АВТОМАТИЗОВАНИХ СИСТЕМ, КОМП'ЮТЕРНИХ МЕРЕЖ ЧИ МЕРЕЖ ЕЛЕКТРОЗВ'ЯЗКУ ШЛЯХОМ МАСОВОГО РОЗПОВСЮДЖЕННЯ ПОВІДОМЛЕНЬ ЕЛЕКТРОЗВ'ЯЗКУ

Стрімкий розвиток інформаційних технологій, розширення виробництва технічних засобів і сфери застосування комп'ютерної техніки, а головне — егоїстичне прагнення людини до задоволення власних амбіцій породили новий вид суспільно небезпечних діянь, коли комп'ютерна інформація неправомірно використовується або стає об'єктом посягання. Особливу занепокоєність викликає збільшення кількості злочинів у сфері використання комп'ютерів, комп'ютерних систем та мереж електрозв'язку, як в світі, так і в Україні, оскільки такі злочини не лише гальмують позитивні тенденції розвитку, а й завдають шкоди суспільству, державі, суб'єктам інформаційних відносин в усіх сферах господарювання та окремим громадянам.

Перешкоджання роботі електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку шляхом масового розповсюдження повідомлень електрозв'язку — відносно нове явище у суспільному житті нашої держави. Законодавець вперше встановив кримінальну відповідальність за їх вчинення наприкінці 2004 року. Одержання надмірно великої кількості повідомлень, відправлених електронною поштою, засобами електрозв'язку може мати наслідком порушення звичайного режиму роботи комп'ютера, чи комп'ютерної мережі, засобів електрозв'язку. Передача повідомлень такого роду в АС чи комп'ютерній мережі може

зашкодити її нормальній роботі, а іноді призводить до припинення роботи системи чи мережі. Отже, несанкціонована адресатами масова розсилка повідомлень може призвести до значних перешкод у роботі організацій, які використовують комп'ютери, засоби електрозв'язку, а також багатьох тисяч індивідуальних користувачів комп'ютерів.

Потрібно зазначити, що наукові розробки, присвячені цій проблематиці, вже започатковані та розвиваються такими вченими, як Д. С. Азаров, П. П. Андрушко, В. Б. Вехов, М. В. Карчевський, та ін.

Останніми роками з'являється велика кількість нових видів небезпечних діянь, що здійснюються в мережі Інтернет, які завдають відносно невеликого матеріального збитку конкретній особі. Найпоширенішим і суперечливим з таких явищ являється спам, тобто масова розсилка повідомлень за допомогою електронної пошти або інших електронних засобів розсилки будь-яких електронних повідомлень (IRC — Internet Relay Chat, SMS — short message service, ICQ — I seek you і так далі) без явної згоди одержувача або навіть усупереч його волі (як, наприклад, в підписці на розсилку новин) (Мазуров В. А. Компьютерные преступления: Классификация и способы противодействия: Учебно-практическое пособие // В. А. Мазуров. — М.: «Палео-тип», «Логос», 2002. — С. 76).

Численні рекламні повідомлення, що надходять по електронній пошті, у декілька разів перевищують кількість повідомлень дійсно необхідних адресатові-одержувачеві. За даними, наданими комерційними організаціями за 2008 р., в українському сегменті Інтернет спам складає приблизно від 75 до 80 % усіх поштових повідомлень (Левашова Ю. Правоохранительные органы Украины обнародовали статистику преступлений в сфере компьютерных технологий. — Режим доступа // <http://www.cnme-research.ru/news/03.01.2008/4132>). На серверах великих публічних поштових систем кількість спам-повідомлень ще вище і складає 85–90 %. Необхідно з деякою недовірою відноситися до інформації, наданої компаніями, оскільки корпорації, що займаються комп'ютерною безпекою, часто зацікавлені в привертанні уваги до боротьби зі спамом, тому прибігають до деякого завищення цифр для збільшення кількості продажів засобів захисту від спаму. Але оскільки ці цифри не сильно відрізняються від світових (близько 60–70 %), то вони, швидше за все, актуальні.

Кримінальний закон вже охоплює деякі найбільш небезпечні форми спаму. Як наприклад: 1) кримінальна відповідальність можлива при одночасному скоєнні інших злочинів, наприклад, до них відносяться: поширення порнографічних матеріалів будь-яким способом, у тому числі і по електронній пошті (ст. 301 КК); розсилка будь-яких вірусів по електронній пошті і поширення їх через Інтернет-конференції (ст. 361¹ КК); 2) якщо розглядати поштову програму на локальному комп'ютері частинною системи ЕОМ, а поштові сервера загальнодоступними системами ЕОМ, то спамера, розсилка якого привела до збоїв в роботі поштових

серверів або приватної системи ЕОМ, можна вважати суб'єктом злочину за ч. 1 ст. 194 КК, оскільки спосіб, яким здійснюється знищення або пошкодження майна може бути будь-яким, у тому числі і за допомогою спаму.

У 2002 р. Євросоюз прийняв директиву, що визнає незаконними масові розсилання рекламних електронних листів, у тому числі і спам. Але до заходів боротьби з ним Євросоюз закликає винятково провайдерів і власників серверів. У свою чергу, Україна ввела кримінальну відповідність за спам 23 грудня 2003 р., криміналізувавши тільки поширення повідомлень електров'язку, що спричинило порушення або припинення роботи електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж або мереж електров'язку (ч. 1 ст. 363¹ УК України), що звузило сферу дії закону і дозволяє його застосовувати в украї окремих випадках. На жаль, обмежені можливості кримінальної юстиції, хоча введення кримінальної заборони можна сприймати як соціальне замовлення тих, хто в першу чергу страждає від спаму, тобто звичайних користувачів глобальної мережі, які вимушені нести додаткові фінансові витрати у вигляді плати за послуги Інтернет у зв'язку з отриманням непотрібної для них мережевої реклами і витратити свій час на даремні електронні листи. Часто аргументом проти заборони спаму є той факт, що спам — один з найдешевших методів реклами і тому кримінально-правові санкції можуть заважати малому бізнесу, який не має великих засобів на рекламу. Контроль за цим видом діяльності потрібний, щоб той, що посилає ніс відповідальність за електронні повідомлення, які він посилає. Користувач повинен мати можливість відмовитися від них, а рекламні повідомлення мати повну і достовірну інформацію про посилача. Помітимо, що більшість вважає спам шкідливою для них інформацією, більше того близько половини комп'ютерних фахівців підтримують встановлення кримінальної відповідальності за спам.

КОЛОМИЕЦ Ю. Ю.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
доцент кафедры уголовного права, кандидат юридических наук, доцент

КЛАССОВЫЙ ХАРАКТЕР УГОЛОВНОГО ПРАВА СССР

14 марта 1914 года В. И. Ленин в газете «Путь Правды» писал: «...общественное положение профессоров в буржуазном обществе таково, что пускают на эту должность только тех, кто продает науку на службу интересам капитала, только тех, кто соглашается против социалистов говорить самый невероятный вздор, бессовестнейшие

нелепости и чепуху. Буржуазия все это простит профессорам, лишь бы они занимались «уничтожением» социализма» (Ленин В. И. Полное собрание сочинений. 1961, с. 364). Однако, коммунистическая партия, перейдя к власти, предъявляла точно такие же требования к научным деятелям, с одной лишь разницей — служить следовало не интересам капитала, а интересам пролетариата. Абсолютно во всех своих научных изысканиях ученые должны были опираться на труды классиков марксизма-ленинизма.

Известно, все, что внедряется с помощью насилия недолговечно и вызывает бурную, негативную реакцию в том, случае, когда источник насилия пропадает. Объясняется это своеобразной психологической защитой организма человека от всего того, что противоречит свободе его физического и психического развития.

Когда боль, вызываемая насилием, утихает, появляется ирония, которая хотя и свидетельствует об утрате иллюзий и предрассудков, часто скрывает подлинный смысл тех или иных явлений или процессов.

Именно по такому сценарию развивалось отношение ученых ко всему тому, что явилось порождением марксистско-ленинской идеологии. Многие из них справедливо отмечают: «История правовой и политической мысли советского периода — это история борьбы против государственности и права в их некоммунистическом смысле и значении, против юридического мировоззрения, история замены правовой идеологии идеологией пролетарской, коммунистической, марксистско-ленинской, история интерпретации учреждений и установлений тоталитарной диктатуры как «принципиально нового» государства и «отмирающих» по мере такого продвижения к обещанному будущему» (История политических и правовых учений. Учебник для вузов / Под общ. ред. В. С. Нерсисянца. 1999, с. 641).

Отмирание государства В. И. Ленин связывал с выполнением ряда высоких социально-экономических и общекультурных условий. Многие из них были утопией, как и сама идея о постепенном отмирании государства и права. Тем не менее «руководство громадной массой населения, крестьянством, мелкой буржуазией, полупролетариями в деле «налаживания» социалистического хозяйства» требовало особого искусства управления.

Поэтому, вряд ли было бы правильным утверждение, согласно которому все то, что явилось порождением марксистско-ленинской идеологии носило негативный характер.

Не следует забывать также о том, что классики марксизма-ленинизма, свои учения строили с учетом всей истории политической и правовой мысли. Многие институты различных отраслей права приобретали в их устах идеологическую окраску, однако по своей природе являлись неотъемлемым элементом правового регулирования государства и общества. Особенно это касалось институтов уголовного права.

В условиях борьбы с врагом пролетариата, а по определению В. И. Ленина, данному в январе 1918 года в статье «Как организовать соревнование?» «вредным насекомым», применения мер уголовной репрессии было неизбежно.

В обстановке очищения страны от «всяких вредных насекомых», уголовное право приобрело классовый характер, что не могло не отразиться на его задачах, функциях и принципах, на понятии и целях уголовной ответственности и наказания, системе наказаний, видах санкций и, в конечном итоге, на содержании Особенной части уголовного законодательства.

После распада Советского Союза перед учеными встала задача выявления тех институтов, существование и формирование которых было обусловлено не марксистско-ленинской идеологией, а закономерностями развития государства и общества. Фундаментальные исследования в этой области не проводились. В уголовно-правовой литературе имеются лишь отдельные высказывания относительно нецелесообразности дальнейшего существования некоторых институтов уголовного права.

Почти во всех учебных пособиях, монографиях и научных статьях критикуется жестокость мер уголовной репрессии советского периода. По указанной причине одни ученые предлагают отказаться от принципа неотвратимости уголовной ответственности. Другие убеждены в том, что понятие «позитивная уголовная ответственность» в уголовном праве появилось в результате чрезмерной его идеологизации. Третьи пришли к выводу, что классовый подход к уголовному праву явился основанием для возникновения материального понятия преступления, которое в обязательном порядке содержит такой признак, как общественная опасность.

Это свидетельствует о том, что перед учеными стоит первостепенная задача — выяснить пределы влияния марксистско-ленинской идеологии на уголовное право.

ПОЛЯНСКИЙ Є. Ю.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук, доцент

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ПРАВОВОЇ ДОКТРИНИ В ЮРИДИЧНІЙ ЛІТЕРАТУРІ

Доктрина як елемент правової реальності добре відпрацьована в пострадянській науці, зокрема в роботах сучасних російських та українських вчених, адже інтерес до цієї проблематики значно підвищився

в останні роки. Характерним є те, що пострадянські науковці дотримуються приблизно єдиного підходу до загального розуміння правової доктрини, залишаючи для неї високий п'єдестал теоретичної моделі системи права. Втім приблизно таким є бачення доктрини з боку науковців. У свою чергу, що є цілком логічним, вбачають у доктрині певну ідею, правило, сталий шлях правозастосування, традиції. І такий підхід також не викликає заперечень.

Правову доктрину цілком справедливо можна ототожнювати з теорією права, хоча, на наш погляд, ці поняття не можуть бути синонімічними. Слід почати з того, що доктрина як основа правової системи є імперативною та досить ригідною, тобто виключає взаємопротилежні позиції в сфері одного предмета правового регулювання та вимагає певного періоду часу для своєї перебудови. На той час теорія права є сукупністю наукових поглядів, які дуже часто є суцільно протилежними. Будь-яка авторитетна наукова праця знаходить своїх послідовників, а разом з тим — і критиків. Тому теорія права вирішує питання пошуку істини та нових підходів, а правова доктрина завжди оперує «кінцевим продуктом» теорії права. Доктрина завжди більш категорична, та при певних обставинах — більш консервативна, ніж принцип та теорія. Для неї притаманний більш-менш догматичний характер».

В контексті широкого підходу до визначення доктрини необхідно додатково наголосити, що не тільки теорія права і доктрина, а також теорія права і юридична наука — близькі, але різні категорії. В певних проявах теорія і наука збігаються, але вони є різними як за сутністю, так і за змістом. В цілому різниця між ними значно нагадує проаналізовані вище відмінності науки від доктрини. Теорія є явищем більш узагальненого характеру, усталеною системою поглядів. Ця система поглядів безпосередньо впливає на правосвідомість фахівців: формує та визначає її. При вирішенні суперечливого питання, на яке законодавство не може дати відповідь, юристи-практики звертаються саме до теорії — фактично до навчальних матеріалів з права, адже в них абстрактна теорія отримує своє матеріальне втілення. Саму ж правову доктрину не можна використовувати в якості безпосереднього джерела знань: адже вона відсутня як документ чи інший носій інформації, з якого цю інформацію можна отримати. Звернення до юридичної науки з метою подолання певних прогалин також не є досить вдалим, адже наука є систематизованою сукупністю поглядів, як вже було раніше зазначено — з приводу тих самих правовідносин та категорій, але поглядів різнорідних. Таким чином, наука органічно побудована на сукупності колізій юридичної думки, що не дозволяє ставити її на один щабель з теорією та доктриною. Слід визнати, що не всі наукові праці, в основу яких покладені оригінальні авторські ідеї на проблеми державно-правового розвитку, мають доктринальний характер та використовуються в юридичній практиці».

Таким чином, можна вибудувати певну вертикаль взаємозв'язку доктрини, теорії, науки: вони є якісно різнорівневими поняттями. Безумовно, правова доктрина посідає найвище місце на «юридичному Олімпі», наступну сходинку обіймає теорія, а найнижчу з них — наука. З цього витікає ще один висновок: правовій доктрині притаманні деякі елементи, які не входять до складу ані науки, ані теорії права. І перш за все таким елементом має бути законодавство, адже саме відповідність законодавства теорії права через певний час стабільності і породжує доктрину, яка становиться майже непорушною.

Цікавим є співвідношення правової доктрини і правової ідеології. Деякі автори не вбачають різниці між зазначеними поняттями, а навпаки — отожднюють їх. Так А. Васильєв зазначає, що правовою доктриною можуть називатися уявлення, що панують у суспільстві стосовно права, його ролі та цінності. Тобто йдеться про правову ідеологію як складову частину державної ідеології, а також правової свідомості разом з правовою психологією. Автор так визначає правову ідеологію: «... це осмислена система поглядів та теорій в сфері права, яка виражає розуміння ролі та значення права, інших правових явищ у суспільстві, їхнє значення для громадян та їхніх об'єднань; ідеологія зазвичай виражає погляди всього суспільства, чи окремої його панівної частини».

Втім більшість авторів не підтримують таку позицію, чітко відокремлюючи правову доктрину та ідеологію. Так С. Бошно пише: «Доктрина має докази своїх тез, вона раціональна. Ідеологія більше адресована свідомості, вона скоріше є засобом релігійного впливу на суспільство. Проте це не спростовує те, що окремі ідеологічні установки мають доктринальне походження».

Ідеологія може містити в своїй основі як наукові, доктринальні, так і інші джерела. Часто вона виникає як відображення політичних, групових інтересів і в своїх екстремальних проявах отримує антинауковий та антинародний характер. Важко погодитися з А. Васильєвим, на думку якого правовій доктрині (ідеології) властиві регулятивні можливості, які виявляються в нормативному, ідеологічному, виховному впливі на волю й свідомість суб'єктів права з метою їх переконання в необхідності визначення типів правомірної поведінки.

На наш погляд, раціональний шлях подальшого дослідження кримінально-правової доктрини пролягає крізь площину функціональних та інституціональних елементів. Проте необхідно визначитися з формулюванням поняття доктрини як на загально-правовому рівні, так і кримінально-правової доктрини тощо. Отже, під правовою доктриною слід розуміти *сукупність ідей та принципів, які знаходяться в нерозривному двосторонньому зв'язку з юридичною наукою, законодавством та практикою, та визначають основні засади, на яких засновується правова система держави. Доктрина бере свій початок в минулому, прямо регламентує право сучасності, визначає право майбутнього та постійно*

функціонує як динамічна категорія, що забезпечує подальший розвиток та вдосконалення права. До складу правової доктрини держави, або ж генеральної доктрини, входять усі знання, які відповідають загальним вимогам чинної теорії права, відображені у законодавстві та використовуються на практиці.

МИХАЙЛЕНКО Д. Г.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук

КОНСТРУКЦІЯ СКЛАДУ ОДЕРЖАННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ

Для поглиблення розуміння природи підкупів (ст.ст. 354; 368, 369; 368–3; 368–4 КК) та подальшого дослідження проблем кваліфікації цих злочинів важливе значення має правильне визначення кримінально-правового характеру конструкції складу одержання неправомірної вигоди, а також встановлення співвідношення між окремими його видами (ст.ст. 368, ч. 3,4 ст. 368–3, ч. 3,4 ст. 368–4 КК) та складами зловживання правом (ст.ст. 364, 364–1, 365–2 КК). Враховуючи обрані рівні, на яких буде охарактеризовано склади одержання неправомірної вигоди, та однотипність нормативних моделей підкупів, поставлене завдання буде розкрито на прикладі підкупу у публічній сфері службової діяльності (ст. 368–369 КК), а одержані висновки поширюватимуться і на інші види підкупів.

У науковій літературі склався підхід, за яким одержання неправомірної вигоди (раніше — хабара) — це спеціальний вид зловживання владою. У зв'язку з цим, вважається, що ст. 368 КК та ст. 364 КК знаходяться у відношенні конкуренції, при якому за загальним правилом застосовується лише спеціальна норма. Існує також точка зору, за якою оскільки службовець, одержуючи неправомірну вигоду, явно виходить за межі своєї компетенції і здійснює такі дії, які ніхто і ні за яких обставин не вправі вчиняти, то ст. 368 КК є спеціальною щодо перевищення влади (С. І. Сичова). Проте варто погодитися, що суть перевищення влади полягає в тому, що службова особа (після змін до КК України від 21.02.2014 р. — правоохоронець) має підстави діяти, але перевищує надані їй права. Натомість зловживання владою виражається у діях, які не мають ніяких підстав для їх здійснення, тобто є протизаконними і суперечать інтересам служби, що і має місце при одержанні неправомірної вигоди, адже службовець не має ніяких правових підстав для того, щоб діяти таким чином. Крім того, у науковій літературі правильно

зазначається, що використовувані у диспозиціях ст.ст. 364 і 368 КК терміни свідчать про те, що, здійснюючи дії за неправомірну вигоду, службова особа саме зловживає своїми повноваженнями. При цьому, саме зовнішня легітимність, властива зловживанню владою, обумовлює «попит» на такі службові дії з боку коруптерів. У зв'язку з цим справедливим є зауваження В. М. Боркова, що діяння, передбачене у ст. 365 КК, є явно незаконним і внаслідок очевидності для оточуючих цієї обставини не може виступати як поведінка, за яку дається неправомірна вигода.

Слід звернути увагу на те, що дія по одержанню неправомірної вигоди — це ще не використання службового становища, оскільки саме її одержання зумовлює реалізацію цього становища. Інакше кажучи, правильно вести мову не про одержання неправомірної вигоди шляхом використання службового становища, а про одержання неправомірної вигоди за використання службового становища.

Аналіз теоретичних положень щодо поняття конкуренції загальної та спеціальної статей не дає підстав для встановлення саме такого співвідношення між діянням, що передбачене ст. 368 КК, та зловживанням владою. Правильним є висновок В. О. Навроцького, що стаття про спеціальну норму повинна дотримувати всі ознаки статті про загальну норму і водночас передбачати додаткові, притаманні лише їй ознаки, які виділяють її із загальної норми. Варто застосувати наведені міркування для встановлення співвідношення ст. 364 КК, з одного боку, та ст. 368 КК — з іншого. У випадках, коли службовець виконує в інтересах будь-кого дії з використанням наданої йому влади, знаючи, що на нього чекає за це винагорода, а потім одержує її, то не важко встановити, що в діях такого корупціонера є всі ознаки зловживання владою, у тому числі наявність наслідку — істотної шкоди, адже, як правильно зазначається в літературі, одержання неправомірної вигоди завжди, за будь-яких обставин завдає істотної шкоди, тому законодавцю не було необхідності включати цю ознаку в диспозиції складів підкупу. Аналогічним чином можна виявити, що й одержання неправомірної вигоди, поєднане з її вимаганням, повною мірою містить ознаки зловживання владою. Отже, одержання неправомірної вигоди за вже здійснену службову діяльність заподіює істотну шкоду, проте встановлювати її при кваліфікації не потрібно. Беручи до уваги, що формальний склад злочину має місце тоді, коли у диспозиції статті вказане суспільно небезпечне діяння, а наслідки не називаються, і є закінченим з моменту завершення цього діяння, необхідно констатувати, що у випадку виконання діяльності по службі і подальшого одержання за це неправомірної вигоди склад її одержання є формальним.

Ситуація дещо зміниться, якщо службова особа одержує вигоду за використання своєї влади у майбутньому. Як правило, у даному випадку склад одержання неправомірної вигоди є закінченим. Тепер уявимо, що статті 368 КК не існує. Чи можна кваліфікувати описане діяння як зловживання владою? Очевидно, що ні, адже у цьому випадку службова

особа ще не використала надану владу. Неправомірна вигода одержується не внаслідок зловживання владою (як це має місце при вимаганні), а за використання такої влади у майбутньому. У подальшому, якщо службова особа після одержання вигоди використовує свою владу, то саме в цей момент в її діянні будуть всі ознаки зловживання владою.

Таким чином, виявляється, що одержання неправомірної вигоди у разі виконання службовою особою обумовлених нею дій є зловживанням владою, але відповідальність встановлюється вже з моменту одержання вигоди, що показує прагнення законодавця не допустити подальших дій службовця, який вже керується не інтересами служби, а діє на задоволення потреб особи, в інтересах якої передавалася винагорода. Оскільки злочин, який вважається закінченим з моменту початку виконання суспільно небезпечного діяння чи виконання частини діяння, зазначеного у диспозиції статті Особливої частини КК, є усіченим, то видається, що у випадку одержання неправомірної вигоди за здійснення дій по службі у майбутньому її склад є усіченим.

Таким чином, у залежності від послідовності виконання дій, які становлять об'єктивну сторону одержання неправомірної вигоди, її склад є або формальним, оскільки вважається закінченим з моменту завершення діяння, передбаченого ч. 2 ст. 368 КК, або усіченим, оскільки є закінченим до моменту завершення суспільно небезпечного діяння з моменту виконання його частини (одержання вигоди). З урахуванням наведеного видається, що одержання неправомірної вигоди є спеціальним корисливим видом зловживання владою з усічено-формальним складом. Встановлене положення має важливе теоретичне та практичне значення, яке повною мірою виявиться при вирішенні конкуренції між ст. 368; ч. 3,4 ст. 368–3; ч. 3,4 ст. 368–4 та ст.ст. 364, 364–1, 365–2 КК України та кваліфікації діянь, передбачених цими статтями за сукупністю злочинів.

ВЕЧЕРОВА Є. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук

ПРЕВЕНТИВНИЙ ПОТЕНЦІАЛ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ З ПОЗИЦІЙ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ІНТЕРЕСІВ ПОТЕРПІЛОГО ВІД ЗЛОЧИНУ

Невід'ємною складовою превентивної діяльності є її віктимологічний аспект. Інакше кажучи, рівень забезпечення інтересів потерпілого від злочину — важливий критерій оцінки ефективності попереджувальної діяльності.

З цього приводу професор В. О. Туляков справедливо зазначає, що «...саме поліпшення доступу жертв злочинів до системи кримінальної юстиції, справедливе і гуманне поводження з ними здатні в деякій мірі знизити страх громадян перед злочинністю, одночасно сприяючи їх кооперації з органами політичної влади, розширенню демократичних засад управління суспільством, зниженню рівня злочинності».

Як це не парадоксально звучить, але у ретроспективі відновлювальна функція кримінального законодавства була більш яскраво вираженою, ніж за КК України 2001 р. за рахунок першочергового врахування інтересів потерпілого.

Мова йде, наприклад, про Руську Правду, яка датується приблизно XI ст.

Із аналізу низки статей Руської Правди (Короткої редакції) видно, що вирішення конфлікту (вбивства, спричинення шкоди здоров'ю і т. д.) між потерпілим (чи його родичами) і тим, хто вчинив злочин, не завжди закінчувалося помстою: «...якщо мститися ніхто не буде, то відшкодується 40 гривень за вбитого... », «...якщо потерпілий не надзгогне його та не помститься, винний платить штраф і цим справа закінчується», «...тоді нехай мстяться його підгрунтя для формування в подальшому некаральних форм кримінально-правового впливу. Ці положення являють інтерес, оскільки свідчать, що Руська Правда допускала можливість вирішення долі правопорушника самим потерпілим та його родичами: якщо вони мали право помсти або відмовитися від помсти, могли також отримати плату за спричинену шкоду. Примирення у цьому контексті слід розглядати як відсутність бажання прийти до кровної помсти».

Ст. 2 Руської Правди (Короткої редакції) містить норму, згідно з якою кривдник зобов'язаний був сплатити лікарю за послуги, надані потерпілому. Це правило застосовувалося у всіх випадках, що стосувалися тілесних ушкоджень. У ст.ст. 35, 44–46 Руської Правди (Розширеної редакції) визначається порядок відшкодування шкоди потерпілому як в натурі, так і у формі компенсації, при цьому в окремих випадках передбачалася плата за «образу».

Як бачимо, в перших нормативно-правових актах основна увага княжої влади (і суспільства в цілому) акцентується на відновленні потерпілого в попередньому становищі.

В існуючому кримінальному праві безсумнівною є його орієнтація на регулювання відносин між державою та індивідом, що порушує заборони, встановлені кримінальним правом.

Спостерігається різке зниження доступності для окремого індивіда системи кримінального судочинства. Держава фактично не завжди має монополію на застосування насилля в суспільстві. Індивіди та цілі групи використовують насилля для розв'язання конфліктів, стягнення боргів, тощо.

Серйозною проблемою є й перекручені уявлення та оцінки, що містяться в професійній свідомості співробітників правоохоронних органів, багато хто з яких досі продовжує розглядати потерпілого лише як джерело інформації про злочин і злочинця, зневажає правами і законними інтересами жертв злочинів, мало приділяє уваги їхньому захисту, у зв'язку із чим ставиться питання про так звану «подвійну віктимізацію» потерпілих.

Слід констатувати, що на сьогоднішній день жодний з видів покарання, закріплених у ст. 51 КК України, не передбачає можливості такого формату впливу на злочинця, який би був спрямований на реальний безпосередній міжособистісний його контакт з потерпілим та відшкодування заподіяної йому (потерпілому) шкоди.

Базовою юридичною платформою для розвитку в Україні так званої «ресторативної» (відновлювальної) юстиції продовжує залишатися ст. 46 КК України («Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим»).

Однак, існує ряд перепон у її практичному використанні.

По-перше, слід зважати на підстави та умови застосування ст. 46 КК України (її граничні межі).

По-друге, необхідно мати на увазі, що сьогодні відсутні належні інституції, які б координували процес примирення між злочинцем та потерпілим, сприяли укладенню мирових угод між ними.

Певною «точкою відліку» в даному напрямку стала діяльність Міністерства юстиції України у 2007 р., за сприянням якого було розроблено проекти Законів України «Про медіацію (посередництво) у кримінальних справах» і «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо процедури медіації (посередництва)», які пройшли експертизу в Раді Європи.

Схожі за змістом законопроекти були зареєстровані Верховною Радою України і протягом останніх кількох років, наприклад, Проект Закону про медіацію від 21 лютого 2011 р. № 8137 (автор Тищенко О. І.), Проект Закону про медіацію від 5 квітня 2012 р. № 10301 (автори О. І. Тищенко, Ю. Кармазін), Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо застосування медіації від 5 квітня 2012 р. № 10302 (автори О. І. Тищенко, Ю. А. Кармазін), Проект Закону про медіацію від 19 квітня 2012 р. № 10301–1 (автори С. В. Ківалов, В. А. Бондик), що зайвий раз підкреслює актуальність ідей про медіацію для України.

Досить прогресивними виявилися і приписи нового Кримінального процесуального кодексу України щодо кримінального провадження на підставі угод (ст. 468–476 КПК).

Таким чином можна резюмувати, що успішне функціонування кримінального права в суспільстві можливе лише за умови, що при його застосуванні враховуються та забезпечуються права та інтереси потерпілого від злочину, який повинен мати реальний (персональний), а не вдаваний (загальний) кримінально-правовий захист (вигоду).

АНИЩУК В. В.

Черкаський факультет Національного університету
«Одеська юридична академія», старший викладач кафедри
спеціально-правових дисциплін, кандидат юридичних наук

ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ПОНЯТТЯ ВИНИ

Історично інститут вини був предметом вивчення та дискусії багатьох науковців. Незважаючи на це, певні колізії і недопрацювання, що стосуються інституту вини, продовжують існувати та постають гострою проблемою при застосування його на практиці. Вивчення досвіду закріплення інституту вини у законодавстві зарубіжних держав, дозволить визначити основні прогалини і недоліки вітчизняного законодавства у цьому питанні та віднайти найефективніші шляхи їхнього усунення. Саме цим обумовлена актуальність обраної теми дослідження.

Проблему визначення поняття вини в кримінальному праві досліджували такі вчені, як П. Дагель, Н. Кузнецова, П. Матишевський, В. Нерсесян, А. Рарог, Ю. Баулін, Г. Злобін, В. Кудрявцев К. Тихонов, В. Якушин, Р. Вереща та деякі інші.

Вина, як обов'язкова ознака, зустрічається у дефініціях злочину багатьох зарубіжних країн. Наприклад, згідно із ст. 14 КК РФ, злочином визнається винно вчинене суспільно небезпечне діяння, заборонене цим Кодексом під загрозою покарання. Відповідно до ст. 6 КК Латвійської республіки, «злочинним діянням визнається передбачене цим законом діяння (дія або бездіяльність), вчинене з умислом (умисно) або через необережність і за вчинення якого загрожує кримінальне покарання». При цьому винність сформульована конкретно — з визначенням двох можливих її форм. Згідно із ст. 11 КК Республіки Білорусь, злочином визнається вчинене винно суспільно небезпечне діяння (дія або бездіяльність), що характеризується ознаками, передбаченими цим Кодексом, і заборонене ним під загрозою покарання. Ст. 10 КК Іспанії передбачає, що злочинами або проступками є карані за законом дії чи бездіяльність, вчинені умисно або через необережність. У КК Республіки Молдова (ст. 14) під злочином розуміється діяння (дія або бездіяльність), яке спричинює шкоду, передбачене кримінальним законом, вчинене винно і є кримінально каранім (Хавронюк М. І. Поняття злочинного діяння за законодавством європейських країн, Підприємництво, господарство і право, 2004, с. 112–115). У деяких країнах злочинним визнається лише діяння, вчинене умисно (Австрія, Швеція, ФРН і т. д.), а діяння, вчинене через необережність, визнається злочинним лише у випадках, коли є пряма вказівка на це у законі. Отже, з наведеного вище можна зробити висновок, що не дивлячись на різне формулювання визначення, поняття «злочин» у зарубіжних країнах має багато спільних ознак, однією з яких є вина.

Що ж саме розуміє законодавець під поняттям «вина»?

Виходячи з досвіду зарубіжних країн щодо нормативного визначення поняття вини, можна виділити три основні підходи: 1) підхід, який передбачає нормативне визначення як загального поняття вини, так і окремих її форм та видів; 2) підхід, який не передбачає окремого визначення поняття вини на нормативному рівні, але передбачає визначення її окремих форм та/або видів; 3) підхід, який передбачає на нормативному рівні закріплення форм і видів вини, не розкриваючи їх змісту (Вереша Р. Нормативне визначення поняття вини та перспективи вдосконалення інституту вини в кримінальному праві, Підприємництво, господарство і право, 2004, № 4, с. 98).

Загалом можна констатувати таке:

– перший підхід передбачено в кримінальному праві Республіки Білорусь та України. Наприклад, у ч. 1 ст. 21 КК Республіки Білорусь дано визначення поняття вини, а у статтях 22, 23, 25 передбачено визначення її форм та видів (Мельник М. І., Хавронюк М. І. Науково-практичний коментар Кримінально кодексу України від 5 квітня 2001 року. 2002, с. 25–26);

– другий підхід знайшов своє втілення у кримінальному праві Австралії, Австрії, Республіки Болгарія, Грузії, Ефіопії, Італії, Йорданії, Киргизької Республіки, Китайської Народної Республіки, Латвійської Республіки, Лівану, Нігерії, Республіки Польща, Республіки Казахстан, Республіки Сан-Марино, Російської Федерації, Сирії, Сомалі, Республіки Узбекистан, Франції, Швейцарії, штату Нью-Йорк, штату Висконсин, штату Огайо (США). Так, у розділі 5 КК Австралії визначено елементи вини (п. 5.1), умисел (п. 5.2), злочинне знання (завідомість) (п. 5.3), необережність (п. 5.4), недбалість (п. 5.5) (Козочкин І. Д., Трикоз Е. Н. Уголовный кодекс Австралии 1995 г.: Принят Федеральным парламентом в марте 1995 г.; Общая часть вступила в действие 15 декабря 2001 г. 2002, с. 54–57); ст. 21 КК Республіки Сан-Марино визначає умисні злочини, неумисні злочини та проступки (Максимов С. В. Уголовный кодекс Республики Сан-Марино. Перевод с итальянского. 2002, с. 43);

– третій підхід в кримінальному праві Нідерландів, Данії, Іспанії, ФРН, Швеції, Японії. Так, у § 15 КК ФРН встановлено, що караним є лише умисне діяння, якщо закон прямо не передбачає покарання за необережне діяння (Кузнецов Н. Ф., Тяжкова І. М. Курс уголовного права. Общая часть. 2002, с. 534).

На основі вищевикладеного, можна зробити висновок, що у кримінальних кодексах переважної більшості зарубіжних держав пряме визначення поняття вини не наводиться. Але, як свідчить досвід, таке визначення на нормативному рівні потрібне, оскільки воно дає змогу: 1) визначити природу вини як відносно самостійного феномену, що має прояв при вчиненні злочину; 2) у загальних рисах розкрити зміст вини,

її сутність; 3) дати загальні орієнтири для законодавчого визначення окремих форм і видів вини. Тому не можна погодитися з думкою тих учених, які зазначають, що у зв'язку з багатогранністю, складністю, в певному розумінні неосаяжністю вини не слід давати їй визначення в законі, яке може бути представлено лише у спрощених логічних формах.

КРЕЦУЛ В. І.

Відокремлений структурний підрозділ «Миколаївський інститут права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
старший викладач кафедри кримінально-правових дисциплін

ДО ПИТАННЯ ПОНЯТТЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТА ЇЇ РЕАЛІЗАЦІЇ

Кримінальна відповідальність належить до фундаментальних понять кримінального права і займає центральне місце в системі кримінального законодавства та науці кримінального права. Багато вчених зробили значний внесок у розробку проблеми поняття, часу виникнення та припинення, реалізації такої відповідальності, її сутності, але в юридичній літературі й досі немає єдиної точки зору. У кримінальному законі поняття «кримінальна відповідальність» не розкривається, хоча і вживається досить часто. Так, тільки в Загальній частині Кримінального кодексу ці слова вжито в назвах двадцяти статей. У теорії кримінального права це поняття трактується по-різному. Позиції криміналістів щодо змісту кримінальної відповідальності виглядають так: а) як обов'язок особи не вчиняти злочинів; б) як обов'язок особи відповідати згідно із законом за вчинений злочин; в) як реальний процес такої відповідальності. Існують й інші точки зору щодо поняття кримінальної відповідальності, в яких певним чином поєднуються наведені вище позиції. Кожна з точок зору так чи інакше відображає зміст кримінальної відповідальності.

Проте таке відображення не є повним. Етимологічне розуміння терміна «відповідальність» означає покладений на когось обов'язок відповідати за вчинки, бути відповідальним за щось. Тобто, кримінальна відповідальність, як різновид юридичної відповідальності, означає, що особа має бути відповідальною за свою поведінку. Отже, кримінально-правові норми зобов'язують особу поводити себе певним чином. Це — обов'язок особи, покладений на неї кримінальним законом, не вчиняти злочинів.

Серед завдань КК (ст. 1) названо і запобігання злочинам, яке здійснюється шляхом визначення кола злочинів та покарань за них. Метою

покарання (ст. 50 КК) також визначено запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так й іншими особами. Таким чином, закон вимагає від особи бажаної, правомірної поведінки. Не вчинення особою злочинів (правомірна поведінка) говорить про реалізацію положень кримінального закону у відповідності до його вимог. Така поведінка отримала назву позитивної кримінальної відповідальності. Вона реалізується в рамках кримінально-правових відносин. Дотримання громадянами вимог закону гарантує їм право на особисту недоторканність. Відповідно цьому, має бути і поведінка відповідних службових осіб, в першу чергу, працівників правоохоронних органів, які зобов'язані утверджувати й забезпечувати права й свободи людини, що визнано головним обов'язком держави. Дотримання вимог закону зазначеними суб'єктами можна вважати реалізацією позитивної кримінальної відповідальності.

Позитивна кримінальна відповідальність включає в себе об'єктивні та суб'єктивні ознаки. До об'єктивних слід віднести наявність кримінально-правових приписів (дозволів та заборон) і відповідну їм правомірну поведінку суб'єкта. До суб'єктивних — обов'язок суб'єкта діяти відповідно до цих приписів. Позитивна кримінальна відповідальність реалізується в рамках кримінально-правових відносин.

Негативна (ретроспективна) кримінальна відповідальність характеризується: а) наявністю кримінально-правових заборон; б) вчиненням діяння, передбаченого КК, що містить склад злочину; в) реальним перетерпінням заходів, передбачених КК (об'єктивні ознаки), та г) обов'язком особи, яка вчинила діяння, передбачене КК, що містить склад злочину, піддатися заходам кримінально-правового характеру (суб'єктивна ознака). Реалізується ретроспективна кримінальна відповідальність у рамках кримінально-правових, кримінально-процесуальних та кримінально-виконавчих відносин.

Зміст кримінально-правових відносин негативної кримінальної відповідальності полягає в обов'язку особи, яка вчинила діяння, передбачене КК, що містить склад злочину, перетерпіти заходи кримінально-правового характеру при дотриманні наданих їй законом прав.

Кримінально-правові відносини, породжені вчиненням злочину, «викликають до життя» кримінально-процесуальні та кримінально-виконавчі відносини. Саме в рамках (межах) цих відносин і відбувається фактична реалізація негативної кримінальної відповідальності.

Початком реалізації негативної кримінальної відповідальності в рамках кримінально-процесуальних відносин є передбачені законом дії відповідної службової особи, чи органу щодо суб'єкта злочину, наслідками яких передбачаються його певні, визначені законом, обов'язки і права. Це — наступний етап реалізації негативної кримінальної відповідальності в рамках кримінально-процесуальних відносин.

Завершується реалізація негативної кримінальної відповідальності в рамках кримінально-правових відносин засудженням особи і набранням законної сили обвинувальним вироком суду.

Після вступу обвинувального вироку з призначенням покарання в законну силу кримінальна відповідальність реалізується в рамках кримінально-виконавчих відносин, тобто, під час відбування покарання. Це — наступний етап реалізації негативної кримінальної відповідальності. Після того як особа відбула покарання, негативна кримінальна відповідальність реалізується в рамках кримінально-правових відносин за умови, що особа перебуває в стані судимості. І тільки її погашенням чи зняттям негативна кримінальна відповідальність завершується в повному обсязі.

Отже, негативна кримінальна відповідальність виникає із вчиненням особою передбаченого КК діяння, яке містить склад злочину, і завершується погашенням або зняттям судимості. При цьому зазначаємо, що негативна кримінальна відповідальність може завершуватися до погашення чи зняття судимості. Мова йде про звільнення від кримінальної відповідальності на підставах, передбачених Загальною й Особливою частинами Кримінального кодексу.

ПОЛІЩУК О. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук

ОСОБЛИВОСТІ ПОТЕРПІЛОГО ПРИ ІНІЦІАЦІЇ ПРИВАТНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПЕРЕСЛІДУВАННЯ

Очевидно, що центральною фігурою та власником права на приватне кримінальне переслідування є потерпілий. Разом з тим, необхідно визначити: 1) які особливості потерпілого можуть впливати на його право приватного кримінального переслідування; 2) які інші особи, якщо це можливо, можуть реалізувати право потерпілого на приватне кримінальне переслідування від його імені та в його інтересах.

Центральним питанням є питання віку потерпілого фізичної особи. Діюче кримінальне та кримінально-процесуальне законодавство України однозначної відповіді на це питання не дає. Таким чином, ми стикаємося з вибором: або співставляти вік потерпілого-фізичної особи з віком кримінальної відповідальності суб'єкту злочину за видами злочинів (14 або 16 років), або визначити його віком набуття повної цивільної дієздатності, тобто з 18 років.

Зарубіжний досвід схиляє нас обрати саме варіант повноліття потерпілого. Як вказує Сумачов О. В., КК Швейцарії та КК ФРН містять вказівки на повноліття потерпілого як мінімальний вік самостійної реалізації права на приватне кримінальне переслідування (Сумачев А. В. Диспозитивність в уголовном праве : теоретико-прикладной анализ : дис.... д-ра юрид. наук : 12.00.08 Екатеринбург, 2006. — 346 с.). За КК ФРН, якщо потерпілий є недієздатним або обмежено дієздатним, скаргу може подати його представник. Якщо право на скаргу мають декілька осіб, кожна з них реалізує його самостійно (Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації. Монографія. — К. : Юрисконсульт, 2006. — 1048 с.).

У статтях 64 та 65 КК Голландії визначене не лише право відповідної особи, щодо якої було вчинено злочин, а й, мабуть, усі можливі нюанси щодо спеціальних суб'єктів права подання скарги, якими можуть бути: а) представник потерпілого, якщо останній не досяг 16 років, є недієздатним через хворобу або перебуває під піклуванням суду з причини розпусти; б) батьки, діти чи дружина (чоловік) потерпілого, якщо останній помер; в) опікун, піклувальник, дружина (чоловік), інший родич, якщо скарга потерпілого спрямована проти його законного представника.

За КК Швеції, дифамація є справою приватного обвинувачення. Якщо дифамація спрямована проти померлого, справа порушується державним обвинувачем (якщо це потрібно в інтересах суспільства) або на вимогу дружини (чоловіка), прямих нащадків чи спадкоємців, батьків чи рідних братів (сестер).

На різний вплив віку потерпілого на можливість реалізації права приватного кримінального переслідування звертав увагу Кістяковський О. Ф., а саме: «Відмова може виходити не тільки від особи, що постраждала від злочину, але й від законних її представників, як от чоловіка, батька, опікуна або піклувальника. В деяких кодексах встановлений особливий вік, до якого замість неповнолітнього діє опікун, та особливий вік, в якому опікун або піклувальник тільки замінює особистість потерпілого, так щоб останній міг і сам відмовитися від переслідування винного» (Кістяковский А. Ф. Элементарный учебник общего уголовного права. Т. I. Общая часть. — Киев, Университетская типография, 1875. — 438 с.)

Схожі аспекти визначення та співвідношення воль потерпілого та представника визначені в КК Італії. Стаття 120 встановлює, що усякий потерпілий від злочинного діяння, яке не повинно переслідуватися у публічному порядку, має право на принесення скарги. При цьому для дітей у віці до 14 років та для осіб, позбавлених дієздатності внаслідок душевної хвороби, право на скаргу здійснюється батьками чи опікуном. Утім, діти, яким виповнилося 14 років, і особи, які перебувають під

підкуванням, мають право приносити скаргу. Таке ж право належить батькам, опікунам чи піклувальникам, хоча б воно і суперечило бажанню дитини чи особи, яка перебуває під піклуванням.

Натомість, якщо батьки, опікуни чи піклувальники, відмовились від права принести скаргу, це не позбавляє такого права дитини, яка досягла 14-річного віку, або особи, яка перебуває під піклуванням (стаття 125 КК Італії). До речі, професор Кістяковський О. Ф. свого часу підтримав таку позицію італійського законодавця, вказавши, що у випадку протиріччя відмови потерпілого, правоздатність якого лише заміщується особою опікуна чи піклувальника, перевага має бути віддана відмові потерпілого.

Таким чином, слід підсумувати, що особисто реалізувати своє право на приватне кримінальне переслідування має повнолітній дієздатний потерпілий. Якщо останній є неповнолітнім, недієздатним або обмежено дієздатним, право приватного кримінального переслідування від його імені та в його інтересах можуть реалізувати законні представники (опікуни, піклувальники, близькі родичі).

Трохи інакше виглядає ситуація, коли інтереси неповнолітнього потерпілого або обмежено дієздатного/недієздатного антагоністичні інтересам їх представника. КК Італії передбачає, що в ситуації, коли інтереси дитини чи душевнохворого стикаються з інтересами батька чи іншого представника, то у цих випадках призначається спеціальний опіку (стаття 121). Втім, з огляду на значну ускладненість цієї ситуації, вважаємо за доцільніше передати право переслідування в такому випадку в руки держави.

Якщо потерпілим є юридична особа приватного права, то очевидно, що право переслідування має реалізувати власник (співвласник) або за його згодою інший представник. Наприклад, у КК Норвегії вказано, що клопотання висуває правління підприємства або, за його уповноваженням, член правління, генеральний директор чи особа, яка має довіреність на ведення справ фірми, — якщо постраждало підприємство. Цей підхід видається зваженим і раціональним.

Окремо слід вказати, що не всі визнають за потерпілим-юридичною особою приватного права правомочність на примирення. Право на приватне кримінальне переслідування останніх, на думку Сумачова О. В., слід обмежити правомочностями на порушення та відмову від переслідування. Ми вважаємо, що дана точка зору цінна, втім ми її не підтримуємо. Незважаючи на відсутність персоніфікації, як у випадку з потерпілим-фізичною особою, примирення все ж таки залишається в теорії можливим.

Згаданими тезами не може бути обмежене дослідження особливостей статусу потерпілого при реалізації матеріального права на приватне кримінальне переслідування, а тому є всі передумови для подальшої наукової розробки цієї проблематики.

КРАВЕЦЬ Л. К.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінального права

ПОРІВНЯЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ІНВЕСТИЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ ФОНДОВОГО РИНКУ ЗА КК РЕСПУБЛІК АЗЕРБАЙДЖАН, БІЛОРУСЬ, ГРУЗІЇ ТА КК УКРАЇНИ

Ступивши на шлях незалежності наша країна зіштовхнулось із проблемою необхідності формування нового, в тому числі і кримінального, законодавства, яке відповідало б потребам новоствореної держави. Процес такого формування та вдосконалення вже існуючих норм триває і на сьогоднішній час і значний вплив на нього здійснили дослідження досвіду зарубіжних країн та врахування такого досвіду у власному, зокрема кримінальному законодавстві.

Сучасні умови та темп життя вимагають від будь-якої країни, в тому числі і нашої держави, забезпечення та належної підтримки необхідного рівня національної безпеки. Вкрай важливим напрямком такого забезпечення, який з часу завершення так званої «холодної війни» та набуття економічних здобутків статусу одного із основних інструментів конкуренції між державами, стало забезпечення належного рівня саме економічної безпеки, як ключової складової національної безпеки, а, відтак, і інвестиційної безпеки (в т.ч. інвестиційної безпеки фондового ринку), як значної та невід'ємної частини економічної безпеки.

Розглядаючи інвестиційну безпеку у вузькому сенсі маємо звернутись саме до господарських та цивільних правовідносин, які обумовлюють сам процес функціонування фондового ринку та обороту цінних паперів. Зважаючи на що до кола досліджуваних норм КК України слід включити саме ст. 199, ст. 222–1., ст. 223–1., ст. 223–2, ст. 224., ст. 232–1, 232–2, ст. 233.

За Кримінальним кодексом Республіки Азербайджан кримінально карними діями у досліджуваній сфері стали: порушення правил випуску цінних паперів (емісії) (ст. 203) та виготовлення чи збут підроблених грошей та цінних паперів (ст. 204) (Кримінальний кодекс Азербайджанської республіки [Електронний ресурс]: Режим доступу: <http://www.crime.vl.ru/index.php?p=1318&print=1&more=1>). Досліджуючи наведені норми звернемо увагу, що ст. 203 не передбачає покарання за незаконне розміщення цінних паперів, що не пройшли державної реєстрації, а ст. 204 кримінально карним визнано лише виготовлення з метою збуту або збут саме державних цінних паперів або цінних паперів в іноземній валюті, що, на нашу думку, певним чином позбавляє захисту вітчизняні цінні папери Азербайджану.

Також звернемо увагу що покарання за вказані злочини має більш жорсткий характер, зокрема кваліфіковані частини цих норм передбачають покарання у вигляді позбавлення волі до двох (ст. 203) та до двадцяти років (ст. 204).

Кримінальний кодекс Республіки Білорусь визначає кримінальну відповідальність за злочини у досліджуваній сфері чотирма нормами, це ст. 226 «Незаконний випуск (емісія) цінних паперів», ст. 226¹ «Незаконне використання або розголошення відомостей, внесених до реєстру власників цінних паперів, або інформації про результати фінансово-господарської діяльності емітента цінних паперів», ст. 226², «Незаконні дії із простими та переводними векселями», ст. 226³ «Маніпулювання ринком цінних паперів» та ст. 227 «Підроблення проспекту емісії цінних паперів» (Кримінальний кодекс Республіки Білорусь [Електронний ресурс]: Режим доступу: <http://newsby.org/kodeks/uk/20131028/index.htm>). Аналізуючи вказані норми також маємо звернути увагу на більш жорстке покарання за названі злочини (всі перелічені норми містять альтернативний вид покарання у вигляді позбавлення волі).

Крім цього звертає увагу і наявність спеціальної норми, яка окремо встановлює кримінальну відповідальність за незаконні дії із простими векселями (ст. 226²), як цінними паперами, випуск яких не потребує спеціальної державної реєстрації. З одного боку, зважаючи на наведений перелік норм КК Білорусії така норма є слухним захистом відносно у сфері обороту векселів, однак чинне кримінальне законодавство України навряд чи потребує аналогічної кримінально-правової заборони, оскільки ст. 224 КК України повністю розкриває зміст протиправних дій, що можуть бути здійснені в тому числі і з векселями, як цінними паперами, що не підлягають державній реєстрації.

Відповідно до Кримінального кодексу Грузії кримінально карними у сфері обороту цінних паперів та функціонування фондового ринку є: виготовлення або збут підроблених грошей або цінних паперів (ст. 212 КК Грузії) та порушення правил ринку цінних паперів (ст. 213 КК Грузії) (Кримінальний кодекс Грузії [Електронний ресурс]: Режим доступу: <http://law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1241370&subID=100095257,100095259,100095267,100095521,100095559#text>).

Аналіз змісту цих норм свідчить, що на відміну від українського законодавця грузинський ототожнює державні і недержавні цінні папери — адже ст. 212 передбачено кримінальну відповідальність за виготовлення з метою збуту або збут будь-яких підроблених цінних паперів, тоді як КК України розрізняє таку відповідальність у ст. 199 та ст. 224, в тому числі різниця наявна і у покаранні, більш жорстким є й покарання за передбачений ст. 213 — його максимальна межа сягає трьох років позбавлення волі.

**ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ДЕЯКИХ
НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ В СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ
КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ**

У кримінальному праві України, що стало надбанням радянського кримінального права, довгий час панувала точка зору, згідно з якою кримінальний закон є одним та єдиним джерелом кримінального права. В результаті основним об'єктом дослідження став Кримінальний кодекс України (далі — КК України), його структура. При цьому з поля зору випали інші джерела, що містять велику кількість норм кримінального права (Пудовочкин, Ю. Е. Понятие, принципы и источники уголовного права: сравнительно-правовой анализ законодательства России и стран Содружества Независимых Государств [Текст] / Ю. Е. Пудовочкин, С. С. Пирвагидов. — СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. — С. 156). Тим часом, є підстави вважати, що кримінальний закон — основне, але далеко не єдине джерело кримінального права, що вказує на наявність поліджерельності кримінального права України.

В цілому проблематиці дослідження джерел кримінального права присвятили публікації такі вітчизняні вчені, як: М. Д. Дурманов, М. М. Ісаєв, М. Д. Шаргородський. Окремі аспекти джерел права розглядали у своїх працях такі українські вчені як: П. П. Андрушко, В. О. Навроцький, В. О. Туляков, С. Д. Шапченко та інші.

Проблема розширення переліку джерел кримінального права України також пов'язана із тим, що викликає сумнів той факт, що кримінально-правові відносини можуть регулюватися тільки КК України (про необхідність встановлення злочинності діяння і його караності тільки КК України нами окремо підкреслюється). Тому є обумовленим існування інших, крім КК України, нормативно-правових актів, що містять кримінально-правові норми, що регулюють кримінально-правові відносини й на цій підставі визнаються такими, що входять до системи джерел кримінального права України. Подібні висновки дозволяють стверджувати про об'єктивну необхідність розгляду питання про розширення переліку джерел кримінально-правових норм.

Серед нормативно-правових актів, які містять кримінально-правові норми, що регулюють кримінально-правові відносини, але не є складовою КК України слід виділити Закон України «Про недопущення переслідування та покарання осіб з приводу подій, які мали місце під час проведення мирних зібрань, та визнання такими, що втратили чинність, деяких законів України» № 743-VII від 21.02.2014 р. (Офіційний вісник України від 07.03.2014—2014 р., № 18, стор. 11, стаття 528, код

акту 71632/2014) та Закон України «Про виконання міжнародних зобов'язань України щодо звільнення Тимошенко Ю. В.» № 751-VII від 22.02.2014 р. (Відомості Верховної Ради України від 14.03.2014—2014 р., № 11, стор. 743, стаття 152).

Правовий статус цих законів, які містять кримінально-правові норми, а саме Закон України «Про недопущення переслідування та покарання осіб з приводу подій, які мали місце під час проведення мирних зібрань, та визнання такими, що втратили чинність, деяких законів України» містить питання про звільнення від кримінальної відповідальності та звільнення від покарання, а Закон України «Про виконання міжнародних зобов'язань України щодо звільнення Тимошенко Ю. В.» — звільнення від відбування покарання. Зважаючи на те, що питання звільнення від кримінальної відповідальності та види такого звільнення передбачено у розділі IX та деяких статтях Особливої частини КК України, а звільнення від відбування покарання — у розділі XII КК України. То отже дані нормативно-правові акти (Закон № 743-VII та Закон № 751-VII) створюють нові види звільнень від кримінальної відповідальності та відбування покарання, положення яких всупереч ч. 2 ст. 3 КК України не включені до кримінального закону.

У зв'язку з цим виникають питання про юридичну силу Закону № 743-VII та Закону № 751-VII по відношенню до загальних положень розділів IX та XII КК України, а саме чи не суперечать дані нормативно-правові акти положенням КК України, тобто не вступають вони у колізію, як неузгодженість між чинними нормативно-правовими актами, їхнє протиріччя з одного й того самого предмета регулювання, а також суперечність між двома або більше формально чинними нормами права, прийнятими з одного і того ж питання.

Застосуванню підлягають Закон № 743-VII та Закон № 751-VII у разі колізії із нормами КК України через те, що при розбіжностях між загальним і спеціальним нормативно-правовим актом перевага надається спеціальному, якщо він не скасований виданим пізніше загальним актом (п. 4 листа Мініюсту України від 26.12.2008 р. № 758-0-2-08-19 «Щодо практики застосування норм права у випадку колізій»). Оскільки дані закони є спеціальним по відношенню до КПК та КК України, також, що він прийнятий пізніше за ці два Кодекси, то їх повинні застосовувати з урахуванням положень Закону № 743-VII та Закону № 751-VII.

Отже, можна констатувати, що Закон № 743-VII та Закон № 751-VII фактично «проникають» у сферу кримінального права, тимчасово змінюючи загальний порядок реалізації кримінальної відповідальності, та в тому числі й покарання. Інакше кажучи, дані нормативно-правові акти доповнюють загальні нормативні положення, зафіксовані у розділах IX та XII КК України, конкретними (спеціальними) положеннями.

Отже постійно існуючи як джерело кримінального права Закон № 743-VII та Закон № 751-VII мають невизначений статус, що пов'язано

із тим, що вони не закріплені в якості нормативно-правових актів, що входить до законодавства України про кримінальну відповідальність, проте мають норми кримінально-правового характеру та певний відокремлений (відособлений) статус існування.

Таким чином, Закон України «Про недопущення переслідування та покарання осіб з приводу подій, які мали місце під час проведення мирних зібрань, та визнання такими, що втратили чинність, деяких законів України» № 743-VII від 21.02.2014 р. та Закон України «Про виконання міжнародних зобов'язань України щодо звільнення Тимошенко Ю. В.» № 751-VII від 22.02.2014 р. виступають, на нашу думку, в якості джерел кримінального права України.

ІГНАТЕНКО М. П.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінального права

ДО ПИТАННЯ ПОСЛІДОВНОСТІ КОНСТРУЮВАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ САНКЦІЙ ЗЛОЧИНІВ ІЗ ПОДВІЙНОЮ ФОРМОЮ ВИНИ

На сучасному етапі розвитку українського суспільства ні в теорії, ні в практиці немає однозначної думки про те, як створюються кримінально-правові санкції. У науці кримінального права вже не одне десятиліття досліджуються ті чи інші аспекти механізму побудови кримінально-правових санкцій у таких напрямках, як: вибір видів і розмірів покарання, виходячи з їх ефективності, співвідношення з санкціями суміжних видів злочинів, побудова санкцій кваліфікованих складів і т. д. Як зазначав свого часу В. М. Кудрявцев, «ні оптимальні межі санкції, ні їх верхні і нижні межі, визначити не вдається» (Кудрявцев В. Н. Криминализация: оптимальные модели / Уголовное право в борьбе с преступностью. 1981, С. 95). Єдиний підхід законодавчій діяльності щодо конструювання кримінально-правових санкцій відсутній до цих пір.

Професор М. Д. Шаргородський вважає, що «законодавець, приймаючи кримінальний закон, хоче, щоб практика застосування закону найбільшою мірою відповідала його волі. Він повинен так виразити свою думку в законі, щоб ця думка знаходила в ньому найбільш досконале вираження та у процесі практичного застосування закону суд не відхилявся від його волі» (Шаргородский Д. М. Уголовный закон. 1948, С. 82).

При цьому аналіз норм чинного КК України свідчить про неспідовність законодавця при конструюванні кримінально-правових санкцій, зокрема, за злочини із подвійною формою вини, що

виражається у неузгодженості санкцій як в рамках одного, так і різних розділів Особливої частини КК України. Якщо в деяких випадках таку непослідовність ми можемо пояснити особливістю конструювання диспозиції статті (частини статті) Особливої частини Кримінального кодексу України (в статті 287 КК України законодавець поєднує суспільно-небезпечні наслідки у вигляді середньої тяжкості тілесного ушкодження, тяжких тілесних ушкоджень та смерті потерпілого, не розділяючи статтю на відповідні частини), то в інших випадках, які розглянемо нижче, — логічного та виправданого пояснення ми не знаходимо.

Так, наприклад, кримінально-правові санкції ч. 1 ст. 271 та ч. 1 ст. 272 КК України містять однаковий розмір штрафу (до 50 неоподаткованих мінімумів доходів громадян) та строк виправних робіт (до двох років), в той же час строк обмеження волі у санкції ч. 1 ст. 272 КК України на відміну від санкції ч. 1 ст. 271 КК України є більшим на один рік. Крім того, ч. 1 ст. 272 КК України передбачає також можливість призначення покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років. Чому це покарання не передбачено у санкції ч. 1 ст. 271 КК України, не зрозуміло, враховуючи, що і суспільно-небезпечне діяння, передбачене ч. 1 ст. 271 і ч. 1 ст. 272 КК України, пов'язані з порушенням правил охорони праці (правил безпеки), з тією лише різницею, що за ч. 1 ст. 272 КК України таке порушення повинне мати місце під час виконання робіт із підвищеною небезпекою.

Кримінально-правові санкції ч. 1 ст. 272 і ч. 1 ст. 275 КК України є однаковими (передбаченні покарання у вигляді штрафу до 50 неоподаткованих мінімумів доходів громадян, виправні роботи на строк до двох років, обмеження волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до двох років або без такого). Порівнявши кримінально-правові санкції ч. 2 ст. 272 та ч. 2 ст. 275 КК України (в обох випадках передбачають відповідальність за вчинення суспільно-небезпечних діянь з однаковими кваліфікуючими ознаками (спричинили загибель людей або інші тяжкі наслідки)), бачимо, що вони містять не тільки різні строки покарань (згідно ч. 2 ст. 272 КК України покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк може бути призначено на строк до восьми років, а відповідно до ч. 2 ст. 275 КК України — на строк до п'яти років), а і різні покарання (у ч. 2 ст. 275 КК України передбачене покарання у вигляді виправних робіт на строк до двох років, у ч. 2 ст. 272 КК України таке покарання відсутнє).

Не зовсім зрозуміло також, чим керувався законодавець при конструюванні кримінально-правової санкції, передбаченої ч. 2 ст. 270 КК України (порушення встановлених законодавством вимог пожежної безпеки). Так, однією із кваліфікуючих ознак згідно ч. 2 ст. 270 КК України є загибель людей (тобто загибель хоча б однією людини або двох, трьох чи більше потерпілих), при цьому санкція передбачає можливість призначення покарання у вигляді позбавлення волі на строк

від трьох до восьми років. Якщо порівняти із санкцією ч. 2 ст. 119 КК України (необережне вбивство двох або більше осіб), яка передбачає можливість призначення позбавлення волі на строк від п'яти до восьми років, то можна із впевненістю сказати, що санкція ч. 2 ст. 270 КК України є менш суворішою, ніж санкція ч. 2 ст. 119 КК України. Хоча, на нашу думку, повинно бути навпаки, оскільки, якщо при вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 119 КК України завдається шкода одному об'єкту (життя особи), то при вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 270 КК України завдається шкода двом об'єктам (відносинам, що забезпечують виконання встановлених законодавством вимог пожежної безпеки та життя людини). Звичайно, що в такому разі злочин, передбачений ч. 2 ст. 270 КК України, буде більш суспільно небезпечним, а тому і санкція повинна бути суворішою.

Наведені приклади непослідовності законодавця при конструюванні кримінально-правових санкцій не являються вичерпними.

Таким чином, ефективними способами усунення внутрішніх невідповідностей системи санкцій являється послідовність та системність конструювання кримінально-правових санкцій, зокрема злочинів із подвійною формою вини, що виражається в дотриманні єдиного підходу до визначення самим же законодавцем цінності об'єкта, що охороняється кримінальним законом. Це зокрема полягає у обов'язковому врахуванні при конструюванні кримінально-правових санкцій статей 119 та 128 КК України, оскільки злочини із подвійною формою вини достатньо часто характеризуються настанням середньої тяжкості та тяжких тілесних ушкоджень або смерті потерпілого, а також забезпечення узгодженості кримінально-правових санкцій як рамках окремого розділу, так і в цілому Особливої частини Кримінального кодексу України.

КЕДИК В. П.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри кримінального права

ЧИННІСТЬ ЗАКОНУ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗГІДНО З МІСЦЕМ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ

Кримінальний кодекс України як і будь-який нормативний акт, має чіткі межі свого застосування, що визначаються за допомогою принципів чинності. В кримінально-правовій системі принцип чинності кримінального закону України тісно пов'язаний зі сферою міжнародних правових відносин.

Кожна держава вправі і зобов'язана завжди й усякого карати за вчинене ним злочиння безвідносно до місця вчинення й підданства злочинця, оскільки кожен злочин є посяганням на загальний правовий порядок, який охоплює всі держави (Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов [Текст] : 2-х т. / Ф. Ф. Мартенс. — М.: «Зерцало», 2008. — Том 2 / под. ред. с біогр. Очерком доктора юрид. наук, проф. В. А. Томсинова. — С.). Даний принцип являється універсальним.

Універсальний принцип чинності Кримінального кодексу закріпленої у ст. 8, де зазначено: «іноземці або особи без громадянства, що не проживають постійно в Україні, які вчинили злочини за її межами, підлягають в Україні відповідальності за цим кодексом у випадках, передбачених міжнародними договорами». Тому перш за все питання постає не в тому, яка держава має право карати і якого злочинця, а в тому, щоб жоден злочин не залишився непокараним.

Так М. С. Таганцев в своїх працях вказував, що кожна держава за справедливістю й природою уповноважена встановлювати покарання за всі злочинні діяння, навіть учинені за межами (Таганцев Н. С. Русское уголовное право [Текст] : лекции : в 2 т. / Н. С. Таганцев. — Т. 1. Часть общая. — М. : Наука, 1994. — С. 132). Також російський криміналіст М. Д. Сергієвський писав, що судова влада кожної держави поширюється на всі злочинні діяння, де, ким і проти кого вони не були вчинені. З вищевикладеного слідує, якщо громадянин Німеччини, який, вчинивши на батьківщині вбивство співвітчизника, переселився після цього до Росії, повинен відповідати по російським законом, оскільки держава не може терпіти, щоб злочинець, який перебуває на її території, залишився безкарним (Сергеевский Н. Д. Русское уголовное право. Часть общая [Текст] : посobie к лекциям / Н. Д. Сергеевский. — 3-е изд. — СПб. : Тип. М. М. Стасюлевича, 1896. — С. 345–346).

На думку В. І. Борисова, спільність інтересів кількох держав у боротьбі зі злочинами, вчинення яких на території однієї держави здатне заподіяти шкоду й інтересам інших держав, у тому числі й Україні (Кримінальне право України: Загальна частина: Підруч. / Ю. В. Баулін, В. В. Борисов, Л. М. Кривоченко та ін.; За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. 3-е вид., переробл. і доп. — К.: Юрінком Інтер, 2007. — С. 70).

Беручи до уваги вищезазначене необхідно зауважити, що у міжнародно-правовій доктрині принцип універсальної юрисдикції пов'язується із наданням міжнародними договорами (конвенціями) повноважень, державам-учасникам виконувати юрисдикційні дії щодо особи, яка вчинила злочин міжнародного характеру, незалежно від фактичного місця й інших обставин його скоєння.

М. І. Хавронюк зазначає: «згідно з універсальним принципом..., встановленим у ст. 8, вказані особи, які вчинили злочини, передбачені КК України, за її межами підлягають в Україні відповідальності за КК

України лише у випадках, коли це прямо передбачено міжнародними договорами, розуміється те, що: а) вчинені злочини належать до міжнародних злочинів або злочинів міжнародного характеру; б) відповідно до міжнародних договорів України іноземець, або особа без громадянства, яка не проживає постійно в Україні, корті вчинили сказані злочини, не користуються імунітетом від кримінальної відповідальності і можуть бути видані Україні...» (Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 4-е вид., переробл. та доп. / За ред.. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. — К.: Юридична думка, 2007. — С. 38).

Тобто особливістю універсального принципу є те, що у відповідності з ним визначається злочинність і караність найбільш небезпечних міжнародних злочинів і злочинів міжнародного характеру за національним законодавством держави місця притягнення особи до відповідальності незалежно від його належності та території, де було скоєно злочин інше не передбачено міжнародно-правовими документами. Якщо злочин не зачіпає інтересів України та її громадян, не посягає на об'єкти, про спільну охорону яких Україна домовилася з іншими суб'єктами міжнародних відносин, і він вчинений за межами її кримінально-правової юрисдикції, держава не реалізуватиме щодо особи, яка його скоїла, положення власного кримінального законодавства. Це виходить за межі завдань вітчизняного законодавства про кримінальну відповідальність, визначених у ч. 1 ст. 1 КК України. Водночас, не виключаються участь України у міжнародно-правовому співробітництві щодо забезпечення кримінальної відповідальності за такий злочин.

Певною мірою на ефективність реалізації законодавства України про кримінальну відповідальність відповідно до універсального принципу несприятливого впливає обраний законодавцем спосіб його нормативного закріплення у ст. 8 КК України, в якому зазначено загальне відсилання до міжнародного права (Житній О. О. Кримінальне право України в міжнародному вимірі (порівняльно-правовий аналіз) : монографія / О. О. Житній; Харківський національний університет внутрішніх справ. — Х.: Одісей, 2013. — С. 191).

Однією із причин помилок у діяльності вітчизняних правозастосовних органів України під час практичної реалізації міжнародно-правових зобов'язань України може являтися абстрактність такого відсилання, що сприяє різноманітності доктринальних тлумачень ст. 8 КК України.

ПРИЧЕТНІСТЬ ДО ОСНОВНОГО (ПОПЕРЕДНЬОГО) ЗЛОЧИНУ

У період реформування кримінально-правової політики в нашій державі, в тому числі і кримінального законодавства, особливої актуальності набувають наукові розробки, присвячені теоретичним основам її побудови та подальшого вдосконалення в цілому, конкретизація підстав кримінальної відповідальності, визначення коло осіб, які за належних умов можуть бути піддані заходам державного примусу, заповнення існуючих прогалин в позитивному праві.

Причетність до злочину у доктринальному кримінально-правовому вимірі трактується з різних підходів, пройшовши історично довгий шлях еволюції від складової частини вчення про співучасть, особливої форми співучасті, — до самостійного інституту кримінального права. У теорії кримінального права сьогодні спостерігаємо розбіжність думок з цього приводу та різні підходи авторів до понять співучасті та причетності.

Кримінально-правовий інститут причетності до злочину має визначитися як сукупність правових норм, закріплених в рамках окремого розділу Загальної частини Кримінального кодексу, призначених для урегулювання суспільних відносин, які виникають з приводу умисних або необережних протиправних діянь без ознак співучасті та пов'язані з основним злочином, але що не сприяли та не обумовлювали його вчинення.

Суспільна небезпека причетності до злочину полягає в тому, що така протиправна діяльність перешкоджає розкриттю та розслідуванню злочинів, викриттю винних осіб, що ускладнює роботу правоохоронних і судових органів. Тим самим порушується принцип невідворотності кримінальної відповідальності, не досягається мета відновлення соціальної справедливості, завдається шкода нормальному функціонуванню діяльності правоохоронних органів. При цьому чим більшим ступенем суспільної небезпеки характеризується основний злочин (тобто суспільна небезпека причетності до злочину знаходиться в прямій залежності від суспільної небезпеки основного злочину), тим більшою шкоди суспільним відносинам може заподіяти причетність до нього.

Так, причетність до злочину — це умисне або необережне протиправне діяння (дія або бездіяльність) без ознак співучасті, яке пов'язане з основним (попереднім) злочином, що не сприяло та не обумовлювало його вчинення.

В свою чергу, основний (попередній) злочин — це суспільно небезпечне діяння (закінчений або незакінчений злочин), передбачене

Особливою частиною КК України, яке передувало вчиненню причетного діяння та з приводу якого виникає причетність до злочину. Причетність до попереднього злочину може виникати після його вчинення, готування або одночасно.

Поряд з цим, спостерігається похідний характер причетності від основного (попереднього) злочину:

- дії причетних осіб не є і не можуть виступати причиною злочинного результату основного (попереднього) злочину;

- діяльність, яка утворює причетність до злочину завжди пов'язана зі злочинами третіх осіб;

- в діяннях, які утворюють причетність до злочину, на відміну від співучасті, відсутня ознака спільності, в тому числі причинний зв'язок між спільними діями і спільним злочинним результатом;

- між здійсненням злочину виконавцем і поведінкою причетної особи відсутній винний зв'язок;

- відповідальність причетної до злочину особи є самостійною та не пов'язана із відповідальністю осіб, винних у вчиненні основного (попереднього) злочину.

Причетність до злочину не сприяє ні діяльності одного чи декількох виконавців, ні співучасників, не обумовлює злочинний наслідок, а поряд із об'єктом на який посягає основний (попередній) злочин також перешкоджає встановленню особи злочинця та обставин злочину, чинить перешкоди на шляху встановлення істини у кримінальному провадженні, віддаляє момент затримання винної особи, притягнення останньої до кримінальної відповідальності та відновлення соціальної справедливості.

Причетність до злочину існує поза основним (попереднім) злочинном, маючи завжди похідний характер. Варто відзначити, що причетність до злочину в об'єктивній площині може існувати виключно по відношенню до основного (попереднього) злочину. Однак, це ні в якій мірі не лишає причетність до злочину статусу самостійного суспільно небезпечного діяння. Похідний (наступний) характер причетності означає, що має місце наступне умисне злочинне посягання, обумовлене основним (попереднім) злочинном, яке вчиняється (послідовно або поєднано з ним).

Основний (попередній) злочин у взаємозв'язку із причетним до нього діянням характеризується тим, що об'єктом цього злочину можуть бути будь-які суспільні відносини, охоронювані кримінальним законом; основний (попередній) злочин до настання причетності може бути як закінченим, так і на стадії готування чи замаху; вчинення основного (попереднього) злочину може бути завершено самостійно, незалежно від причетного до злочину діяння.

Отже, можливим є виділення основних характеристик причетності до злочину: причетна до злочину особа сама не приймає безпосередньої

участі в його вчиненні; діяння причетних осіб не знаходиться в причинно-наслідковому зв'язку з основним (попереднім) злочиним, скоєним іншою особою, не сприяє його вчиненню; ступінь суспільної небезпеки причетного діяння залежить від ступеня суспільної небезпеки основного злочину; причетність зберігає своє кримінально-правове значення не тільки щодо злочину, а й до об'єктивно-протиправного діяння (діяння, вчинене неосудною особою чи малолітнім). Така ситуація може бути в тому випадку, коли особа, вчинивши основний (попередній) злочин не може бути суб'єктом цього злочину та не буде притягуватись до кримінальної відповідальності, але дана обставина не виключає застосування заходів кримінально-правового впливу до осіб причетних до такого діяння.

АДАМЯН А. С.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
аспирант кафедры уголовного права

НЕВИНОВНОЕ ПРИЧИНЕНИЕ ВРЕДА КАК ИНСТИТУТ УГОЛОВНОГО ПРАВА

Под невиновным причинением вреда, именуемым в теории уголовного права, случаем или казусом, понимается деяние, которое имеет внешние признаки преступления, но лишено признаков вины и поэтому ненаказуемо. О казусе в уголовно-правовом понимании идет речь только тогда, когда совершается деяние, предусмотренное уголовным законом, наступают общественно опасные последствия, при этом присутствуют признаки объекта, объективной стороны, субъекта соответствующего состава преступления. То есть понятие казуса, как и преступления — конкретное и имеет следующие признаки: совершено деяние, предусмотренное определенной статьей Особенной части УК; в деянии есть все признаки объекта, объективной стороны, субъекта определенного состава преступления; отсутствует форма вины, необходимая для этого посягательства, в связи с чем и исключается уголовная ответственность. Последний признак требует уточнения. Так для наличия казуса необходимо отсутствие не просто формы вины, необходимой для конкретного посягательства, а отсутствие вины вообще, любой ее формы.

На сегодняшний день в украинском законодательстве не закреплено невиновное причинение вреда, как обстоятельство, исключающее виновность. Данный вопрос — один из сложных и спорных вопросов современного уголовного права. Не утихают дискуссии теоретического и прикладного характера. Исследования данной проблематики в

уголовном праве необходимы потому, что раскрытие содержания казуса, его причин и истоков, будет способствовать дальнейшему укреплению законности и правопорядка, усилению охраны интересов личности. При наличии случая (казуса) уголовная ответственность исключается независимо от характера наступивших последствий.

В комментарии к ст. 25 УК Украины «Неосторожность и ее виды» поясняется, что следует различать преступную халатность и случай (казус), который характеризуется отсутствием субъективного критерия и исключает уголовную ответственность за отсутствием состава преступления, а именно вины в поведении лица (Мельник Н. И., Хавронюк Н. И. Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Украины [текст] / Мельник Н. И., Хавронюк Н. И. — Х: Фактор, 2011. — С. 89). Но этого недостаточно. Нужно закрепить в УК Украины казус, как обстоятельство, исключающее виновность, что приведет к правильной квалификации преступлений, а также к ориентированию граждан не на то, что может быть, а на то, что должно.

Предлагается фиксировать казус в уголовном кодексе Украины, предусмотрев две их разновидности. Применительно к формальным составам: казус означает, что лицо, совершившее общественно опасное деяние, не осознавало и по обстоятельствам дела не могло осознать общественной опасности своих действий (бездействия); а применительно к материальным составам: казус заключается в том, что лицо, совершившее общественно опасное деяние, не предвидело возможности наступления общественно опасных последствий и по обстоятельствам дела не должно было и не могло их предвидеть. Для установления казуса не требуется одновременного отсутствия двух критериев, достаточно отсутствие хотя бы одного из них или объективного, или субъективного.

Вторая разновидность невиновного причинения вреда ранее неизвестна закону и судебной практике. Впервые закреплена в УК РФ. Характеризуется тем, что лицо, совершившее общественно опасное деяние, хотя и предвидело возможность наступления общественно опасных последствий своих действий (бездействий), но не могло предотвратить эти последствия в силу несоответствия своих психофизиологических качеств требованиям экстремальных условий или нервно-психическим перегрузкам (т.е. неожиданно возникшим или изменившимся ситуациям, к которым лицо не готово и по своим психофизиологическим качествам не способно принять адекватное решение и найти способ для предотвращения вредных последствий или из-за несоответствия своих психофизиологических качеств нервно-психическим перегрузкам). Таким образом, законодатель признает причинение вреда невиновным, если лицо, предвидя возможность причинения общественно опасных последствий, неспособно предотвратить их наступление по одной из двух указанных в законе причин.

Следует отметить, что почти во всех уголовных кодексах на постсоветском пространстве, находит свое закрепление невинное причинение вреда. Заимствование позитивного опыта стран постсоветского пространства, в сфере уголовно-правового регулирования, применительно к данному институту может оказаться весьма полезным для развития современного права Украины и будет способствовать дальнейшему укреплению законности и правопорядка, усилению охраны интересов личности.

Фиксация казуса в уголовном законодательстве послужит дополнительным гарантом защиты граждан от привлечения к уголовной ответственности за общественно опасные или иные действия, в результате которых наступили общественно опасные последствия, но которые, по сути, являлись случайными, так как лицо не предвидело наступления общественно опасных последствий, не могло и не должно было их предвидеть.

ХЛОПЧИК О. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри кримінального права

ТЕОРЕТИЧНІ ПИТАННЯ ЗВІЛЬНЕННЯ ОСОБИ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Характерною рисою сучасної кримінальної політики в сфері боротьби із злочинністю є поєднання примусових заходів та заходів заохочення. Відповідно до ст. 2 Кримінального кодексу України (далі КК України) вчинення особою суспільно-небезпечного діяння, яке містить склад злочину є підставою для її притягнення до кримінальної відповідальності. Разом з цим у кримінальному законодавстві передбачена можливість застосування альтернативних кримінальній відповідальності заходів. Однією з таких альтернатив є звільнення особи від кримінальної відповідальності (Баулін Ю. В. Звільнення від кримінальної відповідальності: моногр. / Ю. В. Баулін. — К.: Атіка, 2004. — С. 11).

В КК України немає визначення звільнення від кримінальної відповідальності. Проте у науковій літературі існують різні позиції щодо визначення даного поняття. В загальному думки вчених зводяться до наступного: звільнення від кримінальної відповідальності — це відмова держави від застосування до особи, яка вчинила злочин, передбачених кримінальним законом обмежень її прав і свобод (П. П. Андрушко, Ю. В. Баулін, С. Г. Келіна, О. Ф. Ковітіді, О. С. Козак, П. С. Матишевський, В. О. Навроцький, С. С. Яценко).

Поряд з цим В. В. Скибицький, на наш погляд, правильно додає те, що особа звільняється від кримінальної відповідальності адже цілі покарання і завдання кримінального законодавства можуть бути досягнуті (або вже досягнуті) без застосування кримінально-правового примусу (Скибицький В. В. Освобождение от уголовной ответственности и отбывания наказания: моногр. / В. В. Скибицкий. — К.: Наукова думка, 1987. — С. 25).

Як зазначає О. І. Рарог ще на початку ХХ ст. М. С. Таганцев звернув увагу на існування обставин, які здатні усувати караність злочинного посягання. При наявності таких обставин діяння, вчинене обвинуваченим, визнається таким, що містить в собі всі ознаки злочину, особа яка його вчинила — визнається осудною, однак до винного не застосовується кримінальна репресія. Така безкарність злочинного діяння містить в собі безсумнівно протиріччя, так як ніщо не може зробити злочинне незлочинним, але з точки зору доцільності кримінальної репресії наявність у кримінальному законодавстві таких обставин, які коріняться в фізичній неможливості або юридичній безцільності кримінально-правового впливу, видається цілком природним (Уголовное право России. Общая часть / Под ред. А. И. Рарога. — 3— е изд., с изм. и доп. — М.: Эксмо, 2009. — С. 379).

Дана позиція, широко підтримується сучасними вченими. Так, М. В. Бавсун вказує, що наявність в кримінальному законі підстав для звільнення особи від кримінальної відповідальності свідчить про те, що законодавець вважає доцільним в окремих випадках обходитись без притягнення особи до кримінальної відповідальності (Бавсун М. В. Целесообразность в уголовном праве: дис. на соиск. уч. степ. к.ю.н.: 12.00.08 / М. В. Бавсун. — Омск, 2002. — С. 97). О. І. Рарог зазначає, що ідею про те, що за наявності певних обставин завдання кримінального законодавства і цілі покарання можуть бути досягнуті більш ефективно і з меншими соціальними витратами шляхом звільнення особи від кримінальної відповідальності, підтримують і сучасні дослідники даної проблеми, серед них, наприклад А. АМагомедов та І. А. Тарханов (Уголовное право России. Общая часть / Под ред. А. И. Рарога. — 3— е изд., с изм. и доп. — М.: Эксмо, 2009. — С. 379.) Л. В. Головко вказує, що інститут звільнення від кримінальної відповідальності заснований на доцільності притягнення особи до кримінальної відповідальності (Головко Л. В. Принципы неотвратимости ответственности и публичности в современном российском уголовном праве и процессе // Государство и право. — 1999. — № 3. — С. 64). На думку Ю. Ю. Коломієць, принцип доцільності в кримінальному праві виявляється в можливості звільнення особи від кримінальної відповідальності (Коломієць Ю. Ю. Невідворотність кримінальної відповідальності: правова природа та зміст: дис. на здобуття наук. ступ. к.ю.н.: 12.00.08 / Ю. Ю. Коломієць. — О., — 2005. — С. 108).

Л. В. Іногамова-Хегай з одного боку вказує, що якщо особа, яка вчинила злочин, втратила суспільну небезпеку, притягнення її до кримінальної відповідальності буде недоцільним. Для подібних випадків у кримінальному праві передбачено інститут звільнення від кримінальної відповідальності. Поряд з цим Л. В. Іногамова-Хегай зазначає, що неприйнятним є твердження, що загальною підставою звільнення від відповідальності є недоцільність притягнення особи до відповідальності та застосування до неї заходів кримінального характеру. При цьому автор посилається на позицію О. І. Рарога (Іногамова-Хегай Л. В. Конкуренция норм при освобождении от уголовной ответственности //Л. В. Иногамова-Хегай // Правоведение. — 2001. — № 6. — С. 116–128).

Однак, слід зазначити, що О. І. Рарог та інші вищезазначені нами вчені не визначають «недоцільність» як підставу звільнення особи від кримінальної відповідальності, а вказують на те, що інститут звільнення від кримінальної відповідальності заснований на доцільності притягнення особи до кримінальної відповідальності. Адже підстави звільнення від кримінальної відповідальності чітко передбачені в КК України. Тому, навіть у тому випадку коли суд дійде висновку, що досягнення мети кримінальної відповідності можливе і без притягнення винної особи до неї, а підстав для звільнення від кримінальної відповідальності, передбачених Кримінальним законом не буде, то така особа однаково буде притягнута до кримінальної відповідальності (Коломієць Ю. Ю. Невідворотність кримінальної відповідальності: правова природа та зміст: дис. на здобуття наук. ступ. к.ю.н.: 12.00.08 / Ю. Ю. Коломієць. — О., — 2005. — С. 106).

Підсумовуючи, слід зазначити, що звільнення від кримінальної відповідальності — це відмова держави від застосування до особи, яка вчинила злочин, передбачених кримінальним законом обмежень її прав і свобод, якщо цілі покарання і завдання кримінального законодавства можуть бути досягнуті (або вже досягнуті) без притягнення особи до кримінальної відповідальності. При цьому вважливо вказати, що даний інститут заснований на принципі доцільності, але доцільність не є підставою звільнення особи від кримінальної відповідальності, адже такі підстави передбачені у КК України. Тобто, реалізація принципу доцільності обмежена підставами звільнення особи від кримінальної відповідальності, які передбачені кримінальним законом.

ТИМОФЄЄВА Л. Ю.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри кримінального права

**НЕЗАСТОСУВАННЯ ТА ЗВІЛЬНЕННЯ
ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЯК ПРОЯВ
РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ ГУМАНІЗМУ**

*Не в жорстокості, а в неминучості покарання є один
з найбільш ефективних способів попередити злочини.*

Ч. Беккарія

Кримінальний кодекс України (далі — КК) передбачає випадки звільнити від кримінальної відповідальності (далі ЗвКВ) (ст. ст. 45–49, 87, ч. 1 ст. 97, 106 КК), спеціальні види ЗвКВ, передбачені Особливою частиною КК і випадки, коли відповідно до КК вона взагалі неможлива: ч. 2 ст. 11, ч. 2 ст. 19, ст. 22, ст. ст. 36–43, 74–86, 104, 105, 107 КК, а також випадки, коли особа не підлягає такій відповідальності (ч. 2 ст. 385, ч. 2 ст. 396 КК). ЗвКВ є проявом реалізації принципу гуманізму (далі ПГ) в кримінальному праві.

Окремі аспекти ЗвКВ досліджували: Л. В. Багрій-Шахматов, Ю. В. Баулін, В. О. Туляков, В. Д. Філімонов тощо. Ряд вчених досліджують окремі аспекти ПГ: В. О. Гацелюк, С. Г. Келіна, Ю. Ю. Коломієць-Капустіна, В. В. Мальцев, М. І. Хавронюк, М. В. Ююкіна та інші вчені. Але є і випадки незастосування заходів кримінально-правового характеру (далі ЗКПХ), на що в роботах вчених не акцентувалась увага, що і обумовлює **актуальність теми дослідження**.

Якщо особа вчиняє злочин, то цього неможна змінити. Особа ЗвКВ на підставі позитивних змін в посткримінальній поведінці. Внаслідок цього особа не є суспільно-небезпечною. 14.05.2010 року засуджена С., у якої є малолітня дитина 2011 року народження за ч. 1 ст. 185 КК України **до 80 годин громадських робіт** 16.03.2010 року С. ухилилась від призначеного судом покарання, чим скоїла злочин передбачений ч. 2 ст. 389 КК. Жодне з покарань, передбачених санкцією ч. 2 ст. 389 КК (обмеження волі та арешт) не можна застосувати до жінки з дитиною до 7 років за ч. 3 ст. 60, ч. 3 ст. 61 КК. Відповідно до постанови Пленуму Верховного Суду України (далі ППВСУ) від 24.10.2003 року «Про практику призначення судами кримінального покарання», суд не вправі перейти до більш м'якого виду покарання у випадках, коли санкцією закону, передбачено лише такі покарання, які з огляду на її вік чи стан не можуть бути до неї застосовані. С. за ст. 389 ч. 2 КК звільнена від покарання (Вирок Білогірського районного суду від 18.01.2011 року АР Крим. — Справа № 1–27/11 [URL]: <http://pravoscope.com/act-virok-1-27-11-kurtlushayev-m-i-14-02-2011-zlochini-proti-pravosuddya-usogo-z-nix-s>),

але не вказано на якій підставі. *Це яскравий приклад* незастосування ЗКПХ, тобто відсутність можливості реалізувати форми КВ, реалізувати ЗКПХ, заходи заохочення тощо. В Російській Федерації (далі РФ) щодо аналогічних діянь виділяють поняття *«незлочинної кримінально-протиправної поведінки засуджених»* (Антонов Т. Г. Правовая природа неприступного уголовно-противоправного поведения и его последствий [URL]: <http://cyberleninka.ru/article/n/pravovaya-priroda-neprestupnogo-ugolovno-protivopravnogo-povedeniya-i-ego-posledstviy#ixzz2chQbFHKM>) за злісне ухилення від відбування виправних та обов'язкових робіт, сплати штрафу та інше, тому що таку поведінку в КК РФ не передбачено як злочинну, на відміну від КК України.

ППВСУ розширює тлумачення поняття ЗвКВ, адже розглянута підстава не закріплена в КК України, що знаходиться в колізії з положенням про заборону аналогії кримінального закону, адже в КК немає поняття незастосування ЗКПХ та не передбачено правил призначення покарання у разі неможливості застосувати ЗКПХ у зв'язку зі станом чи віком особи яка його вчинила. Простежується абалансованість реалізації ПГ щодо потерпілого та суспільства. Виникає колізія між ч. 3 ст. 61 КК та ст. 79 КК. Стаття 61 КК передбачає, що обмеження волі до жінки з дитиною до 14 років застосувати не можна, а ст. 79 КК передбачає, що таке трапляється. Та в таких випадках, коли призначили покарання у виді обмеження волі, суд може (не зобов'язаний, а може) звільнити від відбування цього покарання. Подолати колізію можливо шляхом внесення змін до законодавства або на підставі колізійних правил.

Підхід, передбачений статтею 79 КК, як видається, є більш прийнятним, адже певним чином попереджує вчинення особою нового злочину. Передбачені певні гарантії щодо виконання цього покарання у разі порушення умов ЗвКВ. Суд може покладати на засуджену обов'язки. Після закінчення іспитового строку, залежно від поведінки засудженої, суд або звільняє її від покарання або направляє для відбування покарання. Якщо КК передбачає заходи заохочення до жінок з дітьми до певного віку, то не через те, що їм можна вчиняти злочини, а через те, що необхідно виховувати дитину. Якщо жінка не виконує суспільно-корисних функцій матері дитини, то повинна відбутися призначене покарання. В такому положенні реалізується ПГ щодо потерпілих, суспільства, третіх осіб, держави.

Через деякий час С. знову вчинила аналогічний злочин. За станом на 22.04.2014 року відбуває покарання за ст. ст. 185 ч. 2, 185 ч. 3, 70 ч. 1 КК у виді позбавлення волі строком на 3 роки 5 днів (покарання також було пом'якшено). Надмірна м'якість розбещує. Заохочувальні норми застосовують, посилаючись тільки на формальні права, так як формальних обмежень не передбачено.

При реалізації ПГ важливо розглядати не тільки межу ЗКПХ, але й межу самого гуманізму. Як кара може бути доцільною та недоцільною,

так і гуманізм. Його реалізація також пов'язана з характеристиками суспільної безпеки не тільки діяння (умова, яку вже не можна змінити), але й характеристик суспільної безпеки особи та суспільної безпеки місця (вплив колективу осіб, кризова обстановка, вимушеність вчинити певне діяння). Як надмірна жорстокість КВ, так і надмірна беззастережна м'якість (як зараз) призводить до обурення суспільства, потерпілих, спадання авторитету держави, втрати віри в безпеку.

Висновки. Якщо Ч. Беккарія, наголошував на неминучість покарання, то в сучасних умовах є необхідність відстоювати неминучість ЗКПХ. ЗвКВ — прояв реалізації ПГ в кримінальному праві. Але незастосування ЗКПХ не можна розглядати як прояв ПГ, це прогалина закону, яку необхідно усувати. Для того є декілька шляхів. В санкції ч. 2 ст. 389 КК України можна передбачити альтернативне покарання у виді позбавлення волі на строк до двох років для того, щоб на діяння всіх осіб, які скоїли злочин, незалежно від їх соціального статусу, можна було б відреагувати застосуванням ЗКПХ. Необхідно формалізувати правила застосування заохочувальних норм, враховуючи ознаку суспільної небезпечності особи. Якщо, особа вже вчиняла злочин, за який була ЗвКВ, то при вчиненні нового злочину слід було б обмежити таку можливість. *За рахунок цього, в тому числі, досягається баланс в реалізації ПГ щодо суб'єктів кримінальних правовідносин.*

ЗАГОДІРЕНКО П. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри кримінального права

ПРАВОВА ПРИРОДА СПІВУЧАСТІ У ЗЛОЧИНІ

Відносно того чи іншого явища можна говорити про різні аспекти його природи (соціальна природа, економічна, етична, політична, права і т. д.).

Досить часто в теорії кримінального права, вживається термін «правова природа» в прив'язці до того чи іншого правового явища. Зручність використання даної категорії і універсальність випадків, коли вона може бути вжита, як правило, відсувають на другий план питання про змістовне навантаження та значення цього поняття.

У більшості випадків «правова природа» сприймається як «дане», без аналізу її сутності (в первісному значенні як «що вийшов з права»). А тому нерідко адекватність використання даного словосполучення в науковому обігу виявляється досить сумнівним. Термін набув характеру

«оборотного канцеляризму», уживаного у всіх тих випадках, коли є труднощі у виборі «назви» наукового питання.

Дослідженню сутності та правової природи співучасті в вітчизняному кримінальному праві повсякчас приділялась значна увага. Так, окремі напрацювання в рамках поставленого питання містяться в роботах таких вчених як М. С. Таганцев, Ф. Г. Бурчак, П. І. Гришаєв, М. І. Ковальов, Г. А. Крігер, М. І. Козлов, В. М. Кудрявцев, Л. Д. Гаухман, В. В. Кузнецов, О. В. Савченко, С. А. Тарарухін, П. Л. Фріс, Г. П. Жаровська, О. О. Кваша, Д. М. Харко, В. І. Малихін, А. В. Наумов, І. П. Малахов, В. П. Малков, А. А. Арутюнов, С. С. Аветисян, А. А. Пушкін та інших.

Підтвердженням достатньо частоті вживаності терміну «правова природа» слугує вислів О. А. Красавчикова: «Категорія «юридичної природи» міцно увійшла в нашу юридичну термінологію» (*Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве // В кн.: Он же. Категории науки гражданского права. Избранные труды: В 2 т. Т. 2. — М.: Статут, 2005. — с.229*). Однак її поняття, зміст та особливості, що впливають на пов'язані з нею явища юриспруденції та професійного побуту, часом залишаються невивченими, маються на увазі в численних дослідженнях як щось саме собою зрозуміле. Тому на доктринальному рівні важливо визначитися: що ж утворює зміст і сутність поняття «правової природи співучасті у злочині».

А. А. Арутюнов, висуваючи системну теорію співучасті, в обґрунтуванні пише про «акcesорну природу співучасті», «акcesорну ідею», «акcesорну теорію» та «акcesорний характер співучасті» (*Арутюнов А. А. Системный подход к общей теории соучастия в преступлении: Дисс. ... канд. юрид. наук. — М.: Московская академия предпринимательства при Правительстве г. Москвы, 2001. — с. 34*).

Автори Енциклопедії кримінального права задля визначення правової природи співучасті вдаються до теоретичного обґрунтування кримінальної відповідальності співучасників у кожній із форм і видів співучасті (*Энциклопедия уголовного права. Т. 6. Соучастие в преступлении. — Издание профессора Малинина — СПб ГКА, СПб., 2007. с. 12*).

З аналізу літератури в рамках проблематики помітно, що категорія «правова природа співучасті» застосовується в одному і тому ж значенні з такими поняттями як «ідея», «теорія», «характер» і т. д. Однак, правова природа — поняття ширше і далеко не однопорядкове з такими категоріями як, наприклад, теорії кримінальної відповідальності співучасників. Тому, така еклектичність та неоднозначність застосування вказаної категорії зумовлює необхідність її подальшого дослідження.

Поняття «природа» не є спеціальним юридичним терміном. Для з'ясування сутності «правової природи», в першу чергу, слід вдаватися до онтологічного (що є природа) і аксіологічного (у чому її цінність) осмислення аспектів цього словосполучення.

Лексемний аналіз «природи» у всьому різноманітті терміну вдало виконав В. І. Даль. Одне з його визначень природи: «властивість, якість, приналежність або сутність». (*Толковый словарь Даля В. И. онлайн — [Электронный ресурс] — Режим доступа: <http://slovardalja.net/word.php?wordid=33359>*). В одному з джерел вітчизняної лексикології міститься і таке поняття природи: «сушность, основное свойство чего-либо» (*Словарь русского языка: В 4-х т. / РАН, Ин-т лингвистич. исследований. — 4-е изд., стер. — М.: Рус. яз.; Полиграфресурсы, 1999. Т. 3. П—Р. — с. 437–438.*).

За межами права під природою речей зазвичай розуміється їх основна якість або істотна ознака. При цьому істотною повинна вважатися лише та ознака, з виключенням якої знищується в цілому саме поняття, руйнується уявлення про будь-що.

Тому, правовою природою співучасті у злочині слід визнавати ті сутнісні ознаки спільного скоєння злочину, окреслені кримінальним правом, за відсутності (вилучення) яких, руйнується співучасть як така.

Буквальне тлумачення ст. 26 КК України дає змогу виокремити основні сутнісні ознаки співучасті, а саме:

а) об'єктивні:

– декілька (два і більше) належних суб'єктів злочину (кількісна ознака);

– спільність участі суб'єктів злочину;

– спільність наслідків;

– суспільна небезпечність діянь суб'єктів злочину;

б) суб'єктивна:

– єдність умислу суб'єктів злочину.

Розвиваючи думку про сутнісні ознаки, що визначають правову природу співучасті, слід звернути увагу на наступне: у разі вилучення кількісної ознаки (декілька суб'єктів злочину) або спільності участі суб'єктів злочину, матимемо одноособове скоєння злочину. Вчинення суспільно шкідливих, суспільно корисних, або малозначних діянь взагалі виключатиме злочинність скоєного. Єдність (спільність) злочинного умислу співучасників — сутнісна ознака, без якої співучасть у злочині перетворюється на простий збіг виконавців злочину.

Отож, на наш погляд, правова природа співучасті у злочині є такий обсяг сутнісних характеристик досліджуваного явища, який дає змогу стверджувати, що конкретне суспільне діяння вчинено з порушенням кримінального закону, воно відрізняється від одноосібного скоєння злочину та випадкового збігу виконавців злочину, а також вчинено особами, які є належними суб'єктами та діяли з єдиним спільним умислом.

ЯРЕМЕНКО С. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри кримінального права

ПСИХІЧНА НЕДОТОРКАНИСТЬ ЛЮДИНИ ЯК ОБ'ЄКТ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ

Розробляючи Загальну декларацію прав людини, делегати відмічали: «Немає необхідності проголошувати свободу тих сфер внутрішнього світу, яким не надається зовнішнє вираження», так як «внутрішнє» знаходиться поза зоною будь-якого доступу (HammerL. TheInternationalHumanRighttoFreedomofConscience. 2001, с.34). Дійсно, ставлення до психічних процесів як абсолютних за своєю сутністю, ідея про те, що не існує засобів, що могли б контролювати феномени психічної реальності людини, що не мають зовнішнього, матеріального вираження, була характерною для учених-правовиків 70 років тому та залишається домінуючою точкою зору на сьогодні. В результаті сприйняття автономної зони психічного як недосяжної та принципово недоторканої відсутні практично будь-які правові інструменти регулювання даної сфери: правові системи містять розроблені та деталізовані правила правомірної поведінки стосовно тіла людини, визначені виключення, прийнятні ризики та збитки, що підлягають відшкодуванню; водночас, законодавче регулювання, як і теоретичні положення на тему правомірної поведінки із психікою практично відсутні як у вітчизняному законодавстві, так і за кордоном. Традиційною є точка розу, що настільки тонкі аспекти функціонування психіки людини не можуть бути належним об'єктом правового захисту.

Справді, донедавна втручання у автономне функціонування психічного апарату людини було неможливим. Однак сучасний рівень розвитку високих технологій у даній сфері, зокрема, сучасні розробки у сфері нейронауки та психології маніпуляцій вказують на те, «невразливість» людського розуму до сторонніх впливів більше не є незаперечною у XXI столітті. Так, дедалі більшу увагу науковців привертає використання прихованих маніпуляцій у телевізійній рекламі та флеш-анімаціях, що поширюються через засоби масової інформації, включаючи Інтернет. Високий рівень суспільної небезпеки несе, зокрема, використання подібних прийомів для просування політичних кандидатів у передвиборчих кампаніях. Дослідження показують, що використання маніпулятивних прийомів у флеш-анімації дійсно може впливати на суб'єктивну оцінку конкретного кандидата (див., наприклад, WeinbergerJ., WestenD. RATS, WeShouldHaveUsedClinton: SubliminalPriminginPoliticalCampaigns // PoliticalPsychology. 2008, с. 650). Також, одним із негативних наслідків функціонування деструктивних сект є всеохоплюючий негативний вплив на психічне здоров'я та особистість жертв подібних організацій,

(т.зв. ефект «промивання мізків»). При цьому склад злочину, передбаченого ст. 190 КК України, не в повній мірі відображає суспільну небезпеку функціонування сект, охоплюючи лише майнову сторону збитків. Шкода, що наноситься такому нематеріальному феномену, як особистість людини, ігнорується. Але найбільший інтерес учених викликають речовини та психостимулятори, що прямо впливають на психіку людини. Зокрема, окремі категорії речовин здатні стимулюючи апетит (використовуються ресторанами для підвищення прибутковості), підвищувати продуктивність та концентрацію (можуть, наприклад, таємно додаватись працівникам у напої), знижувати рівень тривоги та страху та впливати на загальну здатність об'єктивно оцінювати ситуацію. Використання подібних речовин дає можливість втілення нових схем шахрайства, а притягнення до кримінальної відповідальності у таких випадках практично неможливе. Даний список можна продовжити.

Технології управління поведінкою людини все в дедалі більшій мірі стають товаром, і на сьогодні активно розвивається мультимільйонна галузь із єдиною чіткою метою: вивчення механізмів прийняття людиною рішень та засобів впливу на них. Відкриття у даній сфері застосовуються до реальних людей, модифікуючи їх бажання, змінюючи поведінку, схиляючи їх вступати у різного роду взаємодії (Crimes Against Minds: On Mental Manipulations, Harmsanda Human Rightto Mental Self-Determination. J. Bublitz, R. Merkel // CriminalLawandPhilosophy. 2013, с. 3). При цьому, як зазначає Н. А. Савінова, умисні впливи на свідомість людини, групи, населення, у залежності від характеру, мети та біологічних особливостей об'єкту впливу, можуть завдати навіть більш значної шкоди, ніж злочини, спрямовані на пошкодження матеріальних предметів, адже руйнування свідомості населення або деструктивний вплив на неї може призвести до некерованих наслідків, включаючи агресію, вбивства, самогубства, деградацію (Савінова Н. А. Кримінально-правове забезпечення розвитку інформаційного суспільства в Україні: теоретичні та практичні аспекти. 2012, с.259).

Вочевидь, охорона нематеріальних цінностей за допомогою правових інструментів натикається на цілий ряд труднощів; особливо це стосується феноменів, що належать до психічної реальності. Однак, на нашу думку, сфера психічного, зокрема, право на психічне самовизначення не розглядалась у подібному розрізі лише з огляду на те, що донедавна були неможливі прямі втручання в цю сферу, і, відповідно, не було необхідності в її правовому захисті. Те чи інше явище дійсності визнається законодавцями існуючим і стає предметом правового аналізу, коли воно входить в поле людського сприйняття, і, таким чином, в коло людських інтересів. Інтенсивні дослідження впливу на свідомість людини та процесу прийняття людиною рішень, що проводяться в нейролабораторіях на сьогодні, показують, що сфера психічного більше не є «езотеричною» матерією і заслуговує на реальну увагу

законодавців. У епоху нейронауки правового захисту потребує власне психічна недоторканість людини, яку пропонуємо визначити як природний перебіг психічних процесів індивіда та відсутність сублімінального (тобто такого, що лежить нижче порога свідомого сприйняття) впливу на інтелектуальну, емоційну та вольову сфери з ціллю схилити особу до виконання певних дій. Крім того, на нашу думку, прийоми сублімінального впливу на психіку, при яких людина не усвідомлює факт несанкціонованого впливу, а отже, не має жодної чинити супротив подібному впливу, посягають на природне право людини на психічне самовизначення, і подібні дії містять таку ознаку злочину, як суспільна небезпечність, а отже, повинні регулюватись кримінально-правовими засобами впливу.

Підрозділ 9.2

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОСТУПОК: ДОСВІД ПРАВОВОГО МОДЕЛЮВАННЯ

БЕРЕЗОВСЬКА Н. Л.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук, доцент

ПЕРСПЕКТИВИ ВВЕДЕННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОСТУПКІВ У КРИМІНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ

Проблемі кримінальних проступків присвячують свої праці вчені кримінального права, кримінального процесу, адміністративного права та інших галузей, адже ця проблема є комплексною, що охоплює різні галузі права. Як зазначає В. П. Коробов, проблема кримінального проступку обговорюється в літературі вже понад 25 років (Коробов В. П. Уголовный проступок: «за» и «против»// сайт Саратовского Центра по исследованию проблем организованной преступности и коррупции НП «Центр научно-правовых инициатив Н. А. Лопашенко»//[http://sartraccs.ru/i.php?oper=read_file&filename=Pub/korobov\(6-06-05\).htm#1](http://sartraccs.ru/i.php?oper=read_file&filename=Pub/korobov(6-06-05).htm#1))

У засобах масової інформації неодноразово лунали виступи щодо їх близького запровадження.

А. Портнов зазначав, що планується завершити роботу над законодавством про кримінальні проступки у першому півріччі 2013 р. (Разработку законов об уголовных проступках планируется завершить в I полугодии 2013// http://www.ukrinform.ua/rus/news/razrabotku_zakonov_ob_ugolovnih_prostupkah_planiruyetsya_zavershit_v_i_polugodii_2013__portnov_1464017).

В. Пшонка зазначав строки — до початку 2014 р. (В следующем году появится кодекс уголовных проступков// <http://comments.ua/politics/390113-sleduyushchem-godu-royavitsya-kodeks.html>).

Але проблема залишається. До цих пір є неузгодженими на теоретичному рівні основні питання, які унеможливають прийняття остаточного рішення.

Щодо встановлення процедури розслідування кримінальних проступків у Кримінальному процесуальному кодексі України, у той час як самі проступки не передбачені нормами матеріального характеру, вже вказувалось раніше. Не може бути віз без коня. Порушений принцип визначеності у законодавчій техніці. Тому назріла нагальна проблема

однозначного вирішення проблеми кримінальних проступків. Все частіше — у бік їх встановлення. Хоча й до цих пір є автори, яким ця ідея не імпонує і на свою думку вони приводять аргументи.

У пропонуваніх законопроектах пропонуються різні підходи, що вказує на неоднозначне ставлення розробників проекту на проблему.

Кримінальному праву завжди була притаманна роль найбільшої каральної дії держави. Сьогодні ж всі говорять про гуманізацію кримінального законодавства в частині кримінальних проступків. Чи можна вважати перехід норми, скажімо, з адміністративного в кримінальне право, актом гуманізації?

Аргументами «за» кримінальні проступки завжди виступали позиції запозичення досвіду зарубіжних країн, де поряд із злочинами існують і кримінальні проступки (КК Австрії, КК Албанії, КК Голландії, КК Данії, КК Естонії, КК Іспанії, КК Італії, КК Латвії, КК Литви, КК Норвегії, КК Румунії, КК Сан-Марино, КК Угорщини, КК ФРН, та ін.), чи злочини, проступки і порушення (КК Бельгії, КК Франції, КК Швейцарії). Кримінальні проступки не нові й для нашого законодавства. В історичному розрізі це можна прослідкувати на таких прикладах. Ще В. Спасович вказував у підручнику з кримінального права, що злочини по Зводу законів класифікувалися на злочини і проступки (Спасович В. Учебникъ уголовного права. Томъ 1. Выпускъ первый. — Санктперербургъ. В типографіи Юсафата Огризко. — 1863, с. 10). Про незначні проступки було вказано і в Лісовому статуті та Сільському судовому статуті (Тарасов И. Т. Очерки науки полицейского права. Цит. по Российское полицейское (административное) право: конец XIX — начало XX века: Хрестоматия / Сост. и вступит. сл. Ю. Н. Старилова. — Воронеж: Изд-во Воронежского государственного университета, 1999., с. 187).

Однозначним при введенні кримінального проступку є вирішення питання кодифікації та пеналізації кримінального закону.

Видається, є недоречним говорити про закон України про кримінальну відповідальність, як подав це законодавець у КПК України (п. 7 ч. 1 ст. 3) (Кримінальний процесуальний кодекс України // Інтернет ресурс/ <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>).

Більш прийнятним виглядає кодифіковане кримінальне законодавство. Обґрунтованою видається точка зору професора кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія» Мирошніченко Наталії Анатоліївни про класифікацію злочинів і проступків (Мирошніченко Н. А. Кримінальні правопорушення і малозначність діяння // Актуальні проблеми держави і права / Редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; відп. за вип. В. М. Дрьомін. — Одеса : Юридична література, 2012. — С. 551–552.; Мирошніченко Н. А. Уголовные правонарушения и их виды // Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства

України про кримінальну відповідальність: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 11–12 жовт. 2012 р./редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.) В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. — Х.: Право, 2012. — С. 197–200).

Всі кримінально-правові норми потребують вивірення на предмет відповідності комплексності діянь злочинів і проступків. Навіть з перших норм кримінального законодавства мова йде про злочин і покарання, а, можливо, при введенні кримінальних проступків, слід буде говорити про кримінальні правопорушення та види покарань і стягнень за них.

Проблема введення кримінальних проступків залишається, потребує подальших досліджень з ціллю віднайти максимально оптимальне вирішення, яке б могло стати моделлю закріплення положень щодо кримінальних проступків у кримінальне законодавство України.

ДМИТРУК М. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук

АНАЛІЗ ПРОЕКТУ ЗАКОНУ УКРАЇНИ № 4712 ВІД 16.04.2014 (В КОНТЕКСТІ ЗАПРОВАДЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОСТУПКУ)

Питання запровадження кримінального проступку пропонувалось вирішити у проектах законів від 03.03.2012 року за № 10146, від 28.02.2012 року за № 10126, частково у проекті закону від 12.12.2012 року за № 0894.

У Верховній Раді України зареєстровано Проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реалізації положень Кримінального процесуального кодексу України» № 4712 від 16.04.2014 року (далі — Проект закону), в якому запропоновано запровадження інституту кримінальних проступків та багато інших змін. Проаналізувати хоча б основні зміни, запропоновані в цьому Проекті закону в роботах такого об'єму є неможливим, у зв'язку із чим розглянемо лише основні положення цього Проекту закону в контексті запровадження кримінального проступку.

Згідно Проекту закону Особливу частину КК України пропонується поділити на дві Книги: «Книга 1.Злочини» і «Книга 2. Кримінальні проступки».

До кримінальних проступків запропоновано віднести усього 173 статті, які містять 185 простих складів проступків із яких 91 простий склад проступків, які наразі є адміністративними проступками, передбаченими КУпАП і Митним кодексом України, але не є управлінськими

правопорушеннями, 100 простих складів проступків, які за діючим КК України є злочинами невеликої тяжкості (Пояснювальна записка до Проекту Закону: [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=506664).

Вважаємо, що вказаний Проект закону є більш досконалим у порівнянні із іншими проектами законів, оскільки проведено систематизацію понять, які використовуються в тексті діючого КК України та включено до Додатку № 2 Проекту закону, запропоновано правила кримінально-правової кваліфікації та інші позитивні моменти у порівнянні із попередніми проектами законів.

Викликає здивування позиція авторів Проекту закону щодо визначення його назви, оскільки за змістом Проекту закону пропонується суттєве реформування деліктного законодавства як кримінального так і адміністративного, проте із назви можна зробити висновок, що Проектом закону пропонується усунення якихось технічних неузгодженостей між положеннями діючого законодавства України та положеннями Кримінального процесуального кодексу України.

Стосовно структури Особливої частини КК України, яка пропонується у Проекті закону, то вважаємо більш вдалим було б одночасне розміщення злочинів та кримінальних проступків в одних і тих самих структурних підрозділах Особливої частини КК України, а не в окремих Книгах, що спростило б застосування тексту кримінального закону.

Не погоджуємось із системою діянь, які пропонується віднести до кримінальних проступків.

В пояснювальній записці зазначено, що до кримінальних проступків запропоновано віднести адміністративні правопорушення та порушення митних правил, які не є управлінськими. Аналіз складів діянь, які пропонується віднести до кримінальних проступків свідчить, що до вказаного діяння пропонується віднести в багатьох випадках саме управлінські правопорушення, зокрема, такі, як: ст. 477. «Ненадання можливості оприлюднити відповідь щодо інформації, поширеної стосовно суб'єкта виборчого процесу», ст. 478 «Порушення права на користування приміщеннями під час виборчої кампанії», ст. 481 «Ненадання копії виборчого протоколу», ст. 482. «Невиконання рішення виборчої комісії, комісії з референдуму», ст. 492. «Грубе порушення митних правил», ст. 521 «Порушення правил утримання диких тварин у неволі або в напіввільних умовах», ст. 559 «Порушення правил, норм і стандартів, що стосуються забезпечення дорожнього руху», ст. 552 «Порушення вимог законодавства щодо встановлення і використання спеціальних світлових або звукових сигнальних пристроїв», ст. 612 «Прояв неповаги до суду» та інші.

За змістом правовідносин, в яких реалізуються вказані діяння, ці діяння є управлінськими, що, на нашу думку, свідчить про необхідність збереження їх природи як адміністративних чи митних правопорушень.

Закріплення принципів у ст. ст. 2–1. — 2–8. Проекту закону є необхідним, проте вважається, що наведення визначення загальних принципів (принцип рівності громадян перед законом, принцип справедливості, принцип гуманізму, принцип законності) є зайвим для КК України.

В цілому слід зазначити, що не можна визнати той чи інших проект закону «поганим» чи «гарним», питання в тому які цілі намагається досягти законодавець приймаючи той чи інших закон в урегулюванні суспільних відносин засобами кримінального права.

Вважаємо вказаний проект закону надмірно «проевропейським», оскільки ним пропонується віднести ряд адміністративних правопорушень до кримінальних діянь, що може мати зворотній результат в правовому регулюванні у випадку прийняття вказаного Проекту закону — недовіра положень Кримінального кодексу України.

Діяння, які пропонується віднести до кримінальних проступків не узгоджується із підставами криміналізації, а питання дотримання вказаних правових заборон залежить більше від дієвості засобів правового впливу, а ніж від виду засобу правового впливу (адміністративний чи кримінальний).

МАКАРЕНКО А. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук

ДИФЕРЕНЦІАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ВЧИНЕННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

В арсеналі кримінального закону існує певна кількість заходів, що можуть бути застосовані за вчинення кримінальних правопорушень. Тому постулат, що вчинення злочину тягне застосування покарання, не в повній мірі відображає реальну дійсність, так як за вчинення злочинів може бути призначене не лише покарання і не завжди покарання. Крім цього, динаміка кримінального права, що пов'язана з оперуванням поняттям «кримінальне правопорушення», вимагає нормативного розширення кола заходів кримінально-правового характеру, що забезпечить адекватність кримінальної заборони.

Ми притримуємося позиції, що відповідальність за кримінально карані діяння необхідно реалізовувати у формі таких заходів впливу, як покарання за вчинення злочинів, яке має тягти за собою судимість, та стягнення за вчинення кримінальних проступків без наслідку у вигляді судимості. Такі наслідки вчинення кримінальних правопорушень повинні мати структурований характер та перебувати у системному зв'язку

з класифікацією правопорушень на проступки і злочини і категоризацією самих злочинів на злочини невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі. При цьому, зберігаючи категорію злочинів невеликої тяжкості, для підкреслення відмежування їхнього ступеня суспільної небезпеки від ступеня суспільної небезпеки кримінального проступку, за вчинення злочинів невеликої тяжкості може бути призначене покарання у вигляді обмеження або позбавлення волі строком до двох років або більш м'який вид покарання, передбачений у системі покарань, яка може бути застосована лише за вчинення злочинів.

Вирішення питань категоризації кримінальних правопорушень, а також внесення змін до суміжних інститутів, що направлено на забезпечення системності кримінального права, матиме наслідком оптимізування кримінально-правового регулювання, елімінацію розсудового елементу, недопущення колізійності кримінально-правової матерії та усталення нової парадигми криміналізації суспільства у рамках вже існуючої кримінально-правової традиції.

За своєю природою кримінальний проступок є кримінальним правопорушенням пониженого ступеня суспільної небезпеки у порівнянні зі злочинами невеликої тяжкості. Їх вчинення своїм наслідком має порушення прав та інтересів людини та громадянина, юридичної особи тощо. У такому випадку є доцільним вести мову про відновлення таких порушених прав. Як видається, така ревіталізація об'єкту кримінально-правової охорони повинна здійснюватися саме в передбаченому кримінальним законом порядку. А тому закономірним є віднайдення мір кримінально-правового характеру (на нашу думку, такою мірою повинні стати стягнення), яке буде володіти ретрибутивним характером. Тим більше це кореспондуватиме із законодавчо взятим курсом на гуманізацію кримінальної відповідальності, що втілюється у переорієнтації правотворчої та правозастосовчої дійсності на застосування альтернативних компенсаційних видів покарання (штраф, виправні роботи тощо). Саме такою мірою повинен стати обов'язок відшкодування завданого збитку або усуненням заподіяної шкоди, який, як умова застосування деяких інститутів (звільнення від кримінальної відповідальності, призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання), не є зовсім новим для вітчизняної доктрини, законодавства і практики.

Система заходів реагування на вчинення кримінального проступку може бути різною. Вирішення питання караності цього виду кримінального правопорушення залежить, по-перше, як від класифікації як кримінальних правопорушень у цілому, так і категоризації самих злочинів, а звідси, по-друге, від того, чи буде у класифікації самих злочинів збережені злочини невеликої тяжкості. Кримінальний проступок як вид кримінального правопорушення володіє пониженим ступенем суспільної небезпеки. Такий матеріальний критерій повинен

бути екстрапольований на формальну ознаку. При цьому доцільно говорити не лише про менші розміри (строки) покарання, а й про інші кримінально-правові міри, що максимально чітко будуть виокремлювати кримінальний проступок від злочину, та забезпечуватиме збереження категоризації злочинів залежно від ступеня тяжкості, проведеної у кримінальному законі. Хоча сама ст. 12 Кримінального кодексу України з введенням кримінального проступку, повинна зазнати змін.

Таким чином, стабільність і жорсткість загальнокримінальної заборони поряд з гуманізацією і диверсифікацією відповідальності за кримінальні проступки визначає майбутнє розвитку системи і галузі (Туляков В. А. Будущее уголовного права и уголовное право будущего / В. А. Туляков // Теоретичні та практичні проблеми забезпечення сталого розвитку державності та права: матер. Міжнар.наук. конф. (Одеса, 30 листопада 2012 р.) Т. 2 / відп. за випуск д. ю. н., проф. В. М. Дрьомін; Націон. ун-т «Одеська юридична академія». — Одеса: Фенікс, 2012. — с. 165). Підсистеми заходів кримінально-правового впливу, що будуть діаметральним відображенням концепції поділу кримінальних правопорушень на проступки і злочини зі збереженням класифікації злочинів, яка, у свою чергу, безпосередньо визначає види таких заходів, повинні сприяти забезпеченню системності кримінального права та оптимізації правозастосовчої практики. Передбачення багатокількісності заходів реагування на кримінальні девіації із закріпленням арсеналу кримінально-правових мір як щодо проступку, так і злочину, конкретизації таких мір на рівні закону сприятиме раціоналізації суддівського розсуду та недопущенню його зловживанням.

Звичайно імплантація певного концепту до усталеної кримінально-правової традиції вимагає значної наукової апробації. Однак, динамічність суспільних процесів, яка не може обходити стороною і законодавчі практики, у т. ч. кримінально-правові, ставить на новий щабель усвідомлене і своєчасне реагування на інтернаціоналізацію права, що зумовлює закономірну інтегративність вітчизняного кримінального законодавства. Як видається, ідея введення кримінального проступку до кримінального закону України є достатньо зрілою, що підтверджують наявні підстави її імплементації, що на даний час вимагає єдності доктринальної думки та її толерантності у негайному вирішенні вказаного завдання.

ПОЛІЩУК О. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук

КРИМІНАЛЬНІ ПРОСТУПКИ ТА ЗЛОЧИНИ У ФОКУСІ ІНСТИТУТУ ПРИМИРЕННЯ

Сучасний стан законодавства, що формує підвалини подальшого розвитку та підвищення ефективності системи кримінальної юстиції України, суміжні акти, що його уточнюють, а так само законопроекти та проекти концепцій у сфері кримінальної юстиції, вбачають в примиренні майбутнє кримінального судочинства. Зазначаючи, що примирення є двостороннім актом вільного волевиявлення потерпілого і правопорушника, тобто є проявом диспозитивності, то діюче законодавство може бути охарактеризовано як таке, що поширює приватно-правові засади кримінального права.

На підтримку цього висновку свідчать і положення КПК України, які розширюють можливість укладення угоди на сферу кримінальних проступків, злочинів невеликої та середньої тяжкості (наразі лише відповідно до ст. 46 КК України — злочини невеликої тяжкості та необережні злочини середньої тяжкості); та провадження у формі приватного обвинувачення. Ці слушні новели заслуговують на увагу. Саме зі вступом у силу КПК України, угода про примирення стала більш «могутньою» в аспекті саме кримінально-правових опцій та наслідків останньої. Мова йде про можливість узгодження при примиренні виду та розміру покарання, а також звільнення від відбування покарання з випробуванням (ч. 5 ст. 65; ч. 2 ст. 75 КК України).

Як вже зазначалося, факт примирення має форму угоди. КПК України 2012 року підтримав цю позицію, та уточнив особливості її укладення та процесуального оформлення. Крім того, наразі ВССУ розробляє проект постанови пленуму «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод», яка ймовірно найближчим часом буде прийнята. За тим проектом постанови пленуму ВССУ, з яким нам була нагода ознайомитися, ВССУ наразі не розмежовує та не виокремлює окремо особливості примирення щодо злочинів та проступків. Мова безпосередньо йде про примирення у разі вчинення злочинів, а також про специфіку примирення у справах приватного обвинувачення.

На підставі проаналізованих нами 22 справ щодо звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням за 2011–2012 рр., доступних для ознайомлення за відповідними пошуковими критеріями в Єдиному державному реєстрі судових рішень, зроблено такі висновки.

Суди в цілому намагаються встановлювати факт досягнення сторонами угоди про примирення, хоча б на підставі усних пояснень за відсутності вказівки на це у письмових клопотаннях. Втім, жодних посилань

у судових постановках на саме угоду про примирення не знайшлося. По двох справах з двадцяти двох, тобто майже в десяти відсотках випадків, суди звільняли осіб від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням осіб, хоча за матеріалами справи мало місце дієве каяття.

Крім того, з аналізу застосування ст. 46 КК України, складається враження, що дійсною підставою для звільнення від кримінальної відповідальності судами має бути саме згода потерпілого на таке звільнення суб'єкта злочину, надалі втілена у формі угоди. Аналогічного висновку з цього приводу свого часу дійшов і Сидоров Б. В. (Сидоров Б. В. Поведение потерпевших от преступления и уголовная ответственность : автореф. дис. д-ра юрид. наук : 12.00.08 / Б. В. Сидоров ; Казанский гос. ун-т. — Казань, 1998. — 50 с.). Разом з тим, проект постанови пленуму ВССУ має щодо цього дещо інший підхід.

З огляду на подальші доповнення КК України нормами ч. 5 ст. 65 та ч. 2 ст. 75, стає наочним, що і при призначенні покарання і звільненні від відбування покарання з випробуванням, саме потерпілий погоджується на примирення та узгоджує вид/розмір покарання або звільнення від відбування покарання з випробуванням. Слід очікувати, що із вступом в силу додаткових вимог щодо форми укладення угоди про примирення в кримінальному судочинстві, узагальненні судової практики, що знайде втілення у відповідній постанові пленуму ВССУ, похибок у застосуванні примирення стане менше.

Безпосередньо перелік справ приватного обвинувачення, закріплений КПК України, створює передумови для угляду в ньому як злочинів, так і потенційних кримінальних проступків. Одне з основних питань, що виникає в цьому аспекті наступне: чи можливе примирення у справах щодо двооб'єктних злочинів?

Серед злочинів, які вчинювали звільнені особи, за переглянутими нами кримінальними справами, переважають необережні злочини середньої тяжкості: частина 1 статті 286 КК України — 11 справ; стаття 128 КК України — 1 справа. Злочинів невеликої тяжкості менше, втім прослідковується більша варіативність складів: ч. 1 ст. 296 КК України — 5 справ, ч. 1 ст. 190 КК України — 2 справи; ст. 129—1 справа; ч. 2 ст. 125 КК України — 1 справа; ч. 1 ст. 272 КК України — 1 справа.

Таким чином, здебільшого, питома вага злочинів, за якими частіше відбувається примирення з наслідками, передбаченими ст. 46 КК України, це злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту; проти громадського порядку та моральності; проти здоров'я особи. Наразі більшість з них віднесені до категорії справ приватного обвинувачення і передбачають можливість укладення угоди про примирення з відповідними кримінально-правовими наслідками.

Окрім злочинів проти життя та здоров'я, в яких порушений дійсно приватний інтерес, у проаналізованих нами постановках, всі інші злочини зачіпають також інтерес публічний (інші право охоронювані

інтереси). На нашу думку, примирення у злочинах, що зачіпають додатково і публічний інтерес, має бути обмежено. Причиною цього, як уявляється, є нерозуміння правозастосовувачем сутності інституту примирення сторін, яке має відбуватися тільки в тих випадках, коли злочином зачіпається виключно приватний інтерес (Плиско Р. К. Освобождение от уголовной ответственности в связи с примирением с потерпевшим : автореф. дис.. на соискание науч. степени канд. юрид. наук : 12.00.08 / Р. К. Плиско ; Юрид. ин-т Дальневосточного гос. ун-та. — Владивосток, 2009. — 28 с.). Таким чином, вважаємо, що примирення має застосовуватися лише у тих випадках, коли шкода заподіяна приватній особі (фізичній або юридичній) за відсутності заподіяння шкоди додатковому правоохоронюваному об'єкту (як-от громадському порядку та моральності, безпеці руху та експлуатації транспорту тощо). Така позиція, до речі, підтримується і у згаданому раніше проекті постанови пленуму ВССУ.

МИРОШНИЧЕНКО Н. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук

ВІКОВА ОСУДНІСТЬ ЯК РІЗНОВИД ОСУДНОСТІ У КОНЦЕПЦІЇ «КРИМІНАЛЬНІ ПРОСТУПКИ»

У рамках виконання Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженої Президентом України у 2008 р., КМ України був затверджений «План заходів щодо реалізації Концепції реформування кримінальної юстиції України» від 27 серпня 2008 року, у якому встановлюється необхідність розробки нового Кодексу «Про кримінальні проступки», а також необхідність прийняття нового кримінально-процесуального законодавства. На підставі цього у Верховну Раду України було подано значна кількість проектів Законів про внесення певних змін у діючий Кримінальний кодекс України (далі — проекти), щодо запровадження кримінальних проступків (наприклад, № 3438 від 17.10.2013, 1202/П від 26.03.2013, 1202 від 08.01.2013, 4712 від 16.04.2014).

Окремі питання кримінального проступку досліджуються у працях таких науковців, як: В. І. Борисов, Д. О. Балобанова, Н. Л. Березовська, М. М. Дмитрук, І. П. Голосніченко, О. О. Кашкарова, Ю. Ю. Коломієц, В. М. Куц, Н. А. Мирошніченко, В. О. Навроцький, О. В. Острогляд, В. О. Туляков, П. Л. Фріс, М. І. Хавронюк та ін.

При розробці питань пов'язаних з введенням поняття «кримінальні проступки» окрему увагу необхідно приділяти суб'єкту правопорушення.

Відповідно до запропонованих законопроектів, які надані у ВР України, пропонується використовувати загальне поняття «суб'єкт правопорушення», який повинен мати три обов'язкові ознаки, а саме: осудність, фізична особа та досягнення певного віку з якого може наставати кримінальна відповідальність. Таке положення відповідає діючому законодавству. Проте, на нашу думку, поза увагою залишаються деякі питання щодо осудності неповнолітніх осіб.

Так діючий КК України, а також існуючі проекти КК України містять поняття осудності, а також обмеженої осудності. Відповідно до яких осудність — це здатність особи усвідомлювати та керувати своїми діями під час вчинення злочину (діючий КК України) або кримінального правопорушення (Проекти КК). Також у діючому КК України і у проектах виокремлюється різновид осудності, а саме обмежена осудність, сутність якої полягає у тому, що під час вчинення злочину (діючий КК) кримінального правопорушення (проекти КК), через наявний психічний розлад, особа не була здатна повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними.

У теорії кримінального права та у правозастосовчій практиці виникають певні труднощі з визначенням правових наслідків вчинення неповнолітньою особою суспільно небезпечного діяння, який в наслідок відставання у психічному розвитку, непов'язаного з психічними розладами не міг повною мірою усвідомлювати свої дії чи керувати ними. Деякі науковці пропонують визнавати таких неповнолітніх осіб обмежено осудними. Не можна погодитися з такою думку, оскільки у даному випадку відставання у психічному розвитку непов'язане з психічними розладами, що свідчить про відсутність обов'язково медичного критерію обмеженої осудності.

Оскільки діючий КК України не встановлює окремих правових наслідків для даної групи неповнолітніх, то судова практика йде по шляху визнання таких осіб повністю осудними, а факт відставання у психічному розвитку, яке не пов'язане з психічними розладами може бути враховане при призначенні покарання, але на власний розсуд суду, тобто може й не враховуватися, що є порушенням принципів кримінальної відповідальності, зокрема такого, як індивідуалізації кримінальної відповідальності. Не можна погодитись з такою практикою, оскільки таких неповнолітніх не можна визнавати повністю осудними, тому що під час вчинення злочину вони не були здатні повною мірою усвідомлювати свої дії або керувати ними, тобто є певні фактори, які зменшують здатність особи усвідомлювати свої дії під час вчинення злочину, але ці фактори не пов'язані з психічними розладами або захворюваннями, вони мають соціальне походження (наприклад, виховання без батьків у притулках, «виховання» на вулиці тощо).

З огляду на зазначене ми пропонуємо подолати прогалини у кримінальному законодавстві шляхом внесення певних доповнень у діючий

КК України і закріпити поряд з обмеженою осудністю також вікову осудність і чітко встановити правові наслідки встановлення такого різновиду осудності. Термін «вікова осудність» достатньо тривалий час використовується у кримінально-правовій доктрині і який охоплює зазначений стан неповнолітньої особи під час вчинення злочину. На доцільність закріплення такого різновиду осудності вказує анкетування, яке було проведено автором серед науковців, а також суддів, прокурорів, робітників міліції. За результатами анкетування 78 % опитуваних підтримують позицію щодо закріплення поняття та правових наслідків вікової осудності у КК України і лише 22 % виказали негативне ставлення до таких змін у Кримінальному кодексі.

Отже пропонується доповнити КК України нормою, такого змісту:
Стаття 20–1 «Вікова осудність»

«1. Підлягають кримінальній відповідальності неповнолітні особи, які досягли віку, встановленого у ч. 1 та 2 ст. 22 цього Кодексу, однак під час вчинення злочину не були здатні повною мірою усвідомлювати суспільну небезпеку чи фактичний характер свого діяння або керувати своїми діями (бездіяльністю) через наявність відставання у психічному розвитку, не пов'язаного з психічними захворюваннями або розладами.

У разі реалізації Концепції реформування кримінальної юстиції України затвердженої Президентом України і прийняття нового Кримінального Кодексу, який буде встановлювати поняття «кримінальні правопорушення» видами якого будуть злочин та кримінальні проступки, поняття та правові наслідки вікової осудності необхідно буде трансформувати у зазначений кодекс. Проте правові наслідки встановлення вікової осудності у осіб, які вчинили злочин та кримінальні проступки повинні відрізнятись.

КРАВЕЦЬ Л. К.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінального права

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОСТУПКУ ЗА ПРОЕКТАМИ ЗАКОНІВ ШОДО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Окреслена Концепцією реформування кримінальної юстиції України 2008 р. та впроваджена новим Кримінально-процесуальним кодексом України система поділу кримінальних правопорушень на злочини та проступки поставила як перед вітчизняними науковцями, так і перед українським законодавцем, складну задачу формування

інституту кримінальних проступків у вітчизняному кримінальному праві. Наслідком намагань реалізації такої задачі стали численні наукові дослідження та три проекти законів України щодо внесення змін до чинного законодавства, зокрема Кримінального кодексу України.

Ч. 1 Розділу II Концепції передбачено, що критеріями поділу кримінально карних діянь на злочини та проступки мають стати: ступінь небезпеки та правові наслідки кримінально караного діяння для особи, суспільства і держави; практика застосування кримінального та адміністративного законодавства; міжнародний досвід захисту людини, суспільства і держави від злочинів та проступків.

З врахуванням вимог Концепції, як і більшість науковців, так і народні депутати, якими було розроблено згадані законопроекти, дійшли висновку, що коло кримінальних проступків має бути сформоване з частини адміністративних правопорушень передбачених чинним КУПАП та частини злочинів, визначених діючим КК.

Поряд з цим окремої уваги потребує саме впровадження такого формування. Так, на думку Я. М. Кураша (Кураш Я. М. Окремі питання обґрунтування кримінально-правової відповідальності у світлі реформування кримінальної юстиції в Україні/ Я. М. Кураш// Проблеми законності. — 2009. — Вип. 101. — С. 154–164 С. 162) з врахуванням критеріїв характеру й ступеню суспільної небезпеки діяння і тяжкості суспільно небезпечних наслідків закон установлює покарання і саме ці критерії повинні бути вирішальними в поділі кримінальних правопорушень на злочини і кримінальні проступки. Аналізуючи зареєстровані на даний час законопроекти про внесення змін до чинного КК щодо впровадження інституту кримінального проступку, приходимо до висновку, що висловлена вище позиція поділяється й їх розробниками.

Так станом на грудень 2013 р. у Верховній Раді країни було зареєстровано: законопроект № 10126 (Проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо запровадження інституту кримінальних проступків» [Електронний ресурс]: — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42706), який було внесено на розгляд Верховної Ради VI скликання, однак було відкликано; законопроект № 1202 (Проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо введення інституту кримінальних проступків» [Електронний ресурс]: — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42733), який було внесено на розгляд Верховної Ради VII скликання, ще не було розглянуто, але вже рекомендовано комітетом з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності повернути на доопрацювання; та законопроект № 3438 (Проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо запровадження інституту кримінальних проступків» [Електронний ресурс]: — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42733).

gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=48706) якій, було зареєстровано 17.10.2013 надано для опрацювання комітетам.

Не заважаючи на не зовсім схвальні оцінки вказаних законопроектів, маємо їх розглянути оскільки, по-перше, їх зміст відображає напрямок сучасної законотворчості у площині розробки та впровадженні інституту кримінального проступку, а, по-друге, аналіз та зауваження до таких документів може стати корисним для подальшого процесу законотворчості. Так автори законопроекту № 10126 вирішили йти шляхом найменшого опору пропонуючи реформувати КК виходячи із вже визначеної ним у ст. 12 класифікації злочинів: законопроектом № 10126 запропоновано визнати кримінальним проступком діяння, за яке передбачене покарання у виді громадських робіт, або інше, більш м'яке покарання за винятком основного покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподаткованих мінімумів доходів громадян (тобто злочини невеликої тяжкості). Законопроекти № 1202 та № 3438 пропонують відносити до проступків лише частину злочинів невеликої тяжкості. Так автори законопроекту № 1202 окремо не вказуючи у визначенні кримінального проступку кола діянь, лише посилаючись на новостворений розділ який їх вміщує, у пояснювальній записці зазначають, що до цієї групи має бути віднесено окремі діяння, що за чинним КК України відносяться до злочинів невеликої тяжкості; законопроектом же № 3438 визначено, що кримінальним проступком має бути визнано діяння, за яке передбачене покарання у виді арешту на строк не більше шести місяців, обмеження волі на строк до двох років або інше, більш м'яке покарання за винятком основного покарання у виді штрафу в розмірі понад тисячу неоподаткованих мінімумів доходів громадян. Відтак, поряд із кримінальним проступком при такому поділі залишається частина злочинів невеликої тяжкості, які при залишеному в проєктах понятті малозначного злочину створюють певне нагромадження.

Крім цього також зазначимо, що таке відмежування не повністю відповідає встановленим вимогам Концепції, оскільки не враховує правові наслідки кримінально караного діяння для особи, суспільства і держави та практику застосування кримінального. Зокрема поза врахуванням залишаються злочини середньої тяжкості, які через незначну шкоду спричинену ними володіють незначним ступенем суспільної небезпеки, за вчинення яких засуджені на практиці звільняються судом від покарання та його відбування. Про необхідність віднесення таких злочинів до кола проступків зазначає, зокрема, Дмитрук М. М. (Дмитрук М. М. Категорія проступку у кримінально-правовій доктрині : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Михайло Михайлович Дмитрук. — Одеса, 2012. — 228 с.) Враховуючи зазначене приходимо до висновку, що наявні законодавчі розробки мають значно незрілий характер та потребують подальшого вдосконалення з врахуванням здобутків досліджень сучасних науковців.

МАЛОМУЖ С. І.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
здобувач кафедри кримінального права

ПОНЯТТЯ «МАЛОЗНАЧНІСТЬ ДІЯННЯ»: ДЕЯКІ ТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ

Згідно із ч. 2 ст. 11 КК України, не є злочином діяння, яке хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого КК України, але через малозначність не становить суспільної небезпеки тобто не заподіяло і не могло заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі.

Вважається, що за змістом положення ч. 2 ст. 11 КК України є проявом поняття «відсутність складу кримінального правопорушення». У зв'язку із чим, поняття «малозначність діяння» потребує додаткового дослідження.

Вказаний взаємозв'язок обумовлений тим, що відсутність суспільно небезпечних наслідків у матеріальних складах кримінальних правопорушень свідчить про відсутність складу кримінального правопорушення, через відсутність його об'єктивної сторони. У випадку, якщо ступінь суспільної небезпеки у формальному складі кримінального правопорушення є недостатньою, вважаємо, що в даному випадку є відсутньою така ознака діяння як «суспільна небезпечність», що свідчить про відсутність складу кримінального правопорушення.

Вказана подібність цих понять викликає необхідність переглянути доцільності існування поняття «малозначність діяння». Для розгляду вказаного твердження проаналізуємо погляди деяких вчених щодо поняття та значення малозначності діяння в теорії кримінального права.

Аналіз позицій вчених викладених в науково-практичних коментарях до КК України, свідчить, що поняття «малозначність діяння» та «відсутність складу кримінального правопорушення» ототожнюються.

Н. Д. Дурманов вважає, що злочини до яких застосовується положення про малозначність діяння після застосування заходів адміністративного, дисциплінарного або громадського стягнення нічим не відрізняються від однойменних правопорушень, а положення про малозначність діяння на його думку сприяє розмежуванню інших видів правопорушення від злочинів (Дурманов Н. Д. Понятие преступления (отв. ред. проф. д. ю. н. М. Д. Шаргородский). — М.: Изд-во Академии наук СССР, — 1948. — 273, 288, 306 с.). Тобто значення положення про малозначність діяння, із погляду цього вченого, полягає саме у розмежуванні злочину із іншими видами правопорушень.

М. І. Ковальов вказував, що коли застосовується положення «про малозначність діяння», то річ йде про відсутність складу злочину в дія винуватої особи. Відсутність же складу злочину вказує на відсутність

того ступеня суспільної небезпеки діяння, який притаманний злочинам та свідчить про відсутність підстав для притягнення до кримінальної відповідальності (Ковалев М. И. Понятие преступления в советском уголовном праве / Ковалев М. И. — Свердловск : Изд-во Урал. ун-та, 1987. — 135—136 с.).

А. П. Козлов зазначає, що перш за все із визначення малозначності діяння складається дивна ситуація: діяння формально містить всі ознаки злочину вказані в кримінальному законі, проте злочином не є. Тоді ж чим воно є — цивільним правопорушенням, адміністративним проступком, дисциплінарним проступком, аморальним проступком або кримінальний закон створив монстра, який не підлягає класифікації? Законодавець, визначивши діяння таким, що формально містить ознаки злочину, тим не менше зазначає про відсутність злочину (Козлов А. П. Понятие преступления / А. П. Козлов. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. — 766—771 с.).

Із вищевказаних позицій вчених можна зробити висновок, що вчинене діяння або містить склад кримінального правопорушення, оскільки існують всі елементи складу кримінального правопорушення або не містить його через відсутність одного із елементів складу кримінального правопорушення у зв'язку із відсутністю суспільної небезпечності як обов'язкової ознаки «діяння». В останньому випадку, відсутність суспільної небезпечності діяння свідчить про відсутність об'єктивної сторони та відповідно відсутність складу кримінального правопорушення в цілому.

Н. А. Мірошніченко обґрунтовано зазначає, що малозначність діяння є підставою для невизнання діяння злочином, тому залишення вказане поняття у новому Кримінальному кодексі України, у зв'язку із реформуванням кримінального та кримінально-процесуального законодавства, навряд чи є доцільним. Вона справедливо вказує, що у випадку, якщо діяння не є злочином, очевидно воно є іншим видом правопорушення (Мірошніченко Н. А. Уголовные правонарушения и малозначительность деяния // Актуальні проблеми держави та права. — Вип. 65 / редкол. : С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін. ; відп. за вип. В. М. Дрьомін. — О. : Юрид. л-ра, 2012. — С. 549—553.).

Отже, викладене вище свідчить про те, що поняття «відсутність складу кримінального правопорушення» та «малозначність діяння» в науковій літературі у багатьох випадках ототожнюють. Вважаємо, що поняття «малозначність діяння» та поняття «відсутності складу кримінального правопорушення» не є тотожними, оскільки при відсутності складу кримінального правопорушення у матеріальних складах кримінальних правопорушень відсутнім є наслідок як ознака об'єктивної сторони тобто вказані поняття є взаємовиключними. Проте поняття «відсутність складу кримінального правопорушення» та «малозначність діяння» для формальних складів кримінальних правопорушень є тотожними.

Вважаємо, що у випадку заміни поняття «злочин» на поняття «кримінальне правопорушення» та запровадження його поділу на такі види як кримінальні проступки та злочини, збереження положення про малозначність діяння передбаченого ч. 2 ст. 11 КК України є зайвим.

БУХТИЯРОВА Е. С.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
аспирант кафедры уголовного права

АКСИОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ПРЕСТУПЛЕНИЯ: НЕОТЕОЛОГИЧЕСКИЙ ВЗГЛЯД

Несмотря на наличие огромного количества источников информации по проблемам преступления и наказания (научные труды, сеть интернет, СМИ) в обществе всё чаще возникают вопросы: «Что является причиной преступления?», «Где преступность берёт своё начало?», «Почему один человек становится преступником, а другой нет?», «Чего недостаёт обществу для искоренения преступлений?», ответы на которые ищут учёные уголовно-правовой сферы. И пока пытливый ум теоретиков на основании имеющихся концепций, парадигм и теорий происхождения преступности стремится найти наиболее адекватные ответы, зло продолжает расти, всё стремительнее и стремительнее заманивая в свои сети представителей рода человеческого.

Происходит это не без участия отечественных и зарубежных СМИ, начавших глобальную войну против добра. Их систематическая интервенция с целью манипулирования сознанием людей, внедрение ущербных поведенческих программ в психику каждого человека (а через индивида в группы и массы); воспевание культа насилия, бездуховности и лицемерия (Аликперов Х. О постижимости сущности преступления средствами научного познания, 2013 Режим доступа:<http://crimpravo.ru/blog/3087.html>); формирование «героического» облика преступника и «трендирование» низменных, извращённых качеств человеческой натуры подсознательно возбуждают в человеке правовой нигилизм, агрессию и, как результат, рост преступности.

Современная действительность характеризуется духовно-нравственным кризисом, приведшим к инверсии базовых ценностей. Преступление как нарушение социального порядка, является результатом личного отхода человека от общественной морали, нравственности и правовой культуры. Сейчас необходимо нечто, что возродит духовность общества, вернёт нравственные идеалы, направит человека в область созидания, предотвратит беззаконие.

Разработчики уголовно-правовой доктрины в процессе исследования онтологии преступления обращались к различным сферам: биологической, социальной, теологической, психологической и пр. В результате возникли теории и направления, по-своему определяющие причины преступного поведения: классическая, антропологическая, социологическая, психологическая и др., а синтез идей данных теорий получил отражение в действующем уголовном законе Украины. Но поскольку каждая научная дисциплина «всегда является изменяющейся системой взглядов, теорий, гипотез и утверждений, проблем и вопросов, на которые учёные ищут ответы, нередко опровергая то, что еще недавно признавалось безусловным» (Шепаньский Я. Элементарные понятия социологии. 1969), видится целесообразным предложить к рассмотрению неотеологическую теорию, способную произвести аксиологический анализ преступления, познать его внутреннюю природу вне уголовного закона и дать ответы на интересующие общество вопросы.

Согласно неотеологической теории преступление является выражением греховной природы человека. Православие, положенное в основу данной теории, определяет грех как болезнь человеческой души. Слово «грех» (русская интерпретация греческого слова «hamartia») буквально означает «промах», «попадание мимо цели». Человек, совершая грех, «переступает» Божественный закон, отрицает свою божественную природу (образ и подобие Божие), выбирает сторону зла. Но в силу того, что Бог является Всемиловитым и Вселюбящим, Он как «Врач душ и телес» оказывает помощь человеку в излечении от греха.

Более полно данный процесс изложен в концепции Ф. Достоевского, который в своих произведениях очень точно отобразил путь исправления преступника: от осознания своей вины к покаянию, через страдания к прощению. Вместе с Ф. Достоевским другие представители русской правовой мысли и нравственной философии: Н. Алексеев, Н. Бердяев, С. Булгаков, И. Ильин, А. Кони, А. Лосев, П. Новгородцев, Л. Петражицкий, А. Солженицын, В. Соловьёв, Л. Толстой, Б. Чичерин в своих размышлениях обращаются в первую очередь к Евангелию, как к безапелляционному носителю истины, источнику нравственного императива.

Неотеологическая теория строится на библейском понимании происхождения права, а синтез евангельских заповедей служит основой метаправа, предложенного в рамках данной теории в качестве базиса не только культурных детерминант, но и позитивного права, в том числе уголовного закона Украины.

Так, согласно неотеологической теории, предполагается, что право должно содержать в себе некий минимум нравственных норм и принципов, заложенных Богом в человеческую природу и потому понятных всем. Светский закон должен основываться на этих принципах

и нормах, но главная его задача не в том, «чтоб лежащий во зле мир превратился в Царствие Божие, а в том, чтобы он не превратился в ад». (Соловьёв В. Оправдание добра. Нравственная философия. 1988, 454 с.) Так, уголовный закон, охраняющий наиболее значимые сферы общественных отношений, ценности и блага, должен строиться на нравственности, а процесс возведения отдельного деяния в разряд преступного должен основываться на правовом нравственном принципе, вытекающем из естественного права. В таком случае нравственность служит неким абсолютным началом, которое носит универсальный характер и не претерпевает культурно-исторические изменения, а уголовный закон, в свою очередь, служит формой выражения нравственности.

ГАЛУШКО Б. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри кримінального права

ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ЗЛОЧИНУ ТА КРИМІНАЛЬНОГО ПРОСТУПКУ В КОНТЕКСТІ ДІЮЧОГО КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Визначення злочину і зв'язані з ним поняття в кримінальному законі є універсальною і фундаментальною категорією: вони лежать в основі змісту всіх кримінально-правових норм і інститутів як Загальної, так і Особливої частини КК і дозволяє відмежувати злочин від інших правопорушень. Саме тому проблема визначення поняття злочину належить до числа найбільш складних і проблематичних як у теорії кримінального права, так і в практиці його реалізації. Тому зрозуміла і виправдана та увага, що приділяється розробці загального вчення про злочин в його різноманітних аспектах як у роботах видатних учених минулого, так і в роботах широко відомих в Україні, інших державах СНД, країнах далекого зарубіжжя вчених ХХ ст.: Кістяківського О. Ф., Сергієвського Н. Д., Спасовича В. Д., Таганцева М. С., Дурманова М. Д., Піонтковського А. А., Бажанова М. І., Бурчака Ф. Г., Коржанського М. Й., Навроцького В. О., Сташиса В. В., Тація В. Я.

Поняття злочину, як і поняття можливого наслідку для особи, що вчинила його, — покарання є наріжним, визначальним поняттям кримінального права. Визначення поняття злочину дається як у законодавстві, так і в теорії кримінального права.

Метою дослідження є визначення поняття злочину в кримінальному праві України та його відмежування від зв'язаних з ним поняттями.

Стаття 11 Кримінального кодексу України встановлює: «Злочин є передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне, винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину».

Злочин — категорія не тільки правова, а й соціальна. Вона відображає негативну оцінку особи та її поведінки з боку суспільства, яка базується на: правовій оцінці поведінки та особи, яка дається обвинувальним вироком суду; осудом особи та її поведінки, яка формується в індивідуальній та груповій правосвідомості.

Із прийняттям нового кримінально-процесуального кодексу України постало питання — як запровадити в національне кримінальне законодавство інститут кримінального проступку, що вимагає у першу чергу визначення його місця в правовій системі України.

У новому КПК України передбачено два види кримінального правопорушення — злочин та кримінальний проступок, а в чинному КК єдиним кримінальним правопорушенням є злочин. Існування в межах правової системи такої колізії в принципі неприпустиме, тому Прикінцеві положення нового КПК передбачають прийняття відповідного закону про кримінальні проступки.

Слід зазначити, що це питання, яке на перший погляд не належить до найскладніших, тим не менш викликає суперечки в наукових колах. Без його вирішення неможливо конструювання нормативного акту, який визначатиме основні характеристики цього інституту, його місце в системі правової боротьби із правопорушеннями.

Кримінально-правова теорія передбачає, у першу чергу, розробку проблеми на доктринальному рівні, у наступному — концептуальному і лише після цього — законодавчому рівнях. У нашому випадку запровадження інституту кримінального проступку на законодавчому рівні, а вже потім під нього необхідно підганяти теоретичну базу, і це при тому, що вітчизняна кримінально-теоретична думка вже тривалий час розробляє цю проблему. Закони, що запровадили цей інститут не відповідають на спірні питання про те, що лежить в основі поділу правопорушень на проступки та злочини. Основа для їх диференціації перебуває у сфері матеріальної ознаки цих діянь. Злочини являють собою суспільно небезпечні діяння, тоді як кримінальні проступки такими визнати не можна. Вони характеризуються меншим ступенем суспільної небезпеки, але відмінність не зафіксована у законах. Зараз не можна категорично стверджувати, які конкретно діяння слід віднести до кримінальних проступків. Для того, щоб визначити їх коло, необхідно здійснити відповідні дослідження, тобто визначити межу, що відокремлює злочин від кримінального проступку, а вже після того і здійснювати структурування карних правопорушень на злочини і проступки.

Один із варіантів проекту про кримінальні проступки поділяє кримінальні правопорушення на злочини та кримінальні проступки, автори цього проекту залишають класифікацію злочинів (ст. 12 КК)

незмінною, але в Особливій частині КК України передбачають книгу 1 «Про злочини» та книгу 2 «Про кримінальні проступки». Крім того, зазначають, що не є кримінальним правопорушенням дія або бездіяльність, яка формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого Кримінальним кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі.

Другий варіант проекту про кримінальні проступки також поділяє кримінальні правопорушення на злочини та кримінальні проступки в залежності від ступеня їх тяжкості (ст. 11–1 КК). Автори цього варіанта пропонують доповнити КК ст. 11–2, де визначити поняття кримінального проступку, а саме «кримінальним проступком є діяння, за яке передбачено покарання у виді громадських робіт або інше, більш м'яке покарання за винятком основного покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподаткованих мінімумів доходів громадян».

Категорія кримінального проступку не увійде в класифікацію злочинів замість злочинів невеликої тяжкості, вона буде обмежуватися типовою санкцією, що відповідає його суспільній небезпеці, також буде виключено такий правовий наслідок як судимість, характерний для злочинів.

Категорія кримінального проступку, закріплена в Загальній частині КК, буде мати відношення практично до всіх розділів Особливої частини КК, однак необхідно буде привести у відповідність із запропонованою класифікацією санкції статей Особливої частини.

Кримінальний проступок, вчинений вперше, буде давати можливість суду застосувати інститут звільнення від кримінальної відповідальності, повторно вчинений кримінальний проступок, відповідно, буде виключати можливість застосування цього інституту. Призначене за кримінальний проступок покарання не породжує судимості.

Кримінальним проступком можна визначити діяння, що має понижений ступінь суспільної небезпеки, за яке може бути призначене покарання не позбавлене з позбавленням і обмеженням волі, і яке не тягне за собою судимості.

Викладене свідчить про необхідність узагальнення і глибокого аналізу теоретичного та практичного матеріалу, оцінки окремих тенденцій і обґрунтування в подальшому проблем, пов'язаних з визначенням поняття злочину та його відмежування від кримінального проступку.

Підсумовуючи все сказане, можна дійти висновку, що питання про визначення поняття злочину необхідно вирішувати в контексті діючого Кримінального кодексу України, а саме в Загальній частині КК внести відповідні зміни і визначити види кримінальних правопорушень (злочин та кримінальний проступок) з врахуванням положень Нового Кримінально-процесуального кодексу.

Підрозділ 9.3

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ПРИМУС: ПИТАННЯ ПРАВА РЕАЛІЗАЦІЇ

КОЗАЧЕНКО О. В.

Відокремлений структурний підрозділ «Миколаївський інститут права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін,
доктор юридичних наук, професор

КУЛЬТУРО-АНТРОПОЛОГІЧНИЙ ВИМІР СИСТЕМИ ЗАХОДІВ КРИМІНАЛЬНО- ПРАВОВОГО ХАРАКТЕРУ

Кримінально-правові заходи, передбачені діючим Кримінальним кодексом України, і такі, що передбачені іншими нормативно-правовими актами, але мають кримінально-правову природу, утворюють багатокількісну (в сучасних умовах розвитку кримінального права може йти мова про п'ять напрямків або «колій»: покарання, безпека, реституція, забезпечення та заохочення) систему заходів кримінально-правового впливу, до якої можуть бути включені: система покарання і судимість, система інших заходів (позбавлених ознак кари) як примусових: примусові заходи медичного характеру, примусові заходи виховного характеру, примусове лікування; спеціальні кримінально-правові заходи, реституційно-компенсаційні кримінально-правові заходи, заходи забезпечення; превентивний та профілактичний нагляд, так і позбавлених ознак державного примусу: заходи реабілітаційно-заохочувального впливу.

Культуро-антропологічний підхід до аналізу покарання поряд із нормативно-доктринальним підходом до його визначення, який орієнтує на дослідження змістовних характеристик покарання у їх статичному стані, та поглядом на кримінальне покарання у його соціологічному значенні, який дає можливість акцентувати увагу на динамічному процесі впливу на осередки соціальної структури, акцентує увагу на відповідності покарання цивілізаційному розвитку суспільства із визнанням людини, її прав та фундаментальних свобод як єдиної міри оцінки ефективності покарання.

Примусові заходи медичного характеру являють собою примусовий вплив на особу, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, передбачене Особливою частиною КК України, у стані неосудності, обмеженої

осудності, та особу, яка вчинила злочин у стані осудності, але захворіла на психічну хворобу до постановлення вироку або під час відбування покарання, який здійснюється у формі надання психіатричної допомоги амбулаторно або поміщення особи до психіатричної установи виключно за рішенням суду, винесеного на дискреційних засадах. З позиції культуро-антропологічного виміру це є актом гуманного відношення до особи з відмовою від застосування кримінального покарання та лікування особи за рахунок держави.

Примусові заходи виховного характеру, в культуро-антропологічному вимірі, являють собою застосовувані на альтернативних засадах примусові прийоми і способи впливу, що призначаються судом особі, яка не досягла повноліття, з метою здійснення її юридичного перевиховання й попередження можливості вчинення злочинного діяння у майбутньому. Уявляється, що застосування примусових заходів виховного характеру до осіб, які вчинили суспільно небезпечне діяння у віці від одинадцяти років до досягнення віку кримінальної відповідальності, не повинно мати кримінально-правового характеру і тому відповідні заходи підлягають виключенню із системи заходів кримінально-правового впливу.

Примусове лікування є особливим видом додаткового кримінально-правового заходу примусового характеру, який застосовується судом на дискреційних засадах до особи, що вчинила злочин або об'єктивно неправомірне діяння і має хворобу, яка становить небезпеку для інших осіб, шляхом надання медичної допомоги, необхідної і достатньої в конкретних умовах, що є актом гуманного ставлення як до особи, яка вчинила злочин, так і до інших осіб, захист інтересів яких є завданням кримінального закону.

Спеціальними кримінально-правовими заходами слід визнавати окремі прийоми і способи здійснення кримінально-правового впливу, які застосовуються судом як разом, так і окремо від покарання, до особи, що вчинила злочин або об'єктивно неправомірне діяння з метою попередження можливості вчинення діяння у майбутньому.

Під реституційно-компенсаційними кримінально-правовими заходами слід розуміти примусові заходи індивідуального характеру, які застосовуються в судовому порядку з метою усунення заподіяної шкоди, відшкодування завданих збитків або відновлення порушених прав, тобто подолання тих суспільно небезпечних наслідків, які утворилися в результаті вчинення злочинного або об'єктивно неправомірного діяння.

Кримінально-правові заходи забезпечення, до яких, наприклад, відносяться такі прийоми та способи кримінально-правового впливу, що застосовуються у зв'язку із здійсненням екстрадиції, орієнтуються на забезпечення реалізації основних принципів кримінального права, зокрема таких як невідворотність здійснення кримінально-правового впливу, економія правових репресій та інші.

Кримінально-правові заходи з превентивно-профілактичним змістом являють собою різновид соціально-профілактичної примусової діяльності, яка має індивідуальний характер і здійснюється щодо осіб, які відбули покарання до зняття або погашення судимості, з метою попередження вчинення вказаними особами злочинів.

Реабілітаційно-заохочувальні заходи являють собою систему прийомів і способів впливу на поведінку особи, яка вчинила злочин, з метою спонукання особи до соціально-позитивної поведінки шляхом пом'якшення або відмови від застосування примусового кримінально-правового впливу. Реабілітаційно-заохочувальний вплив здійснюється у разі застосування, зокрема, інституту звільнення від кримінальної відповідальності, інституту добровільної відмови при незакінченій злочинній діяльності, амністії та помилування, інституту звільнення від кримінального покарання і його відбування та інші. З метою розширення заохочувальної складової спеціально-превентивної функції представляється доцільним нормативно закріпити необхідність звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які відмовилися від доведення злочину до кінця, навіть за умови, що у фактично вчиненому містяться ознаки іншого злочину, ніж той, від вчинення якого відмовилася особа.

Таким чином, перспективи розвитку сучасного кримінально-права пов'язані з формуванням підґрунтя для визнання кримінально-правових заходів як узгодженої системи прийомів і способів здійснення кримінально-правового впливу, необхідного і достатнього в умовах забезпечення балансу інтересів людини, суспільства і держави, які функціонують в умовах «багатоколіїності», здатної забезпечити необхідний і достатній вплив на кримінальні практики.

ФЕДОРОВ В. Н.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
доцент кафедры уголовного права, кандидат юридических наук, доцент

«ТРАВМАТИКА» КАК СРЕДСТВО САМООБОРОНЫ

В настоящее время в Верховной Раде Украины находится законопроект «О разрешительной системе в сфере обращения со специально определенными видами оружия, боевых припасов к ним, средств индивидуальной защиты и активной обороны, взрывчатыми материалами промышленного назначения».

Среди многих вопросов, поднятых в этом законопроекте, наиболее острые споры возникают по поводу прав физических лиц (граждан) на определенные объекты разрешительной системы. Так, в статье седьмой

предусмотрено, что граждане Украины, достигшие 18 летнего возраста, имеют право владеть следующими объектами разрешительной системы:

- огнестрельное оружие (охотничье гладкоствольное) и боевые припасы к нему;
- холодное оружие (сабли, мечи, кинжалы, охотничьи ножи), и такое экзотическое и в то же время опасное оружие как арбалеты;
- пневматическое оружие калибра свыше 4,5 миллиметра и скорость полета пули свыше 100 метров в секунду;
- газовое оружие (пистолеты и револьверы и патроны к ним, заряженные веществами слезоточивого и раздражительного действия);
- пистолеты и револьверы, стреляющие резиновыми и аналогичными по своим свойствам патронами.

Кроме того, лица, достигшие 21 летнего возраста, будут иметь право владеть охотничьим нарезным оружием, которое по своим свойствам по сути дела является боевым.

Все эти перечисленные в законопроекте предметы относятся к средствам индивидуальной защиты и активной обороны. Получить право на их приобретение можно через органы разрешительной системы МВД. Набор документов, необходимых для этого, традиционный: медицинская справка, сведения об отсутствии судимости. Кроме того. Необходимо прослушать краткий курс бесед о изучении материальной части оружия, правил обращения с ним и порядка применения.

Хотя данный законопроект значительно расширяет перечень средств самообороны, наиболее острые дискуссии развернулись в средствах массовой информации по поводу травматического оружия. Этот документ относит его к оружию не смертельного действия. Но это не совсем так. При стрельбе с близкого расстояния с этого оружия производится выстрел, пробивающий насквозь человеческий череп.

Некоторое время назад «травматику» было разрешено приобретать узкому кругу субъектов: работникам правоохранительных органов, журналистам и т. д. Но если судить более точно, то в обращении у граждан есть не менее пятисот тысяч единиц этого оружия, хотя по данным МВД разрешение на его приобретение получали чуть более 100 тысяч человек.

Невольно возникает вопрос, где же «добывали» граждане эти стволы? Вариантов незаконного приобретения травматики довольно много: её контрабандный ввоз, переделка из газовых и стартовых образцов, получение на его ношение при помощи поддельных документов и т. д. Но все эти каналы «вооружения» объединяет то, что какая-либо ответственность за незаконное приобретение этого оружия отсутствует. Поэтому его и приобретают без особой сложности так, на всякий случай. И случай этот, как правило, наступает. То кто-то на вас не так посмотрел, то что-то не то сказал, то чья-то машина не такая дорогая, как ваша, не правильно вас обогнала, или как говорят водители,

«подрезала». Хотя ни одного из перечисленных действий не является криминалом, а значит и не вызывает состояние необходимой обороны, в ход пускается травматика.

Только за истекший год по данным МВД было зарегистрировано около тысячи таких случаев. Печальную пальму первенства в этом «соревновании» завоевала Одесса. По меткому выражению некоторых центральных телевизионных каналов она стала больше напоминать не курортный город, а Чикаго 20-х годов прошлого столетия. Причем количество этих «стрелков» резко возросло именно летом этого года. Конечно же, что-то можно отнести на счет южного темперамента, что-то объяснить жаркой погодой и загазованным воздухом (Одесса по этому показателю уступает лишь Горловке). Но главная причина этого явления кроется в том, что у населения появилось большое количество не зарегистрированного травматического оружия.

Авторы данного законопроекта утверждают, что появление у населения на законных основаниях травматического оружия существенно улучшит его безопасность. Да, но если оно будет применяться только для защиты от преступлений, если оно будет использовано по правилам его применения (после предупреждения, с расстояния не менее 1,5 метров и только в «специально разрешенные» для этого части тела и т. д.). Но практика показывает, что эти правила не соблюдаются и существенные сдвиги в этом вопросе ожидать не следует.

В отличие от прошлых лет МВД Украины выступает за принятие данного законопроекта. Возможно оно уже не верит в собственные силы, ведь по данным некоторых социологических исследований этому ведомству доверяют, а значит и надеются на его помощь около одного процента населения. Но есть и другие объяснение: за последние годы в оружейный бизнес пришло большое количество бывших высокопоставленных «силовиков», которые заинтересованы в получении соответствующей прибыли.

Законопроект пока что остается только на бумаге. Но прежде, чем сказать «здравствуй оружию!», следует хорошенько подумать. Ведь не зря известный театральный деятель когда-то заметил, что если на сцене во время спектакля висит ружье, то оно в конце представления должно обязательно выстрелить. И как мы часто замечаем, оно звучит не всегда к стати.

БЕРЕЗОВСЬКА Н. Л.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук, доцент

ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ З УРАХУВАННЯМ НЕПОВНОЛІТТЯ ОСОБИ

Серед обставин, що пом'якшують покарання законодавець відносить таку як неповноліття особи (п. 3 ч. 1 ст. 66 КК України).

Примітним є те, що суди в основному дотримуються законодавчого припису. Так, наприклад, Ковельський міськрайонний суд Волинської області у вирозі суду від 04 квітня 2013 р. зазначив: «До обставин, що пом'якшують покарання неповнолітнього обвинуваченого, суд відносить вчинення ним злочину неповнолітнім...» (Архів Ковельського міськрайонного суду Волинської області від 04 квітня 2013 р. Справа № 159/1247/13-к. Провадження № 1-кп/159/69/13). Чи, як приклад, справа від 03 березня 2014 р., де Ровеньківський міський суд Луганської області зазначив: «Обставинами, які пом'якшують покарання неповнолітнього обвинуваченого відповідно до ст. 66 КК України, суд визнає: скоєння злочину у неповнолітньому віці...» (Архів Ровеньківського міського суду Луганської області від 03 березня 2014. Справа № 424/331/14-к). Або справа Троїцького районного суду Луганської області, де зазначено: «...враховуючи те, що обвинувачений ще не досяг повноліття...». (Архів Троїцького районного суду Луганської області. Справа № 433/995/13-к).

Закріпивши неповноліття як пом'якшуючу покарання обставину та виділивши особливості кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх в окремий розділ, повинен був повною мірою забезпечити і системну реалізацію застосування певних видів покарань до неповнолітніх засуджених (Березовська Н. Л. Покарання неповнолітніх і виправно-трудовий вплив: монографія / Н. Л. Березовська; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». — О.: Фенікс, 2011. — с. 147). Але, крім загальних висловів про врахування неповноліття особи, суди не можуть застосувати поблажливі строки застосовуючи санкцію статті, так як вона розрахована на повнолітніх осіб. Що можна було б виправити встановивши особливості призначення покарання з урахуванням неповноліття особи.

Серед усіх видів покарань, що застосовуються до неповнолітніх, близько 90 % складає позбавлення волі, хоча негативні ознаки такого покарання ставали неодноразово предметом розгляду в науці кримінального та кримінально-виконавчого права. З метою скорочення обсягів застосування до неповнолітніх засуджених в Україні покарання у виді позбавлення волі на певний строк в законодавчому порядку пропонується обмежити можливості застосування цього виду покарання

сферою тяжких, із застосуванням фізичного насильства до іншої особи, та особливо тяжких злочинів.

Основною причиною широкого застосування до неповнолітніх в Україні покарання у виді позбавлення волі на певний строк та низьких показників застосування покарань, альтернативних покаранню у виді позбавлення волі на певний строк, є недосконалість системи покарань неповнолітніх. Для вдосконалення системи покарань неповнолітніх в Україні необхідно вжити заходів, спрямованих на приведення системи покарань неповнолітніх у відповідність до принципів її побудови та розширення сфери застосування покарань, альтернативних покаранню у виді позбавлення волі на певний строк. Напрямами вдосконалення системи покарань неповнолітніх в Україні є: розширення можливостей та удосконалення застосування вже існуючих видів покарань, пов'язаних із виправно-трудовим впливом (громадські та виправні роботи); видозміна такого виду покарання як арешт та пов'язування процесу його відбування із застосуванням виправно-трудоного впливу; введення до системи покарань неповнолітніх такого виду покарання, пов'язаного із виправно-трудовим впливом як обмеження волі.

З метою вдосконалення системи покарань неповнолітніх в Україні пропонується: передбачити у чинному КК України можливість застосування до неповнолітніх засуджених покарань у виді громадських та виправних робіт із 14-річного віку, що в цілому узгоджується з міжнародно-правовими стандартами у сфері застосування покарань, праці неповнолітніх та пов'язування відбування покарань із виправно-трудовим впливом. Зазначені види покарань слід застосовувати до неповнолітніх за вчинення злочинів невеликої та середньої тяжкості; крім того, необхідно передбачити також можливість застосування покарання у виді громадських робіт не тільки як основного, але і як додаткового виду покарання — до виправних робіт та до штрафу. Перетворити арешт на покарання, пов'язане із виправно-трудовим впливом, застосовувати його з 14-річного віку та здійснити диференціацію строків відбування арешту, виділивши такі його види — короткостроковий арешт, арешт на вихідні, довгостроковий арешт.

Виходячи з обраного законодавцем напряму кримінальної політики, необхідно передбачити можливість застосування арешту на вихідні та короткострокового арешту при покаранні неповнолітніх злочинців, що вчинили злочини невеликої та середньої тяжкості, а довгострокового арешту — при покаранні неповнолітніх злочинців, що вчинили тяжкі злочини.

Передбачити у КК України можливість застосування до неповнолітніх засуджених за вчинення злочинів середньої тяжкості та тяжких злочинів покарання у виді обмеження волі з 14-річного віку.

Частина 1 ст. 98 КК України викласти у такій редакції:

«До неповнолітніх, визнаних винними у вчиненні злочинів, судом можуть бути застосовані такі основні види покарань:

- 1) штраф;
- 2) громадські роботи;
- 3) виправні роботи;
- 4) арешт;
- 5) обмеження волі;
- 6) позбавлення волі на певний строк».

Запропоновані зміни нададуть змогу судам призначати покарання не лише з посиланням на неповноліття особи, а й використати законодавчі приписи для врахування неповноліття як пом'якшуючої покарання обставини.

ГОРБАЧОВА І. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук, доцент

НАГЛЯД ЗА ОСОБАМИ, ЯКІ СТАНОВЛЯТЬ СУСПІЛЬНУ НЕБЕЗПЕКУ, ЯК КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ЗАХІД

Нагляд за особами, які становлять собою суспільну небезпеку, популярний кримінально-правовий захід, передбачений законодавством переважної більшості країн сучасності. Здебільшого, встановлення нагляду обумовлюється необхідністю здійснення контролю та нагляду за особами, що звільнилися з місць позбавлення волі або при умовно-достроковому звільненні, чи з випробуванням.

В кримінальному праві Франції, практичний інтерес представляє режим випробування, передбачений § 2 КК Франції. А саме, ст. 132–43 КК Франції встановлює, що засуджений має підпорядкуватися в період випробувального строку заходам контролю, виконувати певні обов'язки, спеціально на нього покладені, і має право користуватися заходами допомоги, які сприяють його соціальній реадaptaції. До заходів контролю французький законодавець відносить: явку засудженого за викликом судді з виконання покарання або соціального працівника; надання документів та відомостей, необхідних для здійснення такого контролю; обов'язок попередження засудженим про зміну свого місця роботи, місця проживання або про від'їзд; отримання спеціального дозволу суду з виконання покарання на будь-який від'їзд за кордон. На засуджену особу може бути покладено обов'язок виконання певних додаткових обмежень: здійснювати професійну діяльність або пройти курс навчання, професійної освіти, проживати в певному місці,

підпорядковуватися заходам медичного нагляду, лікування або догляду, підтверджувати свою участь в сімейних витратах або регулярно сплачувати аліменти, відшкодувати повністю або частково шкоду, спричинену злочинним діянням, підтвердити внесення до державної казни сум, які належить сплатити за виконання вироку, утримуватися від керування транспортними засобами деяких категорій, не займатися професійною діяльністю, при здійсненні якої або у зв'язку зі здійсненням якої було вчинено злочин, утримуватися від появи в певному місці, не укладати парі, не відвідувати місця продажу спиртних напоїв, не носити та не мати зброї, не спілкуватися із засудженими, утримуватися від будь-яких відносин з особами (потерпілими).

Встановлення нагляду, як заходу безпеки, в контексті кримінального законодавства ФРН розуміється як передача засудженого під нагляд відповідному органу, який зазвичай знаходиться в компетенції управління юстиції федеральних земель. Положення про встановлення нагляду в силу § 68 КК ФРН, законодавець відмежує від нагляду, що встановлюється за особою, якій була призначена відстрочка відбування заходів виправлення та безпеки, пов'язаних з ізоляцією від суспільства. Встановлення нагляду як заходу виправлення та безпеки можливе за умови вчинення особою суспільно небезпечного злочинного діяння, за яке законом спеціально передбачено встановлення такого нагляду; крім того, за це діяння призначається покарання у вигляді позбавлення волі на строк не менше 6 місяців й існує небезпека вчинення особою нових злочинних діянь у майбутньому. При призначенні нагляду за особою, суд має право у своєму рішенні встановити певні заборони, які за характером обмежень схожі з додатковими обмеженнями за французьким кримінальним правом. Нагляд триває мінімум два і максимум 5 років.

Встановлення нагляду за КК Італії передбачено як захід безпеки, який призначається тривалістю не менше ніж на 1 рік. При призначенні нагляду за особою суд також може обмежити її поведінку, встановивши правообмеження чи обов'язки, схожі з обмеженнями, які встановлюються при застосуванні аналогічного заходу безпеки за КК ФРН та Франції. Стаття 126 КК Республіки Сан-Марино надає суду можливість запропонувати різні види нагляду і накласти конкретні зобов'язання з метою перешкоджання появі можливості вчинення особою нового злочину й сприяти її залученню в громадське життя. Охоронний нагляд за КК Швейцарії застосовується для надання допомоги особі після її звільнення з місць позбавлення волі при облаштуванні в житті на волі, розміщенні та працевлаштуванні (ст. 47 КК Швейцарії); або при застосуванні умовного звільнення особи від покарання. Нагляд за § 57 КК Данії передбачається як умова відстрочки виконання вироку суду. КК Швеції визначає нагляд як кримінально-правовий засіб контролю за умовно звільненими особами.

Згідно зі ст. 73 КК Польщі встановлення нагляду є обов'язковим: щодо осіб молодого віку, які вчинили умисні злочини; осіб, які двічі вчинили умисний злочин за певних обставин, а також може встановлюватися щодо засудженого військовослужбовця (ст. 334 КК). При встановленні відстрочки покарання, суд може на період іспитового терміну передати засудженого під нагляд куратора або організації, до діяльності яких відноситься виховання, попередження деморалізації особи та надання їй допомоги.

Схожі обмежувальні заходи містяться і в законодавстві України: ст. 76 КК України та Законі України «Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі». Стаття 76 КК України передбачає встановлення судом певних обов'язків на особу, звільнену від відбування покарання з випробуванням. За своїм змістом та характером правових обмежень особи у свободі вибору місця проживання, свободі пересування такі заходи-обов'язки мають попереджувальне та стримувальне забарвлення, і за своєю сутністю схожі із заходами безпеки (КК Республіки Сан-Марино, Великобританії, США, ФРН, Італія, Іспанія, Швейцарії, Республіка Польща), та заходами соціально-судового нагляду (КК Франції) та ін. Схожими з означеними заходами нагляду є обов'язки та обмеження дій піднаглядних, щодо яких встановлюється адміністративний нагляд.

Обов'язки (заходи впливу), передбачені ст. 79 КК України і ст.ст. 9, 10 Закону є заходом державного впливу, якими особа суттєво обмежується в правах на вільне пересування, вибір місця проживання та перебування, і встановлюється з метою запобігання вчиненню нових злочинів окремими повнолітніми особами, звільненими з місць позбавлення волі, і здійснення виховного впливу на них. Тобто знову йде мова про профілактичну спрямованість цих заходів, в якості основної мети яких — не допустити вчинення злочину особою, що раніше вже скоювала злочинне діяння, та захист суспільства від такої особи, та обумовлені «суспільною небезпечністю такої особи», про що зазначено у ч. 2 ст. 6 цього закону.

ПОЛЯНСЬКИЙ Є. Ю.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук, доцент

ЧИ Є СЕНС В ПОДАЛЬШІЙ ФОРМАЛІЗАЦІЇ СИСТЕМИ ПРИЗНАЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПОКАРАНЬ В СУЧАСНИХ ПРАВОВИХ РЕАЛІЯХ?

У даний час кримінальне законодавство України є надзвичайно нестійким: зміни до Кримінального Кодексу вносяться по декілька разів на рік, при тому їхня переважна більшість стосуються саме кримінально-правових санкцій. Але ж конструктивні новації, які можуть складатися із квінтесенції досвіду застосування кримінально-правових норм та інститутів у закордонних державах нажаль залишаються поза увагою законодавчої влади України.

Система призначення покарань, діюча на засадах закріплених у Кримінальному кодексі України, нажаль, також не в змозі протистояти сучасним суспільно-політичним реаліям, які заважають обґрунтованому та справедливому застосуванню кримінальних покарань. Одним із чинників, що негативно впливає на обстановку в цієї сфері є надвисокий рівень корупції, в тому числі у гілці судової влади.

Досить сміливі думки були виказані у літературі стосовно реформування системи призначення покарань у вітчизняному кримінальному праві. Зокрема висловлювалися ідеї створення спеціалізованого органу судової влади за прикладом Федеральної комісії з призначення покарань США. Проте негативним наслідком переходу до такої моделі призначення кримінальних покарань безумовне стане надмірна формалізація процесу застосування кримінально-правових санкцій, що привнесе більше негативу, ніж раціональності. Але все ж таки, теорією та практикою американського права був здобутий величезний досвід у досліджуваній сфері, виважене використання якого спроможне якісно модифікувати окремі інститути вітчизняного кримінального права.

Системі призначення покарання, що склалася в діючому кримінальному законодавстві України, притаманний поміркований ступінь формалізації. По-перше, судова дискреція безумовно обмежена межами санкцій, які взагалі не можуть бути перевищені при призначенні покарання, крім випадків безпосередньо передбачених законом. По-друге, із внесенням до Кодексу змін та доповнень у квітні 2008 року, були встановлені окремі *правила* призначення покарань — ч. 2 ст. 68, та ст. 69—1. Крім того, формальні елементи в тексті закону містилися і раніше, зокрема це частини 2 ст. ст. 70 та 71 — в випадках призначення покарань за сукупністю злочинів та вироків.

Можна вважати, що питання співвідношення дискреційності та формалізму у перспективі є *найважливішою проблемою*, яка має бути

вирішена в процесі вдосконалення системи призначення кримінальних покарань. Спрямованість покарання на досягнення визначених цілей безпосередньо характеризує саму його сутність. Відповідно до ч. 2 ст. 50 Кримінального кодексу України, цілями покарання є саме кара за вчинення злочину, виправлення винного, а також попередження вчинення злочинів в майбутньому. Що стосується такої мети покарання як виправлення, то нажаль необхідно констатувати її суто декларативний характер, який не знаходить відображення у реальності. Види покарань, встановлені в ст. 51 Кримінального кодексу не можуть забезпечити необхідний реабілітаційний вплив на засудженого.

Кримінально-правова доктрина США вважає захист суспільства від потенційної небезпеки є однією із основних цілей кримінального покарання. Але ж у вітчизняному кримінальному праві ця ціль не знайшла свого відображення — чи є вона насправді актуальною?

Захист суспільства є відносним поняттям, яке може розумітися як досить широко, так і в вузькому сенсі. Широке розуміння заходів соціального захисту навіть припускає можливість застосування певних обмежень кримінально-правового характеру до осіб, які ще не скоїли злочин, але своєю антисоціальною поведінкою демонструють виникнення умислу. В узькому контексті йдеться лише про ізоляцію від суспільства небезпечних злочинців, які раніше неодноразово скоювали тяжкі насильницькі злочини.

Не можна не погодитися з концепцією співставлення вагомості об'єктів кримінально-правової охорони, покладеною в основу кримінально-правової доктрини США. Американське право вважає саме насильницькі злочини проти особи найбільш небезпечними, та найсуворіше караними. Це відповідає і конституційному декларуванню життя та здоров'я особи у якості найвищих соціальних цінностей у вітчизняному праві. Нажаль, кримінальне законодавство України *не спрямоване на захист цих цінностей*, а частіше обслуговує інші завдання, обумовлені політичною та соціально-економічною нестабільністю у державі.

За певних обставин мета захисту від небезпечних злочинців конкурує із принципом справедливості, тому ідеї забезпечення безпеки суспільства заходами кримінальної відповідальності завжди мають реалізовуватися в законодавстві максимально обачно.

Слід відзначити, що спрямування покарання в цьому напрямку дозволяє суттєво зменшити рівень насильницької рецидивної злочинності, що доведено дослідженнями судової статистики США. На нашу думку, на особливу увагу заслуговують зокрема *критерії, які враховуються при призначенні покарання*; додаткові заходи, які *реалізуються на стадії застосування кримінально-правових санкцій*, а також особливості *впливу на засудженого деяких видів кримінальних покарань*.

Так привертають до себе увагу загальні засади покарання, передбачені ст. 65 Кримінального кодексу України. В пунктах 1 та 2 першої частини цієї статті йдеться про призначення покарання у межах

кримінально-правових санкцій, з обов'язковим застосуванням положень Загальної частини Кодексу. Але положення, наведені далі у тексті, на нашу думку, не в повній мірі відображають критерії впливаючи зміст призначення покарань. Ступінь небезпеки вчиненого діяння, характеристика особи винного, наявність пом'якшуючих та обтяжуючих покарання обставин безперечно є визначальними для правильного застосування кримінально-правової санкції, немає жодної вказівки про те, як саме визначати ступінь небезпеки злочину, а також яким чином має оцінюватись попередня кримінальна активність винного. Невизначеність цих критеріїв сприяє проявам зловживання повноваженнями з боку суддів, надаючи їм можливість на свій розсуд оцінювати небезпеку особи злочинця, та її співвідношення із ступнем винності у вчиненні злочину.

Звертаючи увагу на досвід призначення кримінальних покарань в США, слід зауважити на ключовому значенні характеристики попередньої злочинної діяльності особи для визначення кримінального покарання. Саме цей фактор покладений у основи формалізації системи призначення покарання на федеральному рівні, а також посідає провідне місце у відповідних кримінально-правових системах штатів. На нашу думку, характеристика особи винного саме є тим критерієм, за яким було би доцільно провести *часткову формалізацію системи призначення покарання* у кримінальному праві України.

Кримінально-правова доктрина США розглядає факт наявності заступень за вчинення злочинів в минулому передусім з позицій посилення репресії, та обходить стороною питання про пом'якшення покарання у разі скоєння злочину уперше. Застосування такого подвійного стандарту, звичайно, не є виправданим.

На нашу думку, система призначення покарань у вітчизняному кримінальному праві здатна бути більш гнучкою, та забезпечувати відповідну реакцію як у напрямку посилення, так і пом'якшення покарання в залежності від попередньої кримінальної активності винного. При тому така диференціація відповідальності має здійснюватися в межах кримінально-правової санкції.

На наш погляд, у разі відсутності обставин, що підвищують суспільну небезпеку вчиненого злочину, покарання за вчинений вперше злочин має дорівнювати мінімального розміру, передбаченого санкцією. Суворіше покарання у межах санкції раціонально призначати лише у разі наявності обставин, передбачених законом у якості обтяжуючих покарання. З іншого боку, адекватною реакцією на вчинення рецидиву злочинної поведінки має бути призначення покарання на рівні максимальної межі санкції, яке може декілька знижено за умов наявності пом'якшуючих обставин. Таким чином, в кримінальне законодавство України може бути впроваджений досить простий механізм, який *забезпечить помірковану формалізацію призначення покарання за критерієм активності кримінальної поведінки особи.*

МАКАРЕНКО А. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук

ВИДИ ПЕНАЛІЗАЦІЇ ЗЛОЧИНІВ ЗАЛЕЖНО ВІД СУБ'ЄКТА ЇЇ ЗДІЙСНЕННЯ

У загальному вигляді видається, що пеналізація злочинів — це процес визначення караності діянь, передбачених Кримінальним кодексом України (далі — КК України). Однак, зрозумілим є те, що процес реалізації кримінальної заборони передбачає, з одного боку, закріплення потенційно тих мір реагування держави на девіантні прояви поведінкових актів, які можуть бути застосовані, а з іншого боку, — діяльність конкретну, що має місце при застосуванні тих заходів кримінально-правового характеру, що закріплені на теоретично-законодавчому рівні. У зв'язку з цим можливим є розгляд питання про виділення видів пеналізації злочинів у залежності від суб'єкта (рівня) її здійснення.

Власне термін «пеналізація» (від лат. *poena* — «покарання» і *action* — «дія») живається у науковому обігу і не є законодавчим. Це і зумовлює відсутність єдності у підходах до його визначення. На думку, зокрема, Ю. А. Пономаренка та ще деяких науковців, пеналізацією є визначення видів і розмірів покарань, що можуть бути застосовані за їх вчинення (Пономаренко Ю. А. Поняття пеналізації злочинів/ Ю. А. Пономаренко // Питання боротьби зі злочинністю. — 2009. — Вип. 17. — с. 75). Деякі вчені до цього ще й включають процес призначення покарання (Лопашенко Н. А. Основы уголовного-правового воздействия: уголовное право, уголовный закон, уголовно-правовая политика / Н. А. Лопашенко. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. — с. 309; Митрофанов А. А. Основні напрямки кримінально-правової політики в Україні: формування та реалізація/ А. А. Митрофанов. — Одеса: Вид-во Одеського юрид. ін-ту НУВС, 2004. — с. 94). А тому в науці визначення того, які саме органи здійснюють пеналізацію злочинів, є дискусійним.

Одні вчені вважають, що пеналізація здійснюється виключно законодавцем, інші ж вважають, що її здійснює ще й суд, призначаючи покарання. Так, Ю. А. Пономаренко дотримується першої позиції. Підкреслюючи відмінні ознаки процесу пеналізації і процесу призначення покарання, вчений зазначає, що результатом пеналізації є потенційна кримінальна відповідальність, результатом же призначення покарання — реальна кримінальна відповідальність. Потенційна кримінальна відповідальність традиційно визначається з допущенням судової дискреції, яскравим свідченням чого є відносна визначеність покарань практично у всіх санкціях статей Особливої частини КК України. Реальна ж кримінальна відповідальність, яка визначається судом вже

з використанням його дискретних можливостей, завжди чітко конкретизована за видами та розмірами покарань (Пономаренко Ю. А. Указ. праця. — с. 71].

На нашу думку, з наведених слів ученого саме і підтверджується той факт, що суд, призначаючи покарання, і забезпечує реалізацію пеналізації, визначеної законодавцем, у життя. Право як таке оперує абстрактними поняттями, такі норми без застосування їх до реальної дійсності є лише потенцією. Суд як правозастосовчий орган забезпечує застосування кримінального законодавства у конкретних випадках призначення покарання. Тому ми вважаємо, що питання суб'єктів процесу пеналізації можна розглядати у вузькому сенсі — законодавець як єдиний суб'єкт, та широкому — законодавчий та судові органи. При цьому ми ніяким чином не абсолютизуємо роль суду при встановленні конкретної міри покарання.

Дійсно, як таке встановлення злочинності (криміналізації) і карності (пеналізації) діянь належить законодавцю, суд при призначенні покарань не має права виходити за встановлені законодавцем межі (наприклад, призначити покарання у вигляді позбавлення волі, якщо воно не передбачено санкцією, або вийти за максимальні межі покарання, встановлені санкцією Особливої частини КК, коли немає підстав для застосування ст.ст. 70, 71 КК тощо). Однак діяльність судді з застосування санкції при визначенні конкретної міри покарання особі, визнаній винною у вчиненні злочину, не можна назвати нічим іншим як пеналізаційним процесом. Суд не створює нових законодавчих приписів, він лише забезпечує перетворення потенційної відповідальності у реальну персоніфіковану.

У цьому зв'язку правильно відзначає О. В. Наден: «Правозастосовчий рівень кримінально-правового регулювання — це діяльність держави по реалізації кримінально-правових норм щодо конкретних осіб, які вчинили злочини. Така реалізація здійснюється виключно судом у формі застосування таких норм. Застосування норми кримінального права полягає у послідовному застосуванні спочатку її гіпотези, потім — диспозиції (традиційної або альтернативної). Тому кримінально-правове регулювання на правозастосовчому рівні розпадається на дві юридично — значимі дії (які, проте, оформлюються одним правозастосовчим актом):

а) кримінально-правову кваліфікацію юридичного факту. Такими юридичними фактами є злочин, позитивна посткримінальна поведінка, а в окремих випадках — події (що, на нашу думку, не завжди обгрунтовано);

б) визначення кримінально-правових наслідків появи такого юридичного факту — покладення кримінальної відповідальності; повне чи часткове звільнення від неї» (Наден О. В. Теоретичні основи кримінально-правового регулювання суспільних відносин в Україні:

Автореф. дис. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.08 / О. В. Наден. — Х., 2013. — с. 32).

Виходячи з цього, ми притримуємося позиції, що необхідно пеналізацію злочинів розглядати у вузькому та широкому значеннях та виділяти два рівні її здійснення, власне з відповідними суб'єктами на кожному з них. А тому залежно від суб'єктного складу (або рівня здійснення) пеналізація злочинів поділяється на:

1) законодавчу/теоретичну/потенційну — визначення характеру караності злочину законодавцем;

2) судову/практичну/фактичну — визначення обґрунтованості і доцільності застосування покарання певного виду і розміру за вчинення конкретного злочину.

ПУШКАР Г. М.

Відокремлений структурний підрозділ «Миколаївський інститут права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
викладач кафедри кримінально-правових дисциплін

ПРИМУСОВЕ ЛІКУВАННЯ ВІД НАРКОМАНІЇ ЯК ІНШИЙ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ЗАХІД: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

Реформування українського суспільства, яке нині здійснюється у всіх сферах його життєдіяльності, потребує також докорінних змін у визначенні та реалізації наркополітики держави, особливо в її стратегічному вимірі. Останніми роками діяльність держави у цьому напрямі здійснювалася в межах чинного правового поля і була спрямована на посилення контролю за обігом наркотиків та поліпшення організаційної роботи у цій сфері у цілому.

Аналіз зарубіжного законодавства та заходів протидії незаконного обігу наркотиків у країнах Європейського союзу та США свідчить про поступовий перехід цих країн від жорсткої наркополітики з одночасним поширенням наступних концепцій зменшення шкоди немедичного вживання наркотичних засобів, психотропних речовин: декриміналізація певних видів діянь у сфері наркообігу, заміну покарання наркозалежних осіб на інші альтернативні кримінально-правові заходи.

В коментарі до Єдиної Конвенції про наркотичні засоби 1961 року зазначається, що кожна держава за власним рішенням визначає, в якій мірі вона бажає визначити покарання за немедичне вживання наркотиків наркозалежним чи надавати перевагу іншим заходам впливу. Висновок робиться такий, що караною дією є лише «зберігання з метою збуту», але не «зберігання для особистого вживання» (Електронний

ресурс <http://www.ecad.ru/oon/oon-kom.html>). Кримінальний кодекс України не встановлює відповідальності за немедичне вживання (зло-вживання) наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, що відповідає міжнародній позиції, однак в більшості випадках стає очевидно, що особа, яка вчинила злочин передбачений статтею 309 КК України придбає, зберігає, перевозить наркотики виключно з метою власного вживання, а тому існує аспект прихованого притягнення до кримінальної відповідальності наркозалежних за вживання.

Глобальна Комісія з політики щодо наркотиків (Global Commission on Drug Policy) оприлюднила Звіт, який присвячено боротьбі проти наркотиків та альтернативним шляхам подолання наркоманії у всіх її про-явах. Основні рекомендації пролягають у припиненні криміналізації, маргіналізації та стигматизації осіб, які є наркозалежними, ставитися з повагою до людських прав наркоспоживачів, які вчинили кримінальне правопорушення, припинити застосування до них насильної праці та психологічного і фізичного знуцання. Обмеження сфери покарання переважно таким видом як позбавлення волі на певний строк довело неефективність виправлення більшості наркозалежних засуджених та їх соціальної адаптації.

Це свідчить про необхідність застосування, крім покарання, до осіб, які характеризуються певними ознаками, заходів, які не мають ознак кари, а тому не можуть бути віднесені до кримінального покарання (Козаченко О. В. Кримінально-правові заходи в Україні: культурно-антропологічна концепція: монографія / О. В. Козаченко. — Миколаїв : Ліон, 2011 — С. 221). Такі особливі ознаки осіб полягають у складності психологічної сутності девіантної поведінки наркозалежної особи, що спричиняє вчинення кримінальних правопорушень. В українському кримінальному праві такі заходи розглядаються як дії обмежувального характеру, що застосовуються від імені держави за мотивованим рішенням суду до особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, передбачене кримінальним законом, і становить небезпеку для суспільства, спрямовані на попередження і припинення порушення права або на припинення дій, що порушують (або здатні порушити) інтереси інших осіб, суспільства, держави, усунення передумов криміногенної ситуації, попередження вчинення такою особою нових суспільно небезпечних діянь, а також на захист прав та інтересів суспільства і держави від суспільно небезпечних посягань з боку такої особи (професор С. Яценко).

Так, інститут примусового лікування, передбачений статтею 96 КК представляє собою суто інший кримінально-правовий захід, це відом-бражено в його суті та назві, так, Законом України «Про внесення змін до кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» від 18.04.13 р. було змінено на-зву розділу XIV Загальної частини Кримінального кодексу та викладено

в такій редакції: «Інші заходи кримінально-правового характеру». Хоча на теперішній час судова практика і законодавець не розглядають можливість застосування цієї статті до осіб, хворих на наркоманію, однак на нашу думку це положення потребує змін.

Це свідчить про зміну основних ідеологічних акцентів у подальшому розвитку нормативно-правової бази — орієнтації не тільки на покарання за вчинене кримінальне правопорушення, а й на недопущення повторення (рецидиву) аналогічних злочинів у майбутньому, розширення практики застосування інших кримінально-правових заходів, альтернативних кримінальному покаранню.

КОЛОДІН Д. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук

ПИТАННЯ УДОСКОНАЛЕННЯ ПОКАРАНЬ ЗА ЗЛОЧИНИ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА ПОРЯДОК ПІДВЕДЕННЯ ПІДСУМКІВ ГОЛОСУВАННЯ

Покарання, згідно з ч. 1 ст. 50 КК України, є заходом примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у скоєнні злочину, і полягає у передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого.

Формування органів державної влади в умовах ескалації ситуації навколо окремих адміністративно-територіальних одиниць України вимагає підвищеної уваги до покарань за злочинні порушення законодавства про вибори та референдум. У зв'язку із цим, звернемо увагу на деякі недоліки в покараннях, що передбачені за порушення порядку підведення підсумків голосування на виборах та референдумі.

Покарання за фальсифікацію підсумків голосування на виборах та референдумі передбачено у санкціях кримінально-правових норм, що містяться в ч. ч. 4–8 ст. 158 КК України, ч. 3 ст. 160 КК України.

До покарань, які застосовуються за фальсифікацію підсумків голосування, належать такі види покарань як штраф, обмеження волі, позбавлення волі, а також виправні роботи. Стосовно додаткових покарань, то у ч. ч. 4–8 ст. 158 КК України також передбачено додаткове обов'язкове покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю.

Зіставлення альтернативних основних покарань, що передбачені зазначеними санкціями за вчинення фальсифікації підсумків голосування, свідчить про існування певної неспіврозмірності між таким

змішаним видом покарання як «штраф» і такими основними покараннями як позбавлення або обмеження волі.

Особливо ця неспіврозмірність проявляється у ч. 3 ст. 160 КК України, де передбачено таку міру штрафу як до п'ятдесяти неоподаткованих мінімумів доходів громадян та інший альтернативний вид основного покарання — позбавлення волі на строк від одного до п'яти років. Якщо взяти за мірило правила взаємозамінності, яке передбачено у положеннях ч. 5 ст. 53 КК України, то медіаною міри покарання у вигляді позбавлення волі є 3 роки, якщо розділити загальну кількість днів позбавлення волі (1048 днів) на 8, оскільки, згідно з ч. 5 ст. 52 КК України, 1 день позбавлення волі дорівнює 8 неоподаткованим мінімумам доходів громадян, середня медіана штрафу має становити 136,875 неоподаткованих мінімумів доходів громадян, тобто середня медіана міри штрафу є втричі меншою за максимальний розмір штрафу згідно з положеннями ч. 3 ст. 160 КК України, у зв'язку з чим вважаємо, що вказана міра має бути збільшеною до таких розмірів як із 100 до 300 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Аналіз кримінального законодавства України свідчить, що не в усіх випадках законодавець дотримується правил конструювання санкцій і не завжди узгоджує їх із положеннями Загальної частини КК України. У нашому випадку це стосується такого додаткового покарання, як позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Це покарання у більшості випадків сформульоване в КК України як «...з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю...», що вказує на те, що вказане додаткове покарання є обов'язковим тобто суд зобов'язаний його призначати в усіх випадках вчинення цих злочинів.

У той же час не всі склади злочинів стосовно фальсифікації підсумків голосування у КК України містять загальні підстави для призначення покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, які закріплено у ч. 2 ст. 55 КК України. Цей вид покарання належить до так званих спеціальних покарань, тобто воно може призначатися судом лише за злочин, який вчиняється у зв'язку із займаною посадою чи у зв'язку із зайняттям певною діяльністю. Отже, особа, яка вчиняє ці злочини, має бути спеціальним суб'єктом. Однак це не завжди відповідає дійсності. Наприклад, у діяннях, передбачених ч. ч. 4 та 6 ст. 158 КК України, суб'єктами злочину є загальний суб'єкт, однак у санкціях зазначених статей позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю передбачене як обов'язкове додаткове покарання.

Слід погодитися з С. Я. Лиховою, П. П. Андрушком, І. О. Зінченко з приводу того, що передбачення «позбавлення права займати певні посади або займатися певною діяльністю» у якості обов'язкових додаткових покарання за склади злочинів, відповідальність за які

встановлена положеннями ч. 4 і ч. 6 ст. 158 КК України недоцільним (Кримінальна відповідальність за порушення виборчих і референдних прав [П. П. Андрушко, І. О. Зінченко, С. Я. Лихова та ін.]; за заг. ред. В. П. Тихого. — Х. : Вид-во Кроссрууд, 2008. — 136—137 с.). У зв'язку із чим вважаємо, що вказані покарання мають буди передбачені не як обов'язкові, а як факультативні.

Порівняльний аналіз санкцій кримінально-правових норм за злочини, що посягають на порядок підведення підсумків голосування із загальними складами злочинів свідчить про наявність певної неспіврозмірності між міраами основних покарань одного й того ж виду.

Покарання за викрадення виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі, виборчого протоколу, згідно з ч. 5 ст. 158 КК України передбачено у виді обмеження волі на строк до двох років, а за ч. 1 ст. 357 КК України за такі ж дії щодо офіційних документів, покарання у виді обмеження волі може бути призначеним на строк до трьох років, що свідчить про певну неузгодженість вказаних санкцій кримінально-правових норм. Вважається, що викрадення бюлетеня у порівнянні із викраденням офіційного документу є більш суспільно небезпечним, а відповідно вид та розмір покарання за вказане діяння мають бути більш суворими.

Усунення виявлених недоліків може сприяти удосконаленню покарань за злочини, що посягають на порядок підведення підсумків голосування на виборах та референдумі.

ДАНІЛЬЧЕНКО І. Р.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінального права

ЗРОСТАННЯ ЗЛОЧИННОСТІ НЕПОВНОЛІТНІХ ЯК РЕЗУЛЬТАТ СІМЕЙНОГО НЕБЛАГОПОЛУЧЧЯ

Значимість завдань з охорони прав дитини очевидна для будь-якої держави, тому що саме від реалізації цілеспрямованої політики у сфері захисту прав і свобод дитини залежить майбутнє країни, її виживання, економічне та соціальне благополуччя. Сім'я несе величезну відповідальність за власне виживання і виховання повноцінних громадян. Саме тому особливо гострою та актуальною необхідно розглядати проблему охорони сімейних відносин, у тому числі і засобами кримінально-правового характеру.

Сімейне благополуччя виступає в якості одного з основних чинників, що зумовлюють злочинність неповнолітніх. Рятуючись від

насильства в сім'ї, діти опиняються на вулиці, що призводить до катастрофічного для розвинутої держави зростання армії безпритульних.

ЮНІСЕФ нарахував в Україні у 10 разів більше безпритульних підлітків, ніж офіційна статистика. Кількість безпритульних дітей, віком від 10 до 19 років, в Україні становить близько 150–160 тисяч, тоді як офіційна статистика повідомляє про 12 тисяч. (<http://tyzhden.ua/News/36520>).

Діти, що належать до найменш захищених верств населення, потерпають від жорстокого ставлення дорослих, бувають покинуті батьками чи родичами, самі залишили сім'ю або дитячі заклади, де вони виховувались і не мають певного місця проживання, не мають економічної та психологічної підтримки. У безпритульності тільки негативні наслідки: занепаду моралі, зростання інфекційної захворюваності та напруженості і негараздів в суспільстві, зростання алкоголізму та наркоманії, проституції, зростання дитячої злочинності та бандитизму (<http://uk.wikipedia.org/wiki/>).

Згідно з даними Міністерства внутрішніх справ України станом на 20 листопада 2012 року зареєстровано 443,7 тис. злочинів, із них неповнолітніми (або за їх участю) вчинено 14,2 тис. злочинів; майже 7 тис. (або 49 %) від цієї кількості — тяжкі та особливо тяжкі. Питома вага тяжких та особливо тяжких злочинів за розслідуваними справами становила 7,3 % [8 %]. Неповнолітні вчинили 52 умисних убивств, заподіяли 104 умисних тяжких тілесних ушкоджень, вчинили 41 згвалтування, 1,1 тис. грабежів, 245 розбійних нападів. Крім того, зареєстровано 327 фактів незаконного заволодіння автомобілем неповнолітніми особами, вчинено 9,5 тис. крадіжок чужого майна (питома вага таких злочинів від кількості розкритих становила 8,4 % [9,8 %]), у тому числі із квартир — 656 [850] або 5,6 % [6,9 %] (<http://mvs.gov.ua>).

Основним нормативним актом у роботі з безпритульними дітьми на сьогоднішній день є Закон України «Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей», який набрав чинності з 1 січня 2006 року. Цей Закон визначає загальні засади соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей, забезпечує правове регулювання відносин у суспільстві, які спрямовані на реалізацію бездомними громадянами і безпритульними дітьми прав і свобод, передбачених Конституцією України та чинним законодавством, створює умови для діяльності громадських та благодійних організацій, що працюють у сфері соціального захисту населення (<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2623-15>).

Криза даній ситуації вимагає негайного втручання з метою попередження, а також припинення фактів порушення прав і законних інтересів неповнолітніх.

Відповідно до Закону України «Про попередження насильства в сім'ї» та з метою забезпечення взаємодії органів і установ, на які покладається здійснення заходів з попередження насильства в сім'ї, було

затверджено Інструкцію щодо порядку взаємодії структурних підрозділів відповідальних за реалізацію державної політики щодо попередження політики щодо попередження насильства в сім'ї, служб у справах дітей, центрів соціальних служб для відповідних, дітей та молоді та відповідних підрозділів органів внутрішніх справ з питань здійснення заходів з попередження насильства в сім'ї (Закон України «Про попередження насильства в сім'ї». — [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/rada/show/2789-14>). Гострота проблема насильства пов'язана здебільшого з вразливістю та необізнаністю дітей. Вразливість дітей до насильства пояснюється їх фізичною, психічною та соціальною незрілістю, а також залежним (підлеглим) становищем по відношенню до дорослих, незалежно від того, чи є це батьки, опікуни, вихователі, вчителі.

В даний час кримінальний закон встановлює відповідальність лише за злісне ухилення батьків від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей, що перебувають на їх утриманні (ст. 164 КК України); злісне невиконання батьками, опікунами чи піклувальниками встановлених законом обов'язків по догляду за дитиною або за особою, щодо якої встановлена опіка чи піклування, що спричинило тяжкі наслідки (ст. 165 КК України). Однак, відсутність кримінально правової оцінки сімейного насильства істотно обмежує права неповнолітніх та інших нужденних членів сім'ї

Безпрецедентне зростання злочинів проти сім'ї та неповнолітніх ставить під сумнів здатність виконання з боку держави, проголошеної в Конституції України завдання охорони сім'ї, материнства і дитинства, що дозволяє зробити висновок про необхідність активізації досліджень в цій галузі з метою вироблення пропозицій щодо вдосконалення кримінально — правових норм, що охороняють сім'ю і неповнолітніх.

ІГНАТЕНКО М. П.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінального права

ДО ПИТАННЯ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА НАЯВНОСТІ ОБСТАВИН, ЯКІ ЙОГО ОБТЯЖУЮТЬ

Одним із найбільш дискусійних в науці кримінального права являється інститут призначення покарання. З моменту прийняття КК України 2001 року законодавцем зроблені значні кроки в питанні деталізації призначення покарання, що зокрема спрямовані також на зменшення суддівського розсуду при вирішенні кримінальних справ.

Так, 15 квітня 2008 року Верховною Радою України був прийнятий Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності». Відповідно до вище зазначеного Закону КК України був доповнений ст. 69–1, відповідно до якої за наявності обставин, що пом'якшують покарання, передбачених пунктами 1 та 2 ч. 1 ст. 66 КК України, відсутності обставин, що обтяжують покарання, а також при визнанні підсудним своєї вини, строк або розмір покарання не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною санкцією (санкцією частини статті) Особливої частини КК України. Були також внесені зміни до статті 68 КК України, яка визначає правила призначення покарання за незакінчений злочин. Так, за вчинення готування до злочину строк або розмір покарання не повинен перевищувати половини максимального строку або розміру покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК України (ч. 2 ст. 68 КК України), а за вчинення замаху на злочин — не більше двох третин (ч. 3 ст. 68 КК України).

Зазначені зміни свідчать про початок законодавчої діяльності, спрямованої на зменшення розсуду суду при вирішенні кримінальних справ і особливо при призначенні покарання, що сприятиме уніфікації судової практики, про що зокрема зазначає Т. І. Нікіфорова (Нікіфорова Т. І. Призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання. 2008, С. 261).

Однак, незважаючи на численні дослідження в області призначення покарання та внесення відповідних змін до кримінального закону, які деталізують правила призначення покарання, поза увагою науковців та законодавця, на нашу думку, залишаються питання врахування при призначенні покарання обставин, які його обтяжують.

Виключний перелік обставин, які обтяжують покарання, визначений ч. 1 ст. 67 КК України. При цьому, суд має право, залежно від характеру вчиненого злочину, не визнавати будь-яку із зазначених в ч. 1 ст. 67 КК України обставин, за винятком обставин, зазначених у пунктах 2, 6, 7, 9, 10, 12 такою, що обтяжує покарання, навітьши мотиви свого рішення у вирокі (ч. 2 ст. 67 КК України). Обставини, передбачені пунктами 1, 3, 4, 5, 8, 11, 13 ч. 1 ст. 67 КК України, суд праві не визнавати обтяжуючими, якщо вони не мають зв'язку із злочином (пункт 6 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику призначення судами кримінального покарання» № 7 від 24.10.2003 р.).

Аналіз Загальної частини КК України свідчить, що законодавець лише у деяких випадках вказує про врахування обставин, які обтяжують покарання, однак при цьому не конкретизує правила призначення покарання за їх наявності. Так, зокрема мова йде про п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України, ст. 67 КК України, та ст. 69–1 КК України.

Положення ст. 67 КК України та ст. 69–1 КК України ми розкрили вище. Стосовно п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України, слід зазначити, що зазначений пункт зобов'язує суд при призначенні покарання враховувати ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання. При цьому, ні п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України, ні ст. 67 КК України не обмежує суд відповідними рамками.

Так, наприклад, при вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 122 КК України, за наявності навіть декількох обставин, що обтяжують покарання, суд фактично може призначити будь-яке із покарань, зазначених в санкції, в тому числі і найменш суворого — виправні роботи.

Не регулює законодавець також правила призначення покарання за наявності одночасно, як обтяжуючих, так і пом'якшуючих покарання обставин.

Крім того, незрозуміло, чому в ст. 69 на відміну від ст. 69–1 КК України не зазначається про можливість застосування її норм лише за відсутності обставин, які обтяжують покарання, хоча обидві статті містять правила призначення покарання за наявності обставин, які його пом'якшують.

При цьому законодавець, на нашу думку, необґрунтовано звужує сферу застосування ст. 69–1 КК України, вказуючи про «відсутність» обставин, що обтяжують покарання. З урахуванням положень ч. 2 ст. 67 КК України, правильно було б вказати не про «відсутність» обставин, що обтяжують покарання, а про їх «не визнання».

Отже, вище зазначене свідчить про нагальну потребу внесення змін до кримінального закону з метою деталізації правил призначення покарання за наявності обставин, що його обтяжують.

Як правильно зазначає А. С. Макаренко, необхідно ввести спеціальні правила призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання та правила призначення покарання за наявності обтяжуючих обставин (Макаренко А. С. Кримінально-правова характеристика суддівського розсуду: зловживання правом. 2012, С. 610).

**ПРИНЦИПИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ОСІБ,
ЯКІ ПОНЕСЛИ ПОКАРАННЯ ЗА МЕЖАМИ УКРАЇНИ**

Одним із найдавніших принципів західної цивілізації, коріння якого сягає з часів Стародавньої Греції та Риму являється правило *nonbisinidem* (не двічі за одне). В основі даного правила лежить дві латинські максими: *nemodebetbisvexariprounaetademcause* (ніхто не повинен обвинувачуватися двічі в одному й тому ж правопорушенні) та *nemodebetbispunigiunodelicto* (ніхто не повинен бути покараним двічі за те саме правопорушення). Зазначена вимога, яка є однією з найстаріших у європейському праві основоположних ідей, із початком інтеграційних процесів набула значення загально визнаного на міжнародно-правовому рівні права людини. (Хилюк С. Кримінально-правові аспекти правила *nonbisinidem* у практиці Європейського суду з прав людини [текст] / С. Хилюк // Вісник Львівського університету. Серія юридична. — 2012. — Вип. 55. — с. 254).

У науковій літературі правило *nonbisinidem* висвітлювалося в працях Хавронюка М. І., Мальцева В. В., Хилюка С., Моїсєєв О. І., Броневицької О. М., Гнатів І.,

Думки науковців відносно визнання постулату *nonbisinidem* принципом кримінального права розділилися. В. О. Гацелюк, Ю. Є. Пушовочкін, С. С. Пірвагїдов розглядають максиму «не двічі за одне», не як самостійний принцип кримінального права, а як один із елементів принципу законності, чи принципу справедливості.

Даний принцип прописаний в низці універсальних міжнародно-правових актів, що входять до стандарту прав людини. Так в Міжнародному пакті про громадянські і політичні права (п. 7 ст. 14), зазначається, що ніхто не повинен бути вдруге засуджений чи покараний за злочин, за який він був остаточно засуджений або виправданий відповідно закону, а ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав і основних свобод людини (право не бути притягнутим до суду або покараним двічі) проголошує: «Нікого не може бути вдруге притягнуто до суду або покарано в порядку кримінального провадження під юрисдикцією однієї й тієї самої держави за правопорушення, за яке його вже було остаточно виправдано або засуджено відповідно до закону та кримінальної процедури цієї держави» (протокол № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_804). Принцип *nonbisinidem*оговорюється і в інших міжнародних договорах. Так, ст. 86 Женевської конвенції про поведження з військовополоненими

встановлює, що жодний військовополонений не може бути покараний більше одного разу за одне й те саме діяння або одним і тим самим обвинуванням. В ст. 50 Хартії основних прав Європейського Союзу, в якій зазначено: «Жодна особа не повинна бути повторно судина або покарана в кримінальному порядку за злочин, у вчиненні якого вона вже була виправдана чи засуджена на території Європейського союзу».

В Україні відповідні положення передбачені в ч. 1 ст. 61 Конституції України у вигляді постулату, що ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення» (Конституція України // Відомості Верховної Ради. — 1996. — № 30. — Ст. 141). Деякі аспекти правила *non bis in idem* відображено у тексті кримінального закону. У ч. 3 ст. 2 закріплено правило, що ніхто не може бути притягнений до кримінальної відповідальності за той самий злочин більше одного разу. У ч. 2 ст. 7 передбачено: якщо особи зазнали кримінального покарання за межами України, вони не можуть бути притягнені в Україні до кримінальної відповідальності за ці злочини.

На думку А. М. Ришелюка, з урахуванням норм Європейської конвенції про передачу провадження у кримінальних справах 1972 р. (до якої Україна приєдналася в 1995 р.) до осіб, які зазнали покарання, за змістом ч. 2 ст. 7 КК належать не лише засуджені з призначенням покарання, а й засуджені без призначення покарання, особи, які зазнали примусових заходів медичного чи виховного характеру, звільнені судом від кримінальної відповідальності, а також особи, які були виправдані судом (Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 5-е вид., переробл. та доп. / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. — К.: Юридична думка, 2008. — С. 37).

Європейська конвенція про міжнародну дійсність кримінальних вироків, ратифікована Україною 26 вересня 2002 року у ч. 1 ст. 53 цього міжнародного договору державам, які до нього приєднали, забороняється переслідувати, карати або виконувати санкції стосовно особи, щодо якої було винесено європейське судове рішення у кримінальній праві, якщо вона була виправдана, або щодо неї накладена санкція, яка була повністю виконана чи виконується, чи була повністю, або відносно її невиконаної частини, подана помилуванню чи амністії, чи не можна надалі виконувати за давністю часу, а також якщо суд засудив правопорушника без призначення санкції. Таким чином, з Конвенції слідує принцип «не двічі за одне» охоплює як покарання, так і інші заходи кримінально-правового впливу — звільнення від покарання та його відбудовання від кримінальної відповідальності.

На даний час залишаються неврегульоване питання щодо повторної кримінальної відповідальності осіб, які являються іноземцями або особами без громадянства, які не мають постійного проживання у разі вчинення злочину проти прав і свобод громадян України або інтересів України (Науково-практичний коментар Кримінального

кодексу України. 5-е вид., переробл. та доп. / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. — К.: Юридична думка, 2008. — С. 39)

Норми міжнародного права виключають повторну відповідальність зазначених осіб за КК України у разі вчинення ними за її межами злочину, якщо за нього вини вже були засуджені або виправдані відповідно до закону

Дана думка заслуговує на увагу, зважаючи на те, що в національному кримінальному законодавстві з цього є пробіл, і водночас чинний є міжнародний договір України, в якому це питання врегульоване.

БУХТИЯРОВА Е. С.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
аспирант кафедры уголовного права

АКСИОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ НАКАЗАНИЯ: НЕОТЕОЛОГИЧЕСКИЙ ВЗГЛЯД

Проблема преступления и наказания волнует человечество с момента возникновения общества, но наиболее остро она проявляется в переходные периоды, когда происходит смена власти, а, следовательно, смена концепций, парадигм, теорий и правовых школ. Подобное явление мы можем наблюдать в современной Украине, которая с обретением независимости встала перед поиском оптимального для украинского общества политико-правового пути. В рамках уголовно-правовой политики обострилась потребность в комплексных, обобщающих исследованиях вопроса наказания и его аксиологическом осмыслении.

Уголовно-правовая доктрина определяет наказание как меру государственного воздействия, применяемую к лицу, признанному виновным в совершении преступления. В общем смысле наказание представляет собой негативную санкцию карательного и восстановительного характера. «Наказание — это ещё и ценностно окрашенная реакция на нарушение норм» (Бундаева О. А. Нравственные основы наказания : автореф. дис...канд. филос. наук. Саранск, 2009), потому для осмысления того или иного вида и размера наказания, следует проанализировать культурно-исторические этапы его становления.

До появления государства наказание рассматривалось в духе равного воздаяния, соответствующего принципу талиона; основной формой наказания была кровная месть. Оно регулировалось стихийно сложившимися локальными традициями и обычаями, которые не имели ни морального, ни правового обоснования. На ранних этапах развития государства принцип возмездия сменился принципом предупреждения. Античная этика наделила наказание целью исправления преступника, а наиболее действенным

наказанием стали признаваться моральные санкции (совесть, порицание). Эпоха Средневековья, переосмыслив теорию наказания в религиозном духе, наделила его целями осознания личной греховности, искупления вины и покаяния. Новое время рассматривало наказание как страдание (зло), причиняемое в ответ на злодеяние. Главной функцией признавалось устрашение; наказания были жестокими, зрелищными и изощрёнными. Однако постепенно наметилась тенденция к гуманизации системы наказаний и уже в Новейшее время реформы в пенологии привели к либерализации и диверсификации наказания, замены его иными мерами уголовно-правового воздействия. Призыв Н. Кристи: «Ищите альтернативу наказанию, а не альтернативные наказания» (Кристи Н. Пределы наказания. 1985, с. 22) возродил среди учёных интерес к теории некарательного воздействия, а утверждение о том, что «изучение карательной практики даёт весьма убедительную информацию относительно того, что считается желательным, а что — нежелательным» (Кристи Н. Пределы наказания. 1985, с. 127) побудил к поиску новых правовых теорий.

Неотеологическая теория является новым прочтением теологической теории, которая получила своё развитие в рамках естественно-правового обоснования происхождения права и государства. Её зарождению способствовала русская правовая мысль и нравственная философия, основанные, в свою очередь, на православном понимании преступного и наказуемого.

Так, в работах Н. Алексеева, Н. Бердяева, С. Булгакова, Ф. Достоевского, И. Ильина, А. Кони, А. Лосева, П. Новгородцева, Л. Петражицкого, А. Солженицина, Л. Толстого, Б. Чичерина и др. наказание рассматривалось с различных сторон, однако нравственное его осмысление всё же имело решающее значение.

Впервые как элемент нравственно-философской системы наказание было рассмотрено В. Соловьёвым. Основывая свои идеи на православной этике, философ отвергал крайние цели отпущения и рассматривал наказание как нравственно оправданное средство, ограничивающее проявление злой воли преступника ради безопасности общества и самого злодея. А. Кони взывал к нравственности судьи. А Л. Толстой, утверждающий идею «ненасилия», призывал к любви, ответу добром на зло, всепрощению и отмене наказания как такового.

Более иных была близка к православному, а, потому, неотеологическому обоснованию наказания, концепция Ф. Достоевского. В своих произведениях великий русский писатель и философ очень точно отобразил путь исправления преступника: от осознания своей вины к покаянию, через страдания к прощению.

В целом философско-правовые мысли в отношении института наказания можно разделить на две крайние ценностные позиции: легализм и морализм. Так, сторонники легализма, происходящего от естественно-правовой идеи верховенства права, озвучивали тезис: «за

каждое преступление должно следовать симметричное (справедливое) наказание»; зло должно быть наказано, а применение наказания является долгом государства перед своими гражданами. В свою очередь сторонники морализма указывали на аморальность всякого насилия и, потому, неприемлемость правового наказания.

Поскольку как для пенологии, так и для уголовно-правовой доктрины в целом опасны обе крайности: и абсолютный морализм, и легализм в чистом виде (См: Бундаева О. А. Нравственные основы наказания : автореф. дис...канд. филос. наук. Саранск, 2009), целесообразным видится поиск консенсуса между данными позициями и учёт личных, общественных и государственных интересов.

Изучение наказания, как сложного культурного явления и его аксиологических основ позволит не только постичь прошлое, но и найти пути выхода из сложных нравственно-правовых ситуаций настоящего и будущего. Поскольку понимание сущности наказания зависит от идеологических установок в обществе, следует учитывать все культурные детерминанты оказывающие влияние на формирование мировоззрения, правосознания и правовой культуры. В свою очередь формирование правовой культуры, а, равно, правильного, адекватного отношения к преступнику, определения наказания как средства, а не как цели борьбы с преступлениями возможно только в обществе, где правовые, моральные и религиозные воззрения находятся в процессе взаимовлияния, а государство способно на конструктивный диалог с Церковью.

ВОЛОШИНА К. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри кримінального права

ЗАСАДИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ У СФЕРІ ВИКОНАННЯ РІШЕННЯ СУДУ: ГАРАНТІЇ ТА РЕАЛІЇ СУЧАСНОСТІ

Виконання судового рішення є кінцевою стадією судового захисту.

За загальним правилом обов'язковими до виконання є судові рішення (постанови та ухвали), що набрали законної сили. Постанова або ухвала суду, що набрали законної сили, підлягають виконанню на всій території України. Рішення суду може бути виконано в добровільному, або в примусовому порядку.

Примусове виконання рішень в Україні покладається на Державну виконавчу службу, яка входить до системи органів Міністерства юстиції України.

Проблемі невиконання рішення суду, яке відноситься до злочину проти правосуддя, присвячено багато часу та досліджень вчених України та Росії, таких як Борисов В. І., Бажанов М. І., Гарелік О. С., Лобанова Л. В., С. М. Родочинський, Тітюгіна В. І., Тіхенко С. І., та багато інших, труди яких були направлені на вдосконалення кримінального закону та його застосування. Підвищена увага до цього питання пов'язана із тим, що кількість випадків невиконання рішення суду збільшуються з кожним роком. Практика свідчить, що у 2010 р. за цей злочин було засуджено 78 осіб, в 2011 р. — 133 особи, а вже у 2012 р. — 143 особи, що майже в 2 рази більше, ніж у 2010 р. Варто зауважити, що рішення не виконуються як фізичними особами, так і службовими особами України тощо. Однією із основ правової держави є незалежне правосуддя, сила якого гарантується не тільки «на словах», але і підтверджується на практиці. Саме тому, вдосконалення законодавства в цій сфері є актуальним на сьогоднішній час.

Одним із основних законів, який регулює дану сферу, є Закон України «Про виконавче провадження» від 21.04.1999 р. Даний закон надає можливість боржнику добровільно виконати рішення.

Виконавче провадження, як завершальна стадія судового провадження та примусове виконання рішень інших органів (посадових осіб) — це сукупність дій органів і посадових осіб, зазначених Законом України «Про виконавче провадження» та спрямованих на примусове виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб), які здійснюються на підставах, у спосіб та в межах повноважень, визначених Законом, іншими нормативно-правовими актами, виданими відповідно до Закону та інших законів, а також рішеннями, що відповідно до Закону підлягають примусовому виконанню.

Згідно ст. 89 Закону України «Про виконавче провадження» у разі невиконання без поважних причин у встановленому державним виконавцем строк рішення, що зобов'язує боржника виконати певні дії, йому вноситься постановою про стягнення певних штрафів. У разі повторного невиконання рішення боржником без поважних причин державний виконавець у тому ж порядку накладає на нього штраф у подвійному розмірі та звертається до правоохоронних органів з поданням про притягнення боржника до кримінальної відповідальності відповідно до Кримінального Кодексу України.

Слід зауважити, що до 2010 р. Кримінальний Кодекс встановлював кримінальну відповідальність за невиконання рішення суду тільки для службових осіб. На сьогоднішній час, умисне невиконання судового рішення є злочином не тільки для фізичних осіб. Після внесення змін до КК України та до закону «Про судоустрій і статус суддів», Венеціанська комісія, яка робила висновки по цьому питанню, зауважила, що у разі, якщо боржник не виконує рішення суду, важливо знайти можливість забезпечення повернення ним боргу. Відтак, покарання

боржника ані прискорить виконання судового рішення про виплату боргу, ані адекватно компенсує кредиторіві наслідки затримки виплат. Тобто Кримінальний Кодекс України встановлює покарання у виді штрафів або позбавлення волі на певний строк, але, при цьому, що буде робити, наприклад, кредитор. На користь якого було винесено судові рішення та перед яким боржник несе певні обов'язки.

Загострення питання невиконання рішення суду тісно пов'язано із загальною ситуацією у нашій державі. Потреби суспільства зростають, бізнес намагається розвиватись, рівень товарів, які надходять до продажу збільшується — процес укладання певних договорів, які несуть за собою обов'язки та права зростає теж. Але, на фоні всього цього, економічні проблеми, присутні на сьогоднішній час в Україні, ведуть до все частішої неможливості виконання договірних обов'язків певними суб'єктами. Саме тому, державою були зроблені деякі кроки по вирішенню ситуації невиконання рішення суду в тих випадках, коли боржник не може виконати рішення суду.

1 січня 2013 р. в Україні вступив в силу новий закон «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень». У разі неможливості боржником, державним органом чи державним підприємством самостійно виконати рішення суду, його виконує Державна казначейська служба України за рахунок бюджетних коштів. Згідно цього закону, держава гарантує виконання рішення суду про стягнення коштів та зобов'язання вчинити певні дії щодо майна, боржником за яким є державний орган, державні підприємство, установа, організація або юридична особа, при мусова реалізація майна якої забороняється згідно із законодавством.

Цей закон є позитивним кроком в розвитку питання невиконання рішення суду. Але, у графі «Забезпечення виконання рішень суду, що гарантовані державою» йдеться мова про забезпечення заборгованостей кредиторам за рахунок державного бюджету. Враховуючи сьогоднішню ситуацію, коли державна казна не справляється навіть з обов'язковими виплатами заробітних плат та змушена урізати певні розтрата, де гарантії того, що потреби кредиторів, навіть при наявності позитивного судового рішення, будуть забезпечені? Поки що, гарантії пишуться у законах, які, за вищенаведених обставин, не можуть бути виконані. Також, автор статті хоче зауважити, що Кримінальним кодексом країни не встановлюється кримінальна відповідальність юридичних осіб або державних органів. Але, в більшості випадків, не виконуються рішення саме цими особами. При невиконанні судового рішення ще й досі виникає багато питань, які пов'язані із прогалинами у законодавстві України. Закон має не тільки бути написаний на папері та доведений до всього суспільства, але й виконуватись чітко та вчасно, саме тоді авторитет державної влади буде зростати та укріплятись.

**СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНОЛОГІЇ
ТА КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА**

ДРЁМИН В. Н.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
вице-президент, проректор по научной работе, заведующий кафедрой криминологии
и уголовно-исполнительного права, доктор юридических наук,
профессор, член-корреспондент НАПрН Украины,
заслуженный деятель науки и техники Украины

**ПРОБЛЕМА ЦЕЛОСТНОСТИ ЛИЧНОСТИ
В КРИМИНОЛОГИЧЕСКОМ КОНТЕКСТЕ**

Войны, конфликты, насилие, другие формы проявления человеческих страстей подвергаются ретроспективному анализу с совершенно очевидной целью — с позиций социального детерминизма дать рациональное объяснение самым нелогичным поступкам человека. Человек обвиняется во всех смертных грехах (и действительно — грешит!), но как социальное существо остается непонятым и неизученным в силу сложности изучаемого предмета.

Безусловно, можно приводить различные точки зрения по этому крайне дискуссионному вопросу, однако «демократическим большинством» решить его невозможно. Можно лишь констатировать, что ученые различных отраслей научного знания признают, что ключ к пониманию человеческой природы и его социальной активности лежит в изучении его как биосоциального феномена.

Среди представителей естественных наук широко распространено мнение о том, что, если исходить из представления о человеке как части живой природы, то в качестве основы его сущности следует признать сознание или способность к мышлению (*homo sapiens*) (Хамори Й. Долгий путь к мозгу человека : пер. с англ. / Й. Хамори. — М. : Мир, 1985. — С. 86–88.). Если согласиться с тем, что сознание является основой сущности человека, то, исходя из индивидуальности сознания, следует признать, что, сколько в мире людей, столько и человеческих сущностей.

Сознание — высшая, свойственная только человеку форма отражения действительности, представляющая собой совокупность психических процессов, позволяющих ему ориентироваться в окружающем мире, времени, собственной личности, обеспечивающих

премущественность опыта, единство и многообразие поведения. Однако сознание проявляется и идентифицируется только в процессе социально ориентированной деятельности, в рамках того или иного вида социальной активности. Именно социальная активность человека в ее различных формах позволяет не только типологизировать людей как социальных существ, но и прогнозировать их поведение. Проявляя себя как существо деятельное и социальное, человек обнаруживает свои личные качества и дает основания рассуждать о его индивидуальной сущности (Каган М. С. Человеческая деятельность (опыт системного анализа) / М. С. Каган. — М. : Политиздат, 1974. — 328 с.).

Изучение природы преступности, как и любого иного вида человеческой активности, должно быть связано с познанием как социальной, так и биологической сторон человеческой сущности. В течение жизни человека происходят изменения как в его социальном окружении, так и в физическом. Индивидуальность человеческой сущности выражается в особенностях жизнедеятельности, неделимости и целостности каждого отдельного человека как единой структурно-функциональной системы, состоящей из природных и социально обусловленных свойств.

Сущность человека не может быть сведена к сумме его качеств. Скорее, наоборот, сущность человека определяет его качества. Только проявляя себя как существо деятельное, человек обнаруживает свои качества и дает основания рассуждать о его сущности. Современные исследования убеждают, что сущность человека проявляется во взаимодействии комплекса индивидуальных, природных качеств человека и факторов социальной среды, в условиях которой он себя реализует как целостная личность.

В процессе социализации формируется устойчивый способ жизнедеятельности человека, который большинством исследователей характеризуется как «образ жизни». Эта категория образа фиксирует стабильное, повседневное, обыденное, устойчивое, повторяющееся существование индивидуумов в окружающей среде. Являясь опосредующим звеном между личностью и средой, образ жизни выражает типическое в личности, характеризует личность как социальную целостность (См.: Борытко Н. М. Пространство воспитания: образ бытия : монография / Н. М. Борытко // науч. ред. Н. К. Сергеев. — Волгоград : Перемена, 2000. — С. 36–42.)

Концепция целостности личности в сочетании с деятельностью-предметным анализом поведения человека является основой для разработки такого криминологического и социального феномена, как «криминальный образ жизни» (Дрёмин В. Н. Преступность как социальная практика и предметная деятельность / В. Н. Дрёмин // Наукові праці ОНЮА. — Т. 5. — О. : Юридична література, 2006. — С. 251–261.).

Целостность личности характеризуется строгой иерархией, упорядоченностью, системностью ее основных компонентов и подструктур.

При этом внутренние противоречия личности, порождающие ее поступательное движение к более высоким уровням целостности, отличаются системностью, собранностью в русле главных отношений к объективному миру. Система внутренних противоречий целостной личности — это зарождение, утверждение, становление внутри функционирующей целостности новой, более совершенной целостности (Ильин В. С. Формирование личности школьника (целостный процесс) / В. С. Ильин. — М., 1984. — 144 с.)

Изучение механизма взаимодействия природных и приобретенных свойств человека и социальной среды является инструментом проникновения в природу социальной активности, в том числе и криминальной. Таким образом, несмотря на распространенность взглядов на преступника как особую категорию людей, характеризующихся иными, в отличие от правопослушных людей, свойствами, преступление, каким бы жестоким оно не было, не может явиться единственной основой для характеристики сущностных свойств личности. Основанием для такого утверждения является понимание того, что человек является сложным системным образованием, сущность которого формируется и проявляется в процессе всей жизнедеятельности. Следовательно, в преступлении проявляется лишь одна сторона его личности, «одна из сущностей» (Дж. Марголис).

Если абстрагироваться от формально-оценочной (юридической) стороны преступных действий, то с точки зрения формы и механизмов взаимодействия с социальной средой, преступления ничем не отличаются от иных видов социальной активности человека. Реагируя на внешние и внутренние раздражители (стимулы), индивид активно воздействует на свое окружение, приспосабливаясь к нему и приспособливая его к себе. Убийства, телесные повреждения бывают «разрешенные» (необходимая оборона, военные действия) и запрещенные; есть «шпионы» и «разведчики»; завладение чужим имуществом может быть противоправным, а может быть и законным (конфискация, крайняя необходимость и т. д.), однако и те и другие поступки совершаются в определенных социальных ситуациях на основе личностного восприятия последних и соответствующей мотивации. Отличия будут лишь наблюдаться в формальных моментах «встроенности» данного типа деятельности в сложившуюся в том или ином социуме нормативную систему отношений и, как следствие, в оценках того или иного поведения со стороны общества.

Если исходить из вышеприведенных характеристик целостности личности, то становится очевидным, что представление о «сущности» лица, совершившего преступление, не может быть связано только лишь с фактом совершения преступления. Вследствие того, что единичный акт деятельности человека, в том числе и преступное деяние, далеко не всегда вытекает из «целостности» личности, часто совершается

«вопреки ей», сохраняется надежда на то, что большинство людей, попавших в жернова криминального мира и уголовного преследования, сохранят свои человеческие качества и человеческую сущность. Целостность личности является основным фактором декриминализации общества.

СТРЕЛКОВСКАЯ Ю. А.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
доцент кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права,
кандидат юридических наук, доцент

ЛИЧНОСТЬ ПОЛИТИЧЕСКОГО ПРЕСТУПНИКА: ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ

Исследование личности преступника всегда было одним из ключевых заданий, стоящих перед криминологами, начиная с момента зарождения криминологической науки и по сегодняшний день. Менялись подходы в определении личности преступника, ее характерных особенностей, но неизменным оставалось желание ученых найти отличительные черты лиц, совершающих преступления. Знания о преступности расширялись, что позволило выделять и изучать новые виды преступности, которые либо только появились, либо же существовали, но в силу определенных объективных причин не были изучены. Последнее утверждение справедливо относительно нового для отечественной криминологии, но не нового для нашего общества явления — политической преступности.

Политическая преступность как отдельный феномен привлекал внимание многих исследователей. Так, отдельным аспектам и проявлениям данного вида преступности уделяли внимание такие криминологи как Ю. М. Антонян, А. И. Долгова, В. Н. Дрёмин, А. П. Закалюк, С. М. Иншаков, О. М. Литвак, В. В. Лунеев, А. Л. Сморгунова, Д. А. Шестаков и др. Отдельно хочется отметить вклад в изучение указанной проблемы таких ученых, как Н. А. Зелинская, П. А. Кабанов, А. Ф. Кулаков, А. В. Маляр, которые провели монографические исследования в данной сфере.

Активизация криминологических исследований преступности в сфере политики в последние годы позволила говорить о формировании отдельной частной криминологической теории — политической криминологии, в структуре которой профессор А. П. Кабанов предлагает выделять «криминальную политическую антропологию — общетеоретический раздел политико-криминологических знаний,

характеризующий особенности личности политического преступника или отдельных ее видов в целях выработки адекватных мер воздействия на однородные группы лиц и исключения повторения ими преступного поведения в будущем» (Кабанов П. А. Российская политическая криминология начала XXI века: понятие, сущность, предмет и структура [Электронный ресурс] — Режим доступа: [http://sartraccs.ru/print.php?print_file=Pub/kabanov %2825-06-05 %29.htm](http://sartraccs.ru/print.php?print_file=Pub/kabanov%2825-06-05%29.htm)).

Необходимо отметить, что личность политического преступника недостаточно изучена в отечественной криминологии, что объясняется рядом объективных причин, в первую очередь не изученностью политической преступности, невозможностью исследования отдельных ее проявлений длительное время (например, тоталитарной преступности во времена существования СССР) и т. д. Несмотря на это, определенные шаги в этом направлении уже были предприняты.

Так, А. В. Маляр предлагает определять личность политического преступника как «совокупность социальных, социально-психологических, моральных свойств лица, обуславливающих совершение им общественно опасных деяний в сфере политики по политическим мотивам. К политическим мотивам в зарубежной криминологии относят желание прийти к власти, удержать ее, распределить, нетерпимость к политическому инакомыслию; недовольство политикой действующей власти (См.: Маляр Г. В. Політична злочинність як об'єкт кримінологічного дослідження : дис.... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Маляр Г. В. — Київ, 2010. — С. 140, 141).

Однако при таком подходе возникает сложность в установлении наличия политического мотива у лица в связи с тем, что к политическим мотивам, как справедливо отмечают многие исследователи данной проблемы, чаще всего примешиваются иные мотивы (например, корыстный мотив, который можно реализовать путем получения власти и дальнейшего использования полученных привилегий).

Профессор С. М. Иншаков предлагает выделять не политические мотивы, а политически мотивированные деяния, которые могут быть направлены на: а) изменение социальной и политической системы; б) захват власти; в) удержание власти; г) ослабление политического противника (как внутри государства: на уровне отдельного политического деятеля, политической партии, так и на международном уровне — как инструмент геополитики (Иншаков С. М. Криминология: Учебник. — М., 2000. — С. 216).

Уйти от использования политического мотива как от одного из основных признаков, характеризующих личность политического преступника, предлагает профессор А. П. Кабанов, предлагая трактовать последнюю как «совокупность социально значимых свойств личности, образовавшихся в процессе её общественной либо политической деятельности и обуславливающих использование ею для достижения

политических целей средств, порицаемых с позиции действующего национального и/или международного уголовного законодательства» (Кабанов П. А. Политическая преступность: понятие, сущность, виды, причины, личность политического преступника, меры противодействия (криминологическое исследование) : дис.... докт. юрид. наук: 12.00.08 / Кабанов П. А. — Екатеринбург, 2008. — С. 349). Указанный подход представляется более предпочтительным, поскольку определение мотивов лица более сложный процесс, чем определение его целеполагания.

Помимо рассмотренных выше, в заключение необходимо отметить еще ряд нерешенных вопросов, связанных с изучением личности политического преступника:

1. Необходимо разработать четкие критерии разграничения личности политического и общеуголовного преступника.
2. Определиться с оценочными характеристиками данного понятия (в зависимости от политического режима одно и то же лицо может быть либо политическим преступником, либо жертвой этого режима; революционер — преступник или герой и т. д.).
3. Необходимость привязки к официальному признанию лица политическим преступником в установленном законом порядке либо отсутствие таковой.

МЕЛЬНИЧУК Т. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права,
кандидат юридичних наук, доцент

ПРАВОВИЙ ІДЕАЛІЗМ ЯК ФАКТОР ТІНІЗАЦІЇ ЕКОНОМІКИ

Сутність економічної діяльності становлять відносини власності та відносини у сфері виробництва, обміну, розподілу та споживання товарів і послуг. Очевидно, що такі відносини потребують точного та ефективного з точки зору суспільного прогресу упорядкування. Розвиток виробничо-споживацьких взаємин одночасно призводить до їх ускладнення, а тому сумнівним є досягнення суспільного та індивідуального благ без належного правового регламентування та правової охорони соціально-економічних зв'язків. Головним у процесі оптимізації соціальних регуляторів економіки є досягнення розумного балансу правових механізмів та суто економічних. І ті, і інші мають на меті врегулювання складноелементних моделей економічної поведінки та

протидію протиправній. Уявляється принципово важливим встановити (не)доцільність використання правових заходів щодо механізмів саморегулювання ринку і не зводити право в абсолют, сприймаючи його як панацею від соціально-економічних суперечностей, які в свою чергу інспірують зловживання.

Правові норми, що регулюють економічні відносини, якщо вони не відповідають завданням соціально-економічного розвитку суспільства і вимогам об'єктивних економічних законів, мають значний зворотний вплив на криміногенну ситуацію. Закони, підзаконні нормативні акти, які приймалися за роки незалежності України й були спрямовані на регулювання ринкових відносин, здебільшого, мали декларативний, абстрактний характер і не ставили надійних перепон на шляху протиправних дій. Суперечливість, неузгодженість, безсистемність характеризують законодавство перехідного періоду. Сьогодні так звана інфляція законодавства, непередбачуваність економічної політики збільшують правові ризики в Україні, які не тільки суттєво послаблюють інвестиційну привабливість, але й провокують тіньові схеми втечі капіталів.

Багатофакторний підхід до аналізу тінізації економіки поряд з недоліками нормативно-правового регулювання господарської діяльності в якості детермінант протиправної поведінки розглядає переважно правовий нігілізм як різновид аномалій у праві та деформацій правосвідомості. Утім не менш деструктивним за наслідками, але не так яскраво вираженим за проявами, є антипод нігілізму — правовий ідеалізм. «Як не дивно, обидва ці явища, здавалося б різновекторні і несумісні, мирно уживаються і утворюють разом безрадінну картину юридичного безкультур'я. У першому випадку закони відверто ігноруються, порушуються, не виконуються, їх не цінують, не поважають; у другому, навпаки, їм надається значення якоїсь чудодійної сили, здатної одним махом вирішити всі наболілі проблеми» (Матузов Н. И. Правовой нигилизм и правовой идеализм как две стороны «одной медали» / Н. И. Матузов // Правоведение. — 1994. — № 2. — С. 3–16). Якщо нігілізм означає недооцінку або ігнорування права, то правовий ідеалізм його переоцінку, гіперболізацію.

При ідеалістичному підході зазнає негативного впливу мета правового регулювання, тобто відбувається орієнтування на результат, свідомо не відповідний об'єктивним критеріям спеціально-юридичного впливу. «Яким би не був механізм правового регулювання соціально-економічних відносин за своєю ефективністю, результат його дії багато в чому обумовлений станом позаправового середовища регульованих ним відносин» (Байкин Т. А. Влияние идеалистических и нигилистических факторов на правовое регулирование отношений собственности // Политика. Власть. Право. Вып. XIII / Под ред. С. А. Комарова. — СПб., 2009. — С. 12–20.). Це означає, що які б попереджувальні або

заохочувальні заходи правового впливу не приймалися щодо детінізації економіки, все одно їх ефективність багато в чому залежить від економічного підґрунтя, соціальної обумовленості та психологічної готовності їх виконувати.

Правовий ідеалізм як фактор тінізації економіки має певні форми:

1. Прагнення за допомогою прийняття закону вирішити нагальні соціально-економічні проблеми. У такій ситуації нормативні акти видаються не з метою їх реального впливу на суспільні відносини, а для зняття соціальної напруженості у певній сфері. Такі акти мають забарвлення демонстративності, покликані показати населенню удавану активність влади, хоча тіньові процеси економіки при цьому поглиблюються.

2. Встановлення заздалегідь не можливих до виконання норм. «Нездатність об'єктивно оцінити можливості права і стан суспільства, в якому воно буде реалізовано, призводить до створення правових норм, які заздалегідь не виконувані і сприймаються суспільством лише як не продумані заяви, обіцянки, що набувають форми правового популізму» (Малько А. В. Популізм и право /А. В. Малько // Правоведение. — 1994. — № 1). Економічна система тоді ефективна, коли є самодостатньою, а правові регулятори орієнтуються на закони ринку і спрямовані на забезпечення економічної безпеки. Серед причин неможливості виконання створення норм, які регулюватимуть відносини, що фактично ще не виникли в суспільстві; відсутність реального механізму для реалізації юридичної норми. Наприклад, в Україні законом встановлена процедура електронних торгів під час державних закупівель, що спрямо б прозорості торгів та нейтралізації «відкатів», але механізм її реалізації відсутній.

3. Ігнорування економічних, політичних, соціально-психологічних умов, за яких будуть реалізовуватися юридичні норми. Так, наприклад, мають місце запозичення зарубіжного досвіду без детального аналізу їх застосовуваності в Україні.

Переоцінка ролі права у регулюванні господарських відносин є деструктивною та сприяє зловживанням. Певні тіньові процеси в економіці можливо подолати й не правовими регуляторами. Зокрема, мова йде про кодекси етики, підтримання ділового іміджу та репутації, а також застосування соціальної відповідальності бізнесу. Загальновизнано, що вони можуть посилити ефективність правових засобів, але тільки за умови, що вони мають не абстрактний, а чіткий цільовий зміст, що відображає особливості їх застосування; вони доповнюють, а не дублюють і не підміняють правові норми. Наприклад, у практиці Великобританії та США все більш виразно проявляється тенденція до спонукання приватних компаній до «етичної змови», тобто відмови від ведення справ з тими компаніями, які були замішані в корупційних схемах. Таким чином витісняються з ринку тіньові трансакції та недобросовісні компанії.

Відтак одним із результативних механізмів усунення факторів тінізації економіки є підвищення рівня ефективності правового впливу за умови врахування допустимості та меж державного регулювання, в тому числі у приватній сфері, нейтралізації деформацій економіко-правової свідомості: правового нігілізму та правового ідеалізму.

ЦЕХАН Д. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права,
кандидат юридичних наук

СТРАТЕГІЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ БОРОТБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ В УМОВАХ НОВОЇ МОДЕЛІ КРИМІНАЛЬНОГО ПЕРЕСЛІДУВАННЯ

Реалізація державою своїх функцій вимагає формування чітких вихідних засад та дороговказу з метою своєчасного створення дієвих стратегій, моделей, концепцій та програм. Фактично, мова йде про вироблення ідеології діяльності держави у тих чи інших сферах її відповідальності. У контексті цього, не є виключенням і боротьба зі злочинністю, ідеологічна основа якої залишається розмитою та невизначеною. Можна підтримати позицію Б. Я. Гаврилова, який наголошує, що під час реалізації кримінальної політики відсутні як правило будь-які конкретні дані про соціальні наслідки майбутніх змін кримінальної репресії, а також про ресурсну вартість окремих законопроектів, а також стосовно того чи згідне суспільство його фінансувати, без чого у країнах із стійкими системами кримінального правосуддя не приймається жоден кримінальний закон, який встановлює злочинність чи покарання за злочинну поведінку (Гаврилов Б. Я. Современная уголовная политика России: цифры и факты. — М., 2008. — С. 8–9).

У відповідності до ст. 3 Закону України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» основними завданнями у сфері розбудови державності є боротьба зі злочинністю шляхом поліпшення координації роботи правоохоронних органів, оптимізації їх структури, належного забезпечення їх діяльності. Такий підхід законодавця видається дво-яким та дискусійним, що потребує детальнішого аналізу. З одного боку включивши боротьбу зі злочинністю до основних напрямів розвитку державності законодавець безумовно підкреслив важливість цієї складової на надав їй пріоритетного значення поряд з іншими напрямками. Водночас, на нашу думку, складність та важливість правоохоронної функції держави, особливо і період становлення та транзитивного

стану суспільства дозволяє стверджувати про необхідність визначення останньої як самостійного елементу на пряму діяльності системи державних інституцій на рівні аналізованого закону. Одним із сегментів, що знаходиться у стані активного реформування є оперативно-розшукова діяльність, яка протягом всього історичного періоду була найдієвішим інструментом боротьби зі злочинністю. Сформована в радянський період парадигма оперативно-розшукової діяльності, припускала розглядати її як другорядну, спеціальну діяльність, урегульовану на рівні наказів і інструкцій, покликану обслуговувати діяльність кримінально-процесуальну й безпосередньо не пов'язану з державною безпекою (Шарихин А. Е. Новая парадигма оперативно-розыскной деятельности и ее роль в обеспечении экономической безопасности России: монография / А. Е. Шарихин. — М.: Академия экономической безопасности МВД России, 2007. — С. 294.). Більше того, формування нової моделі кримінального переслідування взагалі нівелює можливість використання окремих інструментів у протидії злочинності. У зв'язку з цим та з урахуванням практики роботи оперативних та слідчих підрозділів можна стверджувати, що існує необхідність чіткого визначення стратегії розвитку оперативно-розшукової діяльності як самостійної організаційно-правової форми боротьби зі злочинністю.

Практика закордонних країн свідчить, що оперативно-розшукові прийоми й методи використовуються як для одержання інформації про кримінальне середовище з метою вжиття превентивних заходів, так і для проведення прихованого розслідування для одержання доказів злочинної діяльності, пошуку свідків у справі, розшуку майна, одержаного злочинним шляхом, і вироблення ефективного механізму протидії легалізації (відмиванню) злочинних доходів, забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства тощо (Шарихин А. Е. Новая парадигма оперативно-розыскной деятельности и ее роль в обеспечении экономической безопасности России: монография / А. Е. Шарихин. — М.: Академия экономической безопасности МВД России, 2007. — С. 294).

Таким же чином фактично вирішено питання у рамках угод і договорів про міжнародне співробітництво в боротьбі із транснаціональною організованою злочинністю, де оперативно-розшукові заходи (контрольована поставка, електронне спостереження, інші форми спостереження, а також агентурні операції), розглядаються як спеціальні методи розслідування. У контексті цього, можна відзначити прогресивність побудови нового Кримінального процесуального кодексу України, глави 21 якого визначає негласні слідчі (розшукові) дії.

Водночас, проведене реформування моделі кримінального переслідування повністю не враховує: складність оперативної обстановки як на рівні держави так і окремих регіонів, наявність суспільного запиту на інтенсивний наступ на організовану злочинність, зміну системи

економічних відносин і як наслідок потребу у нових засобах протидії економічній злочинності тощо.

У контексті наведеного та з урахуванням існуючої моделі кримінального переслідування, стратегія розвитку оперативно-розшукової діяльності має охоплювати такі напрями:

- детальна правова регламентація оперативно-розшукового переслідування;

- розширення підстав для проведення оперативно-розшукової діяльності з метою забезпечення реалізації принципів ініціативності та наступальності у боротьбі зі злочинністю;

- розроблення та прийняття спеціального нормативно-правового акту щодо боротьби з економічною злочинністю із визначенням додаткових прав спеціальних суб'єктів;

- формування концепції та правове забезпечення реалізації оперативними підрозділами профілактичної функції;

- створення правової основи для забезпечення постійного оперативного контролю за кримінальним середовищем;

- розроблення правової основи для оперативно-розшукової протидії злочинності неповнолітніх.

Вибір таких напрямів розвитку ОРД як засобу адекватного реагування на реальні загрози з боку злочинності, обумовлений як характером небезпеки, так і новим концептуальним підходом, що базується на сучасному сприйнятті оперативно-розшукової діяльності.

МАРЧУК А. І.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права,
кандидат юридичних наук

ГУМАНІЗАЦІЯ КРИМІНАЛЬНО- ВИКОНАВЧОГО ЗАКОНОДАВСТВА В КОНТЕКСТІ АДАПТАЦІЇ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ЗАСУДЖЕНОГО ДО ЄВРОПЕЙСЬКИХ СТАНДАРТІВ

Одним із напрямків розвитку сучасної пенітенціарної політики держави є гуманізація кримінально-виконавчого законодавства, з урахуванням вітчизняного та зарубіжного досвіду, міжнародних стандартів. Водночас, об'єктивні труднощі та суб'єктивні прорахунки у реформуванні Державної кримінально-виконавчої системи призводять до того, що цей процес ускладнює виправлення та ре соціалізацію засуджених, а також протирічить політиці економічного раціоналізму.

Одним із законодавчих актів, що продовжує напрямок гуманізації є проект Закону України «Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України щодо адаптації правового статусу засудженого до європейських стандартів», який було розглянуто та прийнято Верховною Радою України 8 квітня 2014 року.

У вищезгаданому законопроекті пропонується внести зміни до низки статей Кримінально-виконавчого кодексу України (далі — КВК), деякі з цих змін розглянемо більш детально. Позитивними, на нашу думку, є нововведення які стосуються класифікації засуджених до позбавлення волі (окремо утримуються засуджені особи, хворі та туберкульоз; особи, які можуть негативно вплинути на інших засуджених своїми психологічними якостями); громадського контролю за виконанням кримінальних покарань (переведення до дільниці посиленого контролю можливе лише за погодженням зі спостережною комісією); відповідальності персоналу установ виконання покарань (керівник адміністрації установи виконання покарання несе персональну відповідальність за розміщення засуджених, що прибули до установи).

Однак, дещо сумнівними у юридичному сенсі є пропозиції щодо визнання слідчих ізоляторів установами виконання покарань (частина 2 статті 11 КВК — в ред. проекту). Основним завданням слідчих ізоляторів (далі — СІЗО), як місць попереднього ув'язнення, є виконання запобіжного заходу у виді тримання під вартою в межах досудового кримінального провадження. Для особи, щодо якої застосовується такий запобіжний захід, він мало чим відрізняється від позбавлення волі. Однак з точки зору функціонування відповідної установи слідчі ізолятори призначені не для відбування покарання, оскільки вони не в змозі надати засудженому весь спектр ресоціалізаційних механізмів (праця, освіта, соціально-виховна робота тощо). Утримання засуджених, які відбувають покарання у СІЗО, обумовлюється, перш за все, відсутністю достатньої кількості кримінально-виконавчих установ. Крім того, в Україні діє «загінна» система розміщення засуджених, де кожен загін нараховує від 80—140 осіб, які розташовуються у так званому «спальному приміщенні», «гуртожитку». Ця система породжує проблеми переповненості установ виконання покарань, у тому числі і слідчих ізоляторів. Саме тому, відбування покарання засудженими у СІЗО (та внесення їх до структури установ виконання покарань) є неефективною та недоцільною мірою, яка не відповідатиме європейським стандартам.

Пропозиція законопроекту щодо визначення суспільно корисної праці осіб, що відбувають покарання у виді позбавлення волі, як їхнього права, а не обов'язку (частина 1 статті 8 та частина 1 статті 118 КВК — в ред. проекту), є також необґрунтованою та сумнівною. Адже відповідно до статті 6 КВК праця засуджених є одним з основних засобів виправлення та ресоціалізації засуджених. Крім того, праця засуджених має й

додаткову мету — економічну, оскільки в умовах позбавлення волі засуджені утримують себе самостійно (шляхом сплати комунальних послуг, оплати вартості одягу, їжі, постільних речей та ін.). Такі ж вимоги ставлять до ув'язнених Європейські пенітенціарні правила.

Не можна погодитися з пропозицією законопроекту щодо надання засудженим до обмеження волі на певний строк права мати при собі та користуватися мобільним телефонним зв'язком та портативними комп'ютерами (частина 2 статті 59, частина 1 статті 107 КВК — в ред. проекту) без обмежень. Засуджені до обмеження волі наразі досить часто є співвиконавцями (а інколи навіть організаторами) таких злочинів, як шахрайство, вимагання, незаконний обіг наркотичних засобів тощо, які вчиняються за допомогою незаконного використання мобільних телефонів. Враховуючи це, на наш погляд, надання необмеженого права користування такими засобами зв'язку сприятиме вчиненню нових злочинів, а також повністю нівелює інші обмеження, передбачені чинним КВК для засуджених до обмеження волі. Вважаємо, що саме використання обмеженого доступу до глобальної мережі Інтернет дозволить засудженим, наприклад, здобувати освіту, пом'якшить умови їх ізоляції тощо. Що ж стосується надання аналогічно права засудженим до позбавлення волі, то адміністрація колонії повинна ретельно спостерігати за поведінкою засудженого, щоб оцінити ризики реалізації такого права для суспільства. У законопроекті не передбачено здійснення контролю за розмовами по мобільному телефону, можливості блокування певних розмов, що може зашкодити інтересам правосуддя та боротьби зі злочинністю. Вважаємо, що обмежене використання мобільного телефону та глобальної мережі Інтернет буде доцільним тільки в дільниці соціальної реабілітації, де засуджені до позбавлення волі встали на шлях виправлення.

Викликає серйозні зауваження й застереження редакція статті 154 КВК «Порядок дострокового звільнення від відбування покарання» (зокрема виключення з тексту частини другої). Адже, виходячи з ідеї змісту проекту, умовно-дострокове звільнення повинно бути застосоване до особи тільки за умови відбуття певного строку покарання, незважаючи на поведінку засудженого та його ставлення до праці у виправній установі. Однак, саме поведінка засудженого виступає центральним елементом, на якому базується весь процес виправлення засуджених. В процесі соціальної адаптації засудженого до позбавлення волі, яка відбувається в складній ізольованій системі, його емоційний, психологічний стан змінюється, що не може не відбиватися на його поведінці. Ігнорування цього фактору є недопустимим та суперечить цілям кримінально-виконавчого законодавства.

Таким чином, проводячи реформування кримінально-виконавчого законодавства, в контексті його гуманізації, потрібно враховувати, як ті, чи інші зміни, відобразяться на засуджених і на суспільстві

в цілому. Розглянувши тільки деякі із нововведень вищезазначеного проекту, можна дійти висновку про те, що вони ускладнюють процес ресоціалізації засуджених та не містять належного фінансово-економічного обґрунтування для держави.

ДМИШКО О. С.

ПрАт «Вищий навчальний заклад
«Міжрегіональна Академія управління персоналом»
Львівський інститут, завідувач кафедри психології,
кандидат психологічних наук

БОРОВЕЦЬ С. Я.

ПрАт «Вищий навчальний заклад
«Міжрегіональна Академія управління персоналом» Львівський інститут,
студентка 5 курсу

**ПРОБЛЕМИ НЕПОВНОЛІТНІХ
В ЮРИДИЧНІЙ ПСИХОЛОГІЇ**

Антисоціальна поведінка неповнолітніх, взаємодетермінована впливом багатьох факторів, в першу чергу зовнішнім соціальним середовищем, а саме, мікросередовищем, а також індивідуальними особливостями особистості підлітка, які визначають його індивідуальне реагування на різні «життєві невдачі» (В. Л. Васильєв. Юридическая психология. — СП., 2002, с. 399.).

Злочинність неповнолітніх обумовлена взаємним впливом негативних факторів зовнішнього середовища і особистості неповнолітнього. Соціальний статус підлітка мало чим відрізняється від дитячого. Психологічно — це вік протиріччя. Звідси — типові вікові конфлікти та їх заломлення в самосвідомості підлітка. Завдання, які повстають перед підлітками соціального і особистісного самовизначення — це означає зовсім не автономію від дорослих, а чітке орієнтування і визначення свого місця в дорослому світі (Кон І. С. Психология старшкласника. — М., 1980 — с 104). Умовами формування особистості важкого підлітка в більшості випадків є негативні сімейні умови, «тепличні» умови тощо.

Аналізуючи злочинну поведінку неповнолітніх, виділяємо чотири типипорушників, для яких суспільно небезпечне діяння є:

а) випадковим, таким, що протирічить загальній спрямованості особистості;

б) можливим, з врахуванням загальної нестійкості особистісної спрямованості, але ситуативним, з точки зору, причини і ситуації;

в) результатом загального негативного орієнтування особистості, що зумовлює вибір середовища, проведення часу і безпосереднього варіанту дій при наявності підбурювання (намовляння), прикладу злочинної поведінки тощо;

г) результатом злочинної установки особистості, яка включає активний пошук, організацію причини і ситуації для злочинних діянь, відповідної відносно стійкої системи антисоціальних оцінок і ставлень.

Взаємодії несприятливих зовнішніх умов з певними прогалинами або перекрученнями в психіці підлітка спонукають до виникнення важковиховуваності. Несприятливими умовами можуть бути аморальна поведінка батьків, криза в сімейних стосунках, помилки в шкільному та сімейному вихованні. Проте, ні в якому разі не можна вважати, що у поганих батьків — погані діти, що типові несприятливі умови породжують типові недоліки будь-якого підлітка (В. Л. Васильєв. Юридическая психология. — СПб., 2002, с. 405.). Підліток, як правило, не просто сприймає та засвоює несприятливі зовнішні впливи. Він може їх і не сприйняти, відкинути, а може з ними боротись, в залежності від того, який механізм психологічного захисту спрацює. І тоді в боротьбі з несприятливими умовами формуються позитивні якості особистості. Вивчення особистості неповнолітнього правопорушника, як правило, проводиться за схемою: спадково-біологічні фактори; схильність до нервових або психічних захворювань одного з батьків, патологічна вагітність, ненормальні пологи, негативний вплив алкоголізму, вживання наркотиків тощо. Для пізнання умов життя і виховання неповнолітнього підозрюваного, або звинувачуваного потрібно також вивчати й інші сфери — сім'ю, місце роботи та навчання тощо.

При допиті неповнолітніх слід враховувати ряд особливостей, які пов'язані з віком неповнолітніх (В. Л. Васильєв. Юридическая психология. — СПб., 2002, с. 421) Зокрема, допити дітей у багатьох випадках доцільно замінити бесідою або опитуванням малолітніх з метою швидкого одержання інформації про особистість злочинця. Тривалість допиту неповнолітніх, особливо малолітніх свідків, потерпілих повинна визначатись не тільки завданнями, які поставлені перед правоохоронними органами, але, перш за все, індивідуально-психологічними та віковими особливостями допитуваних. В кожному конкретному випадку працівник правоохоронних органів має справу з неповторним поєднанням рис, якостей, властивостей особистості та мотивів її суспільно небезпечної поведінки. Скільки правопорушників — стільки їх психологічних «портретів». Але в цій індивідуальності завжди є щось загальне, найбільш типове, що визначає факт правопорушення і злочину. Процес орієнтування об'єкту та ситуацію, яка відкривається «в психічному відображенні, формуванні, структурі і динаміці цієї орієнтовної діяльності, проявляється в її якості, характері і можливостях, що є складовою психології» (Гальперин П. Я. Введение в психологию. — М., 1976. — с. 102).

На цьому загальному та типовому і зосереджена головна увага. Тому тільки знання загального і типового в душевному світі неповнолітнього правопорушника може надати ефективну допомогу для його виховання.

САМОТІЄВИЧ В. О.

Відокремлений структурний підрозділ «Миколаївський інститут права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін, кандидат юридичних наук

**НЕПРЕСТИЖНІСТЬ МІЛІЦЕЙСЬКОЇ ПРОФЕСІЇ
ЯК ДЕТЕРМІНУЮЧИЙ ФАКТОР ЗЛОЧИННОСТІ СЕРЕД
ПРАЦІВНИКІВ ОВС УКРАЇНИ**

Актуальність проблематики злочинності серед працівників в ОВС України викликана великою кількістю порушень закону з боку правоохоронців, а широке обговорення необхідності реформування системи ОВС України стало наріжним каменем в нашому суспільстві за сучасних соціально-політичних умов.

Міліціонери разом із вчителями, військовослужбовцями потрапляють сьогодні на найнижчі сходинки престижності професії у рейтингах за результатами соціологічних опитувань у нашій країні. Традиційно оцінювання престижності професії здійснюється через вплив, повагу, якими користується працівники тієї чи іншої сфери, а також визначається ступенем складності і відповідальності праці, тривалістю необхідної для неї професійної освіти, рівнем оплати та ін. Серед основних негативних факторів, що впливають на престижність служби в ОВС, вчені називають: значні переробки у часі, невпорядкованість робочого дня, неможливість планувати дозвілля, недиференційованість оплати праці, нестійкість службового стану, великі навантаження під час роботи, характер самої роботи, ризик та небезпека в процесі роботи, необхідність оперативного прийняття рішень.

Низький рівень престижності професії у свою чергу викликає селекційну дисфункцію ОВС, що розглядається сьогодні як одна із соціальних детермінант злочинності серед працівників міліції, адже це призводить до потрапляння в структуру ОВС «випадкових» працівників, осіб, що не відповідають вимогам нормального функціонування системи.

Низький імідж міліції, в першу чергу, обумовлює відсутність належного рівня конкуренції кандидатів на службу в ОВС. Існують різні підходи до вирішення вказаної проблеми, наприклад, за результатами дисертаційного дослідження І. В. Воробйовою було запропоновано шляхи поліпшення іміджу працівника міліції, що ґрунтуються на уявленнях

громадян. Автор вважає, що формувати позитивний імідж працівника міліції доцільно такими шляхами: вдосконалення системи професійного відбору та професійно-психологічної підготовки працівників міліції; проведенням роз'яснювальної роботи серед населення щодо функцій та обов'язків як самих працівників міліції, так і пересічних громадян, інформуванням про результати діяльності міліції, наданням правової допомоги населенню; формуванням специфічної корпоративної культури міліції України. У процесі професійно-психологічної підготовки працівників міліції насамперед необхідно використовувати соціально-психологічний тренінг, підвищення професійної комунікативної компетентності, особливо працівників тих спеціальностей, які безпосередньо взаємодіють та спілкуються з населенням, — дільничних інспекторів, працівників ДАІ, слідчих. Поліпшення іміджу працівника міліції має своїм наслідком підвищення престижу професії міліціонера, авторитету працівника міліції та поваги до нього (Воробйова І. В. Імідж працівника міліції як чинник розвитку правосвідомості громадян : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. психол. наук : спец. 19.00.06 «Юридична психологія» / І. В. Воробйова. — Х., 2007. — С. 16–17).

Погоджуючись у цілому із запропонованими шляхами формування позитивного іміджу працівника ОВС, не можемо не наголосити на тому, що такі заходи будуть марними, якщо проводитимуться у відриві від заходів економічного та організаційного характеру. Із цього приводу покажемо є приклад Грузії, де протягом останнього десятиліття відбулося реформування правоохоронних органів, яке привело до наступних позитивних змін:

- побудовано нові прозорі будівлі для розміщення поліцейських відділків;

- значному технічному переоснащенню було піддано автопарк;

- застосовано новітні інформаційні технології в роботі служби ДАІ, в т.ч. автоматизована система сплати штрафів, процесу оформлення автомобілів ввезених з-за кордону, що допомогло усунути особистісний фактор та значно спростити бюрократичну систему, яка існувала до того;

- вирішено проблему оплати праці поліцейського, яка стала в середньому перевищувати середню заробітну плату в країні у три рази.

Низка заходів економічного характеру створила умови для того, щоб професія поліцейського стала престижною, населення поважало та довіряло поліції (слід зазначити, що рівень довіри населення з 10 % виріс до 80 % за останні роки).

Вжиті економічні заходи спричинили й поліпшення стану в кадровій роботі, де також відбулася низка реформ. Так, скоротивши працівників ДАІ, та піднявши патрульним заробітну платню у шість разів, а також змінивши деякі вимоги до кандидатів на службу в ОВС, служити в поліції виявили бажання особи, переважна більшість з яких мають

вищу освіту: вчителі, інженери, колишні працівники банківських установ, директори приватних фірм. Також до оновленої поліції потрапили й колишні її співробітники за умови відсутності «сумнівного минулого» та позитивного проходження спеціального тестування.

Із прикладу Грузії зрозуміло, що широкомасштабні економічні заходи стали міцною основою для реалізації організаційно-управлінських, соціальних, правових та інших заходів, які в комплексі мали видатний результат. Підвищення заробітної плати, поліпшення матеріально-технічного забезпечення створює фундамент для підняття іміджу міліцейської професії, робить її престижною, а працівника міліції — поважною людиною. У багатьох демократичних країнах уже сьогодні поліцейська служба є досить престижною, шанованою, але при цьому й відповідальною.

Таким чином, непрестижність професії міліціонера відіграє значну роль у контексті проблеми злочинності серед персоналу ОВС та виступає одним із соціально-психологічних факторів, що її детермінують, впливаючи, в першу чергу, на процес професійного відбору кандидатів на службу. Вирішення окресленої проблеми вбачаємо у проведенні комплексу заходів, серед яких заходи організаційно-управлінського, економічного, виховного, правового характеру.

ІЛЬКО С. А.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
старший викладач кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права

РОЛЬ КРИМІНАЛЬНОЇ СУБКУЛЬТУРИ В ФОРМУВАННІ КРИМІНОГЕННОЇ ПРАВОСВІДОМОСТІ У МОЛОДІ

Початок ХХІ століття характеризується динамічними трансформаціями українського суспільства, зокрема політичної, економічної, соціальної та культурної сфер. Перетворення у цінностях та пріоритетах не обходять стороною і правову сферу, основними засадами якої зі становленням України на шлях незалежності були проголошені верховенство права та закону, прав і свобод людини. Динамічні зміни такого характеру у свою чергу вимагають перебудови свідомості індивідів — громадян держави. В цьому контексті актуальним постає питання дослідження феномену сучасного молодого покоління.

Науковий аналіз кримінальної субкультури передбачає в першу чергу визначення методології вивчення даного феномена. У цьому контексті надзвичайно цікавими є роздуми І. Рушенка про взаємозв'язок нормативної та кримінальної культури, а також про структуру кримінальної

субкультури (Рущенко И. П. Изучение криминальной субкультуры: методологические проблемы. 2008, с. 173).

Необхідність розгляду поставленої проблеми викликана поперше тим, що за одними даними 40 %, а за іншими — 60 % ринково-економічної та виробничої діяльності й прибутків перебуває в Україні поза межами закону, «у тіні» (тіньова економіка, тіньовий сектор економіки), отже, велика частина населення входить або є дотичною до кримінальної субкультури; по-друге за рівнем корупції та корисливих позазаконних відносин Україна посідає сьогодні, за даними міжнародних організацій, одне з перших місць у світі. Без урахування цих даних неможливо зрозуміти характер соціокультурної трансформації в цілому в Україні (Кісіль З. Р., Удовенко М. В. Роль кримінальної субкультури та молоді в культурно-трансформаційних процесах. 2008, с. 98).

В науковій літературі по різному трактують поняття кримінальної субкультури, визначаючи її як образ життєдіяльності осіб, що об'єдналися в кримінальні групи й дотримуються визначених законів і традицій. її основою є дефекти правосвідомості, серед яких можна виділити правову непоінформованість і дезінформованість, правове безкультур'я, соціально-правовий негативізм, соціально-правовий цинізм; норми неформальної поведінки, жаргонного мовлення, манер, татуювання та ін., притаманні злочинному середовищу, молодіжному зокрема (Джужа О. М. Курс криминології. Особлива частина. 2001, с. 218).

Функції кримінальної субкультури полягають в тому, що вона: створює суспільну свідомість, розхитує добросовісність населення; трансформує, зберігає і передає злочинний досвід з покоління в покоління; блокує процес соціалізації молоді, набудовує його в кримінальному напрямку, залучаючи до злочинної діяльності; створює позитивний імідж деяким категоріям злочинців і, навпаки, засуджує громадян, сприяючи правозастосовним органам в їх затриманні; формує громадську думку про доцільність порушення певних правових норм, налаштовує на це різні верстви населення різними методами (Старков О. В. Криминальная субкультура: спецкурс. 2010, с. 18–27).

На початку 90–х років «злочинна ідея» втратила своє первісне значення як неписаний звід ідеологічних установок злочинців і стала більшою мірою надбанням масової культури, аніж криміналітету (Мовчан А. В. Молодіжна кримінальна субкультура. 2010, с. 162–168). Сьогодні носіями молодіжної кримінальної субкультури є далеко не лише тільки представники кримінального співтовариства, що зумовлено нечіткістю наявних граней між культурою соціуму і кримінальною субкультурою. окремі атрибути якої проникають у повсякденне життя і формують правосвідомість сучасної молоді. На думку Ю. К. Александрова, риси кримінальної субкультури, особливо молодіжної, у тому числі її соціально-психологічні атрибути, міцно увійшли до повсякденного життя й

відтворюються в окремих соціальних колах (насамперед у молодіжних неформальних групах), сприяючи професіоналізації та організованості злочинності (Александров Ю. К. Очерки криминальной субкультуры. 2002, с.4–7).

Водночас слід враховувати, що формування правосвідомості молоді, вироблення відповідного ставлення до правопорушень і правоохоронних органів значною мірою залежить від джерела інформації. І якщо джерело правової інформації негативно ставиться до правових норм, необхідності їх дотримання й виконання, позитивно характеризує правопорушників і правопорушення, то його вплив, безперечно, сприятиме формуванню особистості молодого правопорушника (Мовчан А. В. Молодіжна кримінальна субкультура. 2010, с. 165). В такому контексті знову таки слід наголосити на сучасному стані ЗМІ та їх пропагандистській діяльності у сфері насилля, агресії та інших негативних факторів.

Кримінальна субкультура, у різних її проявах, займає певне місце в системі факторів, що формують правосвідомість молоді. Молодіжну кримінальну субкультуру можна визначити, як спосіб самовираження молоді у віковій категорії від 14 до 35 років своєї негативно-антисупільної спрямованості, криміногенності та злочинної поведінки, яка має свої правила і закони.

Наукове дослідження молодіжної кримінальної субкультури допомагає зрозуміти механізм формування негативних «відбитків» у правосвідомості молодіжного злочинного середовища. Дослідження впливу кримінальної субкультури допомагає виявляти закономірності у негативних процесах соціалізації молодих правопорушників та і вивчати внутрішні питання відтворення молодіжної злочинності та її самодетермінації.

ЦИТРИК В. Я.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права

ІНФРАСТРУКТУРА ПІДКУПУ У СФЕРІ ПУБЛІЧНОЇ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Трансформація уявлень про сутність злочинності вимагає не тільки вивчення соціально-політичних, організаційно-управлінських, економічних, правових та інших явищ, як вирішальних процесів відтворення забороненої законом активності індивідів, а й необхідність звернення до елементів обслуговування інтересів злочинності, які, на перший

погляд, не мають кримінального характеру, а відтак і не заборонені КК України.

У юридичній літературі зазначається важливість пізнання поки що недостатньо з'ясованого соціально-психологічного, нематеріального механізму формування й існування протиправних злочинних суспільств, включення до його числа некримінальних елементів організованої злочинності. У принципі розділяючи дане твердження, вважаємо, що звернення виключно до нематеріального механізму злочинності є недостатнім. Не менш важлива у цьому відношенні є організаційно-технічна та інша матеріальна база злочинної діяльності, що робить кримінальне середовище менш уразливим для правоохоронних органів, мобільнішим та пристосованим до змін соціального буття. Мова йде про окремі забезпечувальні соціальні інститути, процеси, а також інші елементи, які з одного боку розроблені для покращення й оптимізації різноманітних сфер життя, а з іншого, з урахуванням своїх функціональних характеристик, можуть використовуватися у злочинній діяльності, тобто про інфраструктуру злочинності.

У правовій науці поняття інфраструктури злочинності є малодослідженим. Незначні підвалини цієї проблеми закладені в теорії оперативно-розшукової діяльності професором О. Ф. Долженковим, який розглядав інфраструктуру злочинності в контексті організованих форм злочинної діяльності. Інфраструктура злочинності розглядається ним як своєрідне середовище і підґрунтя, котре зовнішньо не проявляє кримінальних ознак, оскільки по суті носить латентний характер, однак сприяє консолідації злочинних елементів, створенню ними організованих угруповань і обслуговує матеріальні, фінансові, захисні, субкультурні, кадрові та інші потреби злочинної системи (Долженков О. Ф. *Складові інфраструктури організованої злочинності* / О. Ф. Долженков // *Інформаційне забезпечення протидії організованій злочинності* / Збірник наукових статей — Одеса: ФЕНИКС, 2003. — С. 40–47).

У літературі зазначається також про особливий характер інфраструктури злочинності у детермінації протиправної поведінки поряд із її причинами та умовами. Останні — необхідний компонент злочинності. Іншу роль у механізмі злочинної діяльності відіграють елементи інфраструктури злочинності. Вони не мають прямого криміногенного характеру, а обслуговують інтереси функціонування злочинності як системи, «полегшують» її кримінальний вплив на стан оперативно-тактичної обстановки, як у цілому, так і окремих її складових частин.

Наявність таких досліджень дає підстави розглядати інфраструктуру злочинності функціональним елементом реалізації підкупу у сфері публічної службової діяльності і відповідно принципу комплексності протидії пропонувати заходи з нейтралізації інфраструктурних можливостей підкупу в якості опосередкованої стратегії.

Використовуючи в якості методологічної основи підхід до інфраструктури злочинності, розроблений О. Ф. Долженковим, охарактеризуємо специфічні інфраструктурні складові підкупу у сфері публічної службової діяльності як основного матеріального та ідеологічного середовища відтворення корупційної поведінки.

Інфраструктура підкупу у сфері публічної службової діяльності — це сукупність матеріальних та нематеріальних ресурсів, які обслуговують незаконну купівлю/продаж послуг службових осіб публічної сфери, забезпечують функціональність та сприяють інституціалізації підкупу.

Аналіз кримінальних справ (проваджень), анкетного опитування та контент-аналіз офіційних повідомлень у ЗМІ про факти підкупу дозволив виділити специфічні складові інфраструктури підкупу у сфері публічної службової діяльності:

1. Корупційна мережа («кадрові ресурси») — децентралізована та часто неформалізована, але консолідована спільнота учасників підкупу, для якої характерні: а) наявність взаємозв'язків між суб'єктами корупційної поведінки на рівні горизонталі та вертикалі влади, родинні зв'язки, дружні зв'язки (влада-підпорядкування у службовій діяльності; формуються корупційні ризики у виді конфлікту інтересів), б) участь «посередників» як постійних учасників корупційних схем, які «причетні» до сфери державної діяльності, але не є службовцями (водії, помічники і т. д.); в) однократні або періодичні учасники, переважно ініціатори або «вимушені» хабародавці.

2. Організаційно-допоміжні ресурси: а) підприємства-посередники, які дозволяють через псевдо господарську або іншу діяльність отримати неправомірну вигоду (сплата благодійних внесків у відповідних фондах і т. д.); б) підприємства, через які відбувається «відмивання» коштів, одержаних злочинним шляхом; саме процес легалізації коштів підвищує рентабельність систематичного отримання неправомірних вигод, оскільки дає можливість у подальшому вільно користуватися коштами у цивільному обігу; в) своєрідні фонди фінансування поточних витрат відомства, що йдуть на відтворення та розширення корупційних трансакцій; г) підставні рахунки відкриті та третіх осіб для зарахування коштів та рахунки для легалізованих коштів, в тому числі за кордоном; г) комп'ютерні та телекомунікаційні мережі, технічні засоби.

3. Ідеологічні ресурси: кримінальна психологія, деформована право- та професійна свідомість, злочинна (корупційна) субкультура (традиції, звички, неформальні правила, сленг та символіка), що формують спрямованість підкупу та стереотипи поведінки (навички ведення корупційних переговорів; наявність знань зацікавлених осіб про встановлені «такси» послуг чиновників).

КЛЬОВАН Н. В.

Відокремлений структурний підрозділ «Миколаївський інститут права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
старший викладач кафедри кримінально-правових дисциплін

КОНЦЕПЦІЯ КРИМІНОЛОГІЧНИХ ФУНКЦІЙ РЕЖИМУ В МІСЦЯХ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ

Суспільством на місця позбавлення волі покладаються завдання забезпечення безпеки шляхом належної організації охорони, нагляду та безпеки за засудженими, виправлення і ресоціалізації засуджених, зменшення ризиків вчинення ними рецидивних злочинів. Режим, як порядок і умови виконання позбавлення волі, має серед інших засобів найбільший потенціал до виконання поставлених перед ними кримінологічних завдань та застосування кримінологічних засобів в пенітенціарній діяльності.

Окремі проблеми функцій та завдань режиму в установах викання покарань досліджувались в роботах таких вчених, як М. Ю. Валуйська, В. В. Голіна, В. М. Дрьомін, О. Г. Колб, Г. О. Радов та інші. Проте питання формування та механізму дії кримінологічної функції режиму в місцях позбавлення волі не стали предметом окремого дослідження.

Метою цього дослідження є визначення концепції кримінологічних функцій режиму в місцях позбавлення волі та характеристика окремих її компонентів.

Аналіз природи кримінологічної функції режиму в місцях позбавлення волі тісно пов'язаний з предметом науки кримінології, суб'єктами, об'єктом і задачами запобіжної діяльності, зі стратегією і засадами кримінологічної політики держави в їх комплексному дослідженні.

Сучасна кримінологія вивчає злочинність, як процес масового відтворення злочинів, причини злочинної поведінки і особистість злочинця та розробляє заходи запобігання їй. Найголовнішим практичним завданням кримінології є саме виявлення шляхів стабілізації злочинності, зменшення її розмірів і небезпеки. Запобігання злочинності і злочинним проявам складає один з основних елементів предмету кримінології і органічно поєднує теоретичні аспекти науки з практичною діяльністю інститутів держави і суспільства з протидії злочинності.

Слід погодитись з тими вченими, котрі зазначають, що запобігання орієнтується не на репресію, а на скорочення сфери застосування примусових заходів, так звана нерепресивна протидія злочинності та її проявам (Голіна В. В. Кримінологічна політика в Україні: деякі теоретико-прикладні проблеми // Вісник Академії правових наук України. — 2008. — № 2. — С. 182–190; Теоретические основы предупреждения преступности: Монография / Отв. редактор В. К. Звирбуль, В. В. Клочков, М. Г. Миньковский. — М.: Юрид. Лит. — 1977. — С. 31),

тобто такий напрям, що не зосереджується на переслідуванні особи. За своєю природою запобігання первинно вже носить кримінологічний характер і здійснюється за допомогою різноманітних заходів, але не лише непримусового характеру. Безсумнівно, що чим більша ступінь криміналізації особистості, чим ближче за часом і вірогідніше вчинення нею злочину, тим доцільнішим і більшим за обсягом буде застосування примусових заходів згідно принципів індивідуалізації і диференціації запобіжного впливу та ефективного співвідношення заходів примусу і переконання, що застосовуються в індивідуальній профілактиці. Однак виправдана перевага заходів непримусового характеру кожного разу, коли це дозволяють характеристики об'єкту впливу, є пріоритетним завданням запобіжної діяльності і кримінологічної політики в цілому.

Для розуміння її сутності та всебічного аналізу механізму дії кримінологічної функції режиму доцільним є дослідження окремих елементів її структури — об'єкту, суб'єкту та змісту, що складається із здійснюваних суб'єктами запобігання заходів. Це обумовлене тим, що запобіжна діяльність переслідує виконання певних завдань, які витікають із загальних завдань кримінології, обумовлюються цілями запобіжної діяльності і конкретизуються в залежності від рівня та етапу такої діяльності, суб'єктів, що здійснюють заходи, об'єкту запобіжного впливу, а також рівня розвитку суспільства.

Очікуваними цілями запобіжної діяльності є обмеження дії негативних явищ і процесів, пов'язаних зі злочинністю, усунення детермінантів злочинних проявів; ліквідація криміногенних факторів формування антисуспільної спрямованості особистості та мотивації злочинної поведінки; профілактичний вплив на особу, яка за своєю антисуспільною поведінкою дає підстави припускати вчинення нею злочину, та криміногенне середовище. Запобіжний вплив режиму в місцях позбавлення волі, перед усім, сконцентрований на колективі засуджених, на міжособистісних відносинах у їх середовищі, на особистість засудженого.

Виходячи з того, що режим в місцях позбавлення волі має специфіку дії стосовно простору (спеціальні установи), часу (з моменту набрання чинності вироку, впродовж визначеного судом терміну, до моменту звільнення особи) та підстав (призначення покарання особі, винній у вчиненні злочину), мета кримінологічної функції охоплює як недопущення вчинення нових злочинів ув'язненим під час перебування в УВП, так і закріплення позитивної суспільно прийнятної поведінки на подальший період після її звільнення. При цьому поведінка особи після звільнення поряд з іншими факторами показує глибину впливу режиму на особистість. Аналіз темпоральної ознаки кримінологічної функції режиму в місцях позбавлення волі показує, що кримінологічний вплив здійснюється протягом всього періоду виконання покарання, строк якого визначений судом, оскільки кримінологічне значення мають самі цілі покарання. Режим діє в межах виокремленої території та не може

виходити за межі місця позбавлення волі, тому має вплив на засудженого тоді і доти, доки засуджений там перебуває. Однак, виховний ефект режиму, як кримінологічно значущий результат, має розповсюджуватись на невизначений у перспективі час після відбуття покарання, оскільки мета останнього включає недопущення вчинення нового злочину в майбутньому, а не протягом певного часу.

ФЕДЧУН Н. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права

ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ МОРЕПЛАВСТВА

З урахуванням специфіки морської діяльності, систему забезпечення кримінологічної безпеки мореплавства пропонується розуміти як комплекс заходів, що реалізується суб'єктами забезпечення кримінологічної безпеки мореплавства, задля дотримання соціально прийнятого рівня кримінологічної безпеки мореплавства, а також фінансове, ресурсне й інше забезпечення реалізації цих заходів.

До об'єктів кримінологічної безпеки мореплавства, насамперед, необхідно віднести матеріальні об'єкти, що входять до морської транспортної системи, та нематеріальні об'єкти (законні права та свободи громадян, державні інтереси, відносини, що виникають в процесі моревикористання). Враховуючи особливий юридичний статус судна і людей та вантажу на борту, саме судно визначається як спеціальний об'єкт кримінологічної безпеки мореплавства та її забезпечення.

Суб'єктами забезпечення кримінологічної безпеки мореплавства є Міжнародні організації, що здійснюють забезпечення безпеки мореплавства, в тому числі кримінологічної (ІМО, МОП); різноманітні наукові та проектні організації (ВІМКО, FІАТА); органи державної влади України (Міністерство інфраструктури України, Українська морська та річна інспекція з безпеки судноплавства); правоохоронні органи; підприємства морського транспорту; особовий склад морського транспортного засобу (плавсклад).

Змістом процесу забезпечення кримінологічної безпеки мореплавства визначаємо діяльність, спрямовану на захист прав, обов'язків і законних інтересів особи, суспільства й держави на морі від кримінально-правових загроз, а також на усвідомлення учасників «морських» правовідносин своєї захищеності, захист об'єктів морського транспорту та навколишнього середовища.

Основними напрямками забезпечення кримінологічної безпеки мореплавства мають стати: розробка стратегії встановлення стандартів та їх дотримання; виявлення, оцінка, усунення або мінімізація суб'єктами забезпечення кримінологічної безпеки мореплавства джерел кримінально-правових загроз контроль за їх станом; прогнозування змін у стандартах кримінологічної безпеки мореплавства в залежності від тенденцій розвитку морського транспортного комплексу; підготовка й супровід комплексних міжнародних, державних і галузевих цільових програм забезпечення кримінологічної безпеки мореплавства; імплементація міжнародних і європейських норм та стандартів безпеки мореплавства в українське законодавство та організація їх виконання; створення, підтримання належної правової, ресурсної та матеріальної бази; створення через правову пропаганду морській транспортній галузі морально-психологічних передумов для зміцнення кримінологічної безпеки мореплавства; організація взаємодії управлінських, правоохоронних й наглядових органів з метою недопущення, усунення кримінально-правових загроз; об'єднання та координація спрямованих зусиль міжнародних морських організацій, державних органів, громадських об'єднань і населення у справі розповсюдження інформації про стандарти, стан та заходи щодо забезпечення кримінологічної безпеки мореплавства.

Загроза кримінологічній безпеці мореплавства являє собою сукупність злочинних проявів та криміногенних факторів, що створюють реальну іпотенційну небезпеку (виклик, ризик) настання суспільно-небезпечних наслідків в процесі експлуатації об'єктів морського транспортного комплексу. У рамках теорії безпеки, поряд з поняттям «загроза», досить широко вживається термін «небезпека». Небезпека припускає наявність або наміру, або можливості нанесення шкоди, тоді як загроза містить в собі і те, і інше. Кожна об'єктивно існуюча небезпека може розглядатися в якості потенційної загрози, тобто за певних умов здатна стати конкретною загрозою і завдати реальної шкоди інтересам держави, суспільства або особистості, то дані явища прийнято розглядати в сукупності. Слід виходити з того, що існують не окремо взяті загрози і небезпеки, а має місце певна система небезпек і загроз безпеки.

В цілому безпека мореплавства потерпає в результаті самих різноманітних загроз, що в першу чергу обумовлюються людською діяльністю на морі. Але найбільша шкода їй, безсумнівно, спричинюється загрозами кримінально-правового характеру — при порушенні правил безпеки руху та експлуатації морського транспорту, пошкодженні морських шляхів сполучення і транспортних засобів, ненаданні допомоги судну та особам, потерпілим від лиха, неповідомлення капітаном назви свого судна при зіткненні суден, забрудненні моря. Визначені загрози впливають на стан захищеності не тільки суб'єктів транспортного процесу, а

й всієї системи безпеки. Врешті-решт вони призводять до дестабілізації економічної та екологічної систем.

Серед різних правових заходів, спрямованих на попередження негативних наслідків людської діяльності на морі, поряд із суто морськими (організаційно-правовими та організаційно-технічними), особливе місце посідає кримінально-правове забезпечення безпеки мореплавства. Воно полягає, в першу чергу у впливі специфічними засобами на свідомість осіб з метою усунення так званих суб'єктивних факторів скоєння злочинних діянь, тобто забезпечення стану захищеності законних інтересів та прав осіб, суспільства та держави. Відповідно, ефективність кримінально-правових засобів забезпечення кримінологічної безпеки мореплавства проявляється в дієвості впливу на потенційних суб'єктів злочинів, а в результаті на забезпечення загальної безпеки на морі.

Специфіка системи кримінально-правового забезпечення кримінологічної безпеки мореплавства вимагає її спеціального кримінально-правового дослідження та окремого самостійного розгляду.

ІЗОВІТА А. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права

ВДОСКОНАЛЕННЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВИХ ЗАХОДІВ ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИНАМ В СФЕРІ ЗЕМЕЛЬНОГО РИНКУ В УКРАЇНІ

Вагоме місце серед суб'єктів запобіжної діяльності займають органи внутрішніх справ (далі — ОВС). Законом України «Про міліцію» запобігання правопорушенням та їх припинення віднесене до числа основних завдань міліції. (Про міліцію: Закон України від 20.12.1990 // ВВР України. — 1991. — № 4. — Ст.20 (з наступними змінами та доповненнями)). Суттєву роль в цій системі відіграють оперативні підрозділи ОВС. Специфічною особливістю запобіжної діяльності зазначених органів є те, що їх робота пов'язана з оперативно-розшуковою діяльністю, яка, відповідно до ст. 2 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», становить систему гласних і негласних пошукових, розвідувальних та контррозвідувальних заходів, що здійснюються із застосуванням оперативних та оперативно-технічних засобів. (Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 02.06.1992 // Відомості Верховної Ради України. — 1992 р. — № 22. — стаття 303(з наступними змінами та доповненнями)).

Проблемам запобігання злочинності заходами оперативно-розшукового характеру присвячені праці Г. А. Аванесова, Ю. М. Антоняна, О. М. Бандурки, В. М. Дрьоміна, В. О. Глушкова, В. В. Голіни, Л. М. Давиденка, І. М. Даньшина, О. М. Джужи, О. Г. Кальмана, О. М. Литвака та інших видатних вчених. Проте місце та ролі цих заходів у виявленні та розкритті злочинів в земельній сфері достатньої уваги не приділялось.

Для здійснення оперативно-розшукової протидії злочинам, що вчиняються в сфері земельного ринку, в структурі МВС України діють підрозділи державної служби боротьби з економічною злочинністю, одним із функціональних обов'язків яких є організація роботи з протидії кримінальним правопорушенням у сфері господарської діяльності та руйнування злочинних схем у сфері економіки, у сфері земельних відносин і використання державного майна, запобігання незаконному використанню надр та інших природних ресурсів, легалізації (відмиванню) доходів, одержаних незаконним шляхом. (Про організацію діяльності підрозділів державної служби боротьби з економічною злочинністю Міністерства внутрішніх справ України / Наказ МВС України № 769 від 03.09.2012 р. / Офіційний вісник України — 2012 р. — № 73. — стор.71, стаття 2951 (з наступними змінами та доповненнями)). Крім того, активну участь у запобіганні злочинам, пов'язаним з незаконним обігом земельних ділянок на ринку земель, беруть оперативні підрозділи управління по боротьбі з організованою злочинністю.

Практична діяльність оперативних підрозділів ОВС із запобігання майновим злочинам в земельній сфері свідчить про те, що механізм вчинення злочину детально продумується та планується. Тому на першому плані розглядаються питання щодо ефективного застосування сил, засобів та заходів оперативно-розшукової діяльності. Відповідно, для виявлення злочинів, які пов'язані з незаконним заволодінням земельними ділянками на ринку земель, діяльність оперативних підрозділів повинна бути направлена на:

- опрацювання офіційних документів і статистичних даних, що характеризують стан земельних відносин на території обслуговування та особливостей земельних ресурсів регіону;
- вивчення прийнятих рішень органів влади та управління;
- проведення оперативно-розшукових заходів на території обслуговування;
- вивчення матеріалів перевірок контролюючих органів про виявлені правопорушення у сфері землекористування та відповідність заходів реагування.

У ході проведення запобіжних заходів працівники оперативних підрозділів ОВС повинні також звертати увагу на питання визначення експертної оцінки, орієнтуватись у ринковій кон'юктурі (знати розцінки

на земельні ділянки, співвідношення між попитом та пропозицією на них, ринковою активністю тощо).

Специфіка вчинюваних злочинів в сфері ринку земель обумовлює необхідність здійснення перевірок документального супроводу угод із земельними ділянками. В зв'язку з чим, оперативні підрозділи повинні значну увагу приділяти саме вивченню та аналізу документів, які регламентують передачу прав на земельні ділянки, зміну їх цільового призначення, порядок використання земель державної та комунальної власності тощо. На основі дослідження найбільш типових злочинів, які вчиняються в сфері земельного ринку, ми прийшли до висновку, що працівникам оперативних підрозділів ОВС необхідно активізувати оперативно-розшукову діяльність у напрямку проведення наступних заходів:

- дослідження документації районних відділів земельних ресурсів та органів місцевого самоврядування з метою викриття фактів незаконного одержання земельних часток (паїв) та державних актів на право приватної власності на землю;

- отримання у територіальних підрозділах Держземагенства відомостей про площі наявних у регіоні земель сільськогосподарського призначення, їх власників та орендарів, кількість державних актів на право власності на землі сільськогосподарського призначення та переведення земель сільськогосподарського призначення в інші категорії земель;

- вивчення інформації щодо використання земель сільськогосподарського призначення без наявних державних актів на право власності на землю, належним чином оформлених та зареєстрованих угод оренди землі або земельних паїв, незаконного переведення земель сільськогосподарського призначення в інші категорії земель;

- проведення перевірок законності використання земель запасу та резервного фонду сільськогосподарського призначення з метою запобігання фактам зловживань та хабарництва з боку керівників сільгосп-підприємств, голів сільських, селищних та міських рад;

- отримання в регіональних підрозділах держказначейства відомостей про сплату вартості земельних ділянок та орендних платежів за їх використання;

- проведення перевірок статутних документів сільськогосподарських підприємств, протоколів їх загальних зборів з метою недопущення включення підставних осіб.

Всебічне вивчення та аналіз інформації, яка міститься в зазначених документах, сприятиме як оперативному розкриттю злочинів в сфері земельного ринку, так і профілактиці їх вчинення у майбутньому.

ДИКИЙ О. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права

**ДО ПИТАННЯ СТРУКТУРИЗАЦІЇ
ТА КЛАСИФІКАЦІЇ ОСОБИСТОСТІ ЗЛОЧИНЦІВ В СФЕРІ
ОБОРОТУ ЖИТЛОВОЇ НЕРУХОМОСТІ
(РЕЗУЛЬТАТИ КРИМІНОЛОГІЧНОГО ДОСЛІДЖЕННЯ)**

Вивчення особистості злочинця має велике теоретичне й практичне значення, адже по криміногенним якостям особистості можна говорити про вплив різних факторів, які в тій чи іншій мірі стимулювали процеси її соціалізації, або асоціалізації. Розробка цієї проблеми є визначальною умовою для розуміння причин конкретного злочину та злочинності в цілому.

З метою повного і всебічного дослідження особистості злочинця вчені проводять вивчення окремих елементів, які в сумі становлять структуру її особистості. Дослідження структури особистості злочинця дозволяє розглядати його як члена суспільства та певної суспільної групи.

В науковій літературі існує декілька підходів до структуризації особистості злочинця. Так, А. Б. Сахаров виділяє чотири елементи в структурі особистості злочинця: соціально-демографічні, кримінально-правові, соціально-рольові і морально-психологічні (Сахаров А. Б. О личности преступника и причинах преступности в СРСР / А. Б. Сахаров. — М.: Голуріздат, 1961. — 279 с.). Ю. М. Антонян доповнює зазначений поділ, включаючи ще і фізіологічні та «інші важливі з точки зору кримінології ознаки особи» (Антонян Ю. М. Личность преступника / Ю. М. Антонян, В. Н. Кудрявцев, В. Е. Эминов. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. — 364 с.). В. Д. Малков у структурі особи злочинця виділяє дещо інші ознаки: біофізіологічні, соціально-демографічні та соціально-рольові, морально-психологічні, кримінально-правові та кримінологічні (Кримінологія: учеб. / [Агапов А. Ф., Барінова Л. Ф., Кирилов С. И., Крашеников С. С. и др.]; под ред. В. Д. Малкова. — М.: ЗАО Юстицинформ, 2004. — 528 с.). Для дослідження особистості злочинців в сфері обороту житлової нерухомості використовувалася структура запропонована А. Б. Сахаровим.

Дослідження особистості злочинця в сфері оренди житла проводилося на підставі вивчення вироків по кримінальних справах. Загалом було опрацьовано 214 вироків по кримінальних справах по яких зазначено 284 особи. З них при вчиненні шахрайства в сфері обороту житлової нерухомості — 245 та 39 осіб при вчиненні вимагання права власності на об'єкти житлової нерухомості. Крім того, було досліджено матеріали, отримані в результаті досліджень інших науковців.

При дослідженні вироків по кримінальних справах при шахрайстві було встановлено, що розподіл осіб за статевою ознакою виглядає наступним чином: у 109 випадках (44,4 %) злочини вчиняли жінки, у 136 випадках чоловіки (55,6 %). Таку ситуацію можна пояснити тим, що жінки в силу своїх специфічних якостей швидше входять в довіру, менше викликають підозру та недовіру. Вказане є характерним при вчиненні злочинцями шахрайства. Однак при вчиненні вимагання розподіл змінюється: у 39 випадках (100 %) злочинцями виступали чоловіки, що можна пояснити необхідністю застосування погроз або насилля, щодо жертви або її близьких родичів для придушення опору потерпілого.

Наші дослідження також показали, що злочинці в сфері обороту житлової нерухомості мають високий рівень освіти. Так, у 106 випадках особи мали повну середню загальну освіту, у 91 випадках у осіб була вища освіта, у 77 випадках це була середня професійна освіта, лише у 10 випадках злочинці володіли неповною середньою загальною освітою. Зрозуміло, що для вчинення складних операцій з об'єктами житлової нерухомості потрібно володіти знаннями не тільки в юриспруденції, а й в психології. Це характеризує їх як фахівців з достатньо високим рівнем інтелекту.

За даними нашого вибіркового дослідження професійна зайнятість осіб характеризується наступним: найбільший показник склали особи, які не працювали 182 особи (з них 17 були пенсіонерами), 40 осіб були кваліфікованими робітниками, 22 осіб були приватними підприємцями, 14 осіб були службовцями у державних органах, 13 осіб були ріелторами, інші категорії — 13 осіб.

При цьому варто звернути увагу, з 284 осіб, які вчинили злочини в сфері обороту житлової нерухомості, 49 особи займалися діяльністю, яка безпосередньо або опосередковано пов'язана з обігом житла в країні.

Наступним елементом структури особистості злочинця є кримінально-правові ознаки. Варто звернути увагу, що вчинення злочинів у сфері обігу житлової нерухомості особами, які мають судимості зустрічається досить рідко. Так, 199 осіб злочини вчинили вперше, 85 осіб вчинили рецидив, при цьому у 67 випадках особи були раніше засудженні за злочини проти власності, а у 18 випадках за інші злочини.

При характеристиці форм співучасті при шахрайстві вважаємо доцільним поділити його на дві групи залежно від сфери цивільно-правових відносин: при оренді об'єктів житлової нерухомості та при вчиненні інших договорів цивільно-правового характеру.

У сфері укладення договорів цивільно-правового характеру, окрім оренди, у 79 випадках злочини вчинялися без співучасті, у 52 випадках — групою осіб за попередньою змовою, у 16 випадках — організованою злочинною групою та 1 випадок зафіксовано вчинення злочинів злочинною організацією. За нашими дослідженнями в склад групи у 35 випадках входило 2 особи, у 12 випадках 3 особи, у 13 випадках 4 особи і у 9 випадках більше ніж 5 осіб.

При оренді житла значно перевищує кількість злочинів вчинених одноособово, без співучасті. Це можна пояснити простотою укладення угоди, як правило невеликою вартістю оренди житла та правовою безграмотністю потерпілих. Дані виглядають наступним чином: без співучасті — 44, за попередньою змовою групою осіб (у 95 % — 2 особи) — 21.

Соціально-рольова ознака особистості характеризує індивіда у системі існуючих соціальних інститутах, що проявляється у належності особи до певної соціальної групи, взаємодії з іншими індивідами в різних сферах життя соціуму. Одним із таких соціальних інститутів є сім'я. Так, кількість одружених злочинців становила 130 осіб, у 154 випадках злочинці не перебували в шлюбі, з них 118 взагалі ніколи не були одруженими, а 36 осіб були розлученими.

Також слід звернути увагу, що на момент вчинення злочинів у 70 випадках на утриманні в осіб перебували неповнолітні діти, у 6 випадках непрацездатні батьки, при цьому 59 осіб на момент вчинення злочину були безробітними, що на нашу думку також було поштовхом для вчинення злочинів.

Для створення ефективних заходів протидії злочинності у сфері житлової нерухомості варто створити класифікацію злочинців в сфері обігу житлової нерухомості. На нашу думку найбільш ефективним буде поділ на підставі соціально-рольових функцій особи, що бере участь в обороті житлової нерухомості. На підставі цього можна виділити такі групи осіб: особи які безпосередньо професійно здійснюють діяльність в сфері обігу житлової нерухомості (ріелтори тощо); особи які опосередковано професійно здійснюють діяльність в сфері обігу житлової нерухомості (нотаріуси, адвокати, працівники ЖЕК тощо); власники об'єкту житлової нерухомості, або особа, яка на законних підставах користується об'єктом житлової нерухомості; інші особи.

ЧЕРНИШОВ Г. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права

ФІНАНСОВЕ ШАХРАЙСТВО ЯК ОБ'ЄКТ КРИМІНОЛОГІЧНОГО ДОСЛІДЖЕННЯ

Забезпечення надійного захисту права власності є одним з пріоритетних напрямків попередження злочинності. Світовий розвиток економіки та фінансів підвищує «рентабельність» протиправних операцій у сфері грошового обігу, що робить фінансову систему вразливою для кримінальних елементів. За даними Інтерполу прибутки від

фінансових шахрайств перевищують доходи від усіх злочинів в сфері економіки та вийшли на друге місце після наркобізнесу (Чернявський С. С. Фінансове шахрайство як об'єкт криміналістичного дослідження / Сергій Сергійович Чернявський // Государство и право в условиях глобализации: реалии и перспективы : матер. 2-ой Междунар. науч.-практ. конф. (г. Симферополь, 16–17 апреля 2010 г.) : сб. науч. тр. — 2010. — С. 355).

Шахрайство є злочином проти власності, одним із видів незаконного привласнення майна, перші відомості про який датуються ще часами стародавнього світу.

Сучасні прояви шахрайства відрізняються від сталих традиційних форм. Шахрайство поширюється на всі сфери економіки, а технологія обману ускладнюється та підлаштовується до нових механізмів функціонування господарських відносин, набуває ознак інтелектуальної професійної діяльності.

Фінансова система України є важливим сегментом національної економіки. Забезпечення фінансової безпеки та захист фінансових відносин від корисливих посягань є актуальною проблемою. Міжнародна аудиторська компанія PricewaterhouseCoopers (PwC) опублікувала результати сьомого звіту «Всесвітнього огляду економічних злочинів» 2014 р. («The 2014 Economic Crime Survey»). Дослідники проаналізували підсумки опитування, що проводилося з серпня 2013 по лютий 2014 р. В ньому взяли участь більше 5 тис. респондентів з 99 країн світу, половина з яких представляють вище керівництво компаній. За даними експертів компанії найбільш поширеними видами економічних злочинів є незаконне привласнення активів (69 %), шахрайство при закупівлях (29 %), хабарництво і корупція (27 %), кіберзлочини (24 %), а також фінансові махінації (22 %) (Global Economic Crime Survey 2014 // PricewaterhouseCoopers [Електронний ресурс]. — Режим доступу — <http://www.pwc.com/CRIMESURVEY>).

Дослідження фінансового шахрайства ускладнюється відсутністю нормативного визначення даного поняття у законодавстві України. Відсутність єдиного наукового підходу до розуміння сутності цього явища також потребує доопрацювання.

Фінансове шахрайство не слід ототожнювати з так званим «традиційним» шахрайством, яке не є економічним злочином, та шахрайством з фінансовими ресурсами, котре є одним з можливих проявів фінансового шахрайства.

Дослідження фінансового шахрайства повинно проводитись через призму розгляду його як одного з проявів економічної злочинності. При цьому слід зазначити, що фінансове шахрайство — складне поняття, розуміння якого не зводиться до ототожнення з якимось окремих складом злочину. На наше переконання, фінансове шахрайство — це кримінологічне явище, що являє собою злочинну діяльність та виражається у

системі кримінально-караних та легальних дій, які вчиняються шляхом обману або зловживання довірою в процесі формування, розподілу та використання фондів грошових коштів з метою здобуття матеріальної вигоди.

Отже, фінансове шахрайство — кримінологічна категорія, яка характеризується рядом ознак. Ознаками фінансового шахрайства є:

1) сфера посягання — фінансова сфера, тобто економічні відносини з формування, розподілу та використання централізованих та децентралізованих фондів грошових коштів. «Традиційне» шахрайство посягає на відносини власності, які при цьому є поза економічною сферою. Тобто це злочини, які в кримінології мають назву загальнокримінальні корисливі злочини. Фінансове шахрайство також посягає на відносини власності (гроші, майно або право на майно), які реалізуються у господарській діяльності. В свою чергу це призводить до, як правило, суттєвих розбіжностей у сумах завданих збитків злочинними діями.

На відміну від української правозастосовної практики, світовий досвід давно оперує поняттям «фінансове шахрайство», яке відноситься до економічної злочинності (наприклад, Федеральне бюро розслідувань Сполучених Штатів Америки в своїх офіційних звітах щодо показників злочинності окремо серед злочинів економічної спрямованості, так званих блокомірцевих злочинів (Reports and publication on white-collar crime), надає інформацію відносно показників фінансового шахрайства (Financial Institution Fraud and Failure Reports).

2) суб'єкт злочинних посягань. Як правило, це фізичні особи-підприємці або посадові особи суб'єктів господарської діяльності, які мають необхідні знання бухгалтерського обліку, законодавства тощо. При цьому слід пам'ятати, що шахрайство — це завжди взаємодія двох і більше осіб, тобто шахрая і його жертви. Тому важливим також є віктимологічний аналіз поведінки жертви шахрайства на предмет особливостей її віктимізації.

3) фінансове шахрайство є злочинною діяльністю; як правило, має складний механізм злочинних дій. Механізм фінансового шахрайства характеризується використанням обману або зловживання довірою як основного елементу злочинних дій. При цьому технологія обману фінансового шахрайства не має очевидний, тривіальний характер, а навпаки є завуальованою, зовні цілком законною системою як проти-правних, так і легальних дій.

Розмаїття економічних відносин пояснює поширення різних проявів шахрайських дій (банківське шахрайство, кредитне шахрайство, шахрайство в мережі Інтернет тощо). Фінансове шахрайство є родовим поняттям, яке акумулює у собі корисливі злочини у сфері фінансів, що вчиняються шляхом обману та зловживання довірою.

Фінансове шахрайство є явищем, що динамічно розвивається та пристосовується до зміни кон'юнктури ринку. Сучасні економічні

відносини постійно змінюються, використовують новітні інформаційні та комунікаційні досягнення, що у свою чергу призводить до появи нових видів та технологій шахрайського обману.

ОЛІЙНИК О. М.

Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого,
здобувач кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права

РЕЗУЛЬТАТИ ЕКСПЕРТНИХ ОЦІНОК НЕЦІЛЬОВОГО ВИКОРИСТАННЯ БЮДЖЕТНИХ КОШТІВ У ЗБРОЙНИХ СИЛАХ УКРАЇНИ

Актуальність нецільового використання бюджетних коштів, передбаченого ст. 210 КК України, полягає в тому, що даний бюджетний злочин є дуже поширеним у багатьох галузях економіки України. Ця проблема є особливо гострою зараз, коли Україна знаходиться у переддефолтному стані через розбалансованість економіки та численні розкрадання бюджету з боку представників попередньої влади.

Як свідчать результати проведених досліджень, типовими рисами цього негативного економічного явища соціальної дійсності є: висока латентність; заподіяння значної шкоди економічним інтересам держави та окремим суб'єктам господарювання; системність; вчинення переважно службовими особами; кваліфікованість злочинців; організований характер злочинної діяльності тощо. Незважаючи на певні спроби науковців вивчити закономірності даного злочину у різних сферах, кримінологічні дослідження використання бюджетних коштів не за цільовим призначенням саме у Збройних Силах України (далі — ЗС) наразі відсутні.

За даними кримінально-правової статистики, протягом 2009–2013 рр. за ст. 210 КК України було засуджено лише одного військовослужбовця. Це свідчить про надзвичайну латентність даного злочину, а також специфіку військової сфери, яка відрізняється закритістю та високим рівнем корпоративності військовослужбовців. Для більш глибокого дослідження кримінологічно значущих параметрів даного явища було застосовано метод експертних оцінок. Зокрема, анонімно опитано 67 працівників органів Прокуратури Західного регіону України з нагляду за додержанням законів у воєнній сфері. Проаналізуємо найбільш важливі показники.

На думку респондентів, поширеним нецільове використання бюджетних коштів є у таких сферах ЗС: закупівля та модернізація озброєння (55,2 %), будівництво службового житла для військовослужбовців

(46,3 %) та утримання особового складу (40,3 %). Ці дані цілком підтверджуються результатами перевірок Держфінінспекцією господарської діяльності Міноборони України. Даним контролюючим органом у 2010–2011 рр. встановлено фактів нецільового та неефективного управління активами Міноборони, а також фінансових порушень на загальну суму 1,3 млрд грн, у тому числі таких, що призвели до збитків, на суму понад 200 млн грн. У 2012–2013 рр. ці порушення сягнули 598,2 млн грн, серед яких реальні збитки становлять 284 млн грн.

Прокурори вважають, що половина таких бюджетних злочинів вчиняється розпорядниками третього ступеня (службові особи військових частин, військових комісаріатів, військово-навчальних закладів та ін.), третина — розпорядниками першого ступеня (Міноборони України та його департаменти) і п'ята частина — розпорядниками другого ступеня (фінансові управління видів ЗС, територіальні квартирно-експлуатаційні управління тощо). Слід відзначити, що більш досвідчені прокурори, із стажем роботи понад 10 років вказували саме на розпорядників бюджетних коштів першого ступеня. Враховуючи особливість фінансування військової сфери та централізований порядок розподілу бюджетних коштів, головним учасником бюджетного процесу у ЗС є Міноборони. Найбільші бюджетні махінації, численні розкрадання державних коштів відбуваються саме у центральному військовому відомстві та вчиняються генералітетом й службовими особами центрального апарату Міноборони.

Кримінологічно значущою є інформація щодо причин, за якими злочини у сфері нецільового використання бюджетних коштів у ЗС не реєструються правоохоронними органами. Серед них респонденти зазначили: відсутність контролю за виконанням бюджету — 47,8 %; значний рівень корупції у контролюючих та правоохоронних органах — 28,4 %; висока фахова підготовка злочинців — 22,4 %; невірна правова кваліфікація таких злочинів, їх штучне маскування у адміністративні правопорушення чи дисциплінарні проступки — 16,4 %; режимність об'єктів військово-промислового комплексу — 11,9 %; помилки кваліфікації даних злочинів із суміжними кримінальними посяганнями — 9 % та ін.

Найбільш значимими стали відомості, які стосуються криміногенних чинників, що породжують (сприяють) вказаним бюджетним злочинам у військовій сфері. Це пояснюється можливістю врахування даної інформації для удосконалення роботи відповідних суб'єктів запобіжної діяльності саме за вказаними напрямками. До них відносяться: бажання незаконного збагачення у великих (особливо великих) розмірах (76,1 %); низький рівень матеріального та соціального забезпечення військовослужбовців офіцерського складу (40,3 %); відсутність належного фінансового та громадського контролю за використанням бюджетних коштів (28,4 %); нерозробленість єдиного реєстру військового майна

(22,4 %); поширені стереотипи безкарності при вчиненні даного злочину (19,4 %); існуючі традиції розкрадання бюджетних коштів (13,4 %); непублічний характер розподілу бюджетних коштів ЗС (16,4 %); корпоративна солідарність серед військовослужбовців (11,9 %) та ін.

Заслугує на увагу питання відносно думки прокурорів про шляхи підвищення ефективності протидії нецільовому використанню бюджетних коштів. Серед основних заходів ними наголошено на: удосконаленні законодавства про державний фінансовий контроль (47,8 %); посиленні роботи органів внутрішнього аудиту та фінансового контролю Міністерства Оборони України (43,3 %); ретельному підборі кадрів в системі розпорядників бюджетних коштів ЗС, контролюючих та правоохоронних органів (40,3 %); фахових перевірок реалізації заходів державних цільових програм у військовій сфері (37,3 %); запровадженні публічного звітування за використанням бюджетних коштів у ЗС (29,9 %); розширенні повноважень контролюючих фінансових органів (23,9 %). Працівникам органів військової прокуратури задавалися й інші запитання, але їх висвітлення не уявляється можливим в межах даних тез.

Вищезазначене вказує про складність проблеми, яка розглядається. Це обумовлюється її полідетермінантним характером та, відповідно, широким комплексом запобіжних заходів, що мають реалізовуватись для усунення криміногенних чинників.

Розділ 11

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

АЛЕНІН Ю. П.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
завідувач кафедри кримінального процесу, доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України, член-кореспондент НАПрН України

ДЕЯКІ ПИТАННЯ УДОСКОНАЛЕННЯ ПОЧАТКУ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

У діяльності правоохоронних органів України одним з найбільш складних була і є проблема диференційного підходу до вирішення заяв і повідомлень про злочини. Складність цього питання полягає в тому, що загальна кількість відповідних звернень з боку громадян та юридичних осіб щороку збільшується, а механізм їх перевірки так і досі належним чином не врегульований. Проте чітка правова регламентація процесуальної діяльності саме на першому етапі досудового провадження є передумовою законності і обґрунтованості подальшого розслідування та судового розгляду справи, тобто є однією з гарантій ефективного виконання завдань кримінального судочинства. Побоювання, що автоматичний порядок початку досудового розслідування може себе не виправдати, висловлюватися ще до набуття чинності КПК. Після набуття ним чинності неодноразово указувалися проблеми застосування положень КПК щодо початку досудового розслідування (О. А. Вакулік, М. П. Водько, С. М. Смоков, О. Ю. Татаров, І. В. Чурікова, Л. В. Юрченко та ін.). У зв'язку із цим закономірно, що з'являються пропозиції щодо удосконалення нормативної регламентації діяльності щодо початку досудового розслідування. Так, наприклад, Проектом Закону про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо прийняття заяв, повідомлень та іншої інформації про кримінальне правопорушення та початку досудового розслідування (реєстраційний номер 4263 від 25.02.2014 р., режим доступу: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=49939&pf35401=292084>) запропоновано регламентувати деякі аспекти кримінально-процесуальної діяльності, пов'язаної із початком досудового розслідування.

Підтримуючи ідею проекту, вважаю, що окремі положення законопроекту потребують подальшого уточнення та удосконалення.

По-перше, зайвою є детальна регламентація у КПК питань порядку прийняття заяв, повідомлень та іншої інформації про кримінальне правопорушення та їх реєстрації. Ці питання повинні регламентуватися на підзаконному рівні, оскільки вони мають організаційний, а не процесуальний характер (ст.ст. 213¹–213²). У зв'язку із цим перелік джерел інформації про вчинене або підготовлюване правопорушення пропонуємо викласти у окремій статті.

По-друге, деякі питання виникають у зв'язку із джерелами інформації про кримінальне правопорушення. У 213⁴ ч. 6 передбачається, що «якщо усна заява про з'явлення із зізнанням зроблена в судовому засіданні, то відомості про особу заявника і зміст його заяви заносяться до протоколу судового засідання і підписуються заявником». Враховуючи, що протокол судового засідання натепер не є основним засобом фіксації перебігу судового засідання, вважаємо за необхідне уточнити, що складається окремий протокол, до якого заносяться відомості про особу заявника і зміст його заяви. У ст. 213³ ч. 3 до переліку засобів масової інформації пропонуємо додати також мережу Інтернет. Ч. 5, 6 зазначеної статті пропонуємо виключити. Статтю 213⁶ пропонуємо поіменувати «Безпосереднє виявлення слідчим, іншою службовою особою органу досудового розслідування, співробітником оперативного підрозділу, прокурором, або судом відомостей про ознаки кримінального правопорушення».

Для удосконалення статусу заявника у статті 213⁴ ч. 2 пропонуємо закріпити, що особа, яка з'явилася із зізнанням, має право користуватися послугами адвоката; вживання у даному контексті терміну «захисник» не узгоджується із положеннями ст. 45 КПК.

У цілому погоджуючись із переліком підстави для відмови від внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань у запропонованій статті 213⁸, п. 7 ст. 213⁸ пропонуємо сформулювати наступним чином: «діяння, вчинене особою, яка на момент вирішення питання про внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань померла, крім випадків, коли кримінальне провадження є необхідним для реабілітації померлого за клопотанням його близьких родичів чи відновлення кримінального провадження щодо інших осіб за нововиявленими обставинами».

Зважаючи на відсутність судового контролю початку досудового розслідування, вважаємо за необхідне передбачити можливість оскарження внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР. Однак статтю 213¹⁰ пропонуємо викласти у наступній редакції: «Стаття 213¹⁰. Оскарження постанови про відмову від внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань

Постанова про відмову в реєстрації може бути оскаржена особами, інтересів яких вона стосується, або їхніми представниками до слідчого судді у порядку та строки, передбачені пар. 1 Глави 26 цього Кодексу».

Відповідно, слід внести доповнення до ст. 303 Кримінального процесуального кодексу України.

Однак, вважаємо, що початок досудового розслідування потребує більш детальної нормативної регламентації. Зокрема, у тексті КПК мають бути передбачені: приводи (джерела) до початку досудового розслідування, до яких слід віднести 1) заяви або повідомлення підприємств, установ, організацій, посадових осіб, представників влади, громадськості або окремих громадян; 2) повідомлення представників влади, громадськості або окремих громадян, які затримали особу за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення без ухвали слідчого судді, суду про дозвіл на затримання; 3) явка з повинною; 4) повідомлення про вчинені або про підготовлювані кримінальні правопорушення, які отримані з інших джерел; та підстава для початку кримінального провадження. Крім того, мають бути встановлені правила прийняття заяв та повідомлень про кримінальні правопорушення; засоби перевірки заяви або повідомлення про кримінальне правопорушення. За результатами перевірки слідчий, прокурор повинен приймати постанову про початок досудового розслідування або постанову про відмову в початку такого розслідування. У разі початку кримінального провадження прокурор, слідчий повинні негайно вручити копію відповідної постанови особі, щодо якої розпочато досудове розслідування, та потерпілому. Також слід передбачити, що постанова про початок досудового розслідування та постанова про відмову в початку такого розслідування може бути оскаржена до слідчого судді.

ШИЛО О. Г.

Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого,
завідувач кафедри кримінального процесу та оперативно-розшукової діяльності,
доктор юридичних наук, доцент

ДО ПИТАННЯ ЩОДО ПОРЯДКУ ЗАСТОСУВАННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ У ВИГЛЯДІ ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ

За останні роки порядок застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою неодноразово зазнав концептуальних змін, які були спрямовані на гармонізацію національного законодавства України в цій частині із міжнародними стандартами забезпечення права на свободу та особисту недоторканність при здійсненні кримінального провадження. Адже ще у 2001 році до КПК України 1960 року було внесено зміни, відповідно до яких санкціонування прокурором тримання

під вартою було замінено на застосування цього запобіжного заходу винятково за рішенням суду, запроваджувалася процедура розгляду суддею подання слідчого, в якому обов'язкову участь мав приймати обвинувачений, стосовно якого вирішувалося дане питання. Здавалося б, законодавець тим самим імплементував європейські стандарти та забезпечив реалізацію статті 29 Конституції України. Проте, практика застосування цього законодавства показала певну його недосконалість, зокрема, КПК не передбачав вручення обвинуваченому копії постанови судді про тримання під вартою, не встановлював дієвих альтернативних триманням під вартою запобіжних заходів, що призводило до його надмірного застосування, тощо. Зважаючи на це, новий порядок застосування даного запобіжного заходу, передбачений КПК України 2012 року, містить низку новацій, що спрямовано на забезпечення права на свободу та особисту недоторканність.

До таких, зокрема, слід віднести встановлення нормативних вимог до клопотання слідчого, прокурора про застосування даного запобіжного заходу, покладення тягаря доказування наявності підстав для його застосування на сторону обвинувачення, встановлення слідчим суддею розміру застави одночасно із постановленням ухвали про тримання підозрюваного під вартою, скорочення строку тримання під вартою під час досудового розслідування, вручення копії ухвали підозрюваному негайно після її оголошення. Разом з тим, уявляється, що новий порядок обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою також потребує подальшого удосконалення.

КПК, як зазначалося, передбачає обов'язкову участь підозрюваного в судовому засіданні, що відповідає вимогам ст. 5 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод та забезпечує можливість підозрюваного постати перед суддею і дати особисті пояснення щодо затримання та тримання під вартою. Єдиним винятком із цього правила, який передбачено ч. 6 ст. 193 КПК, є те, що суд може розглянути клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою за відсутності підозрюваного, обвинуваченого лише у разі, якщо прокурором, крім наявності підстав, передбачених ст. 177 КПК, буде доведено, що підозрюваний, обвинувачений оголошений у міжнародний розшук. У такому разі після затримання особи і не пізніше як через 48 годин з часу її доставки до місця кримінального провадження слідчий суддя, суд за участю підозрюваного, обвинуваченого розглядає питання про застосування обраного запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або його зміну на більш м'який запобіжний захід, про що постановляє ухвалу.

У зв'язку з цим слід наголосити на необхідності розрізнення міжнародного і міждержавного розшуку. Міждержавний розшук здійснюється на підставі Договору між державами-членами СНД від 10 грудня 2010 р. Такий розшук здійснюється тільки на території цих

держав і являє собою комплекс оперативно-розшукових, пошукових та інформаційно-аналітичних заходів, спрямованих на встановлення місця знаходження осіб, які вчинили злочини і ухиляються від органів досудового слідства та суду. Оголошення особи у міждержавний розшук відповідно до КПК не може розглядатися як підстава для обрання заочно щодо цієї особи запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. На відміну від міждержавного розшуку, міжнародний розшук здійснюється з ініціативи правоохоронних органів України каналами Інтерполу. Міжнародному розшуку підлягають: - особи, які виїхали за межі України і ухиляються від кримінальної відповідальності та відбуття покарання за злочини, за які згідно з чинним законодавством або судовим вироком, що набув законної сили, передбачено (призначено) покарання у вигляді позбавлення волі на термін не менше шести місяців; — іноземці та особи без громадянства, які перебувають в Україні і щодо яких отримана інформація про скоєння ними злочинів на території інших держав. Підставою для міжнародного розшуку громадян України є запит правоохоронного органу, надісланий до НЦБ. Міжнародний розшук не замінює собою міждержавний розшук в межах держав-учасників СНД і може здійснюватись паралельно з ним.

Таким чином, міжнародний розшук і міждержавний розшук мають різні правові наслідки, зокрема, що стосується можливості обрання стосовно розшукуваної особи запобіжного заходу в вигляді тримання під вартою.

За загальним правилом, обираючи тримання під вартою, слідчий суддя, суд зобов'язані встановити розмір застави, який має бути співрозмірним тяжкості вчиненого злочину. Будь-яких винятків стосовно цього правила ст. 193 КПК не передбачає. Разом із тим, уявляється, що при обранні даного запобіжного заходу стосовно особи, яка оголошена у міжнародний розшук, втрачається сенс у цій процедурі. Уявляється, що це є досить складною процесуальною ситуацією, яка, імовірно, потребує свого нормативного вирішення.

КПК не передбачає проведення виїзного судового засідання для розгляду клопотання слідчого, прокурора про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Між тим, практика свідчить про необхідність такої особливої процесуальної форми, яка, безумовно, має винятковий характер, зокрема, у тих випадках, коли підозрюваний знаходиться в лікарні, а строк його затримання закінчується.

Потребує свого вирішення і питання участі потерпілого та його представника в судовому засіданні по розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу, а також надання йому права апеляційного оскарження ухвали слідчого судді. Така участь є важливою процесуальною формою захисту інтересів потерпілого, відсутність якої, безумовно, негативно позначається на рівні його правової захищеності.

ВОЛОШИНА В. К.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального процесу, кандидат юридичних наук, доцент

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРИНЦИПУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА СВОБОДУ ТА ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАННІСТЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Особиста недоторканність кримінальному процесі включає в себе фізичну недоторканність, психічну недоторканність, моральну недоторканність.

Фізична недоторканність означає, що ніхто не може бути позбавлений волі, заарештований, затриманий по підозрінню у вчиненні злочину, підданий особистому обшуку або примусовому приводу інакше як на підставі і в порядку, передбаченому законом. Недоторканність особи передбачена міжнародними стандартами з прав людини (ст. 9 Міжнародного Пакту про громадянські й політичні права, ст. 5 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод).

Гарантії фізичної недоторканності людини передбачені й внутрішнім законодавством, зокрема, Конституцією України, Цивільним кодексом України, КПК України. Слід зазначити, що норми КПК України не узгоджені із нормою ст. 29 Конституції України, ст. 5 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод щодо підстав затримання. Відповідно до ст. 29 Конституції України, особа може бути затримана у разі нагальної необхідності запобігти злочину чи його перепинити. Як правильно вказується у літературі, це положення є не зовсім вдалим. А як же бути у разі необхідності затримання особи, яка вже вчинила закінчений злочин і намагається втекти? Норми КПК не передбачають такої підстави затримання, як наявність нагальної необхідності запобігти злочину. В той же час у Конституції України передбачена лише одна підстава затримання, закріплена у ст. 207 КПК, а саме якщо особу застали при вчиненні або замаху на вчинення кримінального правопорушення, тобто коли затримання є засобом перепинення кримінального правопорушення і буде відповідати ст. 29 Конституції України. Таким чином, треба сказати, що норми КПК України частково відповідають ст. 5 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод та ст. 29 Конституції України.

Слід зазначити, що взяття під варту, затримання, домашній арешт, особистий обшук, привід, особисте зобов'язання не вичерпують тих заходів, які обмежують фізичну недоторканність особи. До них відносяться також поміщення у приймальник-розподільник для дітей, примусове поміщення особи до лікувального закладу про проведення стаціонарної медичної чи психіатричної експертизи, освідчування, відібрання зразків для порівняльного дослідження.

Психічна недоторканність забезпечується, зокрема, нормою ч. 3 ст. 28 КУ та ст. 11 КПК. Положення цього принципу знаходять своє відображення у багатьох нормах КПК, так, наприклад, ч. 2. ст. 87, ст.ст. 224, 226, 241 КПК та інші.

Безумовно, погроза є проявом психічного насильства щодо особи. Погроза може застосовуватися як прямо, так і безпосередньо, шляхом пропонування певних «угод», «домовленостей» підозрюваному, обвинуваченому, свідку, потерпілому, із зазначенням негативних наслідків відмови від запропонованих дій. Але, недолік цієї норми у тому, що незрозуміло, які саме незаконні заходи не можна застосовувати для отримання показань, у тому числі й ті, що порушують психічну недоторканність особи.

Дотримання моральної недоторканності полягає у недоторканності честі та гідності особи. Поняття «гідність», як правило, зв'язується з уявленням про гордість і власного «я» людини, тобто достоїнство особистості, виражається у власній самооцінці людини. Честь зв'язується з конкретним суспільним становищем людини і визнаними за ним моральними заслугами. Тому гідність кожної людини й громадянина рівносильно, а честь — ні. Синонімами слова «честь» є репутація, добре ім'я, престиж, авторитет.

Морально — нравствені категорії «честь», «гідність» людини виступають як об'єкти правового захисту, правового забезпечення як на міжнародно-правовому рівні, так і на рівні національного законодавства. До норм, спрямованих на охорону гідності особистості варто віднести право на гуманний обіг і повагу гідності людини і його прав (ст. ст. 5, 12, п. 2 ст. 29 Загальної декларації прав людини; ст. ст. 2, 7, 10 Міжнародні пакти про цивільні й політичні права; Декларація про захист всіх осіб від катувань і інше жорстоке, нелюдське або принижуюче гідність видів поводження й покарання; Мінімальні стандартні правила поводження з ув'язненими; Кодекс поводження посадових осіб по підтримці правопорядку; ст. 4 Декларації основних принципів правосуддя для жертв злочинів і зловживання властю).

На нашу думку, вищезазначене положення щодо поваги честі й гідності особи її прав та законних інтересів є елементом принципу забезпечення права на свободу та особисту недоторканність, і тому ці принципи повинні бути об'єднані в один.

Принцип забезпечення права на свободу та особисту недоторканність у кримінальному провадженні можна визначити як правове положення, яке виражає вимогу застосування заходів забезпечення кримінального провадження та провадження слідчих (розшукових) дій, які містять елементи примусу, не інакше як на підставі і в порядку, передбаченому законом, з метою недопущення незаконного обмеження або порушення фізичної, психічної або моральної недоторканності фізичної особи.

ГЛОВЮК І. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального процесу, кандидат юридичних наук, доцент

ПОВНОВАЖЕННЯ ПРОКУРОРА ТА КЕРІВНИКА ОРГАНУ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ (У КОНТЕКСТІ ЗАКОНОПРОЕКТНИХ ПРОПОЗИЦІЙ)

Ст. 36 КПК 2012 р. передбачила, що прокурорський нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування здійснюється у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням. Більша частина повноважень прокурора у стадії досудового розслідування, викладених у ст. 36 КПК, має керівний характер (п. 2–5, 7–10, 16–19 ч. 2 ст. 36 КПК).

Натепер існують законодавчі пропозиції щодо, як указано у пояснюваних записках, ліквідації процесуального керівництва прокурора під час досудового розслідування із залишенням функцій нагляду та розширення повноважень керівника органу досудового розслідування в частині витребування проваджень та скасування незаконних рішень слідчого (Проект Закону про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо слідчих, що здійснюють досудове розслідування (№ 4444 від 14.03.2014 р.), Проект Закону про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо слідчих, що здійснюють досудове розслідування (№ 4444–1 від 25.03.2014 р.)).

Пропозиції змін та доповнень до ч. 2 ст. 36 КПК викликають певні питання та зауваження. Аналізуючи у цілому пропозицію щодо ліквідації процесуального керівництва прокурора під час досудового розслідування із залишенням функцій нагляду, зазначимо, що навіть на доктринальному рівні, по-перше, є дискусійним питання щодо розмежування повноважень прокурора щодо нагляду та керівництва, що походить із дискусій про можливість ідентифікації процесуального керівництва як окремої кримінально-процесуальної функції, поряд із процесуальним керівництвом; по-друге, не надано чітких критеріїв розмежування таких повноважень. Крім того, відмітимо, що керівні повноваження прокурора, передбачені у КПК, важливі не тільки як форма реалізації конституційної функції прокуратури нагляду за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство, а й як певним чином підготовчі до судового провадження, де прокурор підтримуватиме державного обвинувачення; тобто прокурор, здійснюючи процесуальне керівництво, спрямовує розслідування на всебічне, повне і неупереджене дослідження обставин кримінального провадження, забезпечення дотримання вимог закону при провадженні процесуальних дій та прийнятті процесуальних рішень, тим самим формуючи базу для майбутнього державного обвинувачення,

яке буде викладено у обвинувальному акті. Відповідно, прокурор повинен мати ефективні заходи впливу для забезпечення обґрунтованості цього обвинувачення. Так, у Рекомендації «Роль прокуратури в системі кримінального судочинства» Res (2000) 19 зазначається, що у країнах, де поліція або знаходиться під керуванням прокуратури або де поліцейські розслідування або проводяться прокурором, чи прокурор здійснює над ними нагляд, то держава повинна вживати ефективних заходів, щоб забезпечити прокурору можливість давати поліції відповідні вказівки для ефективного виконання пріоритетів кримінальної політики, особливо що стосується рішень про те, які категорії справ повинні розглядатися прокуратурою, про способи збору доказів, роботі персоналу, про тривалість розслідування, про інформацію, надавану прокурорам, і т. д. (п. 22).

Крім того, відмітимо, що проектами пропонується позбавити прокурора і таких повноважень, як повідомлення про підозру та самостійне складання обвинувального акту, що є, як уявляється, проявом не повноважень із прокурорського нагляду, а повноважень щодо здійснення кримінального переслідування. Враховуючи, що повідомлення про підозру є основою обвинувального акту, а обвинувальний акт визначає межі судового розгляду щодо обвинувачення, яке підтримуватиме прокурор, позбавлення прокурора цих повноважень виглядає нелогічним.

Крім того, питання виникають і щодо окремих формулювань запропонованих змін та доповнень. Так, пропонується, щоб прокурор мав можливість отримати повний доступ до матеріалів, документів та інших відомостей, що стосуються досудового розслідування, за письмовою вимогою; при цьому не указується, ні до кого повинна бути звернена така вимога, ні строки її розгляду та вирішення, ні те, чи можна відмовити прокурору у задоволенні цієї вимоги.

Не можемо погодитися із пропозицією позбавити прокурора повноваження погоджувати або відмовляти у погодженні клопотань слідчого до слідчого судді про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій, чи самостійно подавати слідчому судді такі клопотання, адже саме прокурор може не допустити направлення слідчому судді незаконних, необґрунтованих та немотивованих клопотань, що, по-перше, сприятиме недопущенню порушень прав людини на більш ранньому етапі, по-друге, перешкоджатиме необґрунтованим витратам людських, часових, фінансових ресурсів при розгляді слідчим суддею таких клопотань.

Ліквідацію ряду керівних повноважень прокурора пропонується «нейтралізувати» посиленням ролі керівника органу досудового розслідування. Вважаємо, що для ефективного здійснення процесуального керівництва слід підтримати пропозицію про надання керівнику органу досудового розслідування повноваження скасовувати незаконні рішення слідчого. Хоча при цьому вважаємо необхідним передбачити

можливість оскарження рішень керівника органу досудового розслідування про скасування рішень слідчого.

Що ж стосується погодження проведення слідчих (розшукових) дій, продовження строку їх проведення, повідомлення про підозру, то, вважаємо, у даному випадку прокурорський нагляд є більш виправданим та ефективним, з одного боку, оскільки прокурор не відноситься до відомчої системи досудового розслідування, у межах якої пропонується здійснювати це погодження, по-друге, проведення слідчих (розшукових) дій є основою для формування доказової бази кримінального провадження, яка потім буде використана для формулювання обвинувачення, а прокурор, який надаватиме відповідні протоколи у суді, позбавлений важелів забезпечення законності та обґрунтованості проведення цих дій, що, відповідно, утруднюватиме оцінку ним у майбутньому допустимості та достовірності отриманих доказів.

Сумнівною є і пропозиція виключити із п. 3 ч. 2 ст. 39 КПК положення, що вказівки керівника органу досудового розслідування не можуть суперечити рішенням прокурора, адже за прокурором пропонується залишити повноваження із скасування незаконних та необґрунтованих постанов слідчих, а також приймати процесуальні рішення у випадках, передбачених КПК.

Таким чином, ідея щодо ліквідації процесуального керівництва прокурора під час досудового розслідування із залишенням функцій нагляду та розширення повноважень керівника органу досудового розслідування, викладена у проектах, потребує більш детальної розробки та узгодження із іншими нормами КПК.

ГРИНЮК В. О.

Київський національний університет ім. Тараса Шевченка,
доцент кафедри правосуддя, кандидат юридичних наук, доцент

ПРАВОВА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПОРЯДКУ ПОВІДОМЛЕННЯ ОСОБИ ПРО ПІДОЗРУ

Необґрунтоване та несвоєчасне повідомлення особи про підозру, порушення процесуального порядку його вручення може призвести до обмеження конституційних прав і свобод громадян, що є неприпустимим в кримінальному судочинстві. Саме тому поява в кримінальному провадженні інституту повідомлення про підозру зумовила виникнення цілої низки як теоретичних, так і практичних питань, які потребують вирішення.

Відповідно до ч. 1 ст. 276 КПК України повідомлення особи про підозру здійснюється у випадках: а) затримання особи на місці вчинення кримінального правопорушення чи безпосередньо після його вчинення (формальна підстава); б) обрання до особи одного із запобіжних заходів (формальна підстава); в) наявності достатніх доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення (юридична підстава). Зазначені підстави для повідомлення особи про підозру є способом надання особі процесуального статусу підозрюваного.

Підозра це думка про чию-небудь причетність до чогось негативного, сумнів у чий-небудь порядності, чесності, відданості. Підозрювати — допускати причетність кого-небудь до чогось негативного, сумніватися у порядності, чесності, відданості. Аналіз зазначених понять дозволяє зробити висновок про зв'язок виникнення підозри з діяльністю сторони обвинувачення, до якої законодавець відносить владних суб'єктів, які передбачені в п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК України. З появою підозри починається реалізація функції обвинувачення. Тільки слідчий за погодженням з прокурором чи сам прокурор наділені виключними повноваженнями щодо повідомлення особи про підозру. Таким чином, підозра — це процесуальне рішення прокурора, слідчого (за погодженням з прокурором), яке ґрунтується на зібраних доказах під час досудового розслідування, та у якому формується припущення про причетність конкретної особи до вчинення кримінального правопорушення з повідомленням про це такій особі та з роз'ясненням її прав і обов'язків.

На нашу думку, неприпустимо, при наявності підстав для винесення письмового повідомлення про підозру, не приймати цього рішення, а продовжувати виконувати відповідні слідчі (розшукові) та інші процесуальні дії за участю особи в якості свідка. Така ситуація приводить до порушення права на захист підозрюваного, а захист повинен мати місце лише там, і тоді, де і коли виникає необхідність у ньому. В такому разі сторона захисту фактично позбавляється можливості здійснити захист від підозри та не функціонує закладений законодавцем механізм реалізації права на захист підозрюваного. Особливо це яскраво проявляється в тому випадку, коли після повідомлення про підозру одразу прокурор або слідчий за його дорученням повідомляє передбачених ч. 1 ст. 290 КПК України осіб про завершення досудового розслідування та надає доступ до матеріалів досудового розслідування.

Процесуальний порядок повідомлення особи про підозру регламентується в ст. 278 КПК України. За загальним правилом письмове повідомлення про підозру вручається слідчим чи прокурором в день його складання. Для цього особа викликається до слідчого, прокурора шляхом вручення їй повістки про виклик, надіслання її поштою, електронною поштою чи факсимільним зв'язком, здійснення виклику по телефонну чи телеграмою. Відповідно до ч. 1 ст. 133 КПК України слідчий, прокурор вправі викликати під час досудового розслідування тільки

підозрюваного, свідка, потерпілого або іншого учасника кримінального провадження для допиту чи участі в іншій процесуальній дії. Але, ч. 1 ст. 42 КПК України встановлює, що підозрюваним є лише особа, якій вже повідомлено про підозру, або особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення. Не може запідозрена особа викликатись слідчим, оскільки вона не відноситься до учасників кримінального провадження (п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК України). Саме тому, на нашу думку, процесуальний порядок повідомлення про підозру належним чином не регламентовано.

Незрозумілим є порядок вручення письмового повідомлення про підозру у випадку неможливості такого вручення (ч. 1 ст. 277 КПК України). Якщо таке вручення є неможливим, значить і в інший спосіб це зробити не можна. Запідозрена особа може не з'являтися на виклики до слідчого, прокурора без поважних причин, навмисно уникати одержання повідомлення про підозру. В цьому разі до такої особи не можна застосувати привід, оскільки він застосовується до підозрюваного, обвинуваченого або свідка (ч. 3 ст. 140 КПК України), а ця особа також ще не набула офіційного статусу підозрюваного.

Аналогічні труднощі також виникають при врученні письмового повідомлення про підозру в тому випадку, коли місцезнаходження запідозреної особи невідоме чи не встановлене. Відповідно до ч. 1 ст. 281 КПК України прокурор не може в таких випадках оголосити розшук запідозреної особи, оскільки розшук оголошується тільки щодо підозрюваного, а ця особа також ще не набула офіційного статусу підозрюваного.

У випадку ухилення запідозреної особи від явки до слідчого, прокурора існує можливість обрання щодо запідозреної особи, що ухиляється від явки, на підставі ухвали слідчого судді тимчасового запобіжного заходу у вигляді затримання (ч. 2 ст. 176 КПК). Після затримання особи та доставляння її до місця проведення офіційного розслідування їй протягом 24 годин вручається повідомлення про підозру та виконуються всі інші передбачені законом дії. Норма про негайне звільнення затриманої особи, якщо їй протягом 24 годин з моменту затримання не вручено повідомлення про підозру, є конкретною й однозначною.

Законодавець не передбачає обов'язку допиту підозрюваного. Відповідно до п. 5 ч. 2 ст. 42 КПК України підозрюваний має право давати пояснення, показання з приводу підозри проти нього або у будь-який момент відмовитися їх давати. Тому в кожному кримінальному провадженні повинна бути проведена вищезазначена слідча дія. На нашу думку, після вручення особі повідомлення про підозру така особа повинна бути невідкладно допитана в якості підозрюваного.

Таким чином процесуальний порядок вручення письмового повідомлення про підозру є недосконалим та потребує деталізації. На наш погляд, законодавець повинен констатувати, що повідомлення про підозру є процесуальним рішенням, а статусу підозрюваного особа набуває

не з моменту вручення такого рішення, а з моменту його прийняття слідчим чи прокурором. Альтернативою в цьому може бути внесення змін до чинного КПК України, які б передбачали обов'язковість винесення постанови про підозру слідчим чи прокурором, а зазначена постанова вручалась запідозреній особі в порядку вручення повідомлень. Під час вручення постанови про підозру слідчий чи прокурор зобов'язані оголосити та роз'яснити її зміст, вручити її копію, роз'яснити підозрюваному його процесуальні права шляхом вручення відповідної пам'ятки. З метою забезпечення законності зазначеної процесуальної дії необхід-но скласти відповідний протокол.

ТРОФИМЕНКО В. М.

Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого,
докторант кафедри кримінального процесу, кандидат юридичних наук

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ КПК УКРАЇНИ В ПІДГОТОВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Однією із новацій КПК України, яких він містить чимало, є передбачений порядок підготовчого провадження, що являє собою первісний етап судового провадження у першій інстанції. Оскільки засадою кримінального провадження, що безпосередньо впливає на типологію сучасного кримінального процесу України, є змагальність, законодавець суттєво змінив призначення цього етапу кримінального провадження та порядок вирішення судом питань, пов'язаних із підготовкою майбутнього судового розгляду. Концептуальною новелою КПК в цій частині є також можливість ухвалення судом вироку в підготовчому судовому засіданні на підставі укладеної сторонами угоди і затвердження її судом. Такий підхід законодавця до вирішення даного питання, що спочатку викликав здивування фахівців, уявляється цілком правильним, оскільки у випадку затвердження судом угоди докази в судовому засіданні не досліджуються, а тому і немає сенсу проводити судовий розгляд кримінального провадження.

Підготовче судове засідання відбувається згідно з правилами, передбаченими КПК для судового розгляду. За загальним правилом судовий розгляд здійснюється в судовому засіданні з обов'язковою участю сторін кримінального провадження, крім випадків, передбачених законом. Особливістю підготовчого засідання щодо угоди є те, що таке провадження проводиться за обов'язковою участі сторін угоди з повідомленням інших учасників судового провадження, відсутність яких не є перешкодою для розгляду (ч. 2 ст. 474 КПК). У зв'язку з цим слід

підкреслити, що у випадках, коли в підготовчому засіданні розглядається угода про примирення, обов'язковою має бути участь її сторін, а саме — потерпілого та підозрюваного (обвинуваченого). Прокурор не є стороною цієї угоди, а тому і його участь у підготовчому засіданні в даному випадку не є обов'язковою.

Забезпечуючи змагальність судового провадження, законодавець передбачив, що матеріали досудового розслідування до початку підготовчого судового провадження до суду не надаються. Зважаючи на це, уявляється, що під час підготовчого судового засідання прокурор має заявити клопотання про долучення до обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності документів, інших матеріалів (у тому числі матеріалів досудового розслідування), що мають значення для цього провадження. Таке долучення повинно бути здійснено прокурором в найкоротший строк, оскільки після призначення справи до судового розгляду на виконання вимог п. 5 ч. 3 ст. 314 КПК головуючий повинен забезпечити учасникам судового провадження можливість ознайомитися з матеріалами кримінального провадження, якщо вони про це заявлять клопотання.

Слід мати на увазі, що подальший самостійний збір доказів сторонами кримінального провадження для представлення їх суду під час судового розгляду кримінальним процесуальним законом не передбачено. На цій стадії судового провадження збирання додаткових доказів, а саме — витребування певних речей чи документів, отримання тимчасового доступу до речей і документів, залучення експерта для проведення експертизи можливе лише шляхом заявлення суду відповідних клопотань, які вирішуються в порядку, визначеному ст. ст. 332, 333 КПК.

КПК передбачає можливі рішення суду в цій стадії кримінального провадження. Зважаючи на суттєву зміну порядку провадження на даному етапі, вони також відрізняються новелізацією порівняно із раніше чинним Кодексом. Прийняття деяких з них на практиці викликає певні питання, а тому і слід зупинитися на їх аналізі. Так, в підготовчому провадженні суд може затвердити угоду або відмовити в затвердженні угоди та повернути кримінальне провадження прокурору для продовження досудового розслідування. При цьому необхідно, звернути увагу, що в ст. 314 КПК сказано, що в такому випадку досудове розслідування повинно продовжуватися в порядку статей 468–475 КПК (тобто в особливому порядку, передбаченому для укладення угод), а в ч. 7 ст. 474 КПК йдеться про те, що в такому разі досудове розслідування продовжується в загальному порядку. У зв'язку з цим виникає питання щодо норми, яка підлягає застосуванню. При конкуренції загальної і спеціальної норми має застосовуватися спеціальна норма, а тому можна зробити висновок, що при відмові суду затвердити угоду досудове розслідування повинно продовжуватися в загальному порядку.

В цьому ж контексті слід зупинитися ще на одному питанні, яке досить часто постає на практиці, проте не має свого законодавчого вирішення. Якщо суд відмовляє в затвердженні угоди, яка направлена до суду одночасно з обвинувальним актом, він, як зазначено вище, повертає матеріали прокурору для продовження досудового розслідування. Проте у випадку фактичного його закінчення на момент направлення до суду обвинувального акту разом із укладеною угодою встановлений законом порядок втрачає сенс, а крім того, призводить до необґрунтованого зволікання із проведенням судового розгляду, чим порушується одна із засад кримінального провадження — розумні строки (ст. 28 КПК). У зв'язку з цим вбачається, що в наведених випадках прокурору необхідно заявити клопотання про продовження судового провадження в загальному порядку у зв'язку із закінченням досудового розслідування.

Ще одним рішенням суду в підготовчому засіданні може бути закриття провадження у випадку встановлення підстав, передбачених п. п. 4–8 ч. 1 або ч. 2 ст. 284 КПК. Аналіз цих підстав дозволяє дійти висновку, що йдеться про ті обставини, які не потребують перевірки та дослідження, а є очевидними і можуть бути підтверджені відповідними документами.

Також на даному етапі кримінального провадження суд може повернути обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру прокурору, якщо вони не відповідають вимогам КПК. У зв'язку з цим необхідно підкреслити, що контрольна функція суду щодо проведеного досудового розслідування суттєво змінена законодавцем порівняно із раніше чинним КПК, а точніше обмежена лише встановленням відповідності поданих до суду процесуальних рішень формальним вимогам закону до їх форми та змісту. Тому при поверненні вказаних документів прокурору суд не повинен оцінювати правильність кваліфікації слідчим, прокурором дій підозрюваного (обвинуваченого), встановлення обставин кримінального правопорушення тощо. Тим більш неприпустимим уявляється дача судом вказівок щодо усунення встановлених недоліків шляхом проведення процесуальних дій. Адже законодавець відмовився від повернення справи на додаткове розслідування, яке в концепції змагального кримінального процесу виглядає алогічним.

ПОЖАР В. Г.

Національний університет «Одеська юридична академія»
доцент кафедри кримінального процесу, кандидат юридичних наук, доцент

ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЯВКИ НЕПОВНОЛІТНІХ СВІДКІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕНІ

Одним з основних загальних положень судового розгляду є вимога безпосередності судового розгляду. Під засадою безпосередності розуміється таке загальне правило дослідження доказів у судовому розгляді, згідно з яким суд, який розглядає кримінальне провадження, зобов'язаний у судовому засіданні особисто дослідити всі докази, на підставі яких він буде вирішувати цю справу по суті і сприймати відомості про досліджувані факти безпосередньо з першоджерел цих відомостей.

Таке дослідження доказів дозволяє уникнути неповноти та перекручення інформації під час передачі відомостей, необхідних для правильного вирішення справи по суті. Вимога про безпосереднє дослідження доказів не дозволяє суду замість безпосереднього їх сприйняття обмежитися вивченням та оголошенням матеріалів провадження, в яких докази були закріплені під час проведення досудового розслідування.

Новий КПК суворо вимагає дотримання цієї засади під загрозою визнання таких доказів недопустимими. Так, згідно статті 23 КПК не можуть бути визнані доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків, передбачених КПК. Суд може прийняти як доказ показання осіб, які не дають їх безпосередньо в судовому засіданні, лише у випадках, передбачених КПК (мається на увазі зокрема випадок передбачений ст. 225 КПК). За загальним же правилом показання учасників кримінального провадження суд отримує усно в ході судового засідання.

Суд може обґрунтовувати свої висновки лише на тих показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання. Суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них. Отже, без допиту свідків в судовому засіданні, в тому числі й неповнолітніх, кримінальне провадження не може бути вирішене.

КПК поклав обов'язок забезпечення участі свідків обвинувачення на сторону обвинувачення — прокурора, з метою реалізації права сторони захисту на допит перед незалежним та неупередженим судом. Це право особи передбачено ч. 3 п.д ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, у якій визначено так зване «право конфронтації». Недотримання цього права є порушенням права обвинуваченого на захист.

Законним процесуальним засобом забезпечення присутності неповнолітніх свідків у судовому розгляді є судовий виклик (ст. 134 КПК). Суд під час судового провадження має право за власною ініціативою або за клопотанням прокурора, підозрюваного, обвинуваченого, його захисника, потерпілого, його представника здійснити судовий виклик певної особи, якщо суд встановить наявність достатніх підстав вважати, що така особа може дати показання, які мають значення для кримінального провадження, або її участь у процесуальній дії є обов'язковою.

Згідно ч. 1 ст. 135 КПК свідок викликається до суду шляхом вручення повістки про виклик, надіслання її поштою, тощо. Ч. 4 ст. 135 КПК передбачає, що повістка про виклик неповнолітньої особи, як правило, вручається її батьку, матері, усиновлювачу або законному представнику. Інший порядок вручення повістки допускається лише у випадку, якщо це обумовлюється обставинами кримінального провадження.

Норма ст. 66 КПК зобов'язує неповнолітнього свідка прибути за викликом до суду. Проте, що робити коли, він не з'являється? Розглянута вище норма ч. 4 ст. 135 КПК, передбачає лише вручення повістки про виклик неповнолітнього свідка її батьку, матері, усиновлювачу або законному представнику, проте не передбачає обов'язку цих осіб доставити неповнолітнього свідка до суду.

Крім того, згідно статті 226 КПК допит малолітньої або неповнолітньої особи проводиться у присутності законного представника, тобто його участь у судовому розгляді є обов'язковою. Але безпосередньо процесуального обов'язку законних представників з'явитися в судові засідання та забезпечити явку неповнолітнього свідка в КПК не передбачено. Цей обов'язок впливає із загальних обов'язків законних представників, передбачених Сімейним кодексом.

На практиці часто трапляються випадки неявки неповнолітніх свідків та їх законних представників. Така ситуація погіршується коли мова йде про злочини неповнолітніх де майже усі свідки неповнолітні і вони не з'являються за викликами до суду. Фактично це унеможливує розгляд справи.

Звичайно, КПК передбачає процесуальні засоби усунення цих негативних наслідків, зокрема ст. 139 КПК передбачає застосування приводу та накладення грошового стягнення за неявку без поважних причин або не повідомлення про причини свого неприбуття. Проте у випадку неявки неповнолітніх свідків, ці заходи неможливо застосувати. По-перше, згідно ст. 140 КПК привід свідка не може бути застосований до неповнолітньої особи, а по-друге, на неповнолітнього (а тим більше, малолітнього свідка) не можна накласти грошове стягнення, оскільки вони зазвичай не мають власного заробітку.

На законних представників неповнолітнього свідка також не можна накласти грошове стягнення, оскільки грошове стягнення може бути накладено на учасників кримінального провадження за невиконання

процесуальних обов'язків у випадках та розмірах, передбачених КПК, а такого конкретного випадку у КПК не передбачено. І не передбачено і такого процесуального обов'язку як забезпечення явки неповнолітнього свідка, про що ми вже зазначали.

Вихід з такої правової прогалини в рамках діючого КПК відсутній, тому вважаємо необхідним внести певні доповнення до нього задля вирішення таких ситуацій. На наш погляд, найбільш ефективним буде запровадження норми, яка б регламентувала б статус законного представника неповнолітнього свідка. Зокрема, необхідно передбачити обов'язок такого учасника провадження з'явитися для участі у процесуальних діях за участі неповнолітнього свідка та забезпечити його явку за викликом слідчого, прокурора, слідчого судді та суду. Також у ст. 139 КПК необхідно додати законних представників до переліку осіб, щодо яких можна накласти грошове стягнення та застосувати привід.

СМИРНОВ М. І.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального процесу, кандидат юридичних наук, доцент

КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ У ФОРМІ ПРИВАТНОГО ОБВИНУВАННЯ

З реалізацією диспозитивних повноважень учасників кримінального процесу пов'язане положення кримінального процесуального законодавства про можливість розпочати кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення слідчим, прокурором лише на підставі заяви потерпілого щодо кримінальних правопорушень, передбачених ст. 477 Кримінального процесуального кодексу України (далі — КПК) або його закриття у зв'язку з відмовою потерпілого, а у випадках, передбачених КПК, його представника від обвинувачення.

Набуття особою процесуального статусу потерпілого залежить від наявності фактичних та формальних підстав. Кримінальним правопорушенням має бути завдана шкода потерпілому і необхідно його звернення з відповідною заявою про вчинення кримінального правопорушення. Потерпілий у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення має права та обов'язки, передбачені ст.ст. 56–59 КПК, які виникають в особи з моменту подання заяви про вчинення щодо неї кримінального правопорушення.

При вирішенні питання про початок кримінального провадження у формі приватного обвинувачення або його закриття кримінально-правове та кримінально-процесуальне значення має волевиявлення

потерпілого. Оскільки передбачені ст. 477 КПК кримінальні правопорушення тісно пов'язані з особистими інтересами потерпілого, тому без його волевиявлення розпочати кримінальне провадження неможливо. Отже, кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення може бути розпочате лише на підставі заяви потерпілого слідчим, прокурором (ч. 1 ст. 214, ч. 1 ст. 477 КПК). Подання такої заяви є правом потерпілого, тому ніхто не може примушувати його до вчинення дій щодо звернення з відповідною заявою, яка відрізняється від інших заяв і повідомлень про вчинення кримінального правопорушення, оскільки може розглядатися як перший акт обвинувальної діяльності потерпілого у кримінальному провадженні.

Відповідно до ст. 478 КПК потерпілий має право подати до слідчого, прокурора, іншої службової особи органу, уповноваженого на початок досудового розслідування, заяву про вчинення кримінального правопорушення протягом строку давності притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення певного кримінального правопорушення.

Обов'язок розпочати досудове розслідування виникає у слідчого та прокурора невідкладно з моменту звернення потерпілого з відповідною заявою. Подання потерпілим заяви про вчинення щодо неї кримінального правопорушення виступає передумовою початку досудового розслідування.

Проведення досудового розслідування у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення є обов'язковим. Вимога щодо обов'язкового проведення досудового розслідування пов'язана з тим, що КПК значно розширений перелік кримінальних правопорушень, провадження у яких здійснюється у формі приватного обвинувачення. Серед передбачених ст. 477 кримінальних правопорушень є злочини середньої тяжкості або навіть тяжкі. Зрозуміло, що потерпілому, який не є фахівцем у галузі права дуже складно самостійно здійснити обов'язок доказування під час досудового розслідування у цієї категорії справ та ефективно підтримувати обвинувачення в суді.

У кримінальному провадженні можлива зміна публічної форми обвинувачення на приватну, якщо під час досудового розслідування буде встановлено, що вчинений злочин, передбачений ст. 477 КПК, а заява потерпілого відсутня. У такому випадку потерпілому роз'яснюється його право звернутися з заявою про вчинений злочин. У разі відсутності такої заяви кримінальне провадження закривається за п. 7 ч. 1 ст. 284 КПК у зв'язку з відмовою потерпілого від обвинувачення у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення.

В таких кримінальних провадженнях потерпілий має право підтримувати обвинувачення в суді у разі відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення.

Відмова потерпілого, а у випадках, передбачених КПК, його представника від обвинувачення є безумовною підставою для закриття

кримінального провадження (ч. 4 ст. 26, п. 7 ч. 1 ст. 284 КПК). Закриття кримінального провадження з цієї підстави можливо як на досудовому розслідування, так і під час судового розгляду. Крім того, підставою для закриття кримінального провадження у формі приватного обвинувачення є примирення між потерпілим та підозрюваним (обвинуваченим) у передбачених законом України про кримінальну відповідальність та КПК випадках. Так, у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення за ініціативою самого потерпілого або підозрюваного (обвинуваченого) може бути укладена угода про примирення, зміст якої має відповідати вимогам, передбаченим ст. 471 КПК. Потерпілий має право примиритися з підозрюваним (обвинуваченим) і укласти угоду про примирення на всіх стадіях кримінального провадження після повідомлення особі про підозру до виходу суду до нарадчої кімнати для ухвалення вироку.

Отже, порядок кримінального провадження у формі приватного обвинувачення майже не врегульований главою 36 КПК, оскільки норми, які мають регламентувати цей порядок або відсутні взагалі, або містяться у всьому КПК. Такий підхід до регламентації особливого порядку кримінального провадження та побудови глави 36 визиває зауваження. Виходячи зі змісту ст.ст. 477–479 КПК досудове розслідування і судовий розгляд таких кримінальних проваджень суттєво не відрізняється від кримінальних проваджень публічного обвинувачення. Тим не менш, можливо констатувати наявність деяких особливостей кримінального провадження у формі приватного обвинувачення, зокрема: а) кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення може бути розпочате лише на підставі заяви потерпілого; б) в таких кримінальних провадженнях потерпілий має право підтримувати обвинувачення в суді у разі відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення; в) безумовною підставою для закриття кримінального провадження у формі приватного обвинувачення є відмова потерпілого, а у випадках, передбачених КПК, його представника від обвинувачення, а також примиренні потерпілого з підозрюваним (обвинуваченим).

**ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ПОРЯДОК
ЗАСТОСУВАННЯ ПРИМУСОВИХ ЗАХОДІВ
ВИХОВНОГО ХАРАКТЕРУ В УКРАЇНІ**

Існуюча тенденція зростання кількості суспільно небезпечних діянь, вчинених неповнолітніми особами, потребує пошуку особливих прийомів, засобів та заходів впливу на них з метою попередження їх подальшої девіантної поведінки. Враховуючи наведене, а також особливості розвитку, соціально-психологічні риси неповнолітніх осіб, маючи за мету індивідуалізацію їх відповідальності, а також обрання до них дійсно ефективних заходів, що сприятимуть виправленню та перевихованню неповнолітніх чинне кримінальне законодавство передбачає можливість застосування до неповнолітніх примусових заходів виховного характеру. Перелік примусових заходів виховного характеру, які можуть бути застосовані до неповнолітніх, визначається ч. 2 ст. 105 КК України. Зазначене відповідає і Концепції розвитку кримінальної юстиції щодо неповнолітніх в Україні, схваленої Указом Президента України від 24 травня 2011 р. № 597/2011, метою якої є побудова в Україні повноцінної системи кримінальної юстиції щодо неповнолітніх, спроможної забезпечити законність, обґрунтованість та ефективність кожного рішення щодо дитини, яка потрапила у конфлікт із законом, пов'язаного з її перевихованням та подальшою соціальною підтримкою.

У зв'язку з цим вельми актуальним уявляється аналіз процесуального порядку застосування примусових заходів виховного характеру, що є доволі складним та таким, що є можливим у трьох формах:

- звільнення неповнолітніх від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру (ст. 105 КК України);
- звільнення неповнолітніх від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру (ч. 1 ст. 97 КК України);
- застосування примусових заходів виховного характеру до неповнолітніх, які до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, вчинили суспільно небезпечні діяння, що підпадають під ознаки діянь, передбачених Особливою частиною КК України (ч. 2 ст. 97 КК України).

У кожному з зазначених випадків процесуальний порядок застосування примусових заходів виховного характеру має свої особливості.

Так, згідно ст. 105 КК України звільнення неповнолітнього від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру є можливим щодо неповнолітнього, який вчинив злочин невеликої або

середньої тяжкості, якщо буде визнано, що внаслідок щирої розкаяння та подальшої бездоганної поведінки він на момент постановлення вироку не потребує застосування покарання. При цьому, якщо, за наявності підстав, передбачених ст. 105 КК України, під час досудового розслідування прокурор дійде висновку про можливість виправлення неповнолітнього без застосування кримінального покарання, він складає клопотання про застосування до неповнолітнього обвинуваченого примусових заходів виховного характеру і надсилає його до суду. Звільнення неповнолітнього від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру є можливим також і за ініціативою суду, який під час судового розгляду справи щодо неповнолітнього, яка надійшла з обвинувальним актом, за наявності підстав, передбачених ст. 105 КК України, дійде висновку про можливість виправлення неповнолітнього без застосування кримінального покарання. Під час звільнення неповнолітнього від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру суд виносить обвинувальний вирок зі звільнення неповнолітнього від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру про що має бути зазначено у резолютивній частині вироку.

Застосування до неповнолітніх примусових заходів виховного характеру із звільненням від кримінальної відповідальності є однією з передбачених кримінальним законодавством форм звільнення від кримінальної відповідальності, можливість застосування якої передбачена у разі вчинення неповнолітнім вперше злочину невеликої тяжкості або необережного злочину середньої тяжкості, якщо його виправлення можливе без застосування покарання (ст. 97 КК України). Звільнення від кримінальної відповідальності з застосуванням до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру може бути ініційоване прокурором під час досудового розслідування. При цьому, згідно ч. 2 ст. 286 КПК України, прокурор складає клопотання про звільнення від кримінальної відповідальності та без проведення досудового розслідування у повному обсязі надсилає його до суду. Крім того, звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру можливе і в ході судового розгляду справи про кримінальне правопорушення неповнолітнього, яка надійшла з обвинувальним актом. У разі, якщо суд дійде висновку про можливість звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності з застосуванням до нього примусових заходів виховного характеру, він в порядку, передбаченому Главою 29 КПК України постановляє відповідну ухвалу.

Щодо неповнолітніх, які вчинили суспільно небезпечні діяння у віці від одинадцяти років до досягнення віку, з якого можливе притягнення до кримінальної відповідальності, застосування примусових заходів виховного характеру є єдиним за передбачених кримінальним законом заходів примусу. Судовий розгляд таких справ здійснюється в порядку,

передбаченому ст. 500 КПК України, та, за відсутності підстав до закриття провадження, завершується постановленням судового рішення у формі ухвали про застосування примусових заходів виховного характеру або про відмову в їх застосуванні.

На відміну від перших двох з розглянутих форм застосування примусових заходів виховного характеру, остання не вимагає отримання згоди неповнолітнього та його законного представника на їх застосування.

У разі надходження до суду угоди про визнання винуватості або про примирення з узгодженим між сторонами звільненням неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого від кримінальної відповідальності відповідно до ст. 97 КК чи від покарання згідно зі ст. 105 КК із застосуванням в обох випадках примусових заходів виховного характеру суд, керуючись п. 1 ч. 7 ст. 474 КПК, має відмовити у затвердженні угоди, оскільки вирішення питання про звільнення як від кримінальної відповідальності, так і від покарання, відповідно до змісту статей 471, 472 КПК, не може бути предметом домовленостей (угоди) сторін, крім випадку звільнення від відбування покарання з випробуванням.

КІЦЕН Н. В.

Чернівецький факультет
Національного університету «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін, кандидат юридичних наук

НЕПОВНОТА СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ ЯК ПІДСТАВА ДЛЯ ЗМІНИ ТА СКАСУВАННЯ СУДОВОГО РІШЕННЯ У АПЕЛЯЦІЙНОМУ ПОРЯДКУ

Неповнота судового розгляду (ст. 410 КПК) може тягнути за собою як зміну, так і скасування судового рішення суду першої інстанції у апеляційному порядку.

Слід зазначити, що коло випадків, що свідчать про неповноту судового розгляду у ст. 410 КПК 2012 р., зменшено порівняно із КПК 1960 р. Так, у ст. 368 КПК 1960 р. указувалися ще такі випадки: коли не були допитані певні особи, не були витребувані і досліджені документи, речові та інші докази для підтвердження чи спростування обставин, які мають істотне значення для правильного вирішення справи; коли не були досліджені обставини, зазначені в ухвалі суду, який повернув справу на додаткове розслідування або на новий судовий розгляд, за винятком випадків, коли дослідити їх було неможливо; коли не були з'ясовані з достатньою повнотою дані про особу засудженого чи виправданого. Як видно, КПК 2012 р. визнає неповним судовий розгляд у разі, якщо

судом були відхилені клопотання учасників судового провадження, які стосувалися доказової бази, по суті, перекладаючи забезпечення повноти судової розгляду у першу чергу на сторони. Крім того, випадки, коли не були з'ясовані з достатньою повнотою дані про особу засудженого чи виправданого, КПК 2012 р. прямо не визнаються як такі, що свідчать про неповноту судового розгляду.

До обставин, з'ясування яких може мати істотне значення для ухвалення законного, обґрунтованого та справедливого судового рішення, відносяться усі обставини, що входять до предмету доказування та перелічені у ст. 91 КПК. Як роз'яснив Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі — ВССУ), слід враховувати, що неповнота судового розгляду може бути встановлена також у разі: 1) якщо належно не з'ясовано обставини, що характеризують об'єкт і об'єктивну сторону злочину; 2) всебічно і повно не досліджено ознаки, на підставі яких встановлюється суб'єкт і суб'єктивна сторона злочину; 3) поверхово досліджено відомості про особу обвинувачуваного, обставини, що пом'якшують чи обтяжують покарання; 4) не з'ясовано наявність/відсутність обставин, що виключають притягнення особи до кримінальної відповідальності; 5) недостатньо досліджено характер і розмір заподіяної шкоди; 6) не встановлено роль кожного обвинуваченого у вчиненні кожного епізоду злочину; 7) не виявлено причини й умови, що сприяли вчиненню злочину, якщо це має істотне значення для справи; 8) не вжито заходів щодо перевірки показань заінтересованих учасників провадження, що покладені в основу судового рішення; 9) не з'ясовано причини істотних протиріч у доказах; 10) висновки суду побудовано на припущеннях; 11) не проведено необхідні слідчі дії; 12) неповно досліджено версії обвинувачення або захисту; 13) суд необґрунтовано обмежився оголошенням показань свідків, не допитавши їх; 14) не з'ясовано обставини, що мають значення для початку досудового розслідування щодо осіб, причетних до злочину, встановлення ролі яких може вплинути на ступінь винуватості засуджених осіб (п. 17 Інформаційного листа «Про деякі питання порядку здійснення судового провадження з перегляду судових рішень у суді апеляційної інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» від 21.11.2012 р.). Тим самим, враховуючи формулювання, вжите у Листі: «неповнота судового розгляду може бути встановлена також у разі», можна стверджувати про те, що ВССУ, по суті, доповнив перелік випадків, коли судовий розгляд може бути визнаний неповним.

КПК прямо не вказує, чи може суд апеляційної інстанції призначити новий розгляд в суді першої інстанції у разі встановлення неповноти судового розгляду. У науково-практичних коментарях надані різні рекомендації із цього питання. Так, зазначається, що відповідно до ст. 415 КПК неповнота судового розгляду не належить до підстав для призначення нового розгляду в суді першої інстанції. (Кримінальний

процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. Т. 2 / Є. М. Блажівський, Ю. М. Грошевий, Ю. М. Дьомін; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. — Х.: Право, 2012. — С. 221). Відмічається, що суд апеляційної інстанції наділений достатніми повноваженнями для усунення неповноти судового розгляду, а тому зазначена підстава не може мати наслідком скасування судового рішення із призначенням нового розгляду у суді першої інстанції (Науково-практичний коментар до Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 року / За ред. О. А. Банчука, Р. О. Куйбіди, М. І. Хавронюка. — Х.: Фактор, 2013. — С. 736).

До речі, ст. 374 КПК 1960 р. таке повноваження також прямо не передбачалося, що не заважало повертати справи на новий судовий розгляд при встановленні неповноти судового слідства.

З іншого боку, указується: якщо неповноту дослідження обставин вчиненого кримінального правопорушення допущено при проведенні судового розгляду, судові рішення скасовується і провадження направляється на новий судовий розгляд (Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За заг. ред. В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. — К.: Юстініан, 2012. — С. 854).

Апеляційний суд, враховуючи його можливість провести дослідження обставин кримінального провадження та доказів, повинен вжити заходів для усунення неповноти судового розгляду у апеляційному провадженні. Однак його повноваження при цьому є обмеженими, адже, у відповідності до ч. 3 ст. 404 КПК, суд апеляційної інстанції зобов'язаний повторно дослідити обставини, встановлені під час кримінального провадження, за умови, що вони досліджені судом першої інстанції не повністю або з порушеннями, та може дослідити докази, які не досліджувалися судом першої інстанції, виключно якщо про дослідження таких доказів учасники судового провадження заявляли клопотання під час розгляду в суді першої інстанції або якщо вони стали відомі після ухвалення судового рішення, що оскаржується, лише за клопотанням учасників судового провадження. За відсутності таких клопотань він реально позбавлений можливості усунути неповноту судового розгляду і змінити вирок або ухвалу суду першої інстанції. Виникає питання, що суд апеляційної інстанції має робити у таких випадках. Вважаємо, що у подібних випадках апеляційний суд повинен мати можливість прийняти рішення про призначення нового розгляду у суді першої інстанції; у протилежному випадку виправити судову помилку буде неможливо, оскільки суд апеляційної інстанції не в змозі усунути неповноту судового розгляду, з одного боку, а з іншого — не має повноважень призначити новий розгляд у суді першої інстанції. Тому пропонуємо ч. 1 ст. 415 КПК доповнити п. 4 такого змісту:

«4) встановлено неповноту судового розгляду, яка не може бути усунена в апеляційному розгляді».

СТОЯНОВ М. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального процесу, кандидат юридичних наук, доцент

НОРМАТИВНІ ПІДСТАВИ ФУНКЦІОНУВАННЯ КОНЦЕПЦІЙ ДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ В УМОВАХ ДІЇ НОВОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Як відомо, новим Кримінальним процесуальним кодексом України (далі за текстом — КПК) суттєво змінено концептуальний підхід до правового регулювання інституту допустимості доказів у кримінальному провадженні. Це стосується як впровадження надбань теорії доказів — нормативне визначення поняття допустимості доказів, встановлення процесуального порядку та наслідків визнання доказів недопустимими тощо — так і появу, на наш погляд, невластивих вітчизняній доктрині правових конструкцій — недопустимість доказів та відомостей, які стосуються особи підозрюваного та обвинуваченого, умови використання показань з чужих слів і т. д.

В таких умовах нагальним є питання переосмислення наявності нормативного підґрунтя функціонування напрацьованим наукою кримінального процесуального права концепцій (теорій) допустимості доказів. Зважаючи на обмежений обсяг, в цій праці зупинимось винятково на двох концепціях допустимості доказів — мова піде про найпоширеніші у науковому середовищі та практики застосування норм кримінального процесуального законодавства, а саме про так звану теорію «плодів отруєного дерева» та концепцію асиметрії правил допустимості доказів.

У вузькому сенсі доктрина «плодів отруєного дерева» зводиться до заборони використання даних, отриманих на підставі або з використанням доказів, визнаних недопустимими. В цьому значенні доктрина пов'язується з проблемою використання доказів, хоча і законних за формою, але збиткових за змістом. Слід зазначити, що до прийняття та набуття чинності новим КПК названа теорія не мала нормативного визначення, але її положення фактично використовувалися на практиці при вирішенні питання допустимості (недопустимості) отриманих фактичних даних (див., наприклад, вирок Військового місцевого суду Черкаського гарнізону від 24 січня 2009 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу в мережі Інтернет: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/4510112>).

Положення означеної теорії знайшли своє відображення у чинному КПК. Так, відповідно до частини першої статті 87 КПК недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою

України, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини. При цьому слід особливо наголосити на тому, що за основу нормативного відображення теорії «плодів отруєного дерева» узятя північноамериканське розуміння відповідної теорії (див. Шестакова С. Д. Допустимость доказательств в уголовном процессе России и США // Уголовное право. — 2004. — № 3. — С. 101), яке спирається на те, що не будь-яке порушення процесуальної форми тягне визнання отриманої інформації недопустимою, а лише порушення конституційних прав особи. Такий підхід видається нам цілком виправданим.

Слід також додати, що законодавець, крім визначення теорії «плодів отруєного дерева» в загальному вигляді, вдався до регламентації положень цієї концепції стосовно окремого джерела доказів — висновку експерта. Так, відповідно до частини п'ятої статті 101 КПК висновок експерта не може ґрунтуватися на доказах, які визнані судом недопустимими, що, безумовно, також свідчить про впровадження постулатів теорії «плодів отруєного дерева» у чинне кримінальне процесуальне законодавство.

Щодо концепції асиметрії правил допустимості доказів варто зазначити, що в тексті КПК свого повного та необхідного відбиття. Фактично, конституційне положення про неможливість обґрунтування обвинувачення доказами, що отримані незаконним шляхом (частина третя статті 62 Конституції України), було відтворено у положеннях частини третьої статті 17 КПК — підозра, обвинувачення не можуть ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом. Такий стан нормативного регулювання вищезазначеної концепції уявляється недостатнім, адже не містить суттєвих вихідних положень. В силу положень чинного КПК, відповідно до яких збирання доказів здійснюється не тільки стороною обвинувачення, як це фактично було до зміни кримінального процесуального законодавства, а й стороною захисту та потерпілим (а на наш погляд й судом, слідчим суддею, цивільним позивачем/відповідачем), реалізація положень теорії асиметрії допустимості доказів видається проблематичним. У зв'язку з цим, ми вважаємо за необхідне зміну нормативного регулювання вказаної концепції у КПК.

Отже, незважаючи на суттєве збільшення обсягу нормативної бази функціонування концепції «плодів отруєного дерева» та «асиметрії» правил допустимості доказів, останні потребують не тільки подальшої наукового розроблення, але й законодавчого врегулювання.

ПІДГОРОДИНСЬКА А. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального процесу, кандидат юридичних наук

СУТНІСТЬ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ІНОЗЕМНИХ СУДІВ ТА МІЖНАРОДНИХ СУДОВИХ ОРГАНІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Право кожної держави, виходячи з принципу суверенітету, за загальним правилом передбачає рішення іноземних судів, які не мають на його території обов'язкової сили.

Визнання та виконання іноземних судових рішень має велике значення у всіх сферах суспільного життя: в економічній, у правовій тощо. Цілі правосуддя можуть бути реалізованими тільки у тому випадку, коли рішення, винесені компетентним судом, виконуються. У випадку, коли мова йде про іноземне судове рішення, то необхідною умовою майбутнього виконання є його визнання відповідними компетентними органами запитуваної держави і звернення до виконання (у сферу виконавчої юрисдикції).

Аналіз міжнародно-правових документів та спеціальної літератури дозволяє зробити висновок про те, що, реалізуючи досліджувану форму співробітництва у сфері кримінального процесу, можливим є визнання та виконання таких рішень: обвинувальних вироків, які набули законної сили (щодо санкцій, які включають позбавлення волі, штрафи та конфіскації, позбавлення прав; у тому числі і шляхом нагляду за умовно засудженими та умовно звільненими); інших процесуальних (у тому числі і судових) рішень компетентних органів іноземної держави в процесі реалізації договірних відносин у сфері кримінального процесу (рішення про виконання рішення про застосування примусових заходів медичного характеру; постанови про утримання особи під вартою; рішення про тимчасовий арешт для подальшої видачі та інші рішення, виконання яких є необхідним для ефективної реалізації певної форми співробітництва).

Як зазначає Т. Я. Хабрієва, у міжнародному праві немає прямих норм, які зобов'язували б визнавати й виконувати іноземні судові рішення. Однак держави загалом визнають і виконують їх, визначаючи при цьому умови та обсяг виконання (Хабрієва Т. Я. Международное сотрудничество в области признания и исполнения иностранных судебных решений /Т. Хабрієва // Журнал российского права. — 2006. — № 8. — С. 4–6), тобто є необхідність у визнанні та виконанні іноземних судових рішень для забезпечення ефективного співробітництва та досягнення мети судочинства. Держави визнають це, домовляючись одна з одною. При цьому визначається спеціальна процедура, умови, за яких стає можливим визнання та виконання іноземних судових рішень.

Передумовою виконання судового рішення є його визнання. Під визнанням необхідно розуміти поширення юридичної сили рішення іноземного суду на територію України у порядку, передбаченому законодавством (таке визначення давалось у Законі України «Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів», який втратив чинність у зв'язку із набранням сили новим ЦПК).

Європейська конвенція про міжнародну чинність кримінальних вироків 1970 р. не дає визначення «визнання судових рішень», але у назві самої Конвенції передбачається безпосередня чинність (що включає визнання) кримінальних вироків між договірними сторонами.

Указана Конвенція 1970 р. визначає порядок виконання європейських судових рішень у кримінальних справах, регламентуючи загальні умови виконання, застосування тимчасових заходів у визначених випадках щодо засуджених осіб, порядок виконання санкцій, а також міжнародні наслідки європейських судових рішень у кримінальних справах.

Вважаємо, що під визнанням необхідно розуміти поширення юридичної сили рішення іноземного суду або міжнародного судового органу (установи) на територію запитованої держави у порядку, передбаченому законодавством останньої. Під виконанням рішення іноземного суду, у свою чергу, слід розуміти застосування всіх можливих законних засобів для реалізації положень міжнародних договорів, запитів про виконання таких рішень у запитованій державі у порядку, передбаченому національним законодавством останньої.

Визнання та виконання рішень може бути складовою частиною (елементом), способом (методом) здійснення іншого провадження. У цьому випадку йдеться про те, що всередині окремого інституту функціонує певна система правових норм різних видів, які спрямовані на реалізацію завдань та цілей цього основного інституту та разом з тим мають самостійне значення для регулювання інституту визнання та виконання іноземних процесуальних (судових) рішень, які виносяться уповноваженими органами і потребують визнання та виконання органами запитованої держави. Адже без такого визнання та виконання втрачається сенс використання певного виду співробітництва.

Таким чином, визнання та виконання рішень іноземних судів, як частина провадження, спрямовані на забезпечення виконання, по-перше, взятих на себе договірних зобов'язань у визначеній міжнародним договором сфері; по-друге, на безпосереднє поширення на територію запитованої держави юридичної сили відповідного рішення і таким чином на певну сферу суспільних відносин, які регулюються міжнародними договорами, і на кінцевий результат такого міжнародного співробітництва.

Слід зазначити, що визнання та виконання рішень іноземних судів та міжнародних судових органів може бути самостійним провадженням.

У такому випадку мова може йтися тільки про визнання та виконання остаточних рішень (вироків) іноземної держави або міжнародної кримінальної судової установи (наприклад, Міжнародного кримінального суду). Правову основу регулювання такого провадження становлять Європейська конвенція про міжнародну дійсність кримінальних вироків 1970 р., Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах 1993 р., Додатковий протокол до неї, Римський статут Міжнародного кримінального суду, відповідні національні законодавства держав.

ЛУКАШКІНА Т. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального процесу

**УМОВИ ТА ПІДСТАВИ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНИХ
ЗАХОДІВ ЗА ЧИННИМ КПК УКРАЇНИ**

Серед заходів забезпечення кримінального провадження особливе місце посідають запобіжні заходи як такі, що істотно обмежують особисті права підозрюваного, обвинуваченого. Запобіжні заходи визначають як превентивні заходи процесуального примусу попереджувального характеру, пов'язані з позбавленням або обмеженням свободи підозрюваного, обвинуваченого, які за наявності підстав та в порядку, встановленому законом, застосовуються під час кримінального провадження слідчим суддею, судом з метою забезпечення їх належної процесуальної поведінки (Уголовный процессуальный кодекс Украины. Научно-практический комментарий / Отв. ред.: С. В. Кивалов, С. Н. Мищенко, В. Ю. Захарченко. — Х.: Одиссей, 2013. — С. 379). Важливою запорукою законності та обґрунтованості застосування цих заходів є, зокрема, чітке визначення в КПК умов та підстав їх застосування, а також вказівок щодо необхідності врахування деяких обставин для обрання конкретного запобіжного заходу.

На жаль, чинний КПК не достатньо послідовно та чітко регулює ці питання.

На наш погляд, доцільно, аналізуючи відповідні статті КПК, а також застосовуючи їх, тобто вирішуючи питання про обрання запобіжного заходу, виділяти: **мету** обрання запобіжних заходів; **умови** обрання запобіжних заходів; **підстави** обрання запобіжних заходів; **обставини**, які слід враховувати при обранні запобіжних заходів.

Метою застосування запобіжного заходу згідно з ч. 1 ст. 177 КПК є забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених

на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання спробам вчинити дії, які перешкоджатимуть кримінальному провадженню. Отже, мета застосування запобіжного заходу — це очікуваний результат застосування такого заходу забезпечення кримінального провадження (виконання підозрюваним процесуальних обов'язків, не вчинення дій, що перешкоджатимуть кримінальному провадженню). Причому, такого результату необхідно досягти з найменшими обмеженнями прав та законних інтересів особи, до якої застосовується відповідний захід.

Щодо визначення підстави застосування запобіжного заходу (ч. 2 ст. 177 КПК) то тут, на наш погляд, закону дещо бракує логіки. Перш за все, йдеться про підставу, а далі зазначені дві групи обставин, а саме: 1 — наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення; 2 — наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений може здійснити дії, які перешкоджатимуть кримінальному провадженню. Відповідно до ст. 194 слідчий суддя, розглядаючи клопотання про обрання запобіжного заходу, повинен встановити обставини, які свідчать про наявність зазначених підстав, а також про недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів. Ці три групи обставин аж ніяк не рівнозначні, сама по собі обґрунтована підозра не дає права обрати запобіжний захід. Про це йдеться у ч.ч. 2 і 3 ст. 194 КПК, згідно з якою слідчий суддя зобов'язаний відмовити у застосуванні запобіжного заходу якщо прокурор доведе обставини, які передбачені п. 1 ч. 1 ст. 194 — тобто наявність обґрунтованої підозри, але не доведе наявність всіх інших обставин, тобто, наявність ризиків, вказаних в ст. 177, в такому випадку слідчий суддя (суд) має право зобов'язати підозрюваного перебувати за кожною вимогою до суду чи іншого органу державної влади (чи можуть таке зобов'язання покласти на підозрюваного прокурор чи слідчий, КПК не визначає).

Деякі автори пропонують в підставі для застосування запобіжного заходу виділяти загальну та особливу складові. Загальною складовою вважають наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення, а особливою складовою — наявність ризиків, які дають достатні підстави вважати, що особа може вчинити дії, передбачені ч. 1 ст. 177 (Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар/ за загальною редакцією професорів В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. — К.: Юстініан, 2012. — С. 404). На наш погляд, **наявність обґрунтованої підозри** слід розглядати як **загальну умову** застосування запобіжного заходу. Крім того, загальною умовою є повідомлення особи про підозру (або затримання), оскільки запобіжний захід може бути обраний тільки до підозрюваного. Разом з загальними умовами, можна визначити **умови застосування конкретних запобіжних заходів**, наприклад, щодо обрання тримання під вартою до таких умов можна віднести вимоги, передбачені ч. 2 ст. 183

КПК; умовою застосування запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою злочину, за вчинення якого законом передбачене покарання у виді позбавлення волі (ч. 2 ст. 181). **До умов** застосування запобіжних заходів можна віднести і правило, відповідно до якого слід обирати найм'якший запобіжний захід, який забезпечуватиме досягнення мети запобіжних заходів.

Таким чином, умови застосування запобіжного заходу — це обставини, які дозволяють поставити та вирішити питання про застосування запобіжного заходу взагалі, а також запобіжного заходу певного виду. Відсутність загальних умов не дозволяє поставити і вирішувати питання про обрання будь-якого запобіжного заходу; відсутність умов обрання запобіжного заходу певного виду (за наявності загальних умов) не дозволяє поставити питання про обрання запобіжного заході відповідного виду (при цьому можливо буде поставити питання про обрання іншого запобіжного заходу).

Підставою застосування запобіжного заходу є, на наш погляд, встановлені слідчим суддею на підставі доказів (наданих сторонами та виступаючих слідчим суддею) **обставини**, які свідчать про **наявність одного чи кількох ризиків**, визначених ч. 1 ст. 177 КПК.

Обставини, які повинен врахувати слідчий суддя, визначені в статті 178 КПК, але перелік таких обставин теж не можна визнати досить досконалим. Так, серед обставин, що враховуються при обранні запобіжного заходу, вказано «вагомість наявних доказів про вчинення кримінального правопорушення» та «вагомість наявних доказів, якими обґрунтовуються відповідні обставини». З віднесенням зазначених даних до обставин, що враховуються при обранні запобіжного заходу, погодитись неможливо. Умови, підстави та обставини, що враховуються при обранні запобіжного заходу, складають локальний предмет доказування, тобто це — певні обставини. А от «вагомість» доказів — поняття, яке стосується процесу доказування, точніше — наявності доказів та їх оцінки. Докази необхідні для встановлення всіх обставин, які складають локальний предмет доказування. До того ж вводити поняття «вагомість» доказів недоцільно, адже КПК застосовує поняття належність, допустимість та достовірність доказів, а також достатність доказів для ухвалення певного рішення (ст. 94 КПК).

В розглядуваній статті зазначено як обставину «тяжкість покарання, що загрожує особі». На наш погляд, слід вести мову про характер та ступінь тяжкості злочину, в якому особа підозрюється, адже покарання буде визначати суд з урахуванням тих обставин (пом'якшуючих та обтяжуючих), які на момент обрання запобіжного заходу можуть бути ще не встановленими.

Замість даних про «репутацію підозрюваного» доцільно вести мову про дані, які характеризують особистість, адже такі дані повинні бути більш-менш об'єктивними, а репутація відображує суб'єктивну думку

певних осіб, до того ж, в різних осіб може бути різна думка щодо особистості підозрюваного.

Вважаємо, що більш чітко визначення умов та підстави застосування запобіжних заходів, а також переліку обставин, які необхідно врахувати, вирішуючи питання про обрання запобіжного заходу, сприятиме вдосконаленню законодавства і, відповідно, підвищенню рівня його застосування.

ШИЛІН Д. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального процесу, кандидат юридичних наук, доцент

СПІВВІДНОШЕННЯ ПРЕЮДИЦІЇ З ФІКЦІЄЮ, ПРАВОВОЮ АКсіОМОЮ ТА ВЕРсіЄЮ

Преюдиція та фікція. Фікція є засобом юридичної техніки, яке являє собою неіснуюче положення, визнане законодавством існуючим і яке стало у силу цього загальнообов'язковим (Малько А. В. Теория государства и права в вопросах и ответах: Учебно-методическое пособие / Малько А. В. — М.: Юристъ, 1999. — С 244). Тобто сутністю фікції є те, що неіснуючий факт або явище нормативно визнається наявним для забезпечення стабільності правового регулювання. Тобто фікція є своєрідним спрощеним засобом, яке використовується у прийнятті того чи іншого положення як істинного. До ознак правових фікцій можна віднести: універсальність; нормативне закріплення у нормах права; неспростовність; явна умовність; особливе цільове призначення в механізмі правового регулювання; здатність фікцій викликати одна одну (Уляновська О. В. Основні ознаки правової фікції / О. В. Уляновська // Сучасний правопорядок: національний, інтегративний та міжнародний виміри: Тези доповідей Міжнародної науково-практичної конференції / За заг. ред. Ю. М. Оборотова. — О.: Фенікс, 2008. — С. с. 39–40). У межах кримінального процесу фікціями є, наприклад, теорія плодів отруєного дерева. Необхідно підкреслити, що предметом фіктивних положень є суспільні відносини, що потребують правового регулювання, а самі правові фікції використовуються як крайня міра, тобто тоді, коли вичерпані усі інші можливі засоби врегулювання конкретних суспільних відносин. Фікція за своєю природою є неспростовною та імперативною, оскільки так бажає законодавець. Не можна доводити відсутність існування фікційного факту.

Фікція, як і преюдиція, є формальним засобом доказування, а ширше — засобом юридичної техніки. Фікція, як і преюдиція, являє собою

різновид передрішення, однак, на відміну від преюдиції, передрішення нормативного, а не правозастосовчого. Загальною ознакою преюдиції та фікції є їх неспростосвність. Крім того, і фікція, і преюдиція є засобами процесуальної економії.

На відміну від фікції, у межах якої факт може бути неістинним, істинність преюдиціальних фактів повинна не викликати сумніви для того, щоб використати преюдицію як доказове правило. Тобто фікційні факти завжди мають імовірний характер, а преюдиціальні — достовірний. Преюдиціальність фактів підтверджується не нормативно, а у процесуальному рішенні.

Преюдиція та правова аксіома. Правова аксіома є положенням правової теорії, яка береться у дослідження як вихідне, яке не потребує доказування. Тобто аксіома є істиною, яка не потребує доказування у силу її очевидності; тобто це найбільш сталі, незмінні за своїм змістом, вироблені суспільно-історичною практикою правила (Кругликов Л. Л. Презумпции в уголовном праве (в сфере ответственности за экономические и иные преступления) / Л. Л. Кругликов, Ю. Г. Зуев. — Ярославль: Яросл. гос. ун-т, 2000. С. 920).

Аксіоматичними для кримінального процесу є правила про рівність громадян перед законом і судом (ст. 10 КПК), про «неможливість бути суддею у власній справі» (правила щодо відводів), правила про неможливість належного здійснення захисту окремими категоріями осіб (ст. 52 КПК України).

Аксіома, як і преюдиція, є формальним засобом доказування, а ширше — засобом юридичної техніки. Спільним між аксіомою і преюдицією також є те, що аксіома, як і преюдиція, являє собою різновид передрішення, вони не потребує доказування. Однак підстава цього різна: аксіома не потребує доказування внаслідок нормативного її закріплення, преюдиція — завдяки тому, що преюдиціальні факти вже були доведені у попередньому рішенні. І аксіома, і преюдиція є засобами процесуальної економії. Однак преюдиція є доказовим правилом, а аксіома використовується й у правотворчості, й у правозастосованні, й у правотлумаченні.

Преюдиція та версії. В етимологічному розумінні версія — це особливий вид припущень, одне з декількох відмінних друг від друга тлумачень певної події або факту. Ця категорія має особливе значення для розробки криміналістичних методик розслідування злочинів. Версія — це попередній умовивід про явища, що безпосередньо спостерігалися, та про їх зв'язки між собою; являє собою різновид гіпотези чи близьке до неї явище.

Версія являє собою особливий порядок імовірного рішення, припущення, що має індуктивний метод утворення. Так, наприклад, наявність у справі непрямого доказу дозволяє сформулювати як мінімум дві версії щодо пояснення певної тези.

Інколи висунення та динамічний розвиток версій у літературі розглядається як елемент процесу доказування (Лобойко Л. Н. Уголовно-процессуальное право: Учебное пособие: курс лекций / Лобойко Л. Н. — Х.: Одиссей, 2007. С. 164), хоча із цією точкою зору погодитися важко. Версія — це в першу чергу попереднє можливе знання. Воно використовується в процесі доказування лише як логічний прийом, спеціальний розумовий інструмент перевірки можливих знань про факти, а тому й не вимагає законодавчого закріплення.

Правильне вирішення кримінальної справи потребує достовірне встановлення фактів. Версії є лише етапом на шляху до цього. Тому версії попередньо завжди мають імовірний характер, але у процесі розслідування одна з них може підтвердитися. Версії обов'язково потребують перевірки для встановлення їх правильності, підтвердження доказами.

Таким чином, спільними ознаками преюдиції й версії є попередність і узагальнення. Версія, як і преюдиція у її генетичному розумінні, є різновидом передрішення.

Однак, на відміну від преюдиції, версія не вимагає законодавчого закріплення. Версія має завдання перевірки знань про факти в рамках припущення їхньої істинності. Преюдиція, навпроти, представляє правило прийняття наявних, уже перевірених та встановлених попереднім кримінальним процесуальним рішенням знань про факти. На відміну від версії преюдиція — це правило використання достовірно встановлених фактів. У випадку незастосування преюдиції не можна стверджувати про її наявність.

КОСТЮЧЕНКО О. Ю.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка,
доцент кафедри правосуддя юридичного факультету,
кандидат юридичних наук, доцент

УХВАЛА СЛІДЧОГО СУДДІ ПРО ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ ЩОДО ОСОБИ, СТОСОВНО ЯКОЇ ПЕРЕДБАЧАЄТЬСЯ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИМУСОВИХ ЗАХОДІВ МЕДИЧНОГО ХАРАКТЕРУ

До особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру, за КПК України 2012 року можуть бути застосовані судом такі спеціальні запобіжні заходи, які є одним із видів заходів забезпечення кримінального провадження: 1) передання на піклування опікунам, близьким родичам чи членам сім'ї з обов'язковим лікарським наглядом; 2) поміщення до психіатричного закладу в

умовах, що виключають її небезпечну поведінку. Наявність спеціальних запобіжних заходів виключає застосування загальних запобіжних заходів, передбачених ст. 176 КПК України. Запобіжні заходи можуть бути обрані слідчим суддею тільки після винесення слідчим, прокурором постанови про зміну порядку досудового розслідування та продовження його згідно з правилами гл. 39 КПК України. Раніше обраний запобіжний захід щодо цієї особи, якщо вона знаходилась в процесуальному становищі підозрюваного, обвинуваченого, повинен бути негайно скасований або замінений на один з двох видів спеціальних запобіжних заходів, передбачених ч. 1 ст. 508 КПК України. Вбачається, що вони можуть бути застосовані на підставі вмотивованої ухвали слідчого судді в силу необхідності, із суворо визначеною метою і в повній відповідності з діючим законодавством (гл. 18, ст. 508 КПК України). Їх застосування право, а не обов'язок суду. Вони обираються тільки для усунення перепон, які виникають при здійсненні правосуддя і з метою всебічного і об'єктивного дослідження обставин суспільно небезпечного діяння, забезпечення належного виконання завдань кримінального провадження щодо застосування ПЗМХ та надання особі, яка її потребує, психіатричної допомоги, необхідність якої встановлюється на підставі висновку психіатричної експертизи.

Ухвала слідчого судді про застосування запобіжного заходу має містити відомості про: 1) суспільно небезпечне діяння, що вчинила особа (його суть і правову кваліфікацію із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність); 2) обставини, які свідчать про існування ризиків; 3) обставини, які свідчать про недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризикам; 4) посилання на докази, які обґрунтовують ці обставини; 5) запобіжний захід, який застосовується. При обранні спеціального запобіжного заходу необхідно також враховувати ступінь психічного розладу особи, тяжкість вчиненого нею суспільно небезпечного діяння, вік, рід занять, наявність близьких родичів, інші обставини. Ці відомості необхідні для того, щоб обрати відповідний запобіжний захід, забезпечити явку до слідчого і до суду, і насамперед її належну поведінку і своєчасне надання медичної допомоги.

Передання особи на піклування опікунам, близьким родичам чи членам сім'ї можливе лише за їх згоди. Однак, слід звернути увагу, що слідчому, прокурору при ініціюванні вирішення питання слідчим суддею про застосування запобіжного заходу у вигляді передання на піклування опікунам, близьким родичам чи членам сім'ї з обов'язковим лікарським наглядом, доцільно зібрати відомості про особу опікунів, близьких родичів та членів сім'ї, їхні стосунки, щоб бути впевненим в тому, що вони зможуть виконати покладені на них обов'язки у зв'язку із застосуванням відповідного запобіжного заходу. Такі особи повинні бути сумлінними, викликати у довіру, оскільки саме така особа, на яку

покладаються обов'язки, повинна бути здатною здійснювати постійний контроль за поведінкою особи, яка має психічне захворювання або розлад психічної діяльності. Також ще однією важливою умовою щодо застосування саме такого запобіжного заходу є — це обов'язковий лікарський нагляд, який повинен відбуватися в межах психіатричної допомоги.

При вирішенні питання про обрання запобіжного заходу у вигляді поміщення особи до психіатричного закладу в умовах, що виключають небезпечну поведінку особи є забезпечення надання їй стаціонарної психіатричної допомоги. Положення ст. 14 Закону України «Про психіатричну допомогу» визначає, що особа, яка страждає на психічний розлад, може бути госпіталізована до психіатричного закладу без її усвідомленої згоди або згоди її законного представника, якщо її обстеження або лікування можливі лише в стаціонарних умовах, та при встановленні в особи тяжкого психічного розладу, внаслідок чого вона, зокрема, вчиняє чи виявляє реальні наміри вчинити дії, що являють собою безпосередньою небезпеку для неї чи оточуючих. З урахуванням вимог КПК України щодо забезпечення умов, що виключають небезпечну поведінку особи, при застосуванні до неї запобіжного заходу у вигляді поміщення особи до психіатричного закладу, у рішенні суду з огляду на характер вчиненого діяння, психічного розладу та суспільну небезпеку особа слід визначити тип закладу, до якого госпіталізується особа: 1) із звичайним наглядом; 2) із посиленням наглядом; 3) із суворим наглядом.

Стосовно таких запобіжних заходів окрім закріплення загальних строків їх застосування, можливо встановлення конкретного строку їх дії. Однак цей строк не повинен перевищувати загальний строк — два місяці та максимально можливі строки продовження — до 6 місяців та 12 місяців відповідно. Надати такий вид допомоги можливо понад шість місяців (ст. 12 Закону України «Про психіатричну допомогу»), але в ухвалі про застосування цього запобіжного заходу слід конкретизувати основні моменти відповідного лікарського нагляду, а саме це стосується строку, кількості та частоту оглядів лікарем. Слідчий суддя зобов'язаний забезпечити вручення копії ухвали про обрання запобіжного заходу особі, щодо якої передбачається застосування ПЗМХ, яка має процесуальне право її отримати.

Вбачається, що ухвали слідчого судді щодо застосування спеціального запобіжного заходу — поміщення особи до психіатричного закладу в умовах, що виключають її небезпечну поведінку та продовження його застосування повинні підлягати апеляційному оскарженню під час досудового розслідування з внесенням відповідних доповнень ч. 1 ст. 309 КПК України.

МУДРАК І. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
старший викладач кафедри кримінального процесу,
кандидат юридичних наук

СУДОВА ПРОМОВА ПРОКУРОРА ПРИ ВІДМОВІ ВІД ПІДТРИМАННЯ ДЕРЖАВНОГО ОБВИНУВАННЯ

Промова прокурора з приводу відмови від підтримання державно-обвинувачення в суді як окремий вид судової промови та різновид кримінально-процесуальної комунікації має важливе значення в кримінальному судочинстві. Адже обґрунтована відмова прокурора від обвинувачення, а тим більше в судовому засіданні, свідчить про правильне розуміння прокурором свого не тільки правового, а й морального обов'язку, а також принципу соціальної справедливості. Виявлення в процесі судового розгляду того факту, що особа зазнала кримінального переслідування без достатніх на це правових підстав, за відсутності неспростованих доказів, що підтверджували б її вину, та у зв'язку з цим діяльна кримінально-процесуальна активність прокурора, що проявляється у його відмові від підтримання державного обвинувачення в суді істотно підвищує авторитет державної влади, яку й уособлює прокурор у судовому процесі.

Судова промова державного обвинувача в разі відмови від підтримання обвинувачення, її зміст, структура, функції, значення потребують окремого дослідження. Тим паче, що в КПК України 2012 р. питання відмови від підтримання державного обвинувачення в суді докладно визначено в окремій нормі (ст. 340 КПК України), на відміну від КПК 1960 р., де цей порядок був викладений лише в одній із частин статті, яка визначала загальні повноваження прокурора в суді. Разом з тим, ст. 340 КПК України не регулює виголошення прокурором судової промови при відмові від обвинувачення в судовому засіданні, не вказує особливості такої кримінально-процесуальної комунікації; законодавець лише зобов'язує прокурора «викласти мотиви відмови у своїй постанові, яка долучається до матеріалів кримінального провадження».

Повністю долучаємось до думки О. Олійник та вважаємо, що відмова від обвинувачення в судовому засіданні є окремим видом судової промови прокурора, особливість якої полягає в тому, що представник обвинувачення фактично проголошує захисну промову, тобто прокурор у цьому разі виконує роль захисника обвинуваченого (Олійник О. Риторико-правові аспекти відмови від державного обвинувачення в суді / О. Олійник // Вісник прокуратури. — № 12 (102). — 2009. — С. 62–66).

«Промова прокурора в суді при відмові від обвинувачення буде по суті захисною промовою», — відмічав також С. Голунський (Голунский

С. А. Вопросы доказательственного права в Основах уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик. В сб.: «Вопросы судопроизводства и судоустройства в новом законодательстве Союза ССР» / С. А. Голунский. — М.: Госюриздат, 1959. — с. 128). В. Тадевосян зауважує: «В таких випадках прокурор переходить від позиції обвинувачення до позиції захисту порушених прав особи, незаконно чи необґрунтовано притягнутої до відповідальності» (Тадевосян В. С. Прокурорский надзор в СССР / В. С. Тадевосян. — М., Изд. «Знание», 1968. — С. 64). У розгорнутому вигляді аналогічна думка висловлена І. Перловим: «Промова прокурора, в якій він відмовився від обвинувачення, не може бути, зрозуміло, названа обвинувальною промовою. В ній прокурор не обвинувачує підсудного. Він викладає всі доводи і міркування на користь виправдання підсудного. Така промова прокурора за змістом і характером нагадує захисну промову» (Перлов И. Д. Судебные прения и последнее слово подсудимого в советском уголовном процессе / И. Д. Перлов. — М., Госюриздат, 1957. — С. 42).

Таким чином, в результаті відмови прокурора від обвинувачення складається дивна процесуальна ситуація: сторони обвинувачення та захисту, діючи фактично в одному напрямку, разом намагаються доказати суду необхідність виправдання підсудного, розуміючи, що інакше йому загрожує обвинувальний вирок. Виходить, як це не парадоксально, що спір сторін поступається місцем їх погодженим діям перед судом, в якому обидві сторони бачать свого потенційного процесуального противника.

На наш погляд, структурним фактором судової промови прокурора при відмові від підтримання державного обвинувачення є логіка викладу інформації, але водночас така промова, будучи повноцінною судовою промовою, повинна містити: фактичні обставини справи, як вони були встановлені в стадії досудового розслідування; аналіз та оцінку доказів, зібраних і досліджених під час досудового розслідування і судового слідства; фактичні обставини та юридичні підстави (мотиви) відмови від державного обвинувачення шляхом порівняння матеріалів досудового розслідування і судового слідства; інформацію щодо того, які докази втратили своє значення для підтвердження винуватості обвинуваченого, які з'явилися нові докази на спростування обвинувачення пропозиції з поновлення порушених прав підсудного; пропозиції для усунення причин й умов необґрунтованого притягнення особи як обвинуваченого; пропозиції про подальшу долю справи.

Стосовно найбільш доцільного моменту відмови прокурора від обвинувачення, то з практичної точки зору це етап судових дебатів, коли всі докази вже досліджені, позиція сторони захисту відома», — справедливо зазначає Н. Турман (Турман Н. О. Процесуально-правові проблеми реалізації інституту відмови прокурора від обвинувачення на практиці / Н. О. Турман // Закон и жизнь. — № 3. — 2013. — С. 51–54).

Отже, судову промову при відмові прокурора від підтримання державного обвинувачення як окремий різновид кримінально-процесуальної комунікації можемо визначити так: квазізахисна судова промова, що виголошується в судовому засіданні прокурором на основі його внутрішнього переконання та повністю або частково заперечує обґрунтованість обвинувачення, мотивує неможливість його підтримання.

АННЕНКО О. С.

Криворізький факультет Національного університету
«Одеська юридична академія»,
старший викладач кафедри кримінально-правових дисциплін

РЕАЛІЗАЦІЯ ЗАСАДИ ЗМАГАЛЬНОСТІ НА СТАДІЇ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ТА СТАДІЇ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ

Засада змагальності сторін, свободи в наданні суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості закріплена в п. 4 ст. 129 Конституції України.

Зміст даної засади в кримінально-процесуальному законі розкривається в ст. 22 КПК України.

Зі змісту зазначеної статті витікає, що реально ця засада передбачає наявність тріади — суду, який розглядає кримінальне провадження і ухвалює рішення за результатами такого розгляду, та рівноправних сторін, що мають свої процесуальні інтереси, котрі досягаються шляхом здійснення сторонами наданих їм прав. Необхідна умова реалізації засади змагальності — наявність предмета судового спору і знаходження суду і сторін в один і той же час у залі судового засідання, де цей спір вирішується судом.

Засада змагальності є основою всієї кримінально-процесуальної діяльності, передбачає відмінність задач учасників кримінального судочинства, наявність у них своїх процесуальних інтересів і означає, що всі учасники судового розгляду є процесуально самостійними особами і не можуть бути залежними один від одного в службових, посадових, родинних та інших відносинах. Функції обвинувачення і захисту розділені між собою і виконуються сторонами, котрі мають рівні процесуальні права для відстоювання своїх інтересів (ч. 3 та 5 ст. 22 КПК України). Функції обвинувачення і захисту не можуть бути покладені на один і той же орган чи одну і ту ж особу. Із зазначеного витікає, що змагальність сторін як методологічна і правова форма розгляду судами кримінальних проваджень найбільш повно реалізується на стадії судового

розгляду в суді першої інстанції, коли всі наявні докази досліджуються гласно, усно і в умовах дотримання рівності прав усіх учасників.

За наявності засади змагальності кримінальний процес має змагальну форму на будь — якій стадії. Розвиток засади змагальності обумовлює необхідність законодавчого вдосконалення механізму його реалізації учасниками процесу щодо надання доказів у справі. Зазначене положення повинно реалізовуватися не тільки на стадії судового розгляду матеріалів кримінального провадження в суді першої інстанції, а й на стадії досудового розслідування.

У даний час відносини, що склалися між сторонами, учасниками процесу на стадії досудового розслідування, напрацьовані практикою традиції в сукупності з окремими положеннями норм кримінально-процесуального законодавства дозволяють узяти під сумнів реальне існування в кримінальному судочинстві на стадії досудового розслідування засади змагальності сторін.

На зазначеній стадії, також має місце притаманний змагальності розподіл процесуальних функцій, здійснюється судовий контроль, але відсутня така важлива ознака змагальності, як рівноправ'я сторін, яким сторони користуються в суді, а тому повної рівності сторін не може бути на стадії досудового розслідування. Не може бути рівності між слідчим, який здійснює досудове розслідування, керуючись засадою публічності, та обвинуваченим (підозрюваним), і його захисником.

При змагальній формі кримінального судочинства основне питання кримінального провадження — про притягнення в якості обвинуваченого — вирішується судом за участю сторін. При змішаній формі кримінального процесу, якою є вітчизняний кримінальний процес, слідчий вирішує зазначене питання самостійно, не запитуючи при цьому дозволу в інших учасників процесу. Тому і через це назвати досудове слідство змагальним навряд чи можливо.

Захисник обвинуваченого (підозрюваного) не наділений владними повноваженнями на провадження слідчих дій і прийняття рішень, що мають правове значення, не в змозі ефективно здійснювати правоохоронну діяльність на досудових стадіях.

Недосконалість діючого законодавства дає підстави для односторонньої оцінки доказів і не сприяє принципу змагальності, тому норми КПК в цій частині потребують удосконалення і приведення їх у відповідність до норм Конституції України.

Яка рівність може бути в прокурора, який наділений наглядовими функціями за досудовим слідством, і адвоката, який таких повноважень щодо впливу на процес розслідування справи не має. Якщо захист відсутній або неадекватний обвинуваченню, то про змагальність сторін тут і не йдеться.

У зв'язку з цим необхідно виключити з прав і обов'язків прокурора наглядові функції, що дозволить урівняти прокурора за його

процесуальними повноваженнями з захисником. Це дозволить більш повно реалізувати принцип рівності сторін перед законом і судом на досудових стадіях кримінального процесу.

Таким чином, говорити про змагальність сторін як основу, на якій ґрунтується стадія досудового розслідування, нема ні логічних, ані фактичних підстав.

На стадії досудового розслідування вирішуються інші процесуальні задачі та створюються правові і фактичні передумови для виникнення змагальності в суді.

Тому можна погодитися з тим, що засада змагальності сторін найбільш повно проявляється і діє на стадії судового розгляду і ніяк не по відношенню до всього кримінального процесу.

Усунути прогалини в законодавстві, котрі створюють двозначні уявлення щодо дії засади змагальності в кримінальному провадженні і породжують суперечливу практику, можливо лише шляхом подальшого вдосконалення законодавства в правильному напрямку.

YURKO S. S.

National University «Odessa Law Academy», Cherkasy branch,
lecturer

PRIVATE INVESTIGATION: PROBLEMS AND SOLUTIONS

On November, 20, 2012, a new Code of Criminal Procedure came into force in Ukraine. In comparison with Ukraine's Code of Criminal Procedure adopted in 1961 the New Code is more consistent with the European standards. The changes affect virtually all stages of the criminal process, from the initiation of the criminal proceeding up to the final judgement. The new CPC has been completely accepted by the European Commission for Democracy through Law, better known as The Venice Commission — the Council of Europe's Advisory Body on Constitutional Matters[2]. The anti-corruption body of the Council of Europe, GRECO, made suggestions on the draft to Ukrainian lawmakers after the 1st reading of the new CPC legislation, which were implemented accordingly[3]. Although the overall positive responses from international experts, the new Criminal Procedure Code contains many problems in terms of practical implementation in Ukraine.

The principle of competitiveness hasn't been ensured in criminal proceedings, despite all the changes in Ukraine's criminal justice legislation. The question of implementing this principle at pre-trial stages has still been remaining especially problematic. The author believes, that private detectives

participating in criminal proceedings can be one of the possible options for ensuring the principle of competition at pre-trial stage.

Adversariality of parties and their freedom to present their evidence to the court and to prove this evidence convincingly is guaranteed by the criminal justice legislation. According to article 22 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, criminal proceedings can be conducted on the basis of adversarial approach envisaging independent assertion by the side of accusation and the side of legal protection of their legal positions, rights, freedoms and legitimate interests provided by the current Code. Parties to criminal proceedings have equal rights with regard to collecting and producing items, documents, other evidence, motions, complaints, as well as to enjoy other procedural rights provided by the present Code. In the course of criminal proceedings, functions of public prosecution, defense, and trial may not be imposed on one and the same agency or official. Public prosecutor shall notify an individual of a suspicion of commission a criminal offence, may submit an indictment and support the state in court. In cases specified in the current Code, the notification of an individual of a suspicion of commission a criminal offence may be made by an investigator with the approval of the public prosecutor, and the accusation may be supported by the victim or by a representative acting on his behalf. The suspect or defendant, their defense counsel or legal representative shall be in charge of defense. The court while maintaining the objectivity and impartiality shall ensure the necessary conditions for the realization by the parties of their procedural rights and the performance of their procedural duties.

However, paragraph 2, article 22 of the Criminal Procedure Code, which guarantees equal rights for parties to collect and produce items, documents and other evidence, motions, complaints, as well as to enjoy other procedural rights provided by the Criminal Procedure Code of Ukraine, doesn't seem to correspond reality. To understand this it's not necessary even to be familiar with a practice of pre-trial investigation. It is enough just to refer to Article 93 of the Criminal Procedure Code, which defines the parties' rights to collect evidence. Section 3 of this article determines that a defense party, a victim carries out collection of evidence by means of demanding and obtaining from state authorities, local government bodies, enterprises, institutions, organizations, officials and individuals items, copies of documents, information, expert opinions, audit and inspection reports by initiating the conduct of investigative (search) activities, covert (search) activities and other procedural actions, as well as by means of carrying out other activities capable of ensuring the production of relevant and admissible evidence in court. The defense party or victim shall initiate the conduct of investigative (search) activities by filing an appropriate request to the investigator, public prosecutor which is considered under the rules of Article 220 of the Code. A decision of the investigator, public prosecutor to dismiss a request for the conduct of investigative (search) activities, covert (search) activities may be appealed to the investigating judge.

It's obvious, that investigative and operational search actions are the main procedural measures for collecting evidence in criminal cases. However, the prosecution and defense possibilities in this part can hardly be called proportional.

No other legal defense's possibilities concerning obtaining objects, copies of documents, information, expert opinions, audit and inspection reports from state authorities, local government bodies, enterprises, institutions, organizations, officials and individuals cannot change this fact. We can't speak about the equality of the parties in criminal proceedings until the defense will have real mechanisms and opportunities to conduct its own independent investigation. The mechanism provided by paragraph 3, Article 93 of the Criminal Procedure Code doesn't hold water.

This problem may have a few solutions:

1. Advocate investigation. The idea is simple: the right to conduct some investigation actions at pre-trial stages will be given to an advocate (defender).

2. Investigator's reform. Investigator should seek the objective truth in the investigation process. According to the current Criminal Procedure Code of Ukraine, an investigator belongs to the prosecution. So, it determines the fact that an investigator searches evidences which rather confirm suspicion than the objective truth.

3. Private detectives' investigation. It provides for creation of an entirely new legal institution in the national law which will ensure the implementation of private investigation.

The first model doesn't have a practical prospective, because advocates are not experts in the investigation of crimes. The second one brings us back to the Soviet Code of Criminal Procedure 1961. The author is of the opinion that considering practical realities of our country and the international experience of a private detective activity in the world, the third option will be the most suitable for Ukraine.

ПОВЗИК Є. В.

Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого,
асистент кафедри кримінального процесу та оперативно-розшукової діяльності,
кандидат юридичних наук

УЧАСНИКИ УГОДИ ПРО ВИЗНАННЯ ВИНУВАТОСТІ (ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ)

Одним із договірних способів вирішення кримінально-правового конфлікту, який забезпечує доступ особи до правосуддя, є передбачений КПК України порядок провадження на підставі угоди між прокурором

та підозрюваним, обвинуваченим про визнання винуватості (гл. 35). Нормативне закріплення цього порядку має на меті прискорення кримінального процесу, забезпечення реалізації принципів процесуальної економії та диспозитивності, що в даному випадку створюють оптимальні умови для вирішення завдань кримінального судочинства. У свою чергу, впровадження змагальної моделі кримінального процесу, яка насамперед будується на засадах процесуальної рівності його сторін, потребує переосмислення його завдань, серед яких найбільшої актуальності набуває захист прав і законних інтересів учасників кримінального провадження.

Відповідно до ст. 469 КПК України угода про визнання винуватості може бути укладена лише між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим. На нашу думку, правильною уявляється позиція розробників КПК України щодо визначення лише прокурора як суб'єкта, який з боку обвинувачення вправі укласти угоду про визнання винуватості. Надання такого права слідчому є недоцільним, оскільки саме прокурор здійснює процесуальне керівництво досудовим розслідуванням і несе відповідальність за здійснення кримінального переслідування, він визначає рух кримінального провадження і тому цілком логічним є віднесення вирішення питання про укладення даної угоди до його виключної компетенції.

Однак, слід відзначити, що КПК України не передбачає обов'язкової участі захисника підозрюваного, обвинуваченого при укладенні, розгляді та затвердженні угоди про визнання винуватості. Такий підхід до вирішення даного питання є досить спірним, оскільки забезпечення підозрюваному, обвинуваченому права на отримання кваліфікованої юридичної допомоги, у тому числі і безкоштовної, та обов'язкове роз'яснення йому сутності угоди, його процесуальних прав, наслідків укладення угоди до початку узгоджувальної процедури будуть достатньою гарантією захисту особи від можливості недобросовісного схилення його до необґрунтованого зізнання (Верещак В. М. Судовий компроміс у кримінальному судочинстві // Вісник Верховного суду України. — 2000. — № 1(17). — С. 43).

У зв'язку з цим, на наш погляд, обов'язковим суб'єктом укладення угоди про визнання винуватості має бути не тільки прокурор, підозрюваний та обвинувачений, а і його захисник, що обумовлюється низкою факторів, до яких необхідно віднести те, що порядок укладення угоди про визнання винуватості є досить складним і вимагає професійних знань у галузі кримінального права та кримінального процесу при вирішенні питання про те, якій саме процедурі — загальній чи спрощеній — надати переваги. Це, водночас, в певній мірі дозволить стримати владні можливості держави та забезпечити процесуальну рівноправність сторін, надасть стороні захисту *favordefensionis* (сприяння), завданням якого є компенсація менших процесуальних

можливостей сторони, що захищається (Яворський Б. Правова природа та призначення *favordefensionis* у кримінальному судочинстві // Вісник Львівського ун-ту. Серія право. — вип. 54. — 2011. — С. 398). На обов'язковій участі захисника під час укладення цієї угоди акцентують й інші науковці (Прилуцький П. В. Угода про визнання винуватості в кримінальному провадженні: новелла процесуального законодавства України // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2013. — № 4. — С. 135; Теремецький В. І., Соловей Г. В. Угода про визнання у новому Кримінальному процесуальному кодексі України // Юридична наука: наук. юрид. журн. — 2012. — № 7. — С. 114).

Крім того, участь захисника в кримінальному провадженні, в якому укладається угода про визнання винуватості, є гарантією забезпечення не тільки і не стільки прав і законних інтересів самого підозрюваного, обвинуваченого, скільки законності застосування цієї процедури, а відтак — законності самого кримінального провадження, здійснення правосуддя, яке іманентно передбачає ухвалення справедливого рішення. Тому обґрунтовано вважаємо позицію законодавця Республіки Молдова, який визнає участь захисника у таких випадках обов'язковою і у ч. 5 ст. 505 КПК Молдови передбачив таку умову застосування угоди про визнання вини — захисник окремо свідчить у письмовій формі, що угода про визнання вини обвинуваченим, підсудним була розглянута ним особисто, що передбачений законом порядок укладення угоди було дотримано і визнання обвинуваченим, підсудним своєї вини є наслідком їх попередньої конфіденційної домовленості (Уголовно-процесуальний кодекс Республіки Молдова от 14 марта 2003 года № 122-XV: [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3833). КПК Грузії також прямо передбачає, що укладення процесуальної угоди (про визнання вини або про покарання) без безпосередньої участі захисника не допускається. В письмовій заяві, підписаній обвинуваченим та його захисником, вказується, що після отримання юридичної допомоги від захисника обвинувачений добровільно висловив бажання на застосування цієї процедури (Путеводитель по новому Уголовно-процессуальному кодексу Грузии / Составитель Заза Меишвили. 2010, с. 77).

Неоднозначно в КПК України вирішується питання щодо можливості ініціювання угоди про визнання винуватості захисником підозрюваного, обвинуваченого. В ч. 4 ст. 46 зазначено, що захисник користується процесуальними правами підозрюваного, обвинуваченого, захист якого він здійснює, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим і не може бути доручена захиснику. Втім, серед суб'єктів, уповноважених ініціювати укладення угод, передбачених ст. 469 КПК України, захисник не названий, хоча, на нашу думку, не має жодних перешкод для доручення йому цього повноваження підзахисним.

Важливим також уявляється наголосити на необхідності деталізації повноважень захисника при прийнятті участі в цій процедурі, адже вони мають певну специфіку, яка пов'язана із укладенням такої угоди, його участю в судовому процесі у кримінальному провадженні, в якому укладена ця угода. Приміром, якщо угода ініційована прокурором, захисник має у конфіденційних умовах обговорити із підзахисним можливу перспективу її укладення і роз'яснити підозрюваному його процесуальні права, а також її правові наслідки.

ДИДИЧ О. Ю.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінального процесу

СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ПЕРЕГЛЯДУ РІШЕНЬ СУДУ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ В УКРАЇНІ (ІСТОРИЧНИЙ АСПЕКТ)

В істориків та вчених-юристів досі не має єдиної думки щодо існування у період Русі подібних до сучасних стадій переглядів судових рішень, а отже ставилося під сумнів існування апеляції як такої. Такі науковці як В. Н. Шпільов, В. М. Беднарська, Н. В. Сидорова та Н. Гартунг вважали відсутнім право на апеляцію в цей період. На противагу їм О. Ю. Костюченко стверджує, що остаточними були рішення тільки княжих та церковних судів, не виключаючи можливості перегляду рішень суду. Досліджуючи становлення і розвиток апеляційного провадження у кримінальному процесі О. А. Дінер доходить до висновку, що за часів Русі вже існував інститут скарги на суддю, що подавалась князю (вищому судді). У свої роботах І. Д. Беляєв говорить про термін «пересуд», визначаючи його як можливе мито, котре сплачувалося за повторний розгляд справи.

Для періоду Русі характерним є відсутній чіткий розподіл функцій між органами судочинства та, як наслідок, змішана підсудність справ. Чітко простежується принцип ієрархічності в побудові судової системи. Враховуючи, хоча б, повноваження князя у судовій сфері як вищої судової інстанції, ми вважаємо можливим говорити про наявність можливості оскарження рішення суду першої інстанції.

Становлення кримінального судочинства на теренах України відбувалося в залежності від особливостей панівного режиму Великого князівства Литовського, Речі Посполитої, Великого князівства Московського, Австро-Угорської та Російської імперії під владою яких перебували землі сучасної України. Але, окрему увагу

хотілося б приділити дослідженню становлення інституту апеляційного провадження в судовій системі за часів існування Запорізької Січі, Української Козацької Республіки та доби Гетьманщини як унікальних періодів української державності з найбільш яскраво вираженими індивідуальними особливостями у всіх сферах суспільних відносин.

У середині XVI ст. в центральній частині сучасної України починається створення Запорізької Січі — прообразу української держави. Становлення кримінально-процесуальних відносин в Запорізькій Січі відбувалося на засадах звичаєвого права та норм Литовських статутів, а судова система мала чіткі ознаки інстанційності. Так, на місцях діяли паланкові та курінні суди, судовими функціями наділялись представники козацької старшини, (кошовий отаман, військовий суддя), вищою судовою інстанцією виступав найвищий орган — загальна козацька рада (Маляренко В. Т. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: моногр. / Маляренко В. Т. — К. : Юрінком Інтер, 2005. — 512 с.).

Апеляційне оскарження вироків паланкового суду здійснювалося до курінного суду, який був апеляційною інстанцією стосовно них. Суд кошового отамана був вищою судовою інстанцією для судів паланкового і курінного. Після виникнення посади військового судді він став заступником кошового отамана. Апеляції на рішення курінного суду стали направлятись до військового судді. Більшість кримінальних справ розглядав військовий суддя. На вирок військового судді можливо було апелювати до кошового отамана. Справи про тяжкі злочини передавались військовим суддею на розгляд кошовому отаману чи військовій раді. Суд кошового отамана вважався найвищою інстанцією для всіх судів (Костюченко О. Ю. Апеляційне оскарження судових рішень у кримінальному процесі України: дис.... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Костюченко Олена Юрїївна. — К., 2004. — 228 с.).

Майже усі судові органи, наявні в Запорізькій Січі, перейняла, з деякими відмінностями Українська Козацька Республіка, яка хоч і проіснувала тільки декілька років (1648–1654 рр.), але її правові та судові інститути збереглися і після її входження до складу Російської імперії.

За часів Гетьманщини судові повноваження здійснювали: гетьман, рада старшин, рада генеральної старшини, генеральна військова канцелярія, генеральний військовий суд, полкові, сотенні, міські та сільські суди.

О. Ю. Костюченко констатує, що за часів Гетьманщини апеляцію називали як «апелляційное доношение», «протест», «апелляційная челобитная», «протестное доношение» та «апелляция». При чому, незважаючи на саму назву, структура апеляції містила такі елементи: вступ, описову частину, мотивування та вимоги апелянта (Костюченко О. Ю. Форма та зміст апеляції у кримінальному судочинстві України / О. Ю. Костюченко // Кримінальне право та кримінальний процес. — № 4(5). — 2006. — С. 50–59.).

Слід зазначити: у той час гетьман мав широкі повноваження, саме йому належала законодавча, адміністративна та військова влада, він був вищою апеляційною інстанцією стосовно діючих судових органів. До його повноважень також належало затвердження судових вироків.

Всі вищезазначені факти, які ґрунтуються на історичних дослідженнях вчених, дають достатньо підстав говорити про те, що для вітчизняного законодавства апеляція не нове явище. Даний інститут, за період свого формування, зазнавав значного впливу з боку права пануючих держав. Але жодного разу він не втрачав своїх особливостей і власної специфіки у важкий період становлення української державності. Дискусійним залишається питання моменту зародження апеляційного оскарження та перегляду судових рішень на території українських земель, проте для нашого дослідження воно не має першочергового значення.

Таким чином, система судоустрою того часу далеко не досконала, а тим більше не відповідала засадам гуманізму, демократії та вимогам громадянського суспільства. Вона була невіддільна від адміністрації. Відсутній рівноправний механізм реалізації права на апеляцію, що пояснювалося слабким розвитком правових суспільних відносин, вкрай поганий зв'язок з віддаленими частинами держави та низьким рівнем правосвідомості населення.

ДЕНИСОВА Ю. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінального процесу

ПРОБЛЕМАТИКА ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПОРЯДКУ ЗДІЙСНЕННЯ ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ ЗА НОВОВІЯВЛЕНИМИ ОБСТАВИНАМИ

Реформування кримінального процесуального законодавства України зумовило необхідність здійснення наукового аналізу нових процесуальних норм та правових інститутів, а також стадій кримінального процесу, що зазнали суттєвих змін. До таких належить і одна з форм перегляду судових рішень — кримінальне провадження за нововиявленими обставинами.

Перегляд судових рішень спрямований на забезпечення прав та законних інтересів учасників кримінального провадження, виявлення й виправлення судових помилок, що призвели до винесення незаконних, необґрунтованих та несправедливих судових рішень, і тому є важливою гарантією реалізації права на справедливий суд.

Судові рішення, що набрали законної сили, можуть бути переглянуті за нововиявленими обставинами (ч. 1 ст. 459 КПК).

Значною новелою, що передбачена КПК, є формалізовані вимоги до заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами. Така заява повинна бути подана в письмовій формі й, окрім іншого, містити обґрунтування з посиланням на обставини, що підтверджують наявність нововиявлених обставин, та зміст вимог особи, яка подає заяву до суду. До заяви додаються копії заяви в кількості, необхідній для їх надіслання сторонам і учасникам кримінального провадження. Цей обов'язок не поширюється на особу яка тримається під вартою. Процесуальними санкціями за недодержання вимог до оформлення такої заяви за аналогією з касаційним провадженням передбачено залишення заяви без руху, а в разі, якщо особа не усунула недоліки у строк, визначений судом, — повернення заяви.

У КПК значно розширено перелік осіб, котрі мають право ініціювати перегляд судових рішень за нововиявленими обставинами. КПК 1960 р. ґрунтується на одній із класичних моделей, згідно з якою право ініціювати перегляд судових рішень за нововиявленими обставинами належить найвищим посадовим особам системи юстиції, а сам перегляд здійснюється касаційним судом. (Петренко Ю. (Не)остаточний вирок. Доцільно передбачити в КПК відповідних механізм проведення розслідування нововиявлених обставин // Закон і бізнес. — 2012. — № 7 (1046). // Режим доступу: http://zib.com.ua/ua/7954-pereglyad_sudovih_rishen_za_novoviyavlenimi_obstavinami_za_p.html)

Реформа кримінального процесуального законодавства у частині, що стосується перегляду судового рішення за нововиявленими обставинами, має не тільки прогресивні аспекти, але і певні недопрацювання.

Діючий КПК не передбачає на якому етапі буде проводитись розслідування цих нововиявлених обставин. Оскільки суд, до якого подана заява про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами, не має можливості для розслідування чи перевірки таких обставин, то доречно було б доповнити статтю положенням, про те що суд своїм рішенням направляє справу прокурору чи у відповідний орган досудового розслідування для перевірки обставин, які вважаються нововиявленими.

У КПК йдеться про можливість перегляду за нововиявленими обставинами усіх без винятку судових рішень, що набрали законної сили. Вважаємо доцільним доповнити закон положеннями про неможливість перегляду за нововиявленими обставинами деяких ухвал суду, наприклад, які не перешкоджають судовому провадженню. Слід звернути увагу, що ухвалення судом рішення без урахування обставин, які суд не міг врахувати через незнання про їх існування, не є недоліком чи помилкою роботи суду, особливо з огляду на принцип диспозитивності, відповідно до якого слідчий суддя, суд у кримінальному провадженні

вирішує лише ті питання, що винесені на його розгляд сторонами та віднесені до його компетенції, і не може з власної ініціативи здійснювати пошук та збирати докази. Натомість у ч. 1 ст. 463 КПК йдеться саме про помилку суду внаслідок незнання про існування цієї обставини. Зрозуміло, що нововиявлені обставини необхідно перевірити.

Наразі в новому КПК суду фактично пропонується здійснювати таку перевірку під час судового розгляду. В цілому така позиція є логічною, зважаючи на необхідність скасування повноваження суду стосовно відправлення матеріалів кримінальної справи на додаткове розслідування. Разом з тим виявлення деяких нових обставин спричинить необхідність проведення таких слідчих дій як обшук, огляд, огляд трупа, слідчий експеримент та інші. До таких нововиявлених обставин слід віднести виявлення живою особою, яка вважалася вбитою, викриття обману, якщо засуджений видавав себе за іншу.

При поданні заяви про перегляд за нововиявленими обставинами судового рішення будь-якої інстанції слід враховувати вимоги п. 1 ст. 463 КПК про те, що заява про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами подається до суду тієї інстанції, який першим допустив помилку внаслідок незнання про існування таких обставин. (Сиза Н. П. Провадження за нововиявленими обставинами у кримінальному процесі України: проблеми процесуальної форми // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право: Науково-фаховий журнал. — 2012. — Вип. 19. — Т. 4. — С. 150–153.)

Відповідно до ст. 461 КПК, заяву про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами може бути подано протягом трьох місяців після того, як особа, яка звертається до суду, дізналася або могла дізнатися про ці обставини.

Вказана стаття обмежує строком можливість подання заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами задля досягнення стабільності судових рішень та з метою дотримання принципу юридичної визначеності, що є складовою верховенства права.

КПК не визначив наслідків пропущення строку звернення про перегляд за нововиявленими обставинами, тому належить за аналогією керуватися правилами, що діють при перегляді судових рішень в апеляційному, касаційному провадженні і провадженні за винятковими обставинами.

Отже, кардинальні зміни основних правил провадження за нововиявленими обставинами є не до кінця продуманими та послідовними. Можливо, практика застосування цих правил покаже слабкі місця у регулюванні цієї стадії кримінального процесу, що стане поштовхом до внесення змін у КПК України.

ПРИНУЖДЕНИЕ И ЕГО ВИДЫ В МЕХАНИЗМЕ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

В литературе, подчеркивая многоаспектность принуждения как социально-правового явления, указывается, что для понимания его сущности оно может быть и должно быть рассмотрено с разных позиций, но в первую очередь — с правовой.

В общетеоретических исследованиях подчеркивается, что действующий правоохранительный механизм в зависимости от заложенных в нем социально-юридических программ, а именно: в зависимости от способа охраны правопорядка и обеспечения общественной безопасности, включает определенные формы государственного принуждения, хотя их виды не находят однозначного толкования. Так, выделяются следующие формы государственного принуждения: предупреждение, пресечение, юридическую ответственность, правосознание и процессуальное обеспечение (Каплунов А. И. Об основных чертах и понятии государственного принуждения // Государство и право. — 2004. — С. 11); юридическая ответственность, меры защиты, меры пресечения, принудительные меры воспитательного воздействия, принудительные меры медицинского характера, реквизиция (Малько А. В. Теория государства и права в вопросах и ответах: Учебно-методическое пособие. — 4-е изд., перераб. и доп.. — М.: Юрист, 2002. — С. 206).

По функциональному значению в деле охраны правопорядка различаются государственные средства предупреждения, пресечения и наказания. Среди принудительных мер значительную роль играют восстановительные меры (меры защиты). Их необходимо отличать от мер юридической ответственности (штрафные меры). Штрафные меры (меры ответственности) и меры защиты (правосознательные меры) выполняют разные функции (Оборотов Ю. М. Теория держави і права (прагматичний курс): Екзаменаційний довідник. — Одеса: Юридична література, 2004. — С. 112).

Неопределенность на общетеоретическом уровне находит свое отражение и в отраслевых исследованиях, и, будучи вариативным по характеру, основаниям, целям и пределам, уголовно-процессуальное принуждение закономерно подвергается различного рода классификациям как со стороны законодателя, так и со стороны ученых-процессуалистов.

Так, в процессуальной литературе предложены самые разнообразные классификации мер уголовно-процессуального принуждения, которые осуществлялись по различным основаниям, среди которых можно выделить следующие: в зависимости от внутреннего содержания

(нашло отражение в учебной литературе); по целям применения (например, В. М. Корнуков, З. З. Зинатуллин и др.); по последствиям применения (З. Д. Еникеев, З. Ф. Коврига); в зависимости от деления их на меры, которые представляют собой реакцию на процессуальное правонарушение (процессуальные санкции) и те, которые применяются вне связи с процессуальным правонарушением (Г. Н. Ветрова); по сферам применения, а также по проявлению охранительной функции права (И. Л. Петрухин); по характеру выраженности в них принуждения (Е. Г. Васильева); по своей правовой природе (Ю. П. Аленин) и др.

Принуждение в уголовном производстве выражается в стеснении и ограничении личных, имущественных и иных субъективных прав граждан, таких как: ограничение неприкосновенности личности, ограничение свободы передвижения, ограничение права осуществлять трудовую деятельность, ограничение в пользовании и распоряжении имуществом, ограничения в организации частной жизни. Оно может иметь различные формы внешнего выражения, такие как: психическое, моральное, физическое, поэтому вполне понятно наличие различных классификаций и выделения различных его форм и видов в уголовном производстве. Но наиболее приемлемым все-таки можно признать необходимость выделения форм уголовно-процессуального принуждения, исходя из общетеоретического подхода к выделению форм принуждения в деле охраны правопорядка по их функциональному значению, и, таким образом, уголовно-процессуальное принуждение в механизме уголовно-процессуального регулирования состоит из: превентивных мер, мер пресечения, мер правовой защиты и ответственности (в т.ч. и уголовно-процессуальной).

Превентивные меры предусматривают предупреждение неблагоприятных действий либо их последствий, меры пресечения направлены на прекращение противоправных действий либо их неблагоприятных последствий, суть мер защиты заключается в том, что в указанных в законе случаях государство применяет принудительные меры в целях восстановления нарушенного права и защиты субъективных прав без привлечения нарушителя к ответственности. Их задача состоит также в побуждении субъекта к выполнению возложенной обязанности. И хотя принуждение направлено на правонарушителя, цели кары, наказания виновного в таких случаях отсутствуют. И, наконец, уголовно-процессуальная ответственность (как вид юридической ответственности) представляет собой существующее в форме уголовно-процессуального правоотношения применение в установленном законом порядке к лицу, совершившему уголовно-процессуальное правонарушение, мер уголовно-процессуального принуждения, предусмотренных санкцией уголовно-процессуальной нормы, которые состоят в наложении на правонарушителя дополнительной обязанности либо лишения (сокращения объема) его субъективных прав.

В свою очередь данное деление не исключает, а предполагает возможность выделения следующих групп уголовно-процессуального принуждения, предложенных Ю. П. Алениным, таких, как: 1) меры, обеспечивающие неуклонение подозреваемого, обвиняемого от правосудия; 2) меры, направленные на обеспечение получения средств доказывания; 3) меры процессуального принуждения, посредством которых обеспечивается законный порядок в ходе производства по делу и 4) меры по обеспечению гражданского иска и возможной конфискации имущества (Кримінально-процесуальне право України: Підручник / За загальною редакцією Ю. П. Аленіна. — Х.: ТОВ «Одісей», 2009. — С. 325—329). В каждой из которых, по сути, могут находить и находят проявление и меры превенции, и меры правовой защиты и меры уголовно-процессуальной ответственности.

СОЛДАТСЬКИЙ В. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінального процесу

ТЕМПОРАЛЬНІ ХАРАКТЕРИСТИКИ ТРИМАННЯ ОСОБИ ПІД ВАРТОЮ ЯК ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ

Обґрунтовуючи необхідність прийняття нового КПК України, неодноразово указувалося на виключність застосування такого виду запобіжного заходу, як взяття під варту (Взяття під варту за новим КПК: прокурори та судді працюють по-старому [Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://blog.liga.net/user/vsemenov/article/11890.aspx>). Чинний КПК складено таким чином, що тримання під вартою повинно бути надзвичайним, а не найбільш поширеним запобіжним заходом з метою забезпечити участь особи у подальших процесуальних діях.

Однак, провівши аналіз опублікованих на сайті Єдиного державного реєстру судових рішень, можна із відповідною впевненістю заявити про відсутність принципу виключності тримання під вартою. При цьому, в більшості випадків суди не вважають себе зобов'язаними належним чином обґрунтовувати свої рішення про обрання запобіжного заходу.

Тим не менш, вважаємо закріплення на законодавчому рівні нового, наближеного до міжнародних стандартів порядку обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою та продовження його строків суттєвим кроком на шляху становлення демократичних засад кримінального судочинства в Україні. Враховуючи, що він суттєво обмежує конституційне право кожного на свободу та особисту недоторканність, актуальною є проблема обмеження його застосування виключно

випадками, коли іншими запобіжними заходами досягнути завдань кримінального судочинства взагалі неможливо. Вбачається, що вона може бути вирішена як шляхом удосконалення чинного правового механізму застосування даного запобіжного заходу, так і коригуванням з цією метою сучасної правозастосовної практики.

Тримання під вартою підозрюваного, обвинуваченого в якості запобіжного заходу істотно обмежує конституційне право громадян на свободу та особисту недоторканність, внаслідок чого, у механізмі кримінально-процесуального регулювання встановлені засоби, що здійснюють цілеспрямоване правовий вплив на діяльність, пов'язану із застосуванням таких запобіжних заходів. Одним з таких засобів є процесуальні строки, які обмежують час тримання підозрюваного, обвинуваченого під вартою при обранні запобіжного заходу. В якості засобів правового регулювання строки тримання під вартою забезпечують недопущення необґрунтованого та занадто тривалого обмеження права підозрюваного, обвинуваченого на свободу та особисту недоторканність. «Жорстка регламентація строків тримання під вартою, відзначає Н. Капінус, — порядку їх обчислення та продовження, будучи важливою гарантією охорони прав особи, одночасно спонукає до прискореного розслідування та судового розгляду кримінальних справ» (Капінус Н. И. Процессуальные гарантии прав личности при применении мер пресечения в уголовном процессе: Автореф. дис.... докт. юрид. наук / Н. И. Капінус. М., 2001. — 44 с.).

Згідно вимог КПК України (ст. 197) строк дії ухвали слідчого судді, суду про тримання під вартою або продовження строку тримання під вартою не може перевищувати шістдесяті днів. Строк тримання під вартою обчислюється з моменту взяття під варту, а якщо взяттю під варту передувало затримання підозрюваного, обвинуваченого, — з моменту затримання.

Закон встановлює періоди часу, які зараховуються у строк тримання під вартою. Так, зокрема, у строк тримання під вартою включається час перебування особи в медичному закладі під час проведення стаціонарної психіатричної експертизи. У разі повторного взяття під варту особи в тому ж самому кримінальному провадженні строк тримання під вартою обчислюється з урахуванням часу тримання під вартою раніше.

При цьому, строк тримання під вартою може бути продовжений слідчим суддею в межах строку досудового розслідування в порядку, передбаченому КПК. Сукупний строк тримання під вартою підозрюваного, обвинуваченого під час досудового розслідування не повинен перевищувати: 1) шести місяців — у кримінальному провадженні щодо злочинів невеликої або середньої тяжкості; 2) дванадцяти місяців — у кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів.

Не можна залишити поза увагою, що як правильно було відзначено в юридичній літературі, закон також встановлює строку, протягом якого

має бути вручена копія ухвали про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту або про продовження терміну тримання під вартою. Відсутність такого строку може позбавити підозрюваного або обвинуваченого права оскаржити ці рішення. Саме тому, пропонуємо абсолютно мінімізувати час здійснення діяльності слідчого судді щодо на правлінню копії відповідної ухвали підозрюваному, обвинуваченому за допомогою встановлення в законі строку-моменту. Для цього необхідно внести до КПК України положення, згідно якого ухвали слідчого судді, суду про тримання під вартою або продовження строку тримання під вартою повинна бути негайно надана підозрюваному чи обвинуваченому.

Слід відзначити, що ефективне правове регулювання часу тримання під вартою можливе лише за умови правильного обчислення строків арешту на етапі реалізації права. Строк тримання під вартою обчислюється місяцями. За загальним правилом, встановленим у ст. 115 КПК, при обчисленні строків місяцями не приймаються до уваги та година і та доба, від якого починається строк, за винятком випадків, передбачених законом. У зв'язку з цим представляється правильною висловлена в літературі точка зору, згідно з якою до строків тримання під вартою загальні правила обчислення, що не враховують перший, найчастіше неповний день (від декількох хвилин до 23 годин 59 хвилин) не застосовуються, оскільки допускають фактичне збільшення встановленого законом тимчасового періоду обмеження права громадян на особисту свободу. Саме тому досягнення цілей правового регулювання, поставлених законодавцем при регламентації строків тримання під вартою можливо тільки, якщо строки включають всі фактичний час перебування особи під вартою. У силу викладеного можна сказати, що обчислення строків тримання під вартою і є тим винятком, про який йде мова в ч. 5 ст. 115 КПК. Тому, керуючись спеціальною нормою, передбаченою п. 5 ст. 115 КПК термін утримання під вартою необхідно обчислювати з моменту початку його фактичного плину.

БАБАЄВА О. В.

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
асистент кафедри кримінального процесу та оперативно-розшукової діяльності

ЩОДО НЕОБХІДНОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ ПИТАНЬ, ЯКІ З'ЯСОВУЄ СУДДЯ В ПІДГОТОВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Підготовче провадження — це перша стадія судового провадження, яка полягає в тому, що суд у визначеному законом порядку, шляхом проведення підготовчого засідання, встановлює наявність достатніх

підстав для призначення судового розгляду, затвердження угоди або звільнення особи від кримінальної відповідальності. Кримінальним процесуальним кодексом України (далі — КПК) врегульовано порядок проведення підготовчого судового засідання (ч. 2 ст. 314 КПК), встановлено перелік рішень, які може прийняти суддя (ч. 3 ст. 314 КПК), перелік питань, пов'язаних із підготовкою до судового розгляду (ст. 315 КПК), тощо. Втім, викликає не абияке здивування відсутність у діючому КПК переліку питань, які повинен з'ясувати суддя щодо тих матеріалів, які надійшли до нього від прокурора. Не заповнює цю прогалину і Лист Вищого спеціалізованого суду «Про порядок здійснення підготовчого судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» № 223/430/0/4—12 від 03.10.2012 р.

Зрозуміло, що нова концепція системи кримінальної процесуальної діяльності безпосередньо вплинула і на зміст функціональної діяльності суду в цій стадії кримінального провадження. На відміну від КПК 1960 р., відповідно до якого суд на даному етапі здійснював не тільки підготовчі дії, а і контроль за дотриманням законності під час досудового розслідування, нове законодавство забезпечує дію засади змагальності у судовому провадженні, у зв'язку з чим суд позбавлено необхідності здійснення контрольної діяльності. Перевірка документів, які надійшли від прокурора, здійснюється лише на предмет їх відповідності закону. Втім, на нашу думку, навіть межі такої перевірки, повинні бути обов'язково визначені законодавцем, що є необхідною умовою прийняття законного рішення.

Так, в підготовчому провадженні можуть бути прийняті рішення стосовно: затвердження угоди або відмови в затвердженні угоди та поверненні кримінального провадження прокурору для продовження досудового розслідування в порядку, передбаченому статтями 468–475 цього Кодексу (п. 1 ч. 3 ст. 314 КПК України); закриття провадження у випадку встановлення підстав, передбачених пунктами 4–8 частини першої або частиною другою статті 284 цього Кодексу (п. 2, ч. 3 ст. 314 КПК України), повернення обвинувального акту, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру прокурору, якщо вони не відповідають вимогам цього Кодексу (п. 3 ч. 3 ст. 314 КПК України); направлення обвинувального акту, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру до відповідного суду для визначення підсудності у випадку встановлення непідсудності кримінального провадження (п. 4 ч. 3 ст. 314 КПК України); призначення судового розгляду на підставі обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру (п. 5 ч. 3 ст. 314) та зупинення кримінального провадження.

Хоча в редакції ч. 3 ст. 314 КПК не визначаються підстави для прийняття судом зазначених рішень, втім вони закріплені в спеціальних

нормах, що регулюють порядок закриття кримінального провадження (ст. 284 КПК); звільнення від кримінальної відповідальності (ст. 284 КПК); провадження на підставі угод (ст. 474 КПК). Це, в свою чергу, дає змогу визначити необхідне в таких випадках коло питань, які повинні бути з'ясовані судом. В контексті зазначеного виникає питання стосовно кола обставин, які необхідно з'ясувати судді при призначенні судового розгляду.

Ретроспективний аналіз законодавства з цього питання дозволяє констатувати, що у КПК 1960 р. чітко визначався перелік питань, які зобов'язаний з'ясувати суддя по кожній кримінальній справі. Цей перелік передбачав вирішення питання про підсудність, відсутність підстав для закриття справи, відповідності обвинувального висновку вимогам закону та виявлення таких порушень, які унеможливають її судовий розгляд, тощо. Не є виключенням і сучасне регламентування даного провадження в законодавстві таких країн СНД, як РФ, Молдова, Білорусь, Казахстан та ін. В багатьох з них, де існує такий етап кримінального провадження, закріплено перелік питань, які необхідно з'ясувати суду при призначенні судового розгляду. Цей перелік дещо відрізняється, втім, загалом, зводиться до вказаних нами вище. Так, наприклад, стаття 227 КПК Білорусі передбачає, що у кримінальній справі, що надійшла до суду, суддя повинен з'ясувати: 1) чи підсудна справа суду; 2) чи відсутні обставини для закриття або зупинення справи; 3) чи підлягає зміні або відміні, застосований щодо обвинуваченого запобіжний захід; 4) чи застосовано заходи, щодо забезпечення відшкодування шкоди, завданої злочинцем; 5) чи підлягають задоволенню заяви та клопотання.

Таким чином, можна зробити висновок, що призначення здійснюється на підставі розв'язання суддею низки питань, що мають правове значення. На підставі зазначеного, вбачається доцільним закріплення таких питань і у частині другій ст. 314 КПК. Уявляється, що в КПК має бути передбачено, що після виконання вимог, закріплених статтями 342–345 КПК, головуючий з'ясовує в учасників судового провадження їх думку щодо можливості призначення судового розгляду, та встановлює:

1) чи підсудне кримінальне провадження суду, на розгляд якого воно надійшло;

2) чи складено обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру відповідно до вимог цього Кодексу;

3) чи підтримує прокурор або потерпілий у випадках, передбачених законом, обвинувачення;

4) чи не бажають сторони укласти угоду про примирення;

5) чи не має підстав для закриття кримінального провадження або для його зупинення.

Вирішення вказаних питань є необхідною передумовою подальшого руху кримінального провадження, та здійснення організаційно-підготовчої діяльності судді, що є гарантією як прийняття законного рішення, так і забезпечення належного судового розгляду. Ніякої іншої діяльності в рамках вирішення вказаних питань відносно направлених до суду матеріалів суддя здійснювати не може.

МАЛАХОВА О. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри кримінального процесу

АСИМЕТРИЯ ПРАВИЛ ДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ

Чинний КПК України, на відміну від свого попередника, в ст. 22 закріпив основи змагальності не лише в судових стадіях кримінального процесу, а й на досудовому розслідуванні. Однак, аналіз положень кримінального процесуального законодавства, що визначають порядок формування доказової бази стороною захисту, дає можливість констатувати про дещо декларативний характер основ змагальності в досудовому розслідуванні, оскільки реального механізму збирання доказів стороною захисту не передбачено.

Нейтралізація різниці обсягу прав між стороною обвинувачення і стороною захисту щодо формування доказової бази в кримінальному провадженні може бути досягнута за допомогою інституту сприяння захисту (*favor defensionis*), який створює реальні умови функціонування принципу змагальності у кримінальному провадженні України, забезпечуючи баланс можливостей між сторонами кримінального процесу відстоювати власні інтереси перед судом.

Однією з складових *favor defensionis* є концепція «асиметрії правил допустимості доказів», зміст якої полягає в тому, що недотримання вимог кримінального процесуального закону при одержанні доказів тягне за собою різні правові наслідки для сторін кримінального провадження — докази, отримані з порушення процесуальної форми можна використовувати для підтвердження позиції захисту.

Варто зазначити, що наукове середовище сприймає вказану концепцію досить неоднозначно. Противники застосування «асиметрії» при вирішенні питання допустимості доказів обґрунтовують свою позицію, зокрема, неможливістю встановлення різного режиму представлення та використання доказів у кримінальній справі ні стороною обвинувачення, ні захистом (Стоянов М. М. Концепція допустимості доказів: проблеми теорії, нормативної регламентації та правозастосовчої практики

[Електронний ресурс] / М. М. Стоянов / Часопис Академії України. — 2009. — № 4. — Режим доступу: <http://www.aau.edu.ua/e-journal/2009-3/09smmtp.pdf>.

Вважаємо за можливе впровадження в кримінальне процесуальне законодавство України «асиметрії правил допустимості доказів», яка полягає в можливості сторони захисту використовувати виправдувальні докази, що отримані з порушенням процесуальної форми. На підтвердження вищевказаного зазначимо, що Конституція України в ст. 62 виключає можливість використання доказів, отриманих з порушення процесуальної форми, для обґрунтування позиції обвинувачення, але не виключає можливість використання таких доказів для обґрунтування позиції захисту.

На нашу думку, стороні захисту необхідно надати можливість використовувати виправдувальні докази, зібраних з порушенням процесуальної форми, що були допущені як стороною обвинувачення, так і стороною захисту, але якщо доказ надається стороною захисту, то вона повинна довести, що вона діяла в так званих умовах крайньої необхідності, тобто довести відсутність реальної можливості отримання даного доказу з дотриманням процесуального законодавства.

Асиметрія правил допустимості доказів може бути використана за умови, якщо порушення кримінального процесуального закону не можна нейтралізувати для того, щоб доказ став допустимим, а проведення повторної слідчої (розшукової) дії неможливе (наприклад, неможливість проведення повторно пред'явлення для впізнання особи) або не доцільно проводити повторно слідчу (розшукову) дію (наприклад, недоцільність проведення повторно огляду місця події за відсутністю підпису понятого у протоколі огляду, якщо понятого в подальшому можна допитати у суді).

Необхідно зазначити, що асиметрія правил допустимості доказів може поширюватися лише на докази, які отриманні з належного джерела, оскільки одержані докази з неналежного джерела, в усіх випадках є недопустимими.

Запровадження асиметрії правил допустимості доказів у кримінальне провадження України, як одну із складових *favor defensionis*, на нашу думку, є необхідним кроком успішного реформування національного кримінального процесуального законодавства. Оскільки несправедливим вбачається, що негативні наслідки порушення стороною обвинувачення процесуальної форми, які призвели до недопустимості виправдувального доказу, були покладені на сторону захисту. Варто зазначити, що перспективи запровадження в кримінальне провадження України концепції «асиметрії правил допустимості доказів» потребує подальшого наукового дослідження та нормативного вдосконалення положень чинного КПК України.

СТЕПАНЕНКО А. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри кримінального процесу

ГОЛОВНИЙ ФАКТ ДОКАЗУВАННЯ

Не буде перебільшенням стверджувати, що серцевиною і однією з головних складових будь-якого юрисдикційного процесу, і зокрема кримінального, є доказування. Встановлення фактичних обставин (процес пізнання) кримінального провадження можливо тільки шляхом доказування, тобто шляхом збирання, перевірки та оцінки достатньої кількості доказів, на підставі яких можливо формування переконливих висновків. Тому, не безпідставно зауваження І. Бентама, про те, що мистецтво судочинства є не що інше, як мистецтво користування доказами (О судебных доказательствах : Трактат Иеремии Бентама / Пер. с франц. И. Гороновичем; По изданию Дюмона. — Киев : Типография М. П. Фрица, 1876/ — С. 2).

Доказування будучи одним із різновидів пізнання завжди направлено на виявлення обставин кримінального провадження, що прямо перелічені в Кримінальному процесуальному кодексі (ч. 1 ст. 91). Дану сукупність обставин, що підлягають доказуванню в теорії доказів та криміналістиці прийнято називати «предметом доказування».

Встановлення певного предмета доказування по кожній кримінальній справі є важливою гарантією реалізації кримінальної відповідальності (Теория доказательств в советском уголовном процессе / [Ред. Коллегия: докт. юрид. наук И. В. Жогин (отв. ред.) и др.]. — Изд. 2-е, исп. и доп. — М.: Юрид. лит., 1973 — С. 139). Отже, правильне встановлення обставин, що складають предмет доказування, дає можливість досягти призначення кримінального судочинства.

Законодавцем в ч. 1 ст. 91 КПК України закріплений такий перелік обставин, що підлягають доказуванню:

1) подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення);

2) винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, форма вини, мотив і мета вчинення кримінального правопорушення;

3) вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, а також розмір процесуальних витрат;

4) обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого, обтяжують чи пом'якшують покарання, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження;

5) обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання;

Проте даний перелік обставин є, так би мовити, приблизним планом (програмою) того масиву фактичних обставин, що потрібно доказати (виявити). Обсяг обставин, що доводиться виявити по кожному кримінальному провадженню є різним як якісно, так і кількісно та ширший за перелік закріплений законодавцем. Тому цілком логічним є виділення певної структури предмета доказування (обставин, що підлягають доказуванню). Проте в процесуальній літературі тривалий час тривають дискусії щодо складових (змісту) такої структури. Існує декілька позицій.

Перша точка зору полягає у включенні до складу предмета доказування лише тих обставин, що прямо перелічені в ч. 1 ст. 91 УПК, тобто тих обставин, що складають кінцеву мету доказування «кінцевий тезис доказування» (Теория доказательств в советском уголовном процессе / [Ред. Коллегия: докт. юрид. наук И. В. Жогин (отв. ред.) и др.]. — Изд. 2-е, исп. и доп. — М.: Юрид. лит., 1973. — С. 140–142; Курс советского уголовного процесса. Общая часть / Под ред. А. Д. Бойкова, И. И. Карпеца. М.: Юрид. лит-ра, 1989. — С. 543; Грошевий Ю. М., Стахівський С. М. Докази і доказування у кримінальному процесі; Науково-практичний посібник (2-е вид., стереотипне). — К.: КНТ, Видавель Фурса С. Я., 2006. — С. 20–21).

Друга точка зору полягає в розумінні предмета доказування як складного об'єкта зі складеною структурою який має в собі кілька елементів. Так, М. С. Строгович виділяв у складі предмета доказування: 1) головний факт, 2) доказові факти, 3) наслідки злочину і 4) обставини, що сприяли вчиненню злочину. Автор писав: «Поняття головного факту означає лише, що саме його встановлення є безпосереднє завдання доказування і поки головний факт не доведений, справа не може вважатися правильно вирішеною» (Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. Том 1. Основные положения науки советского уголовного процесса. — М.: Издательство «Наука», 1968. — С. 36).

П. А. Лупинська розуміла «головний факт» як сукупність обставин, що відносяться до події, діяльність (бездіяльності) особи, що свідчать про винність особи та наслідки, що наступили або про його невинність. Це обставини, що дають підстави для висновку про наявність чи відсутність складу злочину. Головний факт повинен відповідати на три головних питання: 1) чи доведено, що відповідне діяння мало місце; 2) чи доведено, що це діяння вчинив підсудний; 3) чи винен підсудний у вчиненні цього діяння (Уголовно-процессуальное право Российской Федерации [Текст]: учебник / отв. ред. П. А. Лупинская. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Норма, 2009. — С. 291).

М. А. Чельцов пропонує розмежувати «вужьке» та «широке» поняття предмета доказування (Советский уголовный процесс. Учебник / Чельцов М. А. — 4-е изд., испр. и перераб. — М.: Госюриздат, 1962. — С. 129). Під предметом доказування у вужькому значенні він розуміє

обставини, які утворюють склад злочину, а в широкому значенні — усю сукупність обставин, що підлягають доказуванню. Фактично ми маємо справу з виділенням головного факту в структурі предмета доказування.

Таким чином, можна констатувати, що головний факт у літературі розуміється як факт, який складає серцевину обставин, що підлягають доказуванню, та встановлення яких свідчить про наявність чи відсутність складу злочину. Проте сама назва «головний факт» не свідчить про те, що все інші обставини є другорядними чи неважливими; всі вони повинні бути встановлені в залежності від особливостей кримінального правопорушення та суддівського розсуду. Встановлення обставин головного факту, здійснюється за допомогою як прямих доказів, та за допомогою непрямих, доказових фактів.

ПАНОВА А. В.

Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого,
аспірантка кафедри кримінального процесу
та оперативно-розшукової діяльності

ДО ПИТАННЯ ПОНЯТТЯ «ДОПУСТИМІСТЬ ДОКАЗІВ» У КРИМІНАЛЬНІЙ ПРОЦЕСУАЛЬНІЙ ДОКТРИНІ ТА ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

На сучасному етапі розвитку кримінального процесуального законодавства свого нормативного закріплення отримали багато правових інститутів, які є новими для України, але вже багато років існують у кримінальному процесі зарубіжних країн. Одним з таких є інститут допустимості доказів, який, як показує аналіз доктринальних підходів до з'ясування його змісту і значення, тривалий час досліджуються видатними вченими різних історичних епох: дореволюційного, радянського і пострадянського періоду.

У дореволюційний час велику увагу вчені приділяли питанням оцінки доказів та вважали її досить важливою умовою належного здійснення правосуддя, яка становила собою запобігання судовому свавілляю. Процес доказування ґрунтувався на системі вільної оцінки доказів, яка являла їх оцінку за внутрішнім переконанням судді з відсутністю у законі яких-небудь правил щодо значення окремих доказів. Але вже у Кримінально-процесуальному Кодексі РСФСР 1923 року у статті 61 зазначалося: «Суд не обмежений ніякими формальними доказами та від нього залежить за обставинами справи, чи допускати ті або інші докази, або вимагати їх від третіх осіб, для яких така вимога є обов'язковою. Присяга, як доказ, є недопустимою». Подальший

розвиток вітчизняного кримінального процесуального законодавства став наслідком прийняття у 1958 році Основ кримінального судочинства СРСР та Союзних Республік. Цей акт вперше прямо закріпив положення, які стосувалися оцінки доказів: « Суд, прокурор, слідчий і особа, яка проводить дізнання, оцінюють докази за своїм внутрішнім переконанням, заснованому на всебічному, повному та об'єктивному розгляді усіх обставин справи у їх сукупності, керуючись законом та соціалістичною правосвідомістю. Ніякі докази для суду, прокурора, слідчого та особи, яка проводить дізнання не мають наперед встановленої сили». Реформування кримінального процесуального закону стало наслідком прийняття у 1960 році КПК України та КПК РФ, в яких було закріплено положення щодо оцінки доказів, яке повністю відповідало змісту статті, що містилася в Основах кримінального судочинства 1958 року. Нормативне ж закріплення положень, які б визначали властивості доказів, а саме, їх допустимість було відсутнє. Але незважаючи на те, що радянський законодавець прямо не передбачив поняття допустимості доказів, у науці кримінального процесуального права того періоду висловлювалися і підходи з приводу того, що саме слід розуміти під допустимістю доказів. (Н. В. Сібільова, Г. Ф. Горський, Л. Д. Кокорев, П. С. Елькінд та інші науковці).

Під допустимістю доказів пропонувалося розуміти визнану законодавцем можливість використання даного джерела в якості процесуального носія інформації про фактичні дані, які мають значення для встановлення істини по кримінальній справі, а також процесуального закріплення цієї інформації уповноваженими на те особами або органами у встановленому законом порядку (шляхом дій) за суворим дотриманням норм моральності (Н. В. Сібільова).

Стаття 62 Конституції України закріплює одне із основних положень допустимості доказів, яке полягає у тому, що обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. На рівні галузевого законодавства вперше легальне визначення поняття «допустимість доказів» закріплено у Кримінальному процесуальному кодексі 2012 року, відповідно до якого доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку встановленому цим Кодексом. Частина 2 цієї статті визначає, що недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посилатися суд при ухваленні судового рішення. Оскільки, критерії допустимості, на жаль, законодавцем не встановлені, дослідження їх змісту залишається актуальним для науки кримінального процесу.

Аналіз та синтез наукових підходів до визначення критеріїв допустимості доказів дає можливість зробити висновок про те, що до них слід віднести: 1) належне процесуальне джерело; 2) належний суб'єкт збирання доказів; 3) належну процесуальну форму.

З'ясування змісту кожного з них, а також можливих правових наслідків їх недотримання складає зміст окремого напрямку наукового пошуку, що в умовах новітнього законодавства має спиратися не тільки на національне законодавство та практику його застосування, а й опрацьовані в практиці Європейського Суду з прав людини підходи до вирішення даного питання в контексті забезпечення права кожного на справедливий суд.

ТОРБАС О. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри кримінального процесу

ФОРМИ ЗАКІНЧЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ЗА КПК УКРАЇНИ ТА КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ ІНШИХ КРАЇН

З прийняттям Кримінального процесуального кодексу України 2012 року були внесені значні зміни до чинної моделі кримінального провадження. Були додані нові кримінальні процесуальні інститути, інші були змінені або взагалі усунені. Відповідно, певних оновлень зазнав також і інститут закінчення досудового розслідування, в тому числі і сам перелік форм закінчення.

Варто зазначити, що ст. 212 КПК 1960 р. вказувала на такі форми закінчення досудового розслідування: складання обвинувального висновку або постанови про закриття справи чи постанови про направлення справи до суду для вирішення питання про застосування примусових заходів медичного характеру. Тобто в даному випадку законодавець перерахував лише три форми закінчення досудового слідства. Проте в той же час, виходячи із інших положень КПК 1960 р. можна дійти висновку, що форм закінчення досудового розслідування більше. Проте у Кодексі передбачені лише три з них, тобто інші форми будуть лише припущеннями науковців. Внаслідок «малої судової реформи» 2001 року перелік форм закінчення досудового розслідування був збільшений, і КПК 1960 р. зазнав відповідних змін. Проте не були внесені зміни до самої ст. 212 КПК 1960 р., по суті єдиної статті, яка визначає, яким чином повинно закінчуватись досудове слідство.

Тож позитивним зрушенням можна назвати чіткість, з якою законодавець навів перелік форм закінчення КПК 2012 р.. Так, згідно з ч. 2 ст. 283 КПК прокурор зобов'язаний у найкоротший строк після повідомлення особі про підозру вчинити одну з таких дій:

1. закрити кримінальне провадження;
2. звернутися до суду з клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності
3. звернутися до суду з обвинувальним актом, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру.

Однак аналіз форм закінчення досудового розслідування не може обмежуватись лише дослідженням норм національного законодавства. Цілком очевидно, що існує необхідність звернутися до відповідних правових актів інших країн. І починати таке дослідження варто саме з країн СНД, правові системи яких дуже подібні до правової системи України.

Так, Кримінально-процесуальний кодекс РФ зазначає, що досудове розслідування може відбуватися у трьох формах: попереднього слідства, дізнання та дізнання за скороченою формою. І хоча кожна з трьох форм досудового розслідування має свої особливості, кінцеві процесуальні рішення досить подібні між собою. Так, досудове розслідування в РФ закінчується складанням обвинувального висновку (акту), винесенням постанови про припинення кримінальної справи, постанови про припинення кримінального переслідування та направлення до суду клопотання про застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру, а також направлення кримінальної справи в суд для застосування примусових заходів медичного характеру. При аналізі кримінально-процесуального законодавства інших країн СНД (Республіки Молдова, Республіки Білорусь, Республіки Казахстан) можна помітити аналогічні форми закінчення досудового розслідування. Це пояснюється єдністю радянської правової системи, на основі якої і були побудовані правові системи країн СНД. Одна варто зауважити, що лише КПК України надає чіткий та єдиний перелік форм закінчення досудового розслідування, що являється позитивним показником реформування кримінального процесуального законодавства.

При аналізі форм закінчення досудового розслідування інших держав, які не входять до складу СНД, обов'язково варто звертати увагу на особливості правових систем цих країн. Однак і тут можна помітити подібні елементи. Так, у Франції слідчий суддя, який здійснює попереднє розслідування, після проведення всіх необхідних та можливих дій передає матеріали справи до слідчої камери, яка перевіряє роботу слідчого судді та виносить рішення про припинення справи або передавання її до суду. В Німеччині прокурор у випадку зібрання достатньої сукупності доказів направляє до суду обвинувальний акт, а якщо доказів недостатньо — припиняє провадження. У Великобританії закінчення попереднього розслідування перетворилося на цілу стадію, яка має назву попереднє провадження в суді. Саме там суд досліджує достатність доказів, які були зібрані уповноваженими або іншими особами під час попереднього розслідування та приймає рішення про припинення кримінального провадження або про направлення його до суду разом із

сформованою обвинувальною формулою. В США в залежності від тяжкості вчиненого кримінального правопорушення стадія попереднього розслідуванням закінчується складанням обвинувального акту або процесуального документу, який має назву «інформація».

Отже можна зробити висновок, що КПК України, прийнятий 2012 року, покращив правове закріплення переліку форм закінчення досудового розслідування як у порівнянні із КПК України 1960 р., так і у порівнянні із кримінально-процесуальними кодексами країн СНД. Проте і в такому випадку до ст. 283 КПК виникають певні питання: чи варто розмежувати такі форми закінчення досудового розслідування, як складання клопотання про застосування до особи примусових заходів медичного та виховного характеру; чи можна вважати направлення обвинувального акту до суду разом із підписаною сторонами угодою окремою формою досудового розслідування? Тож ст. 283 КПК України потребує подальшого вивчення зі сторони науковців та практиків та, за необхідності, законодавчого вдосконалення.

ЧЕРНЕГА І. Л.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри кримінального процесу

ДОПУСТИМІСТЬ ДОКАЗІВ, ОТРИМАНИХ ЗА ДОПОМОГОЮ ПОЛІГРАФА

Використання науково-технічних засобів давно вже не новизна для кримінального процесу. Прогрес не стоїть на місці і всі новинки, які так чи інакше можуть принести користь процесуалістам-практикам викликають підвищений інтерес. Такий технічний засіб як поліграф, він же «детектор брехні» важко назвати новинкою серед розробок, але питання про можливість його застосування залишається відкритим.

За дослідженням експертів (Мовчан Д. А. Питання імплементації в Україні зарубіжних підходів до нормативно-правового регулювання застосування поліграфа у процесі розкриття та розслідування злочинів // Науковий вісник Київського національного університету внутрішніх справ. — 2009. — № 5. — С 256–262), за рівнем нормативно-правового регулювання застосування поліграфа під час розкриття та розслідування злочинів, країни світу можна розподілити на чотири групи: країни, в яких застосування поліграфа врегульовано окремим законом (США, Литву та Молдову); країни, де застосування поліграфа врегульовано окремими правовими нормами закону, якими регулюється ширше коло суспільних відносин (Індія, Македонія, Польща, Туреччина, Сербія,

Словенія, Канада, Угорщина, Чорногорія); країни, де застосування поліграфа врегульовано підзаконними нормативно-правовими актами (Англія, Бельгія, Болгарія, Білорусь, Ізраїль, Південна Корея, Чеська Республіка, Росія); країни, в яких застосування поліграфа нормативно не врегульовано (Латвія, Сінгапур, Японія).

Успіх використання поліграфа послужив поштовхом для створення у Центральному розвідувальному управлінні США відділу, що спеціалізується на проведенні поліграфічних перевірок. В подальшому урядом США було прийняте рішення про перевірку на поліграфі всіх співробітників ЦРУ не рідше, ніж один раз протягом п'яти років. Згодом аналогічні підрозділи були створені у Міністерстві оборони США. В процесі становлення масових перевірок у США ідеологія цього напрямку значно змінювалася. Порядок використання поліграфа у США визначений законами «Про допустимість застосування поліграфа у всіх випадках можливості витоку секретної інформації» (1985 р.) та «Про обмеження застосування поліграфа у приватному секторі» (1988 р.).

У Литві цей науково-технічний засіб використовується з 1992 р., хоча Закон «Про використання поліграфа» був прийнятий лише у 2000 р. У Молдові діє Закон «Про застосування тестування на детекторі симуляції (поліграфі)» 2009 р.

Виступаючи на захист необхідності законодавчого закріплення можливості застосування поліграфа в Україні Г. Москаль зазначив, що прийняття Закону України «Про доповнення Кримінального процесуального кодексу України положеннями щодо використання поліграфа (детектора брехні)» призведе до створення можливості використання у суді результатів обстежень на поліграфі. Тим самим у КПК України з'являться прогресивні норми щодо можливості врахування у судовому процесі підсумків перевірок на детекторі брехні, якщо особа погодилася на їхню допустимість до проведення поліграфічного обстеження, як це має місце у багатьох країнах світу (Офіційний сайт ВРУ http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=46058). Але, як відомо, в Україні на законодавчому рівні питання застосування «детектора брехні» не врегульовано.

Як і слідувало очікувати, обговорюючи дану тему вітчизняні процесуалісти розділилися на два табори. До першої групи відносяться вчені, які різко заперечують проти використання поліграфа в кримінальному провадженні. До них відносяться І. Ф. Пантелеев, О. М. Ларін, П. С. Елькінд. Вони стверджують, що встановити правду за допомогою поліграфа неможливо, і що органи досудового розслідування застосовують поліграф не стільки для одержання доказів, скільки для здійснення психологічного впливу на допитуваного. На їхню думку, процедура застосування поліграфа по суті є формою тортур, що принижує людську гідність. Що в свою чергу, тягне недопустимість такого доказу. На думку цих вчених, «детектор брехні» необхідно заборонити

рішуче і беззастережно, як несумісний з правовими та етичними принципами кримінального судочинства (Ларин А. М. Криміналістика і паракриміналістика. М., 1996; Пантелеев И. Ф. Некоторые вопросы психологии расследования преступлений // Труды ВЮЗИ. М., 1973. — № 3. — С. 227, Элькинд П. С. Научно-технический прогресс и уголовное судопроизводство // Советская юстиция. 1977. № 3. — С. 10). Інша група юристів вважає за можливе використовувати поліграф як засіб одержання доказової інформації. Однак через відсутність відповідної правової і науково-технічної бази, спираючись в основному на досвід зарубіжних практиків.

Автор, оцінюючи позицію вчених, зазначає, що необхідно звернути увагу на умови застосування поліграфа. По-перше, випробування на поліграфі, в тих країнах, де це закріплено на законодавчому рівні, може бути проведено лише за згодою підозрюваного, обвинуваченого, свідка. По-друге, отримані результати (поліграма) може бути використані лише в сукупності з іншими доказами і не може наперед вирішувати питання про вину чи невинуватість, в залежності від того, які результати вона відображає, не може мати наперед встановленої сили. Якщо погоджуватись з думкою прихильників «детектора брехні», то слід зауважити, що результати його використання можуть бути допустимими лише при дотриманні законодавчо встановленої процедури, проведення її уповноваженою, компетентною особою, при належній фіксації результатів і обов'язково з дотриманням прав і свобод людини і громадянина, передбачених Конституцією України та міжнародними актами.

КРАВЧУК Т. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
здобувач кафедри кримінального процесу

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ ЯК ОДНА З ГОЛОВНИХ ГАРАНТІЙ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

Конституція України містить положення, відповідно до якого права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. (ч. 2 ст. 3).

Особливої актуальності це положення набуває в галузі кримінально-процесуальних відносин. Відповідно до ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України (далі КПК) завданнями кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних

правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура. По суті завдання кримінального провадження в свою чергу забезпечують реалізацію цих гарантій.

Варто констатувати той факт, що право на захист в кримінальному провадженні являється однією з головних гарантій і є тим засобом який забезпечує їх фактичну реалізацію.

Відповідно до положень ст. 59, ч. 2 ст. 63 і п. 6 ч. 3 ст. 129 Конституції України й чинного кримінально-процесуального законодавства захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого та виправданого є однією з основних засад судочинства, важливою гарантією об'єктивного розгляду справи та запобігання притягненню до кримінальної відповідальності невинуватих осіб.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 20 КПК України, підозрюваний, обвинувачений, виправданий, засуджений має право на захист, яке полягає у надані йому можливості надати усні або письмові пояснення з приводу підозри чи обвинувачення, право збирати і подавати докази, брати особисту участь у кримінальному провадженні, користуватися правовою допомогою захисника, а також реалізовувати інші процесуальні права.

В свою чергу КПК закріплює положення про те, що захисником є адвокат, яких здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого та відомості про якого внесено до Єдиного реєстру адвокатів України. З одного боку ця норма є цілком логічною та правильною, так як кримінальне провадження є складним процесом і здійснювати захист має висококваліфікований спеціаліст, який пройшов всі рівні атестації. Але якщо розглядати це питання з іншого боку то складається враження, що при внесенні таких змін законодавець обмежив коло захисників і тим самим порушив конституційне право кожного вільно обирати захисника своїх прав. Також на нашу думку законодавець порушив гарантію захисту прав кожного громадянина обмеживши кількість захисників які можуть одночасно брати участь у судовому розгляді до п'яти.

Вагомим та позитивним явищем, як це вже було не раз відзначено фахівцями, являється те, що у новому КПК значно розширені можливості сторони захисту, а саме ряд процесуальних прав адвоката: збирати та подавати докази, клопотання, скарги до суду, отримувати висновки експертів, опитувати учасників кримінального провадження й інших осіб тощо. Без сумніву, це є головною особливістю та дає змогу

забезпечити рівноправну змагальність сторони обвинувачення та сторони захисту.

Найвищою формою захисту слід також визнати право на судовий захист, яке виступає гарантією щодо всіх конституційних прав і свобод. Воно становить собою сукупність юридичних можливостей особи щодо захисту її прав, свобод, законних інтересів, що здійснюється незалежним та неупередженим судом, утвореним відповідно до закону, у законодавчо закріпленій процедурі шляхом судового розгляду. Це право включає не лише право на звернення до суду, а й право на ефективне повновлення порушених прав і свобод шляхом здійснення правосуддя, яке природно відповідає вимогам справедливості. (Шило О. Г. Теоретично-прикладні основи конституційного права людини і громадянина на судовий захист у досудовому провадженні в кримінальному процесі України: моногр. / Шило О. Г.; Національний університет «Юридична академія України ім. Я. Мудрого». — Х.: Право, 2011. — С. 30).

Важливою гарантією також являється процесуальне право сторони захисту на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових та службових осіб, також на перегляд рішень суду першої інстанції в апеляційному і касаційному порядку, право на звернення про перегляд судових рішень Верховним Судом України, а також право на звернення до Європейського Суду з прав людини після використання всіх національних засобів правового захисту, яке гарантується Основним Законом України.

Отже, можна зробити висновок, що процесуальними гарантіями є ті засоби, які в першу чергу забезпечують їх фактичну реалізацію. А головним обов'язком державних органів і посадових осіб, які безпосередньо здійснюють кримінальне провадження, забезпечити учасників (потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, виправданого та засудженого), можливість реалізувати свої процесуальні права, адже це являється однією з найважливіших умов об'єктивного, неупередженого кримінального провадження, охорони законних інтересів осіб у кримінальному провадженні. Як слушно відзначав Л. Лобойко, гарантії прав та інтересів особи разом із гарантіями ефективної діяльності органів, які ведуть кримінальний процес, у своїй сукупності утворюють засоби ефективного функціонування кримінального процесу в цілому. (Лобойко М. Н. Методи кримінально-процесуального права: моногр. — Дніпропетровськ: Дніпр. держ. ун-т. внутр.справ, 2006. — С. 38–39).

Тобто ограні та посадові особи в першу чергу мають бути зацікавлені у тому, щоб учасники кримінального провадження знали свої права та використовували їх у повному обсязі згідно з законодавством, оскільки лише за таких умов може бути винесене законне, обґрунтоване та справедливе судове рішення.

УЧАСТЬ ОПЕРАТИВНИХ ПІДРОЗДІЛІВ У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ДОКАЗУВАННЯ ПІД ЧАС СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ

Доказування як процес отримання доказів і їх використання з метою відтворення реальної події, що досліджується, є єдиним засобом досягнення цілей судочинства, захисту прав та законних інтересів осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, тому питання доказування і доказів, на думку більшості дослідників, були і залишаються серцевиною кримінального процесу. Саме тому, наукового обґрунтування потребують питання щодо ролі оперативних підрозділів під час доказування у судовому провадженні.

Вивчення матеріалів практики свідчить, що, при провадженні у суді І інстанції, зокрема, у судовому розгляді, сторона захисту здійснює дискредитацію доказів обвинувачення шляхом: знищення або фальсифікації доказів, які викривають обвинуваченого у вчиненому злочині (знищення предметів і документів, які можуть бути використані як речові докази); умисне затягування судового розгляду, що може призвести до втрати доказів, спотворення показань свідків. На нашу думку, на даній стадії оперативні підрозділи мають працювати за такими напрямками: забезпечення збереження доказів, вжиття заходів щодо забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві; збирання, аналіз та оцінка інформації щодо дій захисту, якщо вони спрямовані на спростування доказів обвинувачення чи дискредитацію учасників кримінального процесу; здійснення оперативно-розшукових заходів з метою отримання нової доказової інформації, яка може бути представлена під час судового розгляду; перевірка обґрунтованості клопотань заявлених захистом після направлення справи до суду; перевірка інформації, щодо спроб здійснення тиску на суддів або їх підкупу з боку обвинувачених та їх оточення; перевірка інформації про спроби тиску на державного обвинувача, його підкупу та вжиття відповідних заходів реагування; збирання та аналітичне опрацювання відомостей про процесуального супротивника; забезпечення взаємодії з потерпілим, цивільним позивачем та їх представниками; виявлення у межах справ оперативного обліку механізму підготовлюваного, або вчиненого злочину проти правосуддя та документування окремих епізодів злочинної діяльності; припинення незаконних дій з боку потерпілого, який може перешкодити встановленню істини у справі (помста).

При цьому, вважаємо, що на даній стадії можна виділити дві групи завдань, характерних для оперативно-розшукового забезпечення. Так, до першого блоку входять завдання, які пов'язані із позитивною взаємодією з прокурором. До другого блоку — завдання щодо охорони

учасників судового провадження від незаконного впливу обвинуваченого та його зв'язків.

Крім того, на цій стадії кримінального провадження з метою отримання розвідувальної інформації можуть здійснюватися оперативно-розшукові заходи щодо слідчо-заарештованих у справі, які: не мають постійного місця проживання та заняття або приховують дані, які свідчать про їх особу; приховують факт своєї участі, а також участі інших осіб у вчиненні злочинів; мають дані про злочини, що вчинені іншими особами, або про місце знаходження осіб, які переховуються від органів розслідування та суду або ухиляються від відбування кримінального покарання, або втекли з місця позбавлення волі; знають місця зберігання предметів і документів, що можуть бути використані як речові докази у кримінальній справі, зброї, наркотичних засобів, майна, грошей та цінностей, що були викрадені або отримані злочинним шляхом.

Також вивчення матеріалів кримінальних проваджень, свідчить, що активний кримінальний вплив з боку злочинців на свідків призводить дачі свідками неправдивих показань. Щодо протидії дачі завідомо неправдивих показань діяльність оперативних підрозділів, на нашу думку, полягає у: виявленні фактів зустрічі адвокатів зі свідками обвинувачення та документування таких контактів; документування фактів протиправного впливу на свідків з боку обвинуваченого та його зв'язків; надання прокурору інформації щодо незаконних дій захисту; документування дій захисту щодо пошуку компрометуючих матеріалів щодо свідків обвинувачення.

У зв'язку з цим в окремих випадках, слушно провести організаційні та оперативно-розшукові заходи з фізичного та психічного захисту свідків обвинувачення від обвинуваченого і його зв'язків. На нашу думку, у підготовку до судового процесу входять заходи щодо забезпечення безпеки свідків, потерпілих, експертів, які викликаються до суду. Сюди входить і організація оперативного забезпечення дачі показань цими особами у суді.

Підсумовуючи наведене, можна відзначити, що незважаючи на зміну моделі кримінального переслідування, участь оперативних підрозділів у його забезпеченні залишається необхідною. При цьому, особливої актуальності така діяльність набуває під час судового розгляду, де відбувається дослідження та оцінка судом доказів, поданих сторонами.

ГОНЧАРИК Х. І.

Академія адвокатури України,
аспірантка кафедри кримінального процесу та криміналістики

КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНІ АСПЕКТИ ЗАЛУЧЕННЯ ЕКСПЕРТА АДВОКАТОМ

Реалізація завдань, постановлених в результаті судово-правової реформи залежить, не лише від нормативно-правового забезпечення кримінального провадження, а й від належного практичного забезпечення участі експерта, з врахуванням можливостей його залучення адвокатом. Забезпечення участі експерта у кримінальному провадженні з передумовою виконання одного з основних завдань кримінального процесу, а саме забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування з тим, щоб кожним, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений і жодна особа не була піддана необгрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура (Кримінальний процесуальний кодекс України : Верховна Рада України; Кодекс України, Закон, Кодекс від 13.04.2012 № 4651-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013, № 9–10, № 11–12, № 13, ст. 88).

На реалізацію положень принципу змагальності та рівноправності сторін (стаття 22 Кримінального процесуального кодексу України) в процесі судово-правової реформи було впроваджено підвищення рівня гарантій прав громадян в судочинстві шляхом прийняття Кримінального процесуального кодексу України 2013 року та Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Зокрема, стаття 22 Закону передбачає, що адвокат має право вчиняти будь-які дії не заборонені законом, що є необхідними для виконання договору про надання правової допомоги (Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Верховна Рада України; Закон від 05.07.2012 № 5076-VI // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2013, № 27, ст. 282). До таких дій слід віднести можливість залучення адвокатом, у разі необхідності, особи, що володіє науковими, технічними або іншими спеціальними знаннями та, яка має право відповідно до Закону України «Про судову експертизу» (Про судову експертизу : Верховна Рада України; Закон від 25.02.1994 № 4038-XII // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1994, N 28, ст. 232) на проведення експертизи, може провести дослідження об'єктів, явищ і процесів, що містять відомості про обставини вчинення кримінального правопорушення й дати висновок з питань, що виникають під час кримінального провадження і стосуються сфери її знань.

Як засвідчують матеріали практики адвокат на власний розсуд вирішує питання про необхідність залучення експерта або спеціаліста, зважаючи

на обставини кримінального провадження і конкретні ситуації. Аналіз норм кримінального процесуального кодексу дає підстави для висновку, що вирішенню питання адвокатом про доцільність залучення експерта може передувати консультація зі спеціалістом. Який, у свою чергу, допомагає визначити коло питань, які необхідно постановити експерту.

Цікавим фактом у дослідженні кримінальних процесуальних аспектів залучення експерта адвокатом є те, що під час представництва інтересів потерпілого, адвокат має менш обмежене коло повноважень у сфері залучення спеціальних знань, ніж у випадку представництва інтересів обвинуваченої особи. Так, наприклад потерпілий, як суб'єкт кримінального провадження, відповідно до кримінально-процесуальних норм не має права у разі відмови слідчого, прокурора щодо задоволення клопотання про залучення експерта звернутися до слідчого судді з таким же клопотанням. А відповідно до ст. 244 Кримінального процесуального кодексу України обвинувачений наділений цим правом. І це з тих причин, що потерпілого чинним законодавством віднесено до сторони обвинувачення, а обвинуваченого — до сторони захисту.

Необхідно звернути увагу у на процесуальне обмеження потерпілого і в аспекті проведення експертизи за власний рахунок. Оскільки ч. 2 ст. 243 Кримінального процесуального кодексу України передбачає, що адвокат, що представляє інтереси сторони захисту (підозрюваного, обвинуваченого (підсудного), засудженого, виправданого, особи, щодо якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування), наділений правом самостійно на договірній основі залучати експертів до проведення експертизи, у тому числі й обов'язкової (Кримінальний процесуальний кодекс України : Верховна Рада України; Кодекс України, Закон, Кодекс від 13.04.2012 № 4651-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013, № 9–10, № 11–12, № 13, ст. 88). Адвокат, що є представником потерпілого не має означеного права.

Наведене дає підстави зробити наступні висновки.

Кримінальний процесуальний кодекс України містить норми, що відповідають європейським стандартам у дотриманні принципу рівності сторін у кримінальному провадженні. Проте є й недоліки, що стосуються наділення представника потерпілого (адвоката) можливістю звернення з клопотанням до слідчого судді про залучення експерта у випадку відмови по однотипному клопотанні слідчого або прокурора і з питань проведення експертизи за рахунок потерпілої сторони. Внесення змін до чинного кримінального процесуального законодавства з наведеної проблематики сприятиме глибокій і повній реалізації принципу рівності і змагальності сторін.

Разом з тим, варто констатувати, що адвокат у кримінальному провадженні наділений широкими повноваженнями з питань залучення спеціальних знань. Оскільки наділений правом вибору особи, що

сприятиме встановленню об'єктивної істини шляхом залучення як експерта так і спеціаліста, зважаючи на обставини контрактної кримінальної справи про злочин. Залучаючи особу зі спеціальними знаннями до кримінального провадження, адвокат повинен пам'ятати про різний процесуальний статус даних осіб — суб'єктів кримінального провадження. Так, спеціаліст дає роз'яснення щодо спеціальних питань, натомість експерту доручається проведення дослідження певних об'єктів і явищ, наслідком чого є висновок з питань, що виникають під час кримінального провадження. Консультації, надані спеціалістом можуть бути використані адвокатом при формулюванні запитань експерту. Приймаючи рішення про доцільність залучення адвокатом експерта чи спеціаліста під час кримінального провадження варто пам'ятати, що роз'яснення спеціаліста і висновок експерта за своєю процесуальною сутністю ризують.

АГАКЕРІМОВ О. Н.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
здобувач кафедри кримінального процесу

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ВИКОРИСТАННЯ ЕЛЕКТРОННИХ ЗАСОБІВ КОНТРОЛЮ ПРИ ЗАСТОСУВАННІ ДОМАШНЬОГО АРЕШТУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

В умовах інтенсивного розвитку наукового технічного прогресу, його продукти входять все більше до різних галузей життєдіяльності людини, підтвердженням чого, як приклад, стала галузь кримінального провадження, яка в умовах сьогодення, з урахуванням положень Кримінального процесуального кодексу України, від 13.04.2012 р. (далі КПК України), стала доповненою можливістю застосування електронних засобів контролю (далі ЕЗК) при застосуванні домашнього арешту в інституті запобіжних заходів.

Згідно ч. 1 ст. 195 КПК України, застосування ЕЗК полягає у закріпленні на тілі підозрюваного, обвинуваченого пристрою, який дає змогу відслідковувати та фіксувати його місцезнаходження. Такий пристрій має бути захищений від самостійного знімання, пошкодження або іншого втручання в його роботу з метою ухилення від контролю та сигналізувати про спроби особи здійснити такі дії (Кримінальний процесуальний кодекс України, Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України»: чинне законодавство з 19 листопада 2012 року: (офіц. текст). — К.: Паливода А. В., 2012. — с.108).

Як зазначає Пилипенко В. П., сьогодні електронний моніторинг правопорушників застосовується в 49 штатах США. Понад 60 країн світу ефективно використовують цю систему і як вид запобіжного заходу протягом кримінального провадження, і як альтернативу тюрмі під час відбуття покарання. Статистика свідчить, що кожного дня у світі постановляються тисячі судових рішень щодо застосування електронного моніторингу.

Загалом більш ніж 30 років використовуються 3 основних типи пристроїв для моніторингу перебування особи.

Перший та найпростіший (як у технологічному, так і в економічному плані) — це контроль за допомогою звичайної телефонної лінії. Сам по собі цей засіб контролю складається з двохпристроїв. Один, розміром з телефонний апарат, під'єднується до звичайної телефонної розетки. Інший — це легкий електронний браслет, що кріпиться на зап'ясті або, найчастіше, на нозі в ділянці щиколотки. Між пристроями встановлено зв'язок, і, коли браслет віддаляється на відстань, більшу від запрограмованої, подається сигнал тривоги. Він надходить на центральний сервер, а звідти — особі, яка здійснює безпосередній моніторинг конкретного правопорушника. Це може бути оператор за пультом спостереження в обласному відділенні внутрішніх справ, як у Росії, або офіцер із пробації, який отримує сигнал безпосередньо на свій айфон, як у США. При застосуванні домашнього арешту межі так званої допустимої зони можуть становити, наприклад, 30—50 м.

Другий тип — це аналогічний прилад моніторингу з використанням мобільного зв'язку. Така система стане в пригоді в містах, проте може виявитися неефективною в сільській місцевості, де стільниковий сигнал слабший.

І третій тип — це стеження за допомогою глобальної системи позиціонування (GPS). Складається з того ж браслета, переносного навігатора та стаціонарного передавача, що міститься вдома. Застосування такого типу моніторингу є дорогим задоволенням, але це дає змогу встановити реальне місцезнаходження особи за допомогою системи супутникового стеження. Переважна більшість країн використовують супутникову систему NAVSTAR GPS. У деяких країнах для більшої ефективності використовують змішані типи моніторингу. (Пилипенко В. П. Електронний моніторинг дозволить заощадити на триманні під вартою, а в перспективі — і на тюрмах // Закон і Бізнес. — 2012. — № 11 (1050) / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: URL:http://zib.com.ua/ua/8454-elektronniy_monitoring_areshtovanih_dozvolit_zaoschaditi_na_.html).

Слід зазначити, що відповідно до Положення про порядок застосування електронних засобів контролю, яке затверджено наказом Міністерства внутрішніх справ України, в нашій країні використовується система глобальних навігаційних супутникових систем GPS/ГЛОНАСС. (Про затвердження Положення про порядок застосування

електронних засобів контролю : Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 9 серпня 2012 р. № 696 // Електронний ресурс]. — Режим доступу: URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1503-12>).

Загалом, використання ЕЗК дасть змогу державі заощаджувати на триманні осіб під вартою, і на доставленні їх у суд, а в подальшому, якщо такі засоби контролю будуть використовуватися в Україні й під час відбування особами покарання, — значно зменшить наповненість місць позбавлення волі та затрати на тримання засуджених.

В Україні ж тільки у 2011 році на доставлення осіб з місць попереднього ув'язнення до суду для участі в засіданнях держава витратила близько 20 млн грн. А тримання таких осіб у слідчих ізоляторах обійшлося нашим платникам податків у більш ніж 85 млн. (Пилипенко В. П. Електронний моніторинг дозволить заощадити на триманні під вартою, а в перспективі — і на тюрмах // Закон і Бізнес. — 2012. — № 11 (1050) / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: URL:http://zib.com.ua/ua/8454elektronniy_monitoring_areshtovanih_dozvolit_zaoschaditi_na_.html).

Підводячи підсумок зазначеному вище, слід відмітити, що не дивлячись на те, що ЕЗК при застосуванні домашнього арешту як запобіжного заходу хоча й зменшують навантаження на державний бюджет країни, проте слід мати на увазі, що використання ЕЗК невисокої вартості в такому запобіжному заході може не забезпечити належне його виконання, так як такі ЕЗК можуть виявлятися низькоякісними, а значить зростатиме ризик перешкоджанню (як умисно так і неумисно) їх належній роботі, що в свою чергу може призвести до такої ланцюгової реакції, як нездатність таких ЕЗК виконувати свої функції, а значить і в частковій мірі виконувати функції кримінального провадження. Тому, питання застосування належної якості ЕЗК в інституті запобіжних заходів кримінального провадження можна вважати актуальним предметом обговорення для висунення пропозицій щодо його покращення.

ЛИТВИН О. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
здобувач кафедри кримінального процесу

ПРОБЛЕМА АКТИВНОСТІ СУДУ У ДОКАЗУВАННІ У СТАДІЇ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ

Новий КПК поставив перед дослідниками ряд завдань, пов'язаних із переосмисленням сталих концепцій, що стосуються фундаментальних проблем кримінального провадження, у тому числі і проблем у царині доказування.

Незважаючи на те, що КПК у ст. 93 прямо не указує на суд як на суб'єкта доказування, аналіз ряду його повноважень, передбачених КПК, дозволяє зробити висновок, що він, безумовно, ним залишається, хоч його активність у процесі доказування і є обмеженою, що є проявом розширення сфери дії принципу змагальності у кримінальному провадженні.

Однак принцип змагальності не виключає певну активність суду при збиранні та перевірці доказів. Це обумовлюється тим, що, по-перше, для прийняття будь-якого правозастосовчого рішення необхідним є встановлення фактичних обставин кримінального провадження, що у кримінальному провадженні здійснюється шляхом збирання, перевірки та оцінки доказів; по-друге, за повної пасивності суду є неможливою правильна оцінка доказів за внутрішнім переконанням, оскільки внутрішнє переконання ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження; по-третє, пасивність суду несумісна із концептом справедливого правосуддя, адже складовою принципу справедливості є необхідність встановлення істини при вирішенні конкретних юридичних справ (Аширова Л. М. Проблемы реализации принципа справедливости в уголовном процессе: автореф. дисс.... к.ю.н.: 12.00.09 / Л. М. Аширова. — Уфа, 2006. // Режим доступа: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1291322>); по-четверте, пасивність суду несумісна із публічно-правовим обов'язком суду постановити обґрунтоване та справедливе рішення, оскільки інтереси сторін завжди є суб'єктивними, а публічно-правових обов'язок суду полягає у досягненні такого завдання кримінального провадження, як захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень.

На певну активність суду указують і деякі положення КПК: у відповідності до ст. 321, головуючий у судовому засіданні спрямовує судовий розгляд на забезпечення з'ясування всіх обставин кримінального провадження, усуваючи з судового розгляду все, що не має значення для кримінального провадження. Крім того, деякі судово-слідчі дії можуть бути проведені у тому числі і за ініціативи суду, наприклад: допит експерта у суді (ч. 1 ст. 356); дослідження документів (ст. 358); огляд на місці (ст. 361); експертиза у порядку ч. 2 ст. 332 КПК; повторний допит свідка (ч. 13 ст. 352); одночасний допит (ч. 14 ст. 352). Крім того, суд включає питання до ухвали про доручення проведення експертизи (ч. 3 ст. 332 КПК); суд має право ставити під час допиту обвинуваченого (ст. 351), свідків (ст. 352), потерпілого (ст. 353), експерта (ст. 356) запитання.

Таким чином, положення КПК вже указують на певну активність суду у доказуванні, однак чітко не визначають її межі. У літературі є різні концепції та моделі такої активності, які визначають, по суті, межі активності суду у доказовій діяльності.

Аналіз положень КПК України показує певний дисонанс між вимогами КПК щодо: (1) спрямування судового розгляду на забезпечення з'ясування всіх обставин кримінального провадження та оцінкою доказів за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження; (2) вимогою закону про обґрунтованість рішення, яким є таке, що ухвалене судом на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду та оціненими судом відповідно до ст. 94 КПК та (3) характеристикою неповноти судового розгляду, якщо залишилися недослідженими обставини, з'ясування яких може мати істотне значення для ухвалення законного, обґрунтованого та справедливого судового рішення. Про яке забезпечення з'ясування всіх обставин кримінального провадження, всебічне і повне дослідження може йти мова, якщо суд у більшості випадків обмежений ініціативою сторін? При цьому суд залишається відповідальним за вирішення питань, передбачених ст. 368 КПК, однак у межах обставин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду, тобто тих, що подані сторонами та зібрані судом, а, враховуючи обмежені повноваження суду із збирання доказів, можна стверджувати — зібрані судом з метою перевірки належності, допустимості, достовірності доказів, поданих сторонами (за деякими винятками).

Таким чином, вважаємо, що для формування концепції активності суду у доказуванні у стадії судового розгляду можливо запропонувати такі основні положення: 1) активність суду є необхідною; 2) ініціатива у визначенні обсягу та порядку дослідження доказів належить сторонам; 3) суд здійснює восповнюючу активність при дослідженні обставин, що характеризують особу обвинуваченого, пом'якшують покарання, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження; обставин, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання; 4) суд здійснює субсидіарну активність, що є проявом «сприяння захисту», при недостатній активності сторони захисту, особливо у випадку, коли захисник не бере участі у кримінальному провадженні; 5) суд збирає докази з метою перевірки наданих сторонами доказів; 6) суд приймає рішення про визнання доказів недопустимими, у тому числі з власної ініціативи (детальніше це питання розглянуто: Литвин О. В. Деякі питання порядку визнання судом недопустимості доказів у стадії судового розгляду // Порівняльно-аналітичне право. — 2013. — № 3—1. // Режим доступу: [http://pap.in.ua/3-1_2013/9/Lytvyn %20 O. V.pdf](http://pap.in.ua/3-1_2013/9/Lytvyn%20O.V.pdf)); 7) при відмові прокурора від підтримання обвинувачення у суді — враховуючи обмежені можливості потерпілого із збирання доказів, відсутність обов'язкового професійного представництва потерпілого, проявляти субсидіарну активність.

**КОМПЛЕКСНИЙ ХАРАКТЕР ПІДСТАВ ЗАСТОСУВАННЯ
ЗАПОБІЖНИХ ЗАХОДІВ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ**

Визначення підстав застосування запобіжних заходів має особливо велике значення як у науці кримінального процесу так і у правозастосовній практиці. Як наголосив ВССУ у своєму листі № 511–550/0/4–13 від 04.04.2013 р., слідчий суддя, суд має зважати, що слідчий, прокурор не мають права ініціювати застосування запобіжного заходу за відсутності для цього підстав, передбачених ст. 177 КПК. Тому в разі розгляду відповідного клопотання, не підкріпленого визначеними у КПК метою та підставами, останнє має бути відхилено (п. 9).

В юриспруденції під підставою розуміють сукупність передбачених правом обставин, умов, фактів і передумов, що забезпечують настання юридичних наслідків. Таким чином, під підставами застосування запобіжних заходів слід розуміти обставини, умови, факти й передумови, що забезпечують застосування цих заходів.

Новий КПК України запроваджує комплексну підставу застосування запобіжних заходів, що включає по-перше, обґрунтованість підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення і по-друге, наявність ризику (ризиків), перелік яких встановлено пунктами 1–5 ч. 1 ст. 177 КПК та не підлягає розширеному тлумаченню, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений може вчинити дії передбачені ч. 1 ст. 177 КПК. І якщо мова йде про підстави застосування конкретного виду запобіжного заходу, то існує і третя підстава — це наявність обставин, що свідчать про недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризикам, передбаченим статтею 177 КПК (ст.ст. 194, 196 КПК). Лише доведення всього комплексу обставин є підставою для застосування конкретного виду запобіжного заходу.

Вирішуючи питання про наявність обґрунтованої підозри вчинення особою, щодо якої застосовується запобіжний захід, кримінального правопорушення слідчий суддя має переконатися що підозра у вчиненні особою кримінального правопорушення є обґрунтованою матеріалами кримінального провадження, а отже, у розпорядженні слідчого, прокурора є здобутті у визначеному законом порядку достатні дані, які вказують: по-перше, на наявність ознак кримінального правопорушення, що мало місце (такими даними можуть бути заяви, повідомлення про кримінальні правопорушення, документи, протоколи негласних (розшукових) слідчих дій, протоколи слідчих (розшукових) дій, висновки експертиз, тощо) і по-друге, на причетність цієї конкретної особи,

щодо якої ставиться питання про обрання запобіжного заходу, до скоєння цього кримінального правопорушення.

Друга складова підстав застосування запобіжних заходів пов'язана із новим терміном — «ризик». Як зазначила М. Дерев'янка, у сфері кримінального провадження під поняттям ризику може розумітися як конкретний прояв протидії досудовому провадженню, так і ситуативну характеристику процесу прийняття процесуального рішення (Дерев'янка М. Зміст та поняття ризиків у кримінальному процесі // Вісник Київського національного університету ім. Тараса Шевченка: Серія Юридичні науки. — 2013. — № 2. — С. 78–80. — С. 79).

Отже, враховуючи ці визначення, можна стверджувати, що ризик це передусім певна небезпека, яку слід уникати. На нашу думку, законодавець саме у такому значенні застосовує поняття «ризиків» у ч. 1 ст. 177 КПК України. Тобто, під «наявністю ризиків» у випадку передбаченому ч. 2 ст. 177 КПК, слід розуміти небезпеку вчинення підозрюваним, обвинуваченим певної протидії кримінальному провадженню у формах, передбачених пп. 1–4 ч. 1 ст. 177 КПК, або вчинення іншого чи продовження існуючого кримінального правопорушення.

Як зазначив законодавець у ч. 2 ст. 177 КПК, наявність ризиків, повинно давати достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений може вчинити дії передбачені ч. 1 ст. 177 КПК.

Отже, під «достатніми підставами», про які йдеться у ч. 2 ст. 177 КПК України, слід розуміти сукупність доказів, здобутих під час кримінального провадження, які вказують на необхідність прийняття слідчим суддею відповідного процесуального рішення. Таке тлумачення сприятиме подоланню проявам формалізму під час вирішення питань щодо обмеження конституційних прав і свобод особи.

В клопотанні слідчого про обрання запобіжного заходу не повинно бути декларативних тверджень, загальних застережень і припущень, в ньому необхідно приводити докази, здобуті та зафіксовані слідчим у відповідних матеріалах кримінального провадження, що підтверджують наявність підстав для застосування запобіжного заходу (п.п. 3 і 5 ч. 1 ст. 184 КПК). Саме вони й мають враховуватися слідчим суддею під час прийняття процесуального рішення. На підтвердження цього, ч. 1 ст. 196 КПК вимагає від слідчого судді встановити під час розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу, чи доводять надані сторонами кримінального провадження **докази** обставини, які свідчать про наявність підстав для обрання конкретного запобіжного заходу. В ухвалі про застосування запобіжного заходу слідчий суддя, суд повинні зазначити зокрема і посилення на докази, які обґрунтовують обставини, які свідчать про наявність підстав для його застосування (п. 4 ч. 1 ст. 196 КПК).

На практиці дуже часто в рамках окремих кримінальних проваджень можна констатувати відсутність достатніх підстав для обрання того чи

іншого запобіжного заходу. Частіш за все про це непрямо свідчать такі обставини справи, як спосіб вчинення кримінального правопорушення, його тривалість, тяжкість, вчинення декількох злочинів, відсутності постійного місця проживання та місця роботи, негативна характеристика особи підозрюваного, наявність в нього судимостей та інші фактичні дані, які належать до обставин, що повинні враховуватися при обранні запобіжного заходу (ст. 178 КПК), а не замінювати підстави для його застосування.

Проте не слід забувати, що ситуації, в яких слідчому доводиться приймати рішення про обрання відповідного запобіжного заходу, можуть бути різного ступеня складності та різноманітності. Обумовлюється це обсягом інформації про обставини кримінального правопорушення та особу, що його вчинила. У будь-якому випадку клопотання про обрання запобіжного заходу має ґрунтуватися на фактичних даних, що містяться в матеріалах провадження, отриманих в законному порядку.

СОЛОДКОВ А. А.

Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого,
пошукувач кафедри кримінального процесу та оперативно-розшукової діяльності

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СТАТУСУ ПРИСЯЖНИХ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Правовий статус присяжних визначається Законом України «Про судоустрій і статус суддів» та КПК України, відповідні положення яких розвивають конституційні норми щодо безпосередньої участі народу у здійсненні правосуддя через народних засідателів і присяжних (ст. 124 Конституції України).

Відповідно до ст. 57 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» присяжним є громадянин України, який у випадках, визначених процесуальним законом, вирішує справи у складі суду спільно із суддею (суддями), забезпечуючи згідно з Конституцією України безпосередню участь народу у здійсненні правосуддя. Присяжні під час розгляду і вирішення справ користуються повноваженнями судді.

До суду як присяжні можуть бути викликані громадяни, які внесені до списку присяжних згідно із ст. 58–1 Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Аналіз цієї статті закону дозволяє дійти висновку, що обов'язковими умовами включення громадянина до списку присяжних є відповідність кандидата вимогам, що містяться в законі, а також надання згоди бути присяжним. Остання означає, що особа свідомо погодилася брати участь у здійсненні правосуддя, а тому і бути суб'єктом

прав, обов'язків і відповідальності за невиконання чи неналежне виконання цієї функції. Як правильно вказують дослідники цієї проблематики, в колегії присяжних не повинні з'явитися особи, які всупереч своїм переконанням беруть участь у здійсненні правосуддя, оскільки від внутрішнього настрою присяжних багато в чому залежить закінчення судового розгляду (Котеля Е. Г. Уголовно-процессуальный статус присяжных заседателей: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. — Уральск. госуд. юрид. акад. — Екатеринбург, 2009. — С. 6).

Відповідно до ст. 59 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» присяжним може бути громадянин України, який досяг тридцятирічного віку і постійно проживає на території, на яку поширюється юрисдикція відповідного суду. Втім, тлумачення ч. 2 ст. 59 вказаного Закону дозволяє дійти висновку про існування додаткових вимог до присяжного, адже не підлягають включенню до списків присяжних громадяни: 1) визнані судом обмежено дієздатними або недієздатними; 2) які мають хронічні психічні чи інші захворювання, що перешкоджають виконанню обов'язків народного засідателя, присяжного; 3) які мають не зняту чи не погашену судимість; 4) народні депутати України, члени Кабінету Міністрів України, судді, прокурори, працівники органів внутрішніх справ та інших правоохоронних органів, військовослужбовці, працівники апаратів судів, інші державні службовці, адвокати, нотаріуси; 5) громадяни, які досягли шістдесяти п'яти років; 6) особи, які не володіють державною мовою. Таким чином, законом передбачено низку вимог, яким має відповідати особа, яка здійснюватиме функцію присяжного.

Звертає на себе увагу те, що для присяжного встановлено збільшений порівняно із суддею віковий поріг, адже присяжним може бути особа, яка досягла 30-річного віку у той час, як суддею за чинним законодавством може бути особа, яка досягла 25-річного віку. Такий підхід законодавця до встановлення вимог до особи, яка може бути присяжним, уявляється цілком обґрунтованим, оскільки для виконання обов'язків присяжного важливим є життєвий досвід людини, зрілість її психо-емоційного стану, що забезпечують можливість дати справедливую оцінку обставинам вчиненого злочину та створюють необхідні умови для належного виконання покладених на них обов'язків.

Звільнення від обов'язків присяжного за ознакою професійної належності притаманно законодавству багатьох держав, у яких діє суд присяжних. Таке обмеження спрямоване на запобігання упередженості присяжного, адже в силу належності до певної професії вказані особи можуть бути піддатливі професійним стереотипам, що перешкоджатимуть здійсненню об'єктивної оцінки встановлених у судовому засіданні обставин вчиненого злочину.

Процесуальні права присяжного передбачено статтею 386, ч. 4 ст. 391 КПК України. Він є активним учасником судового розгляду,

який в силу здійснюваної ним процесуальної функції та дії засади безпосередності, повинен брати участь в судовому провадженні від його початку до кінця.

Для з'ясування змісту обов'язків присяжного необхідно застосувати системний аналіз чинного законодавства, на підставі якого можливо їх комплексно охарактеризувати, звернувшись до ч. 2 ст. 386, ч. 3 ст. 385, ч. 3 ст. 391 КПК України, а також ст. 57 Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Зважаючи на їх зміст, можна констатувати їх різне функціональне призначення, оскільки одні з обов'язків спрямовані на забезпечення можливості здійснення правосуддя судом присяжних, інші — ухвалення законного, обґрунтованого і справедливого вироку, створення належних умов для реалізації сторонами їх процесуальних прав і виконання покладених на них процесуальних обов'язків тощо.

В контексті аналізу правового статусу присяжного важливе значення має вирішення питання щодо моменту, з якого особа набуває цього статусу. Відповідь на це питання слід шукати в законі, який в одній тій самій статті використовує термін «громадяни, які внесені до списку присяжних», а також «присяжні» (ч. 2, 3 ст. 385 КПК України). Тлумачення цих норм дозволяє дійти висновку про те, що правовий статус присяжного особа, яка внесена до списку присяжних, набуває з моменту вручення їй письмового виклику до суду в якості присяжного. Виклик відбувається після призначення судового розгляду судом присяжних, тобто після постановлення в підготовчому засіданні ухвали про це. Такий виклик має бути вручений присяжному під розписку не пізніше ніж за п'ять днів до судового засідання.

Обсяг та характер повноважень присяжних визначено ч. 2 ст. 383 КПК України — усі питання, пов'язані з судовим розглядом, крім того, що передбачено ч. 3 ст. 331 КПК, судді і присяжні вирішують спільно. Таким чином, єдиним винятком порівняно із повноваженнями судді є вирішення питання доцільності продовження тримання обвинуваченого під вартою до спливу двомісячного строку з дня надходження до суду обвинувального акта чи з дня застосування судом до обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Вказаний виняток стосовно повноважень присяжних, уявляється, може бути пояснено тим, що вирішення даного питання потребує застосування юридичних знань і оцінки правозастосовцем низки обставин, що у сукупності надають змогу прийняти законне, обґрунтоване та справедливе рішення стосовно продовження строку застосування даного запобіжного заходу. На момент прийняття такого рішення присяжні поки що не обізнані із обставинами вчиненого злочину та доказами, якими підтверджується обвинувачення і обґрунтовується застосування саме тримання під вартою, а тому, не будучи професійними юристами, вони не можуть адекватно оцінити наявність підстав для вирішення питання про

доцільність продовження тримання обвинуваченого під вартою, що має бути здійснено до спливу двохмісячного строку застосування цього запобіжного заходу.

Проаналізовані положення, безумовно, не вичерпують характеристику правового статусу присяжних, проте дають достатні підстави для констатації особливостей його правового регулювання, що притаманні новітньому законодавству України.

Розділ 12

ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛІСТИКИ, СУДОВОЇ ПСИХОЛОГІЇ ТА МЕДИЦИНИ

ТИЩЕНКО В. В.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
заведующий кафедрой криминалистики, доктор юридических наук,
профессор, член-корреспондент НАПрН Украины,
заслуженный деятель науки и техники Украины

О ВИДАХ, ФОРМЕ И СОДЕРЖАНИИ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКИХ МЕТОДИК РАССЛЕДОВАНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

Проблемы формирования методик расследования связаны и с проблемой классификации криминалистических методик, которой было посвящено немало исследований (Возгрин И. А. Введение в криминалистику/ И. А. Возгрин. — СПб, 2003. — С. 287–293; Гармаев Ю. П., Лубин А. Ф. Указ. соч. — С. 148–189; Косарев С. Ю. История и теория криминалистических методик расследования преступлений / С. Ю. Косарев. — СПб, 2008. — С. 232–269; Журавель В. А. Указ. соч. — С. 71–95; Шмонин А. В. Методология криминалистической методики. — М., 2010. — С. 117–143 и др.). Из ряда дискуссионных вопросов хотелось бы выделить следующие.

Центральным уровнем криминалистических методик обычно считаются методики отдельных видов преступлений. Выделяются и методики расследования более узкой направленности: заказных убийств, карманных краж, хищений в строительных организациях и т. п. Предлагаемые методики можно еще больше сузить, введя дополнительные признаки, например: методика расследования карманных краж, совершаемых в городском транспорте или методика расследования заказных убийств, совершаемых в отношении политических деятелей. Думается, что в данном случае более точно было бы говорить о методических особенностях расследования определенных разновидностей базового вида преступлений в условиях соответствующих типовых следственных ситуаций. Вряд ли можно согласиться с выделением и методик установления алиби, установление виновного лица «по горячим следам», выявления инсценировок. Нужно согласиться с В. Е. Корноуховым, что

в данном случае речь должна идти не о методиках, а об отдельных тактических задачах (Корноухов В. Е. Методика расследования преступлений : теоретические основы / В. Е. Корноухов. — М., 2008. — С. 148). К тому же, несмотря на некоторые общие черты, средства и методы их решения приобретают специфику в зависимости от вида и характера преступлений.

Нередко, обращая внимание на актуальность методики расследования тех или иных преступлений (как правило, новых видов), исследователи отказываются от ее разработки по причине недостаточного количества эмпирического материала либо его отсутствия. Думается, что «криминалисты не вправе сидеть и ждать, пока практика накопит тысячи судебных прецедентов, прежде чем «снизойти» до их обобщения и формулировки рекомендаций (Гармаев Ю. П., Лубин А. Ф. Указ. соч. — С. 53.). Руководствуясь предложенными принципами формирования частных методик, целесообразно разрабатывать ориентирующие модели таких «опережающих» методик с последующей их корректировкой и наполнением более конкретным и эмпирически обоснованным содержанием. Такие методики могут называться «Теоретические основы методики расследования...» соответствующей категории преступлений.

Заслуживает внимание и вопрос о форме и содержании криминалистических методик расследования. В современных методиках расследования все чаще включаются программы расследования, упрощается изложение объясняющего материала. Дело в том, что обилие теоретического материала, подробное изложение дискуссионных взглядов, их критический анализ затрудняет восприятие практиком предлагаемых методических и тактических рекомендаций, делает методику с точки зрения следователя мало эффективной для практического использования. Но означает ли это, что теоретические и методологические положения в изложении частных методик расследования во всех случаях должны быть исключены? Отнюдь. Все зависит от того, на каком этапе формирования находится данная методика, насколько теоретически и эмпирически обоснована, насколько аргументированы и апробированы излагаемые в ней рекомендации и, наконец, кому она адресована. В диссертационных и монографических исследованиях должны найти научное обоснование взгляды автора на принципы формирования и построения разрабатываемой методики с использованием всего арсенала теоретических знаний, относящихся к объекту и предмету исследования, рассмотрены дискуссионные вопросы, проанализирована и обобщена практика, высказаны собственные рекомендации по методике и тактике расследования данной категории преступлений. В учебниках и учебных пособиях теоретические положения должны излагаться в более лаконичной форме и носить объяснительный характер. Они обосновывают предлагаемые для успешного расследования методы, приемы и средства, выстраивая их в определенную систему. В руководствах по расследованию

преступлений целесообразно особое внимание уделить изложению программ действий следователя, которые строятся в зависимости от криминалистической характеристики данной группы преступлений и типовых следственных ситуаций (О программировании расследования см.: Эйсман А. А. Теоретические вопросы программирования расследования / А. А. Эйсман // Вопросы борьбы с преступностью. — Вып. 45. — М., 1987. — С. 84–92; Шаталов А. С. Криминалистические алгоритмы и программы. Теория. Проблемы. Прикладные аспекты / А. С. Шаталов. — М., 2000; Тищенко В. В. Теоретичні і практичні основи методики розслідування злочинів / В. В. Тищенко. — Одеса, 2007. — С. 111–114; Щур Б. В. Теоретичні основи формування та застосування криміналістичних методик / Б. В. Щур. — Харків, 2010. — С. 236–254). Р. С. Белкин полагает, что программы расследования не должны подменять собой частные методики, но и не должны включаться в их содержание (Белкин Р. С. Курс криминалистики / Р. С. Белкин. — М., 2001. — С. 724). Если с первой частью этой точки зрения нужно согласиться, то вторая вызывает возражение. Думается, что теоретическое исследование, посвященное разработке частной методики расследования, должно включать в себя и прикладные (прагматические) аспекты в виде рекомендуемых программ расследования. Поэтому можно согласиться с мнением В. А. Журавля, что отдельные криминалистические методики могут быть выражены в трех формах: описательной, формализованной и смешанной (Журавель В. А. Указ. соч. — С. 125).

Следовательно, главное здесь — определить основную функцию, назначение предлагаемой методики и сбалансировать в ее положениях теоретическую, объяснительную и прагматическую составляющую.

АРКУША Л. І.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
професор кафедри криміналістики, доктор юридичних наук, доцент

СИСТЕМА ОРГАНІВ ДОСУДОВОГО СЛІДСТВА: ПИТАННЯ РЕФОРМУВАННЯ

Однією з головних проблем, які постають у зв'язку з дією нового Кримінального процесуального кодексу України, є питання реформування органів досудового слідства.

Дослідженню проблем оптимізації системи органів досудового слідства присвячували свої праці такі видатні фахівці та науковці, як, О. М. Бандурка, Д. П. Письменний, О. М. Петриченко, М. А. Погорецький, О. Ю. Татаров, Л. Д. Удалова, В. І. Фаринник,

В. І. Шакун та ін. Аналіз наукових праць та матеріалів практики свідчить, що існує певний теоретичний фундамент удосконалення системи органів досудового слідства та визначення статусу слідчого, але ще і досі відсутня чітка позиція щодо структури органів досудового слідства та функцій слідчого. У зв'язку з цим окремої уваги заслуговує питання щодо реформування системи органів досудового слідства в Україні в умовах дії нового Кримінального процесуального кодексу України та забезпечення процесуальної самостійності і незалежності слідчого.

Необхідність визначення на законодавчому рівні побудови оновленої системи слідчого апарату, організації його діяльності та визначення місця в системі органів державної влади, правового статусу виникла після введення в дію Конституції України, якою у п. 9 Перехідних положень закріплено поняття «система досудового слідства». Крім того, слід відмітити, що ст. 121 Конституції України визначає функції прокуратури, не вказуючи серед них здійснення досудового слідства. Зазначена функція згадується лише в п. 9 Перехідних положень Основного Закону, де зазначено, що прокуратура продовжує її виконувати до сформування системи досудового слідства і введення в дію законів, що регулюють її функціонування.

Концептуальні підходи щодо оптимізації системи органів досудового слідства були втілені у новому КПК України. Так, згідно із статтею 38 КПК України органами досудового розслідування (органами, що здійснюють дізнання і досудове слідство) є слідчі підрозділи: 1) органів внутрішніх справ; 2) органів безпеки; 3) органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства; 4) органів державного бюро розслідувань. Відповідно до частини 3 цієї статті повноваження слідчого органу досудового розслідування при досудовому розслідуванні кримінальних проступків у встановлених законом випадках можуть здійснюватися співробітниками інших підрозділів органів внутрішніх справ, органів безпеки, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства. Відповідно до пункту 1 Прикінцевих положень та пункту 1 Перехідних положень нового КПК України проведення досудового розслідування окремих видів кримінальних правопорушень здійснюватиметься слідчими органів прокуратури до початку діяльності Державного бюро розслідувань України, але не більше п'яти років з дня набрання чинності КПК України.

На теперішній час існують різні точки зору, щодо особливостей реорганізації системи досудового слідства. На наш погляд, можна стверджувати, що «вертикальна» підпорядкованість слідчих підрозділів усіх відомств та виділення їх у окреме відомство (Державне бюро розслідувань України) дозволить: забезпечити реальну процесуальну самостійність та незалежність слідчих; гарантувати дотримання прав і свобод, законних інтересів громадянина під час проведення досудового слідства; підвищити рівень довіри населення до правоохоронних органів;

покращити взаємодію слідчих та працівників оперативних підрозділів різних відомств у виявленні та розслідуванні злочинів, в першу чергу, завдяки незалежності слідчих при прийнятті процесуальних рішень, створення спільних слідчо-оперативних груп, забезпечення виконання в повному обсязі спільних, узгоджених планів оперативно-розшукових заходів та слідчих (розшукових) дій, доручень слідчого тощо; значно покращити якість досудового слідства та інші результати роботи слідчих у боротьбі зі злочинністю; зміцнити професійне ядро слідчого апарату України, зупинити відтік досвідчених кадрів; унеможливити будь-які прояви посадових осіб місцевих органів влади та самоуправління вплинути на розслідування кримінальних проваджень, що на сьогодні є одним із актуальних питань з урахуванням заходів, які вживаються правоохоронними та іншими органами щодо протидії корупції; приблизити систему органів досудового слідства до міжнародних стандартів та стати значним фактором для подальшого його реформування.

Якщо виходити з класичної системи побудови правоохоронних органів, то єдиним вищим органом у системі органів досудового слідства, на нашу думку, має стати Державне бюро розслідувань України. Таким чином, систему органів досудового слідства України мають складати: Державне бюро розслідувань України, Державне бюро розслідувань Республіки Крим, міст Києва та Севастополя, міські та районні слідчі комітети, слідчі комітети на транспорті. В слідчих підрозділах потрібно передбачити чітку спеціалізацію слідчих. Координацію діяльності різних відомств при здійсненні досудового розслідування та єдиний процесуальний контроль за діяльністю органів досудового слідства необхідно покласти на органи прокуратури і суду.

Під час реформування, на наш погляд, слід доцільним було б включити вже існуючі експертні підрозділи до системи органів досудового слідства і таким чином налагодити постійний зв'язок між слідчим та експертом під час провадження досудового слідства. За такого реформування буде збережено існуючий потенціал слідчих підрозділів України всіх відомств, їх кадрове та матеріально-технічне забезпечення. У той же час буде не тільки усунено втручання керівників правоохоронних органів в процесуальну діяльність слідчих та керівників слідчих підрозділів, а й суттєво покращиться взаємодія слідчих з оперативними підрозділами у виявленні й розслідуванні злочинів, оскільки існуватиме паритетний баланс взаємовпливу цих служб відповідно до їхніх повноважень.

Реалізація всіх зазначених пропозицій не буде потребувати додаткового фінансування, оскільки нею передбачається лише структурна та організаційна перебудова вже існуючих слідчих підрозділів в системі правоохоронних органів України.

Окремої уваги потребує створення умов для підготовки кваліфікованих слідчих, що пов'язано із можливою організацією нового

навчального закладу при Державному бюро розслідувань України. При цьому слід зазначити, що керівник зазначеного навчального закладу повинен бути одним із заступників керівника Державного бюро розслідувань України, а викладачами повинні бути практикуючі слідчі з багаторічним досвідом розслідування певних напрямків злочинної діяльності, що позитивно впливатиме на якість підготовки фахівців. Можливо розглянути необхідність тільки заочної, або очно-заочної форми навчання, та при наявності у абітурієнта певного терміну роботи у якості помічника слідчого тощо. З цією метою, наш погляд, слід розробити Державну програму професійної підготовки слідчих та Програми підвищення кваліфікації слідчих.

Аналіз думок практиків відносно реформування органів досудового слідства, дає підстави стверджувати, що реалізація цих ідей на практиці може мати значні складнощі, оскільки держава і суспільство на сьогодні ще не готові запровадити іншу модель розслідування злочинів. Такі різкі зміни на їх погляд можуть призвести лише до негативних наслідків. Необхідно підтримати їх думку, що така реформа повинна відбуватися поступово, у чітко визначені етапи, з відповідним законодавчим і фінансовим забезпеченням, без руйнування структури існуючих слідчих підрозділів та розмивання професійного ядра їх кадрового апарату. Основною метою реформи досудового слідства повинно стати саме збереження наявного потенціалу слідчих підрозділів і їх подальший розвиток.

КОМІСАРЧУК Р. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри криміналістики, кандидат юридичних наук

ПРИЧИНИ ТА УМОВИ ЕКОНОМІЧНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ НА ЗАЛІЗНИЧНОМУ ТРАНСПОРТІ: КРИМІНАЛІСТИЧНИЙ АСПЕКТ

Більшість наукових досліджень щодо проблеми детермінації економічних злочинів розробляються вітчизняними науковцями переважно в контексті факторного комплексу злочинів проти власності або злочинності в сфері економіки в цілому. Складність обумовлена тим, що надати вичерпний перелік причин та умов, що породжують злочинну поведінку, практично не можливо, оскільки, процеси і явища які можуть обумовити певну криміногенну роль безмежно-різноманітні.

В даних тезах причини та умови, фактори, що сприяють вчиненню економічних злочинів будуть розглядатися як тотожні поняття.

Тому, аналізуючи такі причини та умови економічної злочинності на залізничному транспорті, необхідно виділити: а) причини та умови, що визначають саму можливість існування злочинності на транспорті (загальні причини та умови); б) причини та умови різних видів економічних злочинів, в тому числі організованих злочинних проявів; в) причини та умови вчинення конкретного економічного злочину. Такий підхід дозволить більш раціонально здійснювати розробку ефективних профілактичних заходів злочинності, адже, причини та умови конкретного злочину в сфері функціонування об'єктів залізничного транспорту, а також результати аналізу різних видів і типів посягань виступають основою профілактичних заходів різних видів економічних злочинів. Загальні причини та умови злочинності вказують напрямком загальносоціального її попередження в транспортній інфраструктурі України. Отже, економічна злочинність набула системного характеру, вразивши значну частину суспільних відносин, стала структуризуватися в розгалужені організовані мережі, втілюючись у всі сфери життєдіяльності, в тому числі, в роботу залізничного транспорту.

Аналіз тенденцій економічної злочинності дозволяє виділити шляхи розвитку кримінальної ситуації, які в певній мірі проявляли себе на території Одеської Південно-Західної залізниці, а також виділити фактори, що безпосередньо обумовили вплив на такі тенденції, з метою їх подальшої нейтралізації. Основною тенденцією економічних злочинів виступає відставання соціального контролю над криміногенними процесами від реальних кількісно-якісних змін кримінальної ситуації. Так, основні статистичні дані, отримані в ході дослідження, дозволяють визначити три основні характерні особливості розвитку кримінальних тенденцій на об'єктах Південно-Західної залізниці: 1) криміналізація суспільства в нових соціально-небезпечних формах злочинних проявів — збільшення окремих найбільш небезпечних форм кримінальних проявів; подальша криміналізація економічних відносин; 2) різкі зміни зареєстрованої продукції, пов'язані зі збільшенням абсолютної кількості вчинених злочинів; 3) відхилення статистичних показників злочинності від лінії довготривалої тенденції (періодична стрибкообразна компонента синусоїдного характеру(спад=зростання)). Яка з цих трьох тенденцій буде найбільш впливати на кримінальну обстановку на протязі найближчих років повинно визначитися інтенсивністю впливу детермінант економічної злочинності і умовами соціально-економічного розвитку Південного регіону і країни в цілому.

Таким чином, знання причинного комплексу злочинності лежить в основі профілактики економічних злочинів, спрямованої безпосередньо на ліквідацію криміногенних факторів і створення умов, які б виключали або нейтралізували можливість формування особистості злочинця і реалізації його антигромадської корисливої спрямованості. Дана діяльність органів внутрішніх справ здійснюється в межах їх

компетенції, згідно із Конституцією України та Законом України «Про міліцію» й іншими нормативно-правовими актами, відомчими документами, шляхом проведення заходів з виявлення, усунення й нейтралізації причин, умов та обставин, що сприяли їх вчиненню, здійснення профілактичного впливу на осіб з протиправною поведінкою.

Враховуючи зазначене, в сфері боротьби зі злочинністю можна виділити три основні напрямки такої діяльності відділу внутрішніх справ: 1) розробка і вдосконалення прийомів і методів виявлення причин злочинів і сприяючих їм умов з урахуванням їх криміналістично-значущих особливостей; 2) виділення в кожному випадку дослідження об'єктів профілактичного вивчення і відповідного впливу в межах розслідування і за його межами; 3) виявлення, дослідження особливостей типових ситуацій профілактичного характеру і їх вірна оцінка.

Для попередження економічних злочинів на залізничному транспорті необхідно враховувати весь комплекс криміногенних факторів економічного, загально соціального (27,5 %), політичного (18,5 %), духовно-етичного і психологічного (13,5 %), правового (19,5 %), технічного (5,5 %) і організаційно-управлінського (11,5 %) та іншого характеру (4 %).

Зупинимось лише на тих із них, які найбільш чітко засвідчують причини та умови вчинення економічних злочинів на об'єктах залізничного транспорту.

Соціально-економічні: протиріччя в економічних правовідносинах, незбалансованість механізму господарювання, прорахунках і недоліках економічного планування, а також системи розподілу бюджетних коштів. Тому найбільш інтенсивним і показовим виступає вплив криміналу на економіку, адже, економічні відносини різноманітні, кожне з яких має свої закономірності, а їх суперечливість породжує злочинність. Соціальні: відсутність послідовної соціальної орієнтованості реформ, збільшення кількості людей позбавлених необхідної підтримки, падіння життєвого рівня народу, різке зростання і небезпечна диференціація населення за прибутками, відсутність державної соціальної підтримки населення.

Соціально-психологічні: домінація корисної мотивації — стремління до наживи; терпляче відношення населення до високого рівня розкрадань і корупції країні; індиферентне відношення населення до вчинених злочинів (виправдовують правопорушника); впевненість і надія на безкарність; цинізм; правовий нігілізм. Наприклад, причини злочинів — корпоративного захоплення (рейдерство — заволодіння власністю підприємств залізничного транспорту) вкоріненні в психології вітчизняного підприємця, який звик за відсутності цивілізованого ринку купівлі-продажу бізнесу отримувати все й одразу за мінімальну ціну. Звідси, поява нових власників, право власності яких не поважається також етикою підприємництва, адже, досить солідні підприємці

продовжують фінансувати відібрання бізнесу у своїх колег. А це — право власності — основа економіки (хоча, відсутність економіки — це також економіка). Враховуючи негативний досвід рейдерської діяльності злочинних угруповань в зоні оперативної відповідальності територіальних відділів внутрішніх справ, а також досвід приватизації на залізничному транспорті в цілому по країні через реалізацію структурно-економічних реформ створюють загрозу неправомірного відчуження значної кількості об'єктів транспортного комплексу при пере спрямуванні на них діяльності вказаних угруповань.

Законодавчі і правозастосовні фактори: недосконалість законодавства, що ускладнює притягнення винних до адміністративної та кримінальної відповідальності; не чіткість розподілу функцій між органами контролю в даній сфері (наприклад, безконтрольний процес проведення конкурсів і аукціонів приватизації, зловживання при банкрутстві підприємств і т. п.). Також, вважаємо правовим пробілом і колізією законодавства — відсутність Положення Про порядок службового розслідування пригод на транспорті та випадків порушення правил безпеки руху і експлуатації залізничного транспорту, що призвело до: правової нечткості праввідносин учасників на всіх стадіях процесу перевезень залізничним транспортом; слабкої організації обліку і формування звітності про порушення безпеки руху, допущених учасниками процесу перевезення; відсутності регламентації діяльності експедиторів і операторів, працюючих в сфері залізничних перевезень.

Політичні фактори: відсутність державної політики із забезпечення економічної безпеки залізничного транспорту; по захисту інтересів господарюючих суб'єктів залізничного транспорту — жертв злочинного посягання; неефективна кримінальна політика в сфері боротьби зі злочинними посяганнями на економіку залізничного транспорту; недоопрацювання механізму політичної відповідальності осіб, що займають державні посади, уповноважених на прийняття рішень у сфері забезпечення економічної безпеки населення; високий рівень корумпованості органів державної влади.

Обставини **організаційно-управлінського** характеру: слабкий контроль за діями керівників підприємств залізничного транспорту в ході процесу відчуження активів галузі при її структурному реформуванні; недостатня система захисту активів і пакетів акцій підприємств залізничного транспорту зі сторони рейдерських угруповань в період консолідації ресурсів ключових підприємств; відсутність контролю за використанням грошових коштів, що виділяються в межах цільових програм і програм держпідтримки розвитку залізничної галузі.

Фактори пов'язані із **транскордонним** функціонуванням Південно-Західної залізниці. У відповідності із законодавством України співробітники транспортної міліції в пунктах пропуску не мають можливості приймати участь в огляді міжнародних пасажирських потягів одночасно

із працівниками прикордонної або митної служби, що негативно впливає на ефективність протидії транскордонній злочинності.

До самостійних факторів динамічних змін економічної злочинності на об'єктах залізничного транспорту слід віднести недоліки правоохоронної діяльності, в т.ч., діяльності підрозділів УВС на транспорті: недостатньо ефективна координація діяльності органів дізнання, слідства, суду та прокуратури; недостатнє ресурсне забезпечення підрозділів УВС на транспорті; висока плинність кадрів УВС на транспорті (більшість зі стажем до трьох років (поступовий відтік кадрів до комерційних або кримінальних структур)).

Враховуючи все вищезазначене, групи причин досліджуваних економічних злочинів в сфері функціонування об'єктів Південно-Західної залізниці на сучасному етапі можна визначити наступним чином: 1) *Загальні* — пов'язані із більшістю розглянутих злочинів і *окремі* — з окремими, що вчиняються на об'єктах Південно-Західної залізниці, економічними злочинами; 2) *Об'єктивні* — обумовлені транскордонним характером функціонування об'єктів залізниці і *суб'єктивні* — пов'язані з недобросовісністю працівників залізниці, або *кумулятивні* — відсутність належної уваги, що повинна приділятися керівниками УВС на транспорті МВС України оперативному супроводу процесів реформування залізничного транспорту; послаблення контролю за оперативною обстановкою в сфері приватизації і орендних відносин на об'єктах обслуговування; слабка взаємодія підрозділів і служб залізниці і УВС на транспорті. 3) *Сутнісні* — пов'язані з реалізацією Концепції структурно-економічних реформ залізничного транспорту і використанням державного майна і *сутнісно-управлінські* — різкий зріст кількості підприємств і організацій різних форм власності, що здійснюють свою діяльність в сфері перевезень пасажирів і транспортуванні вантажів.

ВАЩУК О. П.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
доцент кафедры криминалистики, кандидат юридических наук

НЕКОТОРЫЕ ПРИНЦИПЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ НЕВЕРБАЛЬНОЙ ИНФОРМАЦИИ

Анализ широкого круга исследований по вопросам невербальной информации показывает, что проблеме принципов использования невербальной информации, к сожалению, уделено недостаточно внимания со стороны ученых-криминалистов как зарубежных, так и

отечественных. Условия исследования в этой области требуют комплексного подхода к изучению явлений, связанных с преступлениями, использованию достижений и объединения усилий специалистов разных отраслей наук, представляющих как собственно психологию и криминалистику, так и всю систему наук, смежных с ними. Такой подход к невербальной информации необходим, прежде всего, в связи с тем, что ее основы базируются на стыке юридических, естественных и технических наук.

Невербальная информация как предмет научного изыскания не может быть исчерпана раз и навсегда, это усматривается из логики развития области познания окружающей нас действительности в уголовном судопроизводстве, в динамике криминализации деяний, росте и профессионализации преступных деяний. В этом отношении принципы использования невербальной информации — не исходный пункт исследования, а его результат. Принципы использования невербальной информации в уголовном судопроизводстве формируются на базе практической деятельности по выявлению, расследованию, раскрытию, предупреждению преступлений на стадиях досудебного расследования и судебного производства. Под принципами использования невербальной информации в уголовном судопроизводстве следует понимать основополагающие основы (начала, идеи, рекомендации) использования невербальной коммуникации относительно практической деятельности по выявлению, фиксации, сбору, исследованию, оценке и использованию криминалистически значимой информации. Важно отметить, что процесс формирования и выделения принципов — это результат научных исследований, проверенных практикой, а не громкие изречения теоретиков.

Принципы теории невербальной информации можно поделить на общие, частные и специальные. К общим принципам теории невербальной информации следует относить те, которые действительны для всей теории криминалистической невербалистики как области научных знаний, частные принципы применимы к отдельным ее отраслям, а специальные принципы касаются самостоятельных объектов и/или вопросов, смежных с несколькими отраслями криминалистической невербалистики. Принципы использования невербальной информации относятся к специальным принципам криминалистики, где ценность практического применения принципов использования невербальной информации в значительной степени зависит от умелого их внедрения. Данные принципы раскрывают основополагающие начала и возможности дальнейшего использования невербальной информации в уголовном судопроизводстве для повышения эффективности решения ее задач.

К принципам использования невербальной информации следует отнести следующие:

- принцип объективности;
- принцип учета единства физиологии и психики человека в его интерпретации невербальной коммуникации;
- принцип исторического подхода к изучению невербальных проявлений человека;
- принцип развития;
- принцип отражения действительности;
- принцип детерминизма;
- принцип имитации;
- принцип активности;
- принцип взаимосвязи и единства;
- принцип целостности;
- принцип системного подхода;
- принцип относительной самостоятельности использования невербальной информации;
- принцип личностного подхода;
- принцип учета общественных ценностей, интересов и потребностей, уровня развития личности;
- принцип обусловленности;
- принцип позитивности и интегративности использования невербальной информации;
- принцип соотнесенности;
- принцип потенциальности или возможности исследования и раскрытия содержания большинства невербальных проявлений человека;
- принцип единства деятельности и сознания.

Следовательно, система принципов использования невербальной информации образует ту основу, на которой строится практическое использование криминалистической невербалистики в уголовном судопроизводстве. Содержание и значение принципов использования невербальной криминалистики, выделение и развитие при этом ее положений, специфичных для данной категории отражает как ее многогранность, так и определяет место системы названных принципов в системе общих принципов теории невербальной криминалистики. В связи с этим нельзя говорить о выделении общего или универсально-единого принципа использования невербальной информации. Однако и вышеуказанные принципы могут объединяться или делиться в дальнейшем в связи с разработкой данного учения и применения его в практической деятельности правоохранительных и судебных органов.

БІЛОУС В. В.

Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого,
доцент кафедри криміналістики, кандидат юридичних наук, доцент

ПРО МОДЕРНІЗАЦІЮ МЕТОДИКИ РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИННИХ ПОРУШЕНЬ ПРАВИЛ БЕЗПЕКИ ДОРОЖНЬОГО РУХУ НА ОСНОВІ НОВІТНІХ ІНФОРМАЦІЙНИХ ТЕХНОЛОГІЙ

Автомобілі інформаційної епохи, оснащені надсучасними комплексами «електронних помічників» (системами моніторингу сліпих зон і рядності руху, активного круїз-контролю, навігації, автопілота, автопаркування, розпізнавання стану водія тощо) у розумінні ст. 1 Конвенції про кіберзлочинність можуть бути визнані «комп'ютерними системами» — групами взаємно поєднаних або пов'язаних пристроїв, один чи більш з яких, відповідно до певної програми, виконує автоматичну обробку даних. В умовах переходу до Всеосяжного Інтернету (Internet of Everything, IoE) — мережевого з'єднання між людьми, процесами, даними і фізичними об'єктами, лавиноподібного втілення в життя Інтернету речей і реалізації концепції «розумних» міст із вище наведених систем вибудовуються глобальні комп'ютерні системи, які регулюють автоматизовану взаємодію людей (водіїв, пасажирів, пішоходів тощо) і транспортних засіб між собою та з елементами дорожньої інфраструктури. Несанкціоноване втручання в роботу цих електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку; несанкціоновані дії з інформацією, яка оброблюється в них або зберігається на носіях такої інформації, а також порушення правил їх експлуатації або порядку чи правил захисту інформації, яка в них оброблюється (ст.ст. 361, 362, 363 КК України) може перебувати у причинному зв'язку з виникненням дорожньо-транспортних подій та призводити до заподіяння значної шкоди. Це зумовлює потребу у розширенні традиційного кола злочинів, класифікованих як злочинні порушення правил безпеки дорожнього руху, за рахунок названих та подібних їм кримінальних правопорушень, і обґрунтовує актуальність модернізації відповідної криміналістичної методики за рахунок розширення комплексів гласних і негласних слідчих (розшукових) дій та удосконалення криміналістичної тактики їх проведення на сучасній технологічній базі.

Досудове розслідування злочинів названої категорії у сучасних умовах потребує й перегляду звичного ставлення до можливостей використання спеціальних знань для з'ясування обставин, що мають значення для кримінального провадження. Перелік традиційних у цьому випадку судових експертиз (автотехнічна, транспортно-трасологічна тощо) повинен бути доповнений

комп'ютерно-технічною (експертизою комп'ютерної техніки і програмних продуктів) і телекомунікаційною (експертизою телекомунікаційних систем і засобів), результати проведення яких можуть сприяти: (1) забезпеченню традиційних експертиз необхідними для проведення досліджень об'єктивними вихідними даними про параметри і стан дорожньої обстановки, транспортного засобу і дорожнього покриття, обставини щодо дій учасників події тощо; (2) установленню просторово-динамічних характеристик механізму ДТП та її елементів; (3) вирішенню інших завдань, пов'язаних з дослідженням технічного стану ТЗ, дорожньої обстановки і дій учасників дорожньої події, яке стає можливим завдяки ситуаційно зумовленому використанню можливостей упроваджуваних в експертну практику програмних комплексів та інших інформаційних технологій.

Внаслідок користування мультимедійними приладами та комунікаційними засобами водія під час управління транспортом, а пішоходами — при переході проїзної частини чи за інших обставин, щорічно у цілому світі гинуть десятки тисяч осіб. Під час розслідування таких інцидентів паралельно з вивченням доріжок слідів, утворених у реальному просторі й досяжних для трасології, необхідно обов'язково приділяти увагу виявленню і дослідженню електронних слідів, утворених у кіберпросторі радіоелектронними пристроями підозрюваних, потерпілих, свідків. Гіперпідключеність останніх і глобальна тенденція переходу людства від логосфери до іконосфери у багатьох випадках зумовлює онлайн фото- відеофіксацію ними всіх життєвих обставин за допомогою власних смартфонів, комп'ютерних планшетів, відеореєстраторів. Виявлення цих осіб шляхом установлення місцезнаходження їх радіоелектронних засобів, отримання відомостей щодо сприйнятого ними від них особисто або шляхом зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж чи електронних інформаційних систем у сукупності з аналізом інформації, задокументованої стаціонарними системами відео фіксації, може слугувати вирішенню низки тактичних завдань, характерних для різних слідчих ситуацій (Расследование дорожно-транспортных происшествий / Под общ. ред. В. А. Федорова, Б. Я. Гаврилова. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Издательство «Экзамен», 2003. — С. 96–97). В тому числі, з: (1) установлення і перевірки всіх обставин ДТП, зокрема, винуватості конкретних учасників, коли обстановка в момент завершення динамічних перетворень, що сформували ДТП, збережена без змін, а учасники ДТП перебувають на місці події; (2) об'єктивної реконструкції події на момент завершення динамічних перетворень, у разі, коли обстановка ДТП видозмінена її учасниками (з метою відновлення умов для нормального і безпечного руху або з метою знищення слідів, що вказують на винуватість певного учасника ДТП); (3) виявлення транспортного засобу та його водія, спростування неправдивого алібі, ідентифікації особи, яка керувала

транспортним засобом у момент ДТП, коли обстановка ДТП залишилася незмінною, однак водій втік з місця події разом з транспортним засобом або без нього; (4) ідентифікації особи потерпілого, викриття інсценування з метою приховання іншого злочину або встановлення справжнього місця ДТП у випадку, коли в обстановці відображено злочинні наслідки (наприклад, на проїзній частині чи поблизу неї знаходиться труп без явних слідів ДТП або поза зоною руху транспортних потоків виявлено труп зі слідами, характерними для ДТП).

ДУНАЄВСЬКА Л. Г.

Київський національний університет ім. Тараса Шевченка,
доцент кафедри правосуддя, кандидат юридичних наук, доцент

ОСОБЛИВОСТІ ВИКОРИСТАННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ ЗНАТЬ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ ВБИВСТВ

Розслідування та розкриття вбивств напряму залежить від вмілого використання спеціальних знань. Відповідно до чинного кримінального процесуального законодавства спеціаліста обов'язково залучають при проведенні огляду трупа (ст. 238 КПК); огляду трупа пов'язаного з ексгумацією (ст. 239 КПК); освідуванні підозрюваного (медичне освідування) (ст. 241 КПК). Спеціаліст може бути залучений, під час розслідування вбивств, для надання безпосередньої технічної допомоги (фотографування, складання схем, планів, креслень, відібрання зразків для проведення експертизи тощо (ч. 2 ст. 71 КПК)), а також для розширення пізнавальних можливостей слідчих (розшукових) дій.

Судово-медичний експерт або лікар в ході огляду трупа допомагає слідчому, прокурору виявити та правильно зафіксувати сліди злочину на тілі трупа, а також попередньо встановити час, причину настання смерті, природу ушкоджень, спосіб та механізм утворення слідів тощо. Під час ексгумації судово-медичним експертом можуть бути вилучені зразки тканини і органів або частини трупа.

Медичне освідування підозрюваного проводиться у разі, якщо для його виконання потрібні спеціальні знання в галузі медицини та здійснюється за участю судово-медичного експерта або лікаря. Найчастіше судово-медичне освідування проводиться з метою виявлення та зафіксування наявності на тілі людини слідів злочину, зокрема, подряпин, хірургічних операцій, слідів укусу, плям крові або визначення певного стану особи — алкогольного чи наркотичного сп'яніння. Часто такі дослідження можуть мати невідкладний характер, що пов'язано зі загоєнням ран, змиттям слідів тощо.

Спеціаліст в галузі біології може сприяти у виявленні мікрочастинок або мікрослідів сторонніх матеріалів і речовин, попередньо визначити їх рід, вид, джерело походження тощо (Алексейчук В. І. Використання спеціальних знань під час огляду місця події при розслідуванні вбивств / В. І. Алексейчук // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики. — 2010. — Вип. 10. — С. 84).

Спеціаліста з пожежної техніки залучають з метою попереднього встановлення осередку пожежі, часу і шляхів поширення горіння, обставин, що сприяли виникненню та розвитку пожеж тощо.

Спеціаліст з вибухової техніки може допомогти попередньо встановити механізм події, розташування людей щодо вибухового пристрою на момент вибуху, технічну можливість приведення в дію вибухового пристрою за певних обставин тощо.

Спеціаліст-криміналіст, якого залучають під час проведення слідчих (розшукових) дій, допомагає у дослідженні: слідів людини (рук, зубів, вух, чола, носа, взуття тощо), за допомогою яких можна визначити її зріст, вагу, стать, особливості ходи тощо; слідів транспортних засобів, що дозволяє встановити деякі обставини розслідуваної події (напрямок руху, довжину шляху гальмування, механізм і характер ушкоджень тощо), групову належність (тип, марку, модель) транспортного засобу; слідів знарядь злочину та інструментів, що дає змогу з'ясувати механізм злочину, навички злочинця, встановити групову належність знаряддя, яке було застосовано, або ідентифікувати його; слідів застосування вогнепальної зброї на підставі яких встановлюють відстань з якої стріляли, напрямок пострілу, взаємне розташування зброї та перешкоди, кількість пострілів тощо.

З врахуванням обставин під час розслідування вбивств можуть залучатися й інші спеціалісти.

Однією з найбільш ефективних форм застосування спеціальних знань є експертиза. Слідчий або прокурор, в ході розслідування вбивств, зобов'язаний звернутися до експерта для проведення експертизи щодо встановлення причин смерті; визначення психічного стану підозрюваного за наявності відомостей, які викликають сумнів щодо його осудності, обмеженої осудності; встановлення віку особи, якщо це необхідно для вирішення питання про можливість притягнення її до кримінальної відповідальності, а іншим способом неможливо отримати ці відомості (ч. 2 ст. 242 КПК).

Судово-медична експертиза трупапроводиться з метою встановлення причин смерті та часу її настання; характеру та послідовності нанесення тілесних ушкоджень; прижиттєвості або посмертності ушкоджень тощо.

За допомогою судово-медичної експертизи речових доказів встановлюється наявність, походження, конкретна чи групова належність виділень організму людини, виявлених на місці події, на знаряддях вбивства, тілі та одязі потерпілого, підозрюваного, на інших об'єктах.

Під час розслідування вбивств найчастіше призначають наступні види криміналістичних експертиз. Трасологічна експертиза встановлює: тотожність людини за залишеними слідами її рук, зубів та інших частин тіла; тотожність взуття слідам на ґрунті, підлозі; тотожність знарядь та інструментів по залишених ними слідах (удару, розрізу, розпилу тощо).

Експертиза механічних пошкоджень одягу(підвид трасологічної експертизи). У процесі дослідження встановлюються характер пошкоджень та механізм їх утворення, вирішуються питання, пов'язані з ідентифікацією (ототоженням) знаряддя за пошкодженнями, що є на даному одязі тощо. Окрему групу становлять питання, що пов'язані з установленням належності єдиному цілому частин одягу, що досліджується. Дослідження пошкоджень одягу, пов'язаних з одночасним спричиненням тілесних ушкоджень людині, які спричинили смерть, належить до компетенції судово-медичної експертизи (Науково-методичні рекомендації з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень, затверджено наказом Міністерства юстиції України 08.10.1998 № 53/5 (у редакції наказу Міністерства юстиції України 26.12.2012 № 1950/5) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98/page2>. — Назва з екрану).

За допомогою балістичної експертизи за слідами на перешкодах, кулям і гільзах визначають систему, модель, зразок, напрямок і дистанцію пострілу, можливість або неможливість самовільного (без натискання на спусковий гачок) пострілу при певних умовах, ототожнюють конкретний екземпляр зброї, використаного вбивцею.

Дослідження питань відносно вогнепальних пошкоджень на одязі, пов'язаних з одночасним спричиненням тілесних ушкоджень людині, належить до компетенції відділень медичної криміналістики бюро судово-медичної експертизи. В окремих випадках (коли визначаються дистанція, напрямок пострілу тощо) такі питання вирішуються комплексною судово-медичною та судово-балістичною експертизою (Науково-методичні рекомендації з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень, затверджено наказом Міністерства юстиції України 08.10.1998 № 53/5 (у редакції наказу Міністерства юстиції України 26.12.2012 № 1950/5) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98/page2>. — Назва з екрану).

Під час розслідування вбивств можуть призначатися й інші експертизи з врахуванням обставин того чи іншого кримінального провадження.

МУСІЄНКО О. Л.

Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого,
доцент кафедри криміналістики, кандидат юридичних наук, доцент

НОВІТНІ ТЕХНОЛОГІЇ У КРИМІНАЛІСТИЦІ: ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ

Бурхливий розвиток науково-технічного прогресу призвів до утворення інформаційного суспільства, в умовах якого боротьба зі злочинністю потребує докорінного перегляду не тільки засобів пізнання предметів, явищ і подій, а й методів, прийомів і засобів правомірного й допустимого впливу на суспільні процеси, на окремих індивідів чи групи осіб. Запровадження у криміналістику

досягнень природничих і технічних наук, ускладнення технічних засобів, удосконалення й розвиток методик їх застосування пов'язані зі складними технологічними операціями, що зумовлює потребу використання не тільки криміналістичної техніки, а й технологій. Діяльність сучасних органів кримінальної юстиції характеризується високою інформаційною ємністю, постійною необхідністю в отриманні нової інформації й підтриманні раніше одержаних відомостей в актуальному стані (Білоус В. В. Інформаційні технології у криміналістиці: постановка проблеми. 2013, с.162).

Розвиток в Україні інформаційного суспільства і втілення в життя новітніх технологій в усіх сферах суспільного життя, у діяльності органів державної влади й органів місцевого самоврядування Указом Президента України «Про першочергові завдання щодо впровадження новітніх інформаційних технологій» від 20 жовтня 2005 р., № 1497/2005 визнано одним з пріоритетних напрямків державної політики.

Сучасний розвиток криміналістики характеризується формуванням її загальної теорії, розробленням і впровадженням сучасних науково-технічних засобів та інформаційних технологій у практику боротьби зі злочинністю, вдосконаленням прийомів криміналістичної тактики, пропонуванням окремих методик розслідування нових видів злочинів (Шепітько В. Ю. Криміналістика XXI века: предмет познания, задачи и тенденции в новых условиях. 2012, с.397). На думку Т. Б. Авер'янової, Р. С. Белкіна, Ю. Г. Корухова, тенденції розвитку загальної теорії криміналістики визначають у першу чергу сучасні уявлення про синтетичну природу науки й охоплюють подальше вивчення закономірностей, що становлять її предмет, тобто: закономірностей механізму злочину, руху потоків криміналістично значущої інформації у зв'язку із цим можливістю нових технологій, удосконалення криміналістичної систематики, уніфікація мови науки на підставі запровадження комп'ютерних технологій (Т. Б. Авер'янової, Р. С. Белкіна, Ю. Г. Корухова Криміналістика: учебник для вузов. 2005, с.73).

Сучасний стан світової спільноти характеризується всеосяжним проникненням комп'ютерних технологій у різні галузі людської діяльності — економічну, соціальну, управлінську та інші. Комп'ютеризація прискорила передачу і обмін отриманою у ході слідства криміналістичною інформацією між суб'єктами криміналістичної діяльності. На даний момент, робота правоохоронних органів вже не мислима без розгалуженої системи криміналістичних обліків, усередині якої в тісній взаємодії функціонують комп'ютерні підсистеми реєстрації скоєних злочинів та комп'ютерні бази злочинців, що дозволяють протягом хвилини отримати дані, які необхідні для розшуку і затримання злочинця. Спеціальні апаратно-програмні комплекси використовуються при проведенні різних видів судових експертиз, у числі яких — системи для газової хроматографії, лазерних і рентгено-оптичних досліджень та багато іншого.

Система кримінальної реєстрації містить значний обсяг інформації, що використовується правоохоронними органами у процесі розкриття, розслідування та попередження злочинів. Підвищення оперативності та ефективності обробки та видачі інформації, у свою чергу, знаходиться у прямій залежності від ступеня впровадження сучасних комп'ютерних технологій. Слід визнати. Що даній проблемі приділяється досить велика увага, адже можливості криміналістичної реєстрації дозволяють істотно розширити обсяг інформації, що використовується у процесі розкриття злочинів, виявити серії злочинів і розширити коло осіб, які перевіряються, а значить, прискорити процес розкриття та розслідування злочинів, підвищити його ефективність.

Різде загострення оперативної обстановки в Україні, збільшення обсягів інформації, що надходить і переробляється, висунуло на передній план питання підвищення ефективності роботи всіх служб органів внутрішніх справ за рахунок використання сучасних засобів комп'ютерної техніки, новітніх інформаційних технологій. Великі перспективи використання інформаційних систем відкриваються у боротьбі з тероризмом. С. М. Колотушкіна, Р. Р. Карданов та А. І. Гайовий зазначають, що на основі інформаційно-аналітичної роботи здійснюється прогнозування ситуації і розробка обґрунтованих рішень про проведення конкретних дій, спрямованих на запобігання терористичних актів. Одним з напрямків такої роботи може стати створення інформаційно-аналітичної бази слідів використання вогнепальної зброї при вчиненні терористичних актів. У результаті використання даних такої бази можна отримати інформацію про склад, структуру терористичних груп, їх передислокації, тактику дій, втрати і зіткнення із співробітниками правоохоронних органів, відомості про осіб, озброєних конкретними екземплярами зброї (Колотушкіна С. М., Карданов Р. Р. Концепция создания и использования информационно-аналитической базы следов применения

огнестрельного озуприя при раскрытии и расследовании преступлений, связанных с терроризмом. 2006, с.20).

В УІТ ГУМВС України у деяких областях функціонує автоматизована аналітична інформаційна система «СОВА», яка використовує для аналізу інформаційний ресурс криміналістичної та іншої інформації, автоматизовані бази даних оперативно-розшукової інформації, а також дані АІС інших відомств. Причому у цій АІС реалізовані функції надання інформації у вигляді : графічних зображень (схема зв'язків об'єкта аналізу), розташування об'єктів на картах або планах (геоінформаційні технології), структурованого текстового повідомлення (електронне досьє), таблиць. Слід зазначити, що сукупність баз даних певних АІС, об'єднана у інтегровані банки даних, надає реальні можливості для повноцінного аналізу інформації, яка у них міститься. Дієвим інструментом, що дозволяє здійснювати такий аналіз і отримувати результати у прийнятному вигляді, є програмні комплекси ААІС «АРМОР», «СОВА», «АРГУС» та інші.

Також, в Україні створена і функціонує лабораторія комп'ютерної криміналістики ЕПОС — перша незалежна комерційна організація, що надає професійні послуги у області розслідування комп'ютерних злочинів та інцидентів інформаційної безпеки, проведення комп'ютерних експертиз. Лабораторія має у своєму розпорядженні унікальний комплекс програмних і апаратних засобів для знімання, відновлення та аналізу даних на різних цифрових носіях. Це дозволяє проводити криміналістичні дослідження комп'ютерної техніки, програмних продуктів, телекомунікаційного обладнання, систем зберігання даних, відеореєстраторів, мобільних телефонів та інше.

Новою групою загальнонаукових методів, які активно впроваджуються у криміналістику, — це кібернетичні методи. Нові інформаційні технології, засновані на використанні цих методів, дозволяють здійснювати пошук і автоматичну обробку інформації (криміналістичні обліки і картотеки), комп'ютерне моделювання (використовується для вибору типових слідчих версій або реконструкції елементів обстановки злочину). Основою криміналістичної кібернетики є творче використання математичного апарату, ідей і технічних засобів кібернетики у цілях розробки найбільш оптимальних методик алгоритмізації та автоматизації інформаційних процесів у сфері діяльності з розкриття та розслідування злочинів.

Таким чином, варто зазначити, що вирішуючи проблеми впровадження новітніх технологій для більш результативної боротьби із злочинністю, не можна нехтувати роллю людини, адже вони складають нерозривну єдність. При цьому, провідна роль завжди залишається за людиною і впровадження нових технологій покликане полегшити діяльність людини, але не як її замінити.

ПАЛАМАРЧУК Л. П.

Київський національний університет ім. Тараса Шевченка,
доцент кафедри правосуддя, кандидат юридичних наук, доцент

ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ ДОПИТУ СВІДКІВ ТА ПОТЕРПІЛИХ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ ПОРУШЕНЬ АВТОРСЬКОГО ПРАВА ЩОДО НЕЗАКОННОГО ВІДТВОРЕННЯ ТА РОЗПОВСЮДЖЕННЯ КОМП'ЮТЕРНИХ ПРОГРАМ

Тактика допиту при розслідуванні порушень авторського права щодо незаконного відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм відображається в загальних його положеннях. Особливість цієї слідчої (розшукової) дії полягає насамперед у предметі допиту, а специфічність допиту обумовлена обстановкою і способом вчинення злочину, в даному випадку незаконного відтворення та (чи) розповсюдження комп'ютерних програм, колі осіб, що можуть бути визнані у кримінальному провадженні свідками та потерпілими.

До проведення допиту слідчий повинен ретельно підготуватися, проаналізувати зібрані матеріали кримінального провадження, що надасть можливість визначити предмет допиту і сформулювати запитання допитуваній особі.

Всіх свідків під час розслідування злочинів, передбачених ст. 176 КК України, за обсягом та змістом даних, якими вони володіють, доцільно умовно класифікувати на певні групи.

До першої групи належать особи, які володіють інформацією про конкретні факти незаконного відтворення та (чи) розповсюдження комп'ютерних програм. До них належать: працівники правоохоронних органів; спеціалісти та громадяни, що на добровільних засадах брали участь у заходах з виявлення та документування протиправної діяльності; громадяни, що замовляли послуги пов'язані з незаконним відтворенням комп'ютерних програм чи купували контрафактну продукцію. У процесі допиту оперативних працівників державної служби по боротьбі з економічною злочинністю необхідно враховувати специфіку їх роботи і не доводити до розголошення свідчень, які становлять державну таємницю. При допитах покупців контрафактної продукції необхідно з'ясувати: місце, час та обставини за яких відбувалася купівля; кількість і асортимент контрафактних примірників; носій та версію комп'ютерної програми та інше.

Другу групу складають особи, які спостерігали за діями при розповсюдженні комп'ютерних програм, але не усвідомлювали їх протиправного характеру. До них відносяться працівники підприємства правопорушника (керівний та обслуговуючий персонал, технічні спеціалісти). Починаючи допити зазначених працівників необхідно з'ясувати місце кожного у виробничому процесі згідно з наведеною класифікацією,

оскільки це впливає на обсяг інформації, якою володіє працівник. Статус керівного персоналу та технічних спеціалістів під час збору інформації змінюється, досить часто: зі свідків деякі особи стають підозрюваними. Обслуговуючий персонал володіє досить широкою інформацією, але майже не зацікавлений у результатах розслідування і тому під час допиту може об'єктивно надати її слідчому.

До третьої групи свідків відносяться особи, які не займалися злочинною діяльністю і не були свідками, але володіють інформацією про комп'ютерні програми, власників авторського права, про виробництво ліцензованої, так і контрафактної продукції. До них належать: автор (співавтори) комп'ютерної програми; працівники реєстраційних та ліцензійних організацій, які володіють інформацією про порядок державної реєстрації та ліцензування програмних продуктів., а також підприємців, які здійснюють діяльність з відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм на законних підставах. У процесі допиту зазначених свідків необхідно з'ясувати: індивідуальні ознаки програмного продукту, який незаконно відтворювався та розповсюджувався; відомості про оформлення авторської документації; порядок державної реєстрації та ліцензування, відомості щодо тиражування та продажу програмних продуктів.

Необхідно зазначити, що у ході допиту всіх категорій свідків доцільно використовувати відеозапис та звукозапис попередньо залучивши до участі в ньому спеціалістів у сфері використання комп'ютерних технологій. Зазначені засоби фіксації результатів не лише задокументують цілісність її процесу, послідовність та динаміку поведінки учасників з можливістю подальшого їх аналізу, а й попередять ймовірність оскарження правильності протоколювання показань та вчинять стримуючий вплив на бажання їх змінити або в подальшому відмовитися від них.

Потерпілими у кримінальних провадженнях з порушення авторського права щодо незаконного відтворення і розповсюдження програм можуть бути їх автори (співавтори) та правовласники (у тому числі і юридичні особи). Працівники органів досудового розслідування повинні прийняти заяву від потерпілої особи щодо захисту порушених авторських прав, в якій буде зазначено розмір завданої шкоди. Під час проведення допиту необхідно встановити: автором чи правовласником яких програмних продуктів він є; якими документами підтверджується його авторство; функціональне призначення комп'ютерної програми; чи була комп'ютерна програма зареєстрована у Державній службі інтелектуальної власності України; обставини, за яких заявник дізнався про порушення його авторського права; факт розповсюдження комп'ютерних програм автором або правовласником; відмінності між легальним та контрафактним примірником програмного продукту тощо.

При допиті представника автора або правовласника, якщо на нього було оформлено доручення необхідно з'ясувати: коли була зареєстрована

юридична особа; чи має вона представництво в Україні; якими правами наділена юридична особа щодо комп'ютерних програм; чи може представник юридичної особи представляти її інтереси в суді тощо.

Оцінюючи роль допиту у системі засобів одержання доказової інформації під час розслідування порушень авторського права щодо незаконного відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм доцільно зазначити, що він є найпоширенішою слідчою (розшуковою) дією і результативність допиту залежить від характеру та обсягу інформації, яка йому відома і можливість передати цю інформацію слідчому.

КІЯН Т. М.

Відокремлений структурний підрозділ «Миколаївський інститут права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
старший викладач кафедри кримінально-правових дисциплін

ПРО ПРОВЕДЕННЯ ТА ОФОРМЛЕННЯ ЕКСПЕРТНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ

При розслідуванні злочинів досить часто виникають питання, вирішення яких передбачає необхідність знань в різних галузях науки, техніки, мистецтва, ремесел. Використання спеціальних знань в багатьох випадках є передумовою розкриття та розслідування кримінальних правопорушень.

Спеціальні знання — це знання, що здобуті за допомогою спеціальної (професійної) освіти і практичного досвіду.

Спеціальні знання можуть застосовуватись: безпосередньо слідчим (використання методів криміналістичної техніки); шляхом отримання довідок, консультацій; шляхом ревізії; шляхом залучення спеціалістів до участі у слідчій дії; шляхом проведення експертизи.

Згідно зі ст. 71 КПК України спеціалістом у кримінальному провадженні є особа, яка володіє спеціальними знаннями та навичками застосування технічних або інших засобів і може надавати консультації під час досудового розслідування і судового розгляду з питань, що потребують відповідних спеціальних знань і навичок.

Згідно зі ст. 69 КПК України експертом у кримінальному провадженні є особа, яка володіє науковими, технічними або іншими спеціальними знаннями, має право відповідно до Закону України «Про судову експертизу» на проведення експертизи і якій доручено провести дослідження об'єктів, явищ і процесів, що містять відомості про обставини вчинення кримінального правопорушення, та дати висновок з питань, які виникають під час кримінального провадження і стосуються сфери її знань.

Судова експертиза — це дослідження експертом на основі спеціальних знань матеріальних об'єктів, явищ і процесів, які містять інформацію про обставини кримінального правопорушення, що перебуває у провадженні органів досудового слідства чи суду.

Експертизу проводять досвідчені особи, які працюють у спеціальних експертних установах Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства юстиції України, Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства оборони України, Служби безпеки України, Державної прикордонної служби України та ін., компетентні у вирішенні питань, що цікавлять слідство і суд.

Проведення експертиз і досліджень в експертній службі МВС України регламентується Законом України «Про судову експертизу», чинним процесуальним законодавством, Постановою про діяльність експертної служби МВС України, затвердженою Наказом МВС України від 30.08.1999 № 682 (зі змінами, внесеними Наказом МВС України від 10.12.2007 № 465) та іншими нормативно-правовими актами з питань судової експертизи.

Експертизи та інші дослідження в експертних установах проводяться співробітниками, які мають вищу освіту, пройшли відповідну підготовку та атестовані як експерти певної спеціальності. Експертизи та інші дослідження в експертних установах можуть проводитись також позаштатними працівниками цих установ.

Відповідно до чинного законодавства, працівники Експертної служби МВС України можуть залучатися для вирішення питань, що потребують застосування спеціальних знань, шляхом проведення експертних досліджень матеріальних об'єктів, явищ і процесів, які містять інформацію про обставини події:

1. Після відкриття кримінального провадження на стадіях досудового розслідування та судового розгляду. На цих стадіях кримінального процесу вони виступають у якості судових експертів. Підставою для проведення судової експертизи є звернення сторони кримінального провадження або доручення слідчого судді чи суду. У цьому випадку результати експертного дослідження оформлюються висновком експерта.

2. На стадії судового розгляду справ у цивільному, адміністративному та господарському провадженні експертизи проводяться за наявності постанови (ухвали) суду. У такому випадку працівники Експертної служби МВС України також виступають у якості судових експертів, а результати експертного дослідження оформлюються висновком експерта.

3. Відповідно до пункту 10 частини 1 статті 10 Закону України «Про міліцію», пункту 6 частини 1 статті 13 Закону України «Про судову експертизу», підпункту 17 пункту 4 Положення про Міністерство внутрішніх справ України, затвердженого Указом Президента України

від 06 квітня 2011 року № 383, — за матеріалами оперативно-розшукової діяльності та інших процесуальних дій, у позасудовому провадженні, для вирішення питань, що становлять інтерес для юридичних і фізичних осіб (у тому числі на договірних засадах). У цих випадках експертне дослідження проводиться на підставі відповідного звернення, у якому зазначаються реквізити ініціатора, матеріали, які надаються, та питання, що підлягають вирішенню, та оформлюється висновком експертного дослідження.

З вищевказаного можна зробити висновок, що експерт повинен володіти спеціальними знаннями, навичками, досвідом діяльності у галузі науки, техніки, мистецтва або ремесла, тобто у сфері своєї діяльності, щоб мати можливість відповісти на питання, які поставлені на вирішення, після проведення експертного дослідження.

БИШЕВЕЦЬ О. В.

Київський національний університет ім. Тараса Шевченка,
асистент кафедри правосуддя, кандидат юридичних наук

ТАКТИЧНІ ПРИЙОМИ АКТУАЛІЗАЦІЇ ІДЕАЛЬНИХ СЛІДІВ ЗЛОЧИНУ

Неодмінним атрибутом і необхідною умовою процесу розслідування будь-якого злочину є спілкування слідчого з учасниками кримінального провадження. Оскільки згідно до статті 223 Кримінального процесуального кодексу України слідчі (розшукові) дії проводяться в присутності осіб, чий права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені (Кримінальний процесуальний кодекс України [текст]: — К., «Центр учбової літератури», 2012., с. 91), то одним із пріоритетних завдань криміналістичної тактики є розробка і впровадження в практику розслідування тактичних прийомів, що забезпечують ефективність спілкування під час проведення окремих слідчих (розшукових) дій. Особливе місце серед цих прийомів займають ті, що спрямовані на актуалізацію ідеальних слідів злочину.

Дослідження ідеальних слідів злочину, а також тактичних прийомів їх актуалізації здійснювали такі українські вчені як В. П. Бахін, В. К. Весельський, В. Г. Гончаренко, Д. В. Затенацький, В. Г. Лукашевич, М. В. Салтєвський, М. І. Скригонюк, В. Ю. Шепітько, а також зарубіжні вчені Р. С. Белкін, О. М. Васильєв, Г. Г. Доспулов, В. І. Комісаров, Є. О. Центров, С. А. Шейфер, М. І. Єнікеєв та ін. Безумовно, проведені дослідження є вагомим внеском у розвиток теоретичних засад та удосконалення практики застосування вказаних тактичних прийомів,

однак в опублікованих працях зосереджувалася увага, головним чином, на загальній характеристиці цих прийомів. Що ж до методологічного, процесуального та криміналістичного аспектів їх реалізації, то вони досліджені недостатньо, що зумовлює як теоретичні дискусії стосовно можливостей їх застосування у кримінальному судочинстві, так і труднощі в практиці їх реалізації.

У науковій літературі висловлюються полярні погляди щодо змісту прийомів актуалізації ідеальних слідів злочину. Так, вказані прийоми нерідко плутають з асоціаціями. Наприклад, О. М. Васильєв рекомендує з метою поживлення пам'яті допитуваного використовувати асоціації за суміжністю в часі або просторі, за подібністю й за контрастом (Васильєв А. Н. Следственная тактика. — М.: Юрид. лит., 1976, с. 128—129). М. В. Салтевський розрізняє: 1) асоціації за суміжністю, коли забуте відновлюється у зв'язку з відтворенням попередньої або наступної події; 2) асоціації за подібністю, тобто нагадування про аналогічний факт або пред'явлення предмета, подібного до раніше спостережуваного допитуваним; 3) асоціації за протилежністю (контрастом) (Салтевський В. М. Криміналістика: Підручник у 2х частинах. — Х.: Консум, 2001. — Ч. 2., с. 189). А. Б. Соловйов і Є. О. Центров пропонують використовувати: а) асоціації за часом, тобто спогад про враження або переживання, пов'язаний з тим або іншим об'єктом або особою, у чому велику роль відіграє емоційна пам'ять; рекомендувати допитуваній особі вести розповідь у тому порядку, в якому розвивалися події; нагадування про наслідки події, її зв'язки з якими-небудь обставинами особистого життя допитуваного (день народження, свято тощо); запитання за суміжними з досліджуваною подією обставинами; з'ясування фактичних даних, що стосуються попередніх або наступних подій; б) асоціації в просторі, тобто допит про ті самі події або про ті ж обставини, але в різних планах, у різній (логічній або хронологічній) послідовності; пред'явлення предмета, що має відношення до події, або фотографії місця події; допит на місці події; використання при допиті різних схем, малюнків, креслень, макетів, телефонної книги із прізвищами; в) асоціації за подібністю, тобто пред'явлення «фоторобота», мальованих портретів, альбомів зразків різних предметів і речей; пред'явлення доказів — оголошення показань, відтворення фонограм допиту інших осіб, а також речових доказів; пред'явлення відеозаписів або кінострічки місця події й навколишнього оточення, різних предметів, а також проведення пред'явлення для впізнання осіб і предметів; г) асоціації за контрастом, побудовані на протиставленні різних об'єктів і явищ (Соловьев А. Б., Центров Е. О. Допрос на предварительном следствии: метод. пособие. — 2-е изд. перераб. — М., 1986., с. 189).

Однак, асоціації не можуть розглядатися в якості тактичних прийомів, а є результатом ефективного застосування останніх. Такий висновок логічно випливає з аналізу змісту поняття асоціації. Асоціація (лат.

associo— з'єдную, зв'язую) — поняття, що виникає при згадуванні іншого. Асоціація в психології — суб'єктивний образ об'єктивного зв'язку між предметами і явищами, фізіологічною основою якого є тимчасовий нервовий зв'язок (с. Большая психологическая энциклопедия : самое полное соврем. изд. : более 5000 психол. терминов и понятий / [А. Б. Альмуханова и др.]. — М. : Эксмо, 2007, 43). Таким чином, тактичні прийоми можуть застосовуватися лише з метою збудження асоціацій, а не як асоціації самі по собі. З огляду на зазначене всі перераховані вище прийоми доцільно іменувати прийомами збудження асоціативних зв'язків.

Наведене вище дає підстави для таких висновків:

1) ідеальні сліди злочину зберігаються у пам'яті людини у вигляді інформаційних образів минулих подій;

2) традиційно у науковій літературі про актуалізацію ідеальних слідів злочину йдеться, коли необхідно допомогти допитуваному згадати забуте, однак актуалізація буде мати місце лише в тому випадку, якщо допитуваному необхідна допомога у пригадуванні інформації, якщо ж необхідним є викрити неправдивість його показань, то слід говорити про виявлення ідеальних слідів злочину;

3) тактичні прийоми виявлення ідеальних слідів злочину є підстави класифікувати на такі, що спрямовані на пошук показань у пам'яті людини забутого; виявлення і виправлення добросовісної помилки у показаннях; викриття неправдивих показань.

ЕФРЕМОВА И. А.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
ассистент кафедры криминалистики

ПОНЯТИЕ И ЗНАЧЕНИЕ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЙ КЛАССИФИКАЦИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ В СФЕРЕ НАРКОБИЗНЕСА В СТРУКТУРЕ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЙ МЕТОДИКИ

В связи с тем, что в криминалистике в настоящее время существует достаточно разветвленная, неупорядоченная система криминалистических методик расследования преступлений, вновь встает вопрос о месте и роли отдельных теоретических концепций в формировании и совершенствовании криминалистической методики, и в их числе криминалистическая классификация преступлений.

Одним из элементов криминалистической методики расследования преступлений является их криминалистическая классификация.

Это — сравнительно новая категория, которая имеет значение для исследования преступлений, разработки криминалистической характеристики преступлений и построения частных методик. На данный момент криминалистическая классификация преступлений в сфере наркобизнеса недостаточно разработана. Но она имеет важное значение для успешного расследования преступлений, поскольку учитывает факторы, связанные со спецификой данных преступлений с учетом изменений в преступной деятельности, способов совершения и сокрытия данной категории преступлений (предмет преступного посягательства, механизм и способы совершения, личность преступника и потерпевшего, обстановку совершения и т.п.).

Проблема определения сущности криминалистической классификации преступлений остается дискуссионной.

Криминалистическая классификация, тесно связана с уголовно-правовой, способствует целенаправленности разрабатываемых с ее учетом методик расследования, что в значительной степени отвечает потребностям следственной практики. Криминалистические основания классификации преступлений должны быть соответственно значимыми и методически перспективными.

Любая классификация всегда приводит по тому или иному основанию (признаку либо группе признаков), различающему совокупность объектов, объединенных общностью признаков. Наибольшие споры в науке породила «конкуренция» двух оснований классификации преступлений: уголовно-правовой и многочисленных криминалистических классификаций по различным криминалистически значимым признакам.

В литературе существуют различные мнения по поводу оснований криминалистической классификации преступлений.

Думается, что классификация преступлений в сфере наркобизнеса, должна осуществляться на основе практики расследования такой категории преступлений, предложение криминалистической классификации преступлений в этой сфере способствует формированию криминалистических характеристик и разработке отдельных криминалистических методик. Таким образом, криминалистическая классификация преступлений — это систематизация преступлений по криминалистически значимым основаниям, которые способствуют формированию криминалистических характеристик преступлений и разработке отдельных криминалистических методик; базируется на уголовно-правовой классификации и считает за необходимое учитывать способ совершения и сокрытия преступлений, личность преступника и потерпевшего, место совершения преступления и другие факторы. Криминалистическая классификация преступлений является основой криминалистической характеристики преступлений отдельных криминалистических методик.

Разделяя концепцию классификации, исходя из состава указанных категорий преступлений, предлагаем следующую классификацию и считаем целесообразно использовать в качестве оснований признаки, характеризующие: 1) их участников; 2) предмет посягательства; 3) способ совершения преступлений; 4) обстановку.

Более подробно в отношении оснований, критериев и непосредственно самой классификации преступлений в этой связи, с учетом специфики данной категории преступлений, остановимся в рамках последующего научного изложения.

Широкая разветвленность форм и разновидностей незаконного оборота наркотических средств обуславливает возникновение сложных схем и технологий преступной деятельности. Данное обстоятельство оказывает влияние на построение методик расследования таких преступлений на уровне рода, вида и подвида, разработку криминалистической характеристики.

Таким образом, криминалистическая классификация преступлений в сфере наркобизнеса способствует разработке достаточно полной и вместе с тем дифференцированной их криминалистической характеристике, прояснению генезиса криминальных и следственных ситуаций, постановке криминалистических задач и выдвигению общих и частных следственных версий, разработке как общей межвидовой методики, так и микрометодик (методик узкой направленности) их расследования.

ДИНТУ В. А.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри криміналістики

СПЕЦІАЛЬНИЙ СЛІДЧИЙ ЕКСПЕРИМЕНТ ЯК ФОРМА КОНТРОЛЮ ЗА ВЧИНЕННЯМ ЗЛОЧИНУ

Кримінальний процесуальний кодекс України у ст. 271 передбачає форму контролю за вчиненням злочину у вигляді спеціального слідчого експерименту. Пунктом 1.12.4. Інструкції «Про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні» передбачено, що спеціальний слідчий експеримент полягає у створенні слідчим та оперативним підрозділом відповідних умов в обстановці, максимально наближеній до реальної, з метою перевірки дійсних намірів певної особи, у діях якої вбачаються ознаки тяжкого чи особливо тяжкого злочину, спостереження за її поведінкою та прийняттям нею рішень щодо вчинення злочину.

Для більш детального дослідження спеціального слідчого експерименту необхідно визначити сукупність ознак, які йому властиві:

по-перше, об'єктом пізнання при провадженні спеціального слідчого експерименту виступає сам злочинець та його поведінка у відповідних створених слідчим та оперативним підрозділом умовах в обстановці, максимально наближеній до реальної, тобто у контрольованій, штучно створеній обстановці, яка на думку злочинця є справжньою;

по-друге, підставою проведення є достовірна інформація про те, що особа на яку буде спрямована негласна слідча дія вчиняє дії або готується до реалізації тяжкого або особливо тяжкого злочину, тобто мають бути встановлені факти, що підтверджують наявність умислу на вчинення відповідного злочину;

по-третє, мета спеціального слідчого експерименту перевірка дійсних намірів певної особи, у діях якої вбачаються ознаки тяжкого чи особливо тяжкого злочину, спостереження за її поведінкою та прийняттям нею рішення щодо вчинення злочину;

по-четверте, коло осіб щодо яких може бути застосований слідчий експеримент обмежений, а саме, це особа, у діях якої вбачаються ознаки тяжкого чи особливо тяжкого злочину;

по-п'яте, форма проведення полягає у спостереженні та перевірці дійсних намірів особи, її поведінки та рішень щодо вчинення злочину, які здійснюються у контрольованих умовах з метою припинення злочинних дій;

по-шосте, спеціальний слідчий експеримент не впливає на мотивацію дій особи, яка перевіряється, її дії є самостійними, більш того, на її думку проходять в реальних умовах;

по-сьоме, спеціальний слідчий експеримент повинен не містити ознаки провокації.

Для визначення місця спеціального слідчого експерименту у процесі досудового розслідування доцільно провести розмежування між ним та слідчим експериментом передбаченим ст. 240 КПК України.

По-перше, слідчий експеримент та спеціальний слідчий експеримент відрізняються за формою та порядком процесуального провадження;

по-друге, спеціальний слідчий експеримент відноситься до негласних слідчих дій, тобто факт та методи його проведення не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених КПК України. У свою чергу, слідчий експеримент не носить характеру негласності, тобто відомості про його проведення вільно доступні для визначеного процесуальним законодавством кола осіб;

по-третє, слідчий експеримент носить ретроспективний характер, тобто здійснюється моделювання, відтворення дій, обстановки певної події, що вже мала місце. Спеціальний слідчий експеримент спрямований на створення моделі відповідних умов в обстановці, максимально наближеній до реальної, тобто створення штучної моделі;

по-четверте, при проведенні слідчого експерименту злочинець проінформований про його процесуальний статус та про те, що проводиться відповідна слідча дія у рамках якої здійснюється моделювання події, що сталася. При проведенні спеціального слідчого експерименту особа відносно якої він проводиться дезінформована, тобто, вона сприймає штучно створену модель, як реальність.

Також вбачається необхідність у проведенні розмежування між двома формами контролю за вчиненням злочину — імітуванням обстановки злочину та спеціальним слідчим експериментом.

За моделлю обстановки. Для потреб імітування обстановки злочину, слідчий або уповноважена особа створює обстановку злочину в якій начебто реально був вчинений злочин. Тобто, у оточуючих має скластися враження, що в цих умовах дійсно був вчинений злочин. Для потреб спеціального слідчого експерименту створюються будь-які умови максимально наближені до реальних.

За метою проведення. Метою проведення спеціального слідчого експерименту є перевірка дійсних намірів певної особи, спостереження за її поведінкою та прийняттям нею рішень щодо вчинення злочину, у той час, як метою імітування обстановки злочину є запобігання та викриття відомої чи невідомої особи (осіб), яка планувала чи замовляла вчинення злочину.

За особою по відношенню до якої проводиться негласна слідча (розшукова) дія. Спеціальний слідчий експеримент проводиться щодо особи, у діях якої вбачаються ознаки тяжкого чи особливо тяжкого злочину, в свою чергу, імітування обстановки злочину — щодо особи (осіб), яка планувала чи замовляла вчинення злочину.

Слід зазначити, що імітування обстановки злочину і спеціальний слідчий експеримент можна віднести до видів криміналістичної дезінформації.

ПЛУКЧИ Л. В.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
ассистент кафедры журналистики

СТАДИИ ФОРМИРОВАНИЯ МЕХАНИЗМА ПРЕСТУПНОГО ПОВЕДЕНИЯ

При рассмотрении механизма преступного поведения окружающая среда и личные качества человека находятся в состоянии постоянного взаимодействия, принимая во внимание все этапы его формирования: определения мотивации, принятие решения о совершении преступления, исполнение принятого решения, посткриминальное поведение.

Важно подчеркнуть, что характерное поведение на каждом этапе — это результат его взаимодействия с окружающей средой.

Изучение проблемы механизма преступного поведения, его этапов, стадий и звеньев, а также взаимодействия личности и ситуации как основных причин движущих личностью при совершении преступления является актуальной, и вызывает целый комплекс вопросов, требующих дальнейшего разрешения и адаптации к технологизации современного общества.

Изучению вопросов механизма преступного поведения посвятили свои исследования такие авторы как А. Н. Васильев, Н. Н. Дубинин, И. П. Карпец, В. И. Задорожный, А. А. Кочин, Г. Ш. Глonti, В. Н. Кудрявцев, В. А. Образцов, В. И. Полубинский, В. Д. Ривман, А. И. Алексеева, А. И. Долгова, В. В. Лунева, В. В. Орехова, В. В. Романов, и многие другие авторы, (Алексеев А. И. Криминология. 2006, с. 242) работы которых также заслуживают пристального внимания и изучения.

Преступление как элемент, часть предмета криминалистической науки считается той областью объективной действительности, познание которой является фундаментом для всей системы криминалистики.

Механизм — это движение, динамика, изменение, а движение появляется там и тогда, где есть противоположные стороны (Дубинин Н. Н., Карпец И. И., Кудрявцев В. Н. Генетика, поведение, ответственность. 1982, с. 151–152.) Это означает, что, говоря о механизме преступного поведения, необходимо всякий раз находить противостоящие причинам и условиям преступного поведения противоположные им понаправленности причины и условия нормативного поведения, во всяком случае, не преступного. Взаимодействие между ними происходит фактически всегда, при совершении каждого преступления.

Механизм преступного поведения, как считают Н. Н. Дубинин, И. И. Карпец, В. Н. Кудрявцев заключается в том, что на основе потребностей намечается цель противоправного поступка или группы действий, выбираются средства (орудия), пригодные для достижения этих целей, и осуществления действий (Дубинин Н. Н., Карпец И. И., Кудрявцев В. Н. Генетика, поведение, ответственность. 1982, с. 157–158)

А так как у любого человека все потребности находятся в зоне контроля сознания и воли, то их реализация предполагает каждый раз выработку принятого решения, а затем конкретный преступный поведенческий акт, одно преступное действие или группы действий.

Механизм преступного поведения состоит из следующих этапов: мотив преступления, преступные действия, реализацию преступного замысла, сокрытие преступления. Этапы в свою очередь делятся на стадии механизма преступного поведения. Всего их выделяют четыре:

1. Мотивация. Процесс возникновения и формирования мотива для совершения преступления. Это желание или потребность, которые под

влиянием внешней среды и определенной ситуации приняли острою форму необходимости совершения преступления.

2. Цель. Вслед за мотивом формируется цель как предвидимый и желаемый результат определенного преступного поведения и принятие решения о совершении преступления. Это желаемый результат преступного деяния и прогноз его последствий, с учетом возможностей, реальной обстановки и выбора средств.

3. Преступление. Само совершение преступления выраженное в подготовке, совершении (формы действия, бездействия).

4. Посткриминальное поведение. Сюда входит анализ совершенного преступником деяния, распоряжение приобретенным в ходе преступления имуществом, сокрытие следов, а также принятие мер по избежанию привлечения к уголовной ответственности.

Однако криминалисты рассматривают не только эти стадии, выделяя и другие особенности механизма преступного поведения. Ведь человек может совершить преступление не только умышленно, но и по неосторожности, в состоянии аффекта, или в связи с обстоятельствами. В этих случаях деяние рассматривается с учетом всех факторов, повлекших человека на преступление, и мера наказания может отклоняться от нормы в сторону наиболее строгой меры наказания либо наоборот, вплоть до условных сроков.

Именно механизм преступного поведения показывает, как зарождается преступное поведение, как из обычного поведения субъекта оно перерастает в уголовно наказуемое, и как это преступное поведение угасает и вновь переходит в непроступное. Ведь отклонение поведения от нормы, его мотивация, планирование преступного действия есть ни что иное, как зарождение преступного поведения.

Столь же тесно связан механизм преступного поведения и с окружающей обстановкой. Мотивы его поступка рождаются на основе внутренних и внешних факторов, во взаимодействии интересов человека с особенностями переживаемой им жизненной ситуации. При планировании преступником будущих действий невозможно отвлечься от внешней среды, а исполнение преступления затрагивает эту среду самым непосредственным образом.

Исходя из вышесказанного, можно сделать следующие выводы:

1) фактор общественной жизни может быть причиной преступности, так как выступает причиной формирования криминогенных качеств личности, факторами их устойчивости, обстоятельствами, препятствующими эффективному функционированию системы пресечения преступлений;

2) потребности, интересы, влечения, эмоции, установка личности в механизме преступного поведения — это уже сформировавшие внутренние свойства личности, под действием которых в дальнейшем и формируется мотив совершения преступления вплоть до его внедрения.

ТИХОНЕНКО В. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри криміналістики

**ОСОБА ЗЛОЧИНЦЯ ЯК ЕЛЕМЕНТ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ
ХАРАКТЕРИСТИКИ ПРИМУШУВАННЯ ДО ВИКОНАННЯ
ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ**

Особа злочинця вивчається різними науками, такими як: криминологія, кримінальне право, психологія, психіатрія, соціологія, філософія та ін.

Як зазначав П. Матишевський: поняття «особа злочинця» охоплює широке коло соціально значущих властивостей (ознак) особи (соціально-демографічні, морально-психологічні, психофізичні), тобто комплекс його ознак: особисті властивості, його зв'язки та стосунки з іншими людьми, його моральний і духовний світ, індивідуальні особливості, його життєві установки (Матишевський П. Кримінальне право України. Заг. ч. : Підр. — К. : Юрінком Інтер, 2000. — С. 35.).

Р. С. Белкін зазначав, що якщо сумувати якості особистості, що є об'єктом дослідження криминології, судової психології, наук кримінального і кримінального процесуального права, то на долю криміналістики залишиться дослідження:

а) самотинних і психофізичних властивостей особи, дані про яких використовуються з метою розшуку та ідентифікації;

б) самотинних і психофізичних властивостей особи, що визначаються та проявляються в способі вчинення злочину;

в) методики вивчення особи учасників процесу слідчим і судом, тобто методів та правил вивчення особи в практичних цілях кримінального судового провадження (Белкін Р. С. Курс криміналістики: Частные криминалистические теории. В 3-х томах. — М. : Юристь, 1997. — Т. 2. — С. 34–35).

Слід зазначити, що найважливішим елементом криміналістичної характеристик будь якого злочину є особа злочинця та дані про неї.

Вбачається доцільним погодитись з думкою В. В. Тіщенко, який вказує на те, що такі дані місять у собі різні відомості, що характеризують типову особистість злочинця, який вчиняє злочин певної спрямованості, і сприяють побудові версій щодо нього, його пошуку і встановленню. Криміналістично-значущі властивості особистості злочинця можна поділити на три групи:

1) біологічні, що включають статеві, вікові, фізичні ознаки;

2) психічні, що свідчать про інтелект, емоційну і волюву сферу індивіда;

3) соціальні, що характеризують його суспільний статус, професійну належність, родинний стан, місце проживання, рід занять, взаємини з

іншими людьми тощо (Тіщенко В. В. Теоретичні і практичні основи методики розслідування злочинів / В. В. Тіщенко: Монографія // Одеська національна юридична академія. — О. : Фенікс, 2007. — С. 62.).

Криміналістичну науку цікавлять в узагальненому вигляді лише ті об'єкти, які приймають участь у акті відображення злочину і його учасників, а також результати цього відображення в навколишньому середовищі, що містять в собі інформацію про всі істотні обставини аналогічних подій, тобто тільки те, що утворює інформаційну основу для розкриття, розслідування і запобігання злочину (Басай В. Д. Основні напрямки та методика сучасних одорологічних досліджень / В. Д. Басай // Актуальні проблеми сучасної криміналістики: матеріали міжнародної науково-практичної конференції у двох частинах. — Сімферополь: Доля. — Ч. 2. — 2002. — С. 169.).

Слід зазначити, що для реалізації примушування до виконання цивільно-правових зобов'язань особа злочинця повинна бути пов'язана з потерпілим цивільно-правовими зобов'язаннями (кредитор з цивільно-правового зобов'язання, тобто особа, на користь якої боржник повинен вчинити обумовлену зобов'язанням дію (або утриматися від певної дії); цесіонарій, тобто особа, на користь якої первісний кредитор уступив право вимоги; поручитель, який виконав зобов'язання і набув усіх прав кредитора за цим зобов'язанням щодо боржника в обсязі виплаченої цим поручителем суми; боржник під час солідарного зобов'язання, який виконав його повністю, щодо інших боржників на основі права регресу; будь яка інша особа, зокрема, та, яка виконує «замовлення» кредитора (Соловійова А. М. Примушування до виконання цивільно-правових зобов'язань / А. М. Соловійова : Монографія. — К. : КНТ, 2007. — С. 67.).

З наведеного вище вбачається, що між потерпілим та злочинцем наявні відповідні зв'язки. Це вказує також, на те, що особа потерпілого та зловмисник у більшій частині випадків вчинення вказаного злочину відомі.

У разі виконання злочину на замовлення, потерпілий може не знати осіб, що безпосередньо вчиняють злочинні дії, однак знати або здогадуватися про замовника їх здійснення.

Що стосується даних про освіту особи злочинця, то вони вказують на наявність залежності анти суспільної поведінки від рівня освіти та інтелектуального розвитку, що впливають на круг інтересів і потреб та можливості їх задоволення законним шляхом. Для досліджуваного виду злочину характерний середній рівень освіти. Спостерігається низький процент вчинення відповідного злочину особами у яких наявна вища освіта.

Що стосується статі особи злочинця, то вбачається що примушування до виконання цивільно-правових зобов'язань вчиняють як правило особи чоловічої статі, оскільки вимога виконати чи не виконувати

договір, угоду чи інше цивільно-правове зобов'язання з погрозою насильства над потерпілим або його близькими родичами, пошкодження чи знищення їх майна за відсутності ознак вимагання має сприйматися потерпілим як реальна. Тобто вимога з боку осіб жіночої статі має менш загрозливий вид, ніж ті самі дії вчиненні особою чоловічої статі.

Таким чином, дані про особу злочинця, як елементу криміналістичної характеристики примушування до виконання цивільно-правових зобов'язань мають основоположне значення, оскільки вони є потужною інформаційною базою, яка надасть можливість при встановленні відповідних кореляційних зв'язків визначити інші невідомі елементи характеристики.

ПАДЕЙ А. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірантка кафедри криміналістики

СИСТЕМА ПРИНЦИПІВ КРИМІНАЛІСТИКИ

Під принципом (від латинського *principium* — початок, основа) зазвичай прийнято розуміти будь — яке вихідне положення (теорії, вчення, науки) або внутрішнє переконання людини, її погляд на речі [Большая советская энциклопедия. — 2-е изд. («Синяя»). — Коллектив БСЭ. — 1949—1957. Т. 20. с. 588.]. Таке багатозначне визначення цього поняття призводить до того, що в літературі, в тому числі і криміналістичній, термін «принцип» вживається як в значенні постулату, вихідної послідовності, закону, так і в сенсі основного правила, умови, основоположної ідеї.

Багатозначність визначення поняття принципу, тягне за собою як природний наслідок різне смислове вживання даного терміну в криміналістичній теорії. Наприклад, такий автор, як А. Я. Гінзбург, проаналізувавши з цієї точки зору криміналістичну літературу, показав, що існують різні погляди на принципи криміналістики, немає єдності у визначенні системи цих принципів, їх субординації та чіткої уніфікації.

Увагу проблемам принципів криміналістичної науки присвятили такі радянські та сучасні вчені як: О. Я. Гінзбург, І. А. Возгрін, Л. Я. Драпкін, О. О. Екскархопуло, О. М. Колесніченко, В. С. Комарков, В. О. Коновалова, М. О. Селіванов, А. М. Сербулов, В. В. Тіщенко, В. М. Шавер, А. В. Шмонін, Н. П. Яблоков та інші.

Як нам відомо, цільовою роботою стосовно принципів науки криміналістики, стала книга О. Я. Гінзбурга «Принципи радянської криміналістики». [Гинзбург А. Я. Принципы советской

криміналістики. — Изд-во Караганд. ВШ МВД СССР. — Караганда. — 1974. — с. 6—9.], який спробував в свій час уніфікувати дані принципи.

Автор визначає *принципи радянської криміналістики* як — основні висновки, що виражають певну сукупність знань про зміст і структуру, практичної значущості криміналістики і є критеріями при оцінці її загальних і окремих теорій та рекомендацій на практиці по боротьби зі злочинністю, які сприяють евристичній функції теорії криміналістики.

На нашу думку, наведене визначення, не уніфікує поняття «принципи криміналістики», бо і тут принцип фігурує і як висновок і як критерій оцінки, як вираз теорії і як умова, якому повинні задовольняти результати практичного застосування теорії.

У цьому можна переконатися при розгляді тієї системи принципів криміналістики, яку нам пропонує А. Я. Гінзбург. Автор виділяє загальні принципи науки криміналістики та окремі принципи. До загальних принципів криміналістики А. Я. Гінзбург відносить систему основних висновків пізнавальної діяльності, загальних для всіх наук або для групи наук, інтерпретованих у криміналістиці.

Ці принципи автор відповідно ділить на дві підгрупи. У *першу підгрупу (принципи, загальні для всіх наук)* він включив: принципи історизму; партійності науки; єдності системи науки; єдності науки та практики.

У *другу підгрупу (принципи, загальні для суміжних з криміналістикою наук)* автор виділив такі принципи: принципи які співвідносяться з наукою криміналістики і суміжних юридичних наук; принцип творчого використання досягнень технічних, природничих та гуманітарних наук; принцип невідворотності покарання.

Коли, під *окремими «приватними» принципами* А. Я. Гінзбург розуміє «систему основних висновків пізнавальної діяльності, що виражають сукупність знань про зміст та структуру криміналістики і породжених ними криміналістичних рекомендацій». Зауважимо, що ці принципи автор називає окремими «приватними» тому, що в них відображуються інтереси однієї науки, хоча вони носять загальний характер для всієї криміналістики. До числа *окремих «приватних» принципів криміналістики* він відносить: принцип єдності правової природи радянської криміналістики; законності; науковості та оптимальності криміналістичних рекомендацій; принцип раціональної організації розслідування.

Нарешті, під *спеціальними принципами*, маються на увазі такі висновки, які відносяться до однієї частини теорії криміналістики або її окремих проблем, автор відносить такі принципи: побудови та перевірки версій; принципи криміналістичної реконструкції; принципи допиту і т. д.

При розгляді системи криміналістичних принципів, запропонованих А. Я. Гінзбургом, перш за все кидається в очі змішання принципів (в будь-якому розумінні цього терміна) науки та практичної діяльності. Так, навряд чи можливо віднести до принципів науки — принцип невідворотність покарання.

Отже, на нашу думку, А. Я. Гінзбург не зміг дати однозначного, смислового визначення терміну «принципи криміналістики», позначаючи ним фактично різні поняття, та не розмежовуючи принципи за теоретичним і практичним призначенням, що роблять і багато інших авторів.

На наш погляд, під *принципами* «взагалі» слід вважати, з одного боку, те, що лежить в основі певної теорії, вчення науки, світогляду тощо, а з іншого — внутрішні переконання людини, практичні, моральні й теоретичні засади, якими вона керується в житті й діяльності;

Коли, під *принципами криміналістичної науки*, слід розуміти основні засади, основоположні ідеї, які виражають сукупність знань про зміст і структуру науки криміналістики та сприяють розробці методики розслідування злочинів.

Система принципів науки криміналістики, на нашу думку, повинна мати наступний вигляд: *загальнонаукові принципи* (історизму; законності; системності науки; об'єктивності; пізнання); *спеціальні принципи* (принципи криміналістичної техніки, принципи криміналістичної тактики та принципи криміналістичної методики).

ПАНАСЮК А. А.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
аспирант кафедры криминалистики

СОДЕРЖАНИЕ И КРИМИНАЛИСТИЧЕСКАЯ СУЩНОСТЬ КОМПЬЮТЕРНОЙ ИНФОРМАЦИИ

При расследовании преступлений с использованием автоматизированных электронно-вычислительных машин (далее — АЭВМ) необходимо раскрыть возможности отнесения информации, отображаемой на экране монитора, к категории «компьютерной информации». В теории встречаются точки зрения, в соответствии с которыми такая информация может быть признана компьютерной, но, мы с ней не согласны, т.к. правильнее считать, что она таковой не является и на экране монитора представлена лишь в визуальной форме (то есть иной форме, чем компьютерная). Но нельзя также отрицать, что компьютерная информация участвует в формировании визуального представления информации и в ряде случаев можно установить однозначную связь между содержанием компьютерной информации и порождаемым на ее основе визуальным изображением на экране монитора. Криминалистический термин «виртуальный след» корреляционно связан с термином «информация» с учетом методологической основы формирования виртуальных следов преступлений, зафиксированных в компьютерной системе.

В криминалистической литературе уделено достаточно внимания данному термину, как зарубежными, так и отечественными учеными. В термине «компьютерная информация» фундаментальным понятием является именно «информация», а прилагательное «компьютерная» характеризует лишь одно или несколько из ее свойств. Заслуживает внимания следующее определение «компьютерная информация — это текстовая, графическая или любая другая информация (данные), которая существует в электронном виде, хранится на соответствующих носителях и может создавать, изменять ли использовать с помощью АЭВМ». Но наряду с этим термином, существуют и другие.

Анализ литературы дал возможность выделить пять основных подходов к пониманию категории «компьютерная информация», которые отражают содержание и криминалистическую сущность рассматриваемого явления, однако каждый из них содержит моменты, с которыми либо нельзя согласиться, либо требуется его дополнительное толкование:

1. Компьютерная информация — это информация о тех или иных лицах, событиях, процессах, находящаяся в электронно-вычислительной (компьютерной) среде и доступная обработке с помощью ЭВМ.

2. Компьютерная информация — это информация, зафиксированная на машинном носителе или передаваемая по телекоммуникационным каналам в форме, доступной восприятию ЭВМ.

3. Компьютерная информация — это информация, обработанная и используемая при помощи ЭВМ (компьютера), содержащая сведения о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах, а также программы для ЭВМ и базы данных, имеющую идентификационные атрибуты собственника, установившего режим ее использования.

4. Компьютерная (машинная) информация — это информация, содержащаяся на машинном носителе, в ЭВМ, их системе или сети, охраняемая законом, то есть изъятая из открытого оборота на основании закона, иного нормативного правового акта, а также правил внутреннего распорядка, основанных на названных правовых актах.

5. Компьютерная информация — это информация в оперативной памяти ЭВМ, на иных машинных носителях как подключенных к ЭВМ, так и на съемных устройствах, включая дискеты, лазерные и иные диски. При этом компьютерная информация в системе или сети ЭВМ не может существовать иначе как на конкретных ЭВМ, в эту систему или сеть объединенных.

Следует, конечно, более детально провести анализ существующих точек зрения, их сильных и слабых сторон, что позволит предложить собственное определение понятия «компьютерной информации». Именно в этом направлении сейчас мы проводим исследование.

Но уже на этом этапе необходимо заострить внимание на том, что речь идет об автоматической, а не только об автоматизированной

обработке, как это рассматривалось выше. Автоматическая обработка происходит без участия человека и, как правило, решает какую-то одну определенную задачу, которая в свою очередь может входить в цепочку технологии автоматизированной обработки информации. А, автоматизированная обработка — это более широкое понятие, которое подразумевает, что в процессе обработки информации может принимать участие человек в качестве решающего элемента, а последовательность дальнейших действий по реализации принятого им выбора может осуществляться и в автоматическом режиме.

Следовательно, исходя из приведенного определения для подтверждения факта того, что действительно имеешь дело с компьютерной информацией, необходимо говорить о цифровом материальном носителе и представление ее в виде, предназначенном и/или пригодном для ее автоматической обработки с использованием технических средств. Составление исчерпывающего списка материальных носителей является абсолютно бесперспективным занятием и в большинстве случаев достаточно пойти от обратного, т.е. убедиться, что носителем этой информации не является человек. Убедиться в том, что рассматриваемая информация находится в форме, предназначенной для автоматической обработки с использованием технических средств, нет особой необходимости, поскольку эта информация специально создается для этих целей. Но несколько сложнее обстоит дело с установлением того, что имеющаяся форма представленной информации пригодна для ее автоматической обработки.

БАЙДЕРІНА Ю. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірантка кафедри криміналістики

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «КРИМІНАЛІСТИЧНА ТАКТИКА» ТА «КРИМІНАЛІСТИЧНА ТЕХНОЛОГІЯ»

Розвиток криміналістичної тактики обумовлений потребами практики, які пов'язані з необхідністю удосконалення окремих тактичних прийомів, їх комплексів та забезпечення ефективного розслідування. У криміналістичній тактиці вдосконалюються психологічні основи слідчих дій та зростає роль результатів таких психологічних досліджень при розробці варіантів лінії поведінки слідчого. Також залучаються досягнення теорії управління, організації та кібернетики в управлінську та інформаційно-пізнавальну діяльність слідчого, розробляються алгоритми проведення окремих слідчих дій. Усі зазначені

положення і лягли в основу сучасної тенденції технологізації слідчої діяльності.

Важливим кроком на шляху визначення наукового поняття є не тільки з'ясування його змісту, але й співвідношення із суміжними поняттями через виявлення його місця в їх ієрархічній системі.

Визначити місце криміналістичної технології у системі всієї науки криміналістики можливо завдяки його співвідношенню з такими категоріями, як криміналістична техніка, криміналістична тактика та криміналістична методика.

Серед вчених-криміналістів відсутній єдиний підхід як щодо визначення самого поняття «криміналістична технологія», так і щодо його місця у системі криміналістики. Це пов'язане з тим, що сфера практичного застосування поняття «технологія» є досить широкою у криміналістиці. Так, поширеним є використання даного поняття у наступному поєднанні: «експертна технологія», «технологія провадження окремих слідчих дій», «технологія розслідування», «технологія розкриття злочинів», «слідчі технології», «технологія злочинної діяльності».

У широкому розумінні криміналістична технологія становить систему практичних дій та процедур, що підлягають послідовній реалізації в процесі здійснення експертної діяльності, застосування техніко-криміналістичних засобів, вирішення тактичних та стратегічних завдань розслідування (Тіщенко В. В. Теоретичні засади формування технологічного підходу в криміналістиці: монографія / В. В. Тіщенко, А. А. Барцицька ; НУ «ОЮА». — Одеса : Фенікс, 2012. — С. 54–55.).

У науковій літературі були спроби виокремити криміналістичну технологію як самостійний структурний елемент криміналістичної науки у вигляді узагальнюючого розділу. Так, О. О. Ексархопуло уявляє криміналістичну технологію як узагальнюючу категорію для визначення вчення про розслідування та розкриття злочинів (Ексархопуло А. А. Предмет и система криминалистики: проблемы развития на рубеже XX–XXI веков / А. А. Эксархопуло. — Спб.: Изд-во СПбГУ, 2004. — С. 108.).

Ю. Л. Дяблова визначає поняття «технологія» у вузькому значенні як систему наукових положень та заснованих на них рекомендацій з практичного використання технічних засобів у процесі цілеспрямованої діяльності для підвищення її ефективності. Основними структурними елементами технології автор вважає наукові положення, технічні засоби та рекомендації з їх практичного використання (Дяблова Ю. Л. О гносеологической сущности информационных технологий / Ю. Л. Дяблова // Воронежские криминалистические чтения: сб. науч. тр. — Воронеж: Изд-во Воронеж, гос. ун-та, 2008. — Вып. 9. — С. 136–148.).

В. О. Образцов наводить структуровану систему криміналістичних категорій: загального, особливого та окремого рівнів. Найбільш загальний рівень для криміналістичної науки поданий категоріями, які мають

загальне наукове значення, відображають явища, процеси, формуючи загальну характеристику феномена, що визначається предметом науки. Криміналістичну технологію автор відносить до категорій «загально-го рівня», що відіграє особливу роль та має значення для всіх розділів криміналістики (Образцов В. А. Криминалистика: парные категории / В. А. Образцов. — М.: Юрлитинформ, 2007. — С. 10.).

Р. С. Белкін здійснив спробу співвіднести технологію та тактику, і зрештою прийшов до висновку щодо подібності цілей даних елементів криміналістики. Автор визначає, що і криміналістична тактика, і криміналістична технологія спрямовані на попередження, припинення, виявлення та розслідування злочинів, викриття й затримання осіб, винних у їх скоєнні. Різниця полягає у самій сутності родових понять тактики та технології. Поняття тактики виникло у військовій справі та розуміло під собою протидію та подолання опору. В умовах розслідування про тактику в повному сенсі слова, на думку автора, необхідно говорити саме тоді, коли вона служить засобом подолання протидії. Так, можемо говорити про тактику допиту, тактику обшуку, але навряд чи вірно говорити про тактику огляду та отримання зразків для порівняльного дослідження. Саме при проведенні таких слідчих дій як, наприклад, одержання зразків для порівняльного дослідження, слід говорити про технологію. У своїй сутності, стверджує Р. С. Белкін, технологія — це найбільш доцільний та ефективний спосіб здійснення деяких трудових операцій у належній послідовності, за умов відсутності протидії. При такому підході до визначення співвідношення понять «тактика» і «технологія» необхідно виходити із самої природи цих понять. Тактика має психологічну основу та реалізується у формі окремих тактичних прийомів та їх комплексів, полягає в основі вибору слідчим найбільш доцільної лінії поведінки та встановлення психологічного контакту з допитуваним тощо. Отже, критерієм розмежування «тактики» та «технології» є психологічний зміст, що не властивий технологічним процесам слідчої діяльності.

Проте, на нашу думку, навряд чи можна з повною упевненістю говорити про криміналістичну технологію як самостійний елемент системи криміналістичної науки. По-перше, необхідно виходити із сутності криміналістичної технології та її практичного призначення у структурі діяльності, яка є предметом дослідження в системі техніко-криміналістичних, тактичних та методичних положень криміналістичної науки. Так, сутність та призначення криміналістичної технології полягає саме в технологічному забезпеченні вказаних положень криміналістичної науки. По-друге, основною метою криміналістичної технології є оптимізація криміналістичної діяльності на всіх її рівнях, що забезпечує ефективне вирішення відповідних криміналістичних завдань, а отже, не може бути відокремлена від сфери своєї практичної реалізації.

Так, вважаємо за необхідне розглядати криміналістичну технологію як структуру, що пронизує систему криміналістичної науки, проте не утворює в її складі окремий елемент.

БІЛОУС О. П.

Національна академія правових наук України,
Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності
ім. академіка В. В. Сташиса, здобувач

«КОНВЕРТАЦІЙНІ ЦЕНТРИ» У СХЕМАХ ЗЛОЧИННОГО ЗБАГАЧЕННЯ КОРУМПОВАНОЇ ПОЛІТИЧНОЇ ЕЛІТИ

Одним із каталізаторів участі людей в масових акціях протесту проти влади 2013–2014 рр. стали конфлікти органів контролю з підприємцями, численні «мутні», «тіньові», «кримінальні», злочинні схеми, схеми здирництва поборів для особистого збагачення (У сфері нагляду за додержанням і застосуванням законів у поточному році відшкодовано майже 2 млрд грн [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.gp.gov.ua/ua/news.html?137436>). Під час конференції «Повернення вкрадених активів корумпованої політичної еліти України» заступник Генерального прокурора України М. Голомша повідомив, що обіг незаконних коштів, пов'язаних з урядом Януковича-Азарова, в цілому склав 400 млрд грн., а злочинні схеми були зафіксовані в кожному з міністерств (Генпрокуратура оцінила схеми режиму Януковича в 400 млрд грн. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://finance.liga.net/personal/2014/4/24/news/38350.htm>).

У часи панування вертикально-інтегрованої корупційної системи державних органів ключовими етапами розбудови таких схем було: (1) ухвалення нормативно-правових актів і створення фактичних умов, що ускладнювали вільне провадження господарської діяльності; (2) утворення по всій країні мережі фіктивних суб'єктів господарювання, які за відповідну винагороду сприяли «подоланню» штучно створених перешкод, забезпечуючи не наповнення Державного бюджету, а привласнення грошових коштів бенефіціарами цих схем. Наприклад, 17.12.2012 р. Кабінетом Міністрів України було прийнято постанову № 1221, якою було затверджено Порядок збирання, видалення, знешкодження та утилізації відпрацьованих мастил (олив). Пунктом 4 цього Порядку встановлено, що виробники та імпортери мастил (олив) самостійно забезпечують відповідно до законодавства збирання, видалення, знешкодження та утилізацію відпрацьованих мастил (олив), які утворюються внаслідок використання вироблених чи ввезених ними в

Україну мастил (олив), або укладають договори про виконання робіт з організації збирання, видалення, знешкодження та утилізації відпрацьованих мастил (олив) з уповноваженим підприємством чи іншими суб'єктами господарювання (спеціалізованими підприємствами), що мають ліцензію на право провадження діяльності у сфері поводження із зазначеними небезпечними відходами, з урахуванням затвердженої КМУ мінімальної ціни на послуги з організації збирання, видалення, знешкодження та утилізації відпрацьованих мастил (олив). Проте наявність у згаданих виробників чи імпортерів відповідних ліцензій на право самостійного провадження діяльності у сфері поводження із зазначеними небезпечними відходами не звільняє їх від нав'язаних «господарських» відносин (Кто возвращает коррупционные схемы? [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://atn.ua/obshchestvo/korruptsiynnye-shemy-vozvrashchayut-sya>) з так званими «модними», «схемними», «Правильними» підприємствами — учасниками «конвертаційних центрів», які, формально постаючи уповноваженими або спеціалізованими підприємствами, забезпечують отримання бенефіціарами неправомірної вигоди під прикриттям фіктивних договорів про виконання робіт з організації збирання, видалення, знешкодження та утилізації відпрацьованих мастил (олив), які в дійсності не виконують-ся навіть частково.

Міністр фінансів України О. Шлапак, порівнюючи кримінальні схеми з раковими пухлинами, які вкрили всі структури Міністерства доходів і зборів України, доручив негайно ліквідувати «конвертаційні центри», проголосивши ліквідацію корупційних схем та «конвертаційних центрів» пріоритетним завданням податкової, митної та служби фінансових розслідувань. В. о. заступника голови адміністрації Президента України А. Сенченко привернув увагу до спроб деяких осіб відновити вертикаль «смотрящих» і «кришувати» різні схеми. Проте заступник Міністра доходів і зборів України В. Хоменко гарантував, що «ніяких домовленостей про злочинні схеми з податковою міліцією не буде», визнаючи при цьому, що «на сьогодні зламати всі злочинні схеми досить важко». Питання про якісну, активну, виважену та скоординовану роботу фахівців підрозділів фінансових розслідувань, зокрема, у напрямку ліквідації «податкових ям» і транзитно-конвертаційних груп стоїть надзвичайно гостро. Проте цей напрямок не є новим: вже відомі переліки конкретних підприємств, що завдають збитків державі, та встановлені ланцюги їх зв'язків, що дозволяють притягнути організаторів злочинних схем до відповідальності.

Для втілення у життя давно назрілих намірів щодо ліквідації «конвертаційних центрів» є вкрай необхідним ефективно криміналістичне забезпечення, покликане сприяти своєчасному та успішному досудовому розслідуванню цієї категорії кримінальних правопорушень. «Професіоналізація» організованої злочинності у форматі

«конвертаційних центрів», що руйнує базис сталого економічного розвитку держави, з однієї сторони, та потреби органів досудового розслідування в адаптованих до практики застосування уніфікованих наукових криміналістичних рекомендаціях щодо розкриття та розслідування кримінальних правопорушень, невід'ємними складовими механізму яких постають названі осередки, з іншої, вимагають створення у відповідь на ці виклики новітнього «продукту» криміналістики у вигляді окремої методики розслідування злочинів згаданої категорії.

Колишній уряд Януковича-Азарова визнано найбільш корумпованим за всю історію України. У 253 ухвалених ним нормативно-правових актах громадськими організаціями і активістами було виявлено 21 корупційний ризик з потенційними втратами бюджету понад 5 млрд грн. Старі схеми отримання неправомірної вигоди перейшли у спадщину до нового КМУ. Їх ліквідації потребує невідкладного перегляду широкого кола чинних регуляторних актів на предмет усунення наявних корупційогенних факторів та ретельної антикорупційної експертизи проєктів нормативно-правових актів.

КАСЬКО В. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри криміналістики

ВИКОРИСТАННЯ КРИМІНАЛІСТИЧНИХ ОБЛІКІВ ТА АРХІВНИХ СПРАВ ЯК СПОСІБ ВСТАНОВЛЕННЯ ОСОБИ ЗЛОЧИНЦЯ-РЕЦИДИВИСТА

Важливими тактичними завданнями, що постають при розслідуванні злочину, вчиненого рецидивістом є встановлення особи злочинця та розшук відомого слідчому злочинця. Одним із ефективних шляхів вирішення цих завдань є використання криміналістичних обліків та архівних справ. В даній статті будуть розглянуті деякі можливості, що виникають перед слідчим при розслідуванні в силу того, що суб'єктом злочину є особа, яка вчиняла злочини в минулому, за що притягувалась до кримінальної відповідальності.

При розслідуванні злочину, що імовірно вчинений рецидивістом як особою, яка має судимість за умисний злочин, слідчий повинен враховувати той факт, що він уже попадав в поле зору правоохоронних органів в минулому. Як наслідок, інформація щодо рецидивіста обов'язково міститься в криміналістичних обліках, створення та функціонування яких передбачає накопичування в їх масивах даних, що сприяють встановленню причетності осіб до певних подій та предметів.

Чинним законодавством нашої держави передбачено функціонування ряду криміналістичних обліків: трасологічний облік; дактилоскопічний облік; балістичний облік; облік холодної зброї; облік осіб за ознаками зовнішності; облік генетичних ознак людини; облік записів голосів та мовлення осіб та ін. Кожен з них використовується при розслідуванні злочинів для перевірки версій та вирішення тактичних завдань. При розслідуванні злочинів, що вчиняються рецидивістами, ймовірно максимально використати можливості таких обліків і тим самим підвищити ефективність їх розслідування. Адже, як уже зазначалось вище, дані про рецидивіста обов'язково містяться в криміналістичних обліках та архівах правоохоронних органів, так як такі особи в силу своєї попередньої кримінальної діяльності уже попадали в поле зору правоохоронних органів.

Так, при розслідуванні рецидиву найчастіше використовується дактилоскопічний облік, обліки осіб за способом вчинення злочинів, за прізвиськами, за ознаками зовнішності. При зіставленні наявної інформації із даними цих обліків можна встановити, чи має розшукувана особа судимість. При позитивній відповіді значну користь можуть принести архівні кримінальні справи, пов'язані з попередніми фактами притягнення особи до відповідальності, з яких можливо отримати додаткову інформацію про таку особу та її кримінальні зв'язки. Архівні матеріали правоохоронних органів є цінним джерелом отримання відомостей, що детально і багатогранно характеризують рецидивіста, які за необхідності дозволять правильно визначити тактику розслідування, вибрати найбільш ефективні прийоми і засоби для досягнення поставленої мети, ретельно підготуватися до проведення окремих слідчих дій за участю рецидивіста. Вивчення кола осіб, з якими розшукувана особа відбувала покарання та мала зв'язки, створює додаткову можливість встановлення його місцезнаходження. Окрім того, використання архівних справ нерідко допомагає встановити співучасників рецидивіста, використовуючи дані про його родичів і близьких знайомих, осіб, засуджених разом з ним, відомості про характер взаємин між ними. У такий спосіб можливо викрити рецидивістів, що приховували своє злочинне минуле або тих, що повідомили про себе при затриманні неправильні анкетні дані. Відомості про кличку злочинця, про його особливі прикмети, отримані при допиті потерпілих, свідків, при проведенні інших оперативно-розшукових заходів, можуть бути використані при пошуку за допомогою відповідного обліку. Також, при розслідуванні рецидиву особливо велике значення має вивчення способу скоєння злочину. У такий спосіб можливо пов'язати вчинене кримінальне правопорушення із подібними злочинами, що вчинялись раніше. У позитивному випадку потрібно перевірити версію про те, що декілька аналогічних за способом злочинів могли бути вчинені однією і тією ж особою. Розслідуючи факт рецидиву, корисним може бути використання слідчим і обліку

викрадених речей. З його допомогою нерідко можна встановити належність речей, виявлених у затриманого рецидивіста. З метою підвищення ефективності цього обліку, слідчий повинен перевіряти виявлені у рецидивіста речі не тільки в обліку області, де проводиться розслідування, але також і в органах внутрішніх справ тих областей, де затриманий раніше проживав, відбував покарання або тимчасово перебував.

Таким чином, за допомогою криміналістичних обліків слідчий може обґрунтувати висунуту версію про рецидив, встановити особу рецидивіста, довести факт рецидиву, коли злочинець встановлений, але заперечує, що раніше вчиняв злочини і був судимий, а також отримати дані для продовження вивчення особистості рецидивіста в ході подальшого розслідування.

При цьому, окрім використання «традиційних», функціонуючих десятиріччями обліків, варто відмітити порівняно новий їх вид — за ознаками ДНК, що активно розробляється останні декілька десятиліть і використовується в судово-медичній експертизі для ідентифікації осіб на основі унікальності послідовностей ДНК особи. Часто на місці вчинення злочину залишаються мікроскопічні часточки, сліди людини, дослідивши які можливо встановити причетність особи до злочину, в т.ч. — рецидивіста і при цьому не обов'язково мати чіткі, наприклад, відбитки слідів пальців рук чи проби крові. ДНК-аналіз є одним із найдієвіших методів розкриття злочинів, тому створення подібної загальнодержавної бази даних могло б значно підвищити ефективність слідчо-розшукової діяльності. Попри те, що існування обліку генетичних ознак людини передбачено чинним законодавством нашої держави, відсутність чіткого законодавчого врегулювання цього питання та недостатня кількість і потужність наявних ДНК-лабораторій спричиняють повільне наповнення відповідної бази та стримують розвиток даного виду криміналістичних обліків.

Отже, активне використання різноманітних видів криміналістичних обліків та архівних справ дозволяє в порівняно короткий час отримати значний обсяг інформації, що дає можливість індивідуалізувати особу винного. Більше того, наявність інформації про індивідуальні властивості такої особи, допомагає слідчому встановити з нею психологічний контакт, спрогнозувати можливу реакцію та поведінку підслідного під час виконання слідчих дій, правильно зрозуміти мотиви скоєння нового злочину, а також встановити обставини його вчинення.

ТКАЧЕНКО Т. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
здобувач кафедри криміналістики

**ЩОДО ДЕЯКИХ АКТУАЛЬНИХ ПИТАНЬ КАДРОВОГО
ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НАУКОВО-ДОСЛІДНИХ УСТАНОВ СУДОВИХ
ЕКСПЕРТИЗ МІНІСТЕРСТВА ЮСТИЦІЇ УКРАЇНИ**

Судовими експертами науково-дослідних установ судових експертиз Міністерства юстиції України можуть бути фахівці, які мають відповідну вищу освіту, освітньо-кваліфікаційний рівень не нижче спеціаліста, які пройшли відповідну підготовку та отримали кваліфікацію судового експерта з певної спеціальності та згідно із процесуальним законодавством України висновки судових експертів можуть надаватися лише особами, які відповідають вимогам Закону України «Про судову експертизу».

Враховуючи, що державні судові експерти перебувають у трудових відносинах з державними спеціалізованими установами вони обіймають посади різних категорій, які в залежності від кола повноважень мають свої характерні ознаки щодо кваліфікаційних вимог. Посада судового експерта за своєю природою є винятковою, оскільки має певні особливості. З одного боку, робота експерта полягає у проведенні із застосуванням своїх спеціальних знань (з практично необмеженого кола питань — науки, техніки, ремесла тощо) науково обґрунтованого дослідження для встановлення фактів, що мають доказове значення під час розслідування та розгляду справ у судах, з іншого — судовий експерт набуває статусу процесуальної особи під час надання висновку і таким чином у своїй професійній діяльності поєднує статус фахівця з відповідної галузі знань, науковця та процесуальної особи. Крім того відповідно до статей 384, 385 Кримінального кодексу України судові експерти можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності за неналежне виконання своїх обов'язків. Це суттєво відрізняє роботу професійного судового експерта від інших професіоналів у відповідних галузях знань — працівників установ, підприємств та організацій різних секторів економіки. При цьому в НДУСЕ МЮУ передбачені також посади наукових співробітників, основним завданням яких є проведення прикладних наукових робіт, у тому числі й пошукових, пов'язаних з розробкою нових та удосконаленням існуючих методик проведення судових експертиз. Наукові співробітники, як правило також мають кваліфікацію судового експерта і залучаються до проведення складних комісійних, комплексних та повторних судових експертиз.

Тому створення належного кадрового складу висококваліфікованих професіоналів експертних установ МЮУ потребує встановлення особливих вимог до осіб, що можуть обіймати посади судових експертів та

керівників різних рівнів НДУСЕ. З метою якісного та належного добору кадрів, підвищення професійного рівня судових експертів, сприяння у підготовці кваліфікованих експертних кадрів, надання методичної допомоги та поширення серед експертного середовища високоморальних принципів, та на підставі вищезазначених положень законодавства Міністерством юстиції України розроблено та наказом від 19.04.2012 № 611/5 затверджено Довідник кваліфікаційних характеристик посад працівників науково-дослідних установ судових експертиз Міністерства юстиції (далі — Довідник), який погоджено з Міністерством соціальної політики України та Міністерством освіти і науки України. Відповідно до назви цього документа в його основу покладено посадову ознаку, оскільки кваліфікаційні вимоги до працівників НДУСЕ визначаються їхніми посадовими обов'язками, які у свою чергу зумовлюють найменування посади.

Вказаний Довідник є документом, який містить типові кваліфікаційні характеристики посад працівників НДУСЕ та встановлює вимоги до змісту професійної діяльності та кваліфікації працівників НДУСЕ. Основною метою створення такого Довідника є сприяння вирішенню питань ефективного розподілу праці між працівниками НДУСЕ, забезпечення єдності при визначенні їхніх посадових обов'язків. Положення вказаного Довідника є підставою для розроблення та затвердження посадових інструкцій працівників НДУСЕ, в яких зазначається конкретний перелік їх посадових прав і обов'язків, виходячи із завдань, функцій, встановлених відповідними нормативно-правовими актами, статутами НДУСЕ відповідної експертної установи.

З моменту запровадження Довідника вже проведено роботу з оптимізації структури експертних установ, зокрема за рахунок зменшення кількості керівних посад вивільнено штатні одиниці для збільшення кількості посад судових експертів. Такі зміни спрямовані на максимально ефективне використання кадрового потенціалу. Виходячи з показників роботи НДУСЕ за останні місяці спостерігається покращення результатів експертної роботи, а саме скорочення термінів проведення складних багатооб'єктних експертиз.

На теперішній час у нашій країні загальна чисельність судових експертів усіх державних спеціалізованих експертних установ та тих, що здійснюють судово-експертну діяльність самостійно на професійній основі (приватних) налічує близько восьми тисяч фахівців у різних галузях знань, якими щорічно проводиться понад мільйон судових експертиз.

Єдині підходи до належного добору кадрів дають можливість забезпечити належний рівень кваліфікації цих фахівців та як наслідок якість, високий науковий рівень та обґрунтованість експертних висновків. Доцільним вважаємо запровадження таких вимог й до державних експертів інших державних спеціалізованих установ (МВС, СБУ,

Міноборони, Держприкордонслужби та МОЗ). Також, враховуючи велике значення результатів роботи судового експерта та його відповідальність за надання повних та обґрунтованих висновків, заслуговує на увагу пропозиція щодо запровадження окремих кваліфікаційних вимог і до осіб, що мають намір здійснювати судово-експертну діяльність як приватні експерти, а саме в частині вимог до стажу роботи за фахом.

З огляду на викладене, пропозиція щодо запровадження кваліфікаційних вимог до осіб, що мають намір отримати кваліфікацію судового експерта має бути законодавчо закріплена, тому такі положення доцільно відобразити в проекті нової редакції Закону України «Про судову експертизу».

ЗМІСТ

Ювілей Сергія Васильовича Ківалова (до 60-річчя від дня народження)	3
--	---

Частина 1 **КОНСТИТУЦІЙНІ ТА ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ** **ОСНОВИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СТАЛОГО РОЗВИТКУ** **УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВНОСТІ ТА ПРАВА**

Розділ 1 **КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ** **АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ:** **СУЧАСНИЙ ВИМІР**

Підрозділ 1.1 *СУЧАСНА ДОКТРИНА* *АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА*

<i>Ківалов С. В.</i> Адміністративне судочинство України: перспективи реформування	10
<i>Біла-Тіунова Л. Р.</i> Щодо правової природи присяги державного службовця	14
<i>Коломоєць Т. О.</i> Кодифікація адміністративного законодавства України: пріоритети сучасного періоду	16
<i>Тодошак О. В.</i> Повноваження захисника у справах про адміністративні правопорушення	18
<i>Додіна Є. Є.</i> Докази у справах про примусове видворення іноземного місійонера	21
<i>Журавель М. В.</i> Ознаки правових актів державного управління	23

Козачук Д. А.	
Ознаки адміністративної відповідальності державних службовців . . .	26
Бондаренко К. В.	
До визначення змісту юстиції як об'єкта державного управління . . .	28
Могил С. К.	
Служба персоналу як орган управління державною службою	31
Пузанова Г. Й.	
Форми державної політики іноземного інвестування	33
Корнута Л. М.	
Суб'єкти дисциплінарного провадження щодо державного службовця: критерії визначення та необхідність законодавчого закріплення	36
Панфілов О. Є.	
Особливості провадження у справах про корупційні адміністративні правопорушення	38
Федчишин С. А.	
Патронатні посади дипломатичної служби України	41
Заярний О. А., Савчук Є. Ю.	
Аналіз деяких адміністративно-правових норм щодо здійснення громадського контролю в Україні	44
Адабаш О. В.	
Щодо визначення поняття «адміністративно-правовий режим» . . .	46
Бабенко О. І.	
Особливості адміністративного нагляду за особами, звільненими з місць позбавлення волі	48
Лавренова О. І.	
До питання правового регулювання плати за надання адміністративних послуг державними службами	51
Хамходера О. П.	
Заходи реагування у сфері державного контролю: нові механізми застосування	53
Сандул Я. М.	
Щодо реформування виконавчих органів місцевих рад: адміністративно-правовий аспект	56
Білокур Є. І.	
Сутнісні ознаки поняття «функції державного управління»	58

Фуглевич К. А. Привілейовані категорії суб'єктів звернення за наданням адміністративних послуг	61
Коровайко А. О. Особливості застосування методу переконання в державному управлінні у галузі закордонних справ	63
Димон І. В. Сутність та значення адміністративного припинення як заходу адміністративного примусу	66
Турська В. О. Прогалини у регулюванні адміністративної відповідальності за жорстоке поводження з тваринами	68
Фаср Ю. Г. Щодо визначення правової природи державно-службових відносин	71

Підрозділ 1.2
ОСНОВНІ НАПРЯМКИ РЕФОРМУВАННЯ
АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА
І АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРОЦЕДУР

Сарибаєва Г. М. Особливості виконання судових рішень в адміністративних справах державною виконавчою службою України	74
Осадчий А. Ю. Право на звернення з адміністративним позовом	76
Осауленко С. В. Особливості заходів процесуального примусу в адміністративному судочинстві	79
Бачеріков О. В. Звернення податкових органів до адміністративного суду	81
Закаленко О. В. Щодо можливості запровадження інституту зустрічного позову в адміністративному судочинстві	84
Біла Ю. З. Стадії правотворчої процедури	87
Шкарнега О. С. Мирні зібрання як категорія адміністративного судочинства	89

Підрозділ 1.3
ФІНАНСОВЕ ПРАВО УКРАЇНИ:
ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ І ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ

Латковська Т. А. Сучасна актуалізація фінансово-правової політики держави	92
Нестеренко А. С. Фінанси (публічні та приватні) як базова основа фінансової системи держави	94
Боднарчук Ю. В. Податкове інформаційне провадження	97
Сідор М. І. Особливості суб'єктного складу учасників бюджетного процесу на третій стадії бюджетного процесу	100
Лещенко О. В. Щодо застосування граничних сум готівкових розрахунків	102
Гнатівська А. І. Повноваження територіальних управлінь Державної казначейської служби України	104
Андрійчук А. В. Теоретичні проблеми розмежування функцій та повноважень Національного банку України	106
Березовська С. В. Проблеми фінансової діяльності органів місцевого самоврядування щодо управління комунальними суб'єктами господарювання та шляхи їх вирішення	109
Беспалова А. О. Податкові суди США та Канади	111
Сидорук Р. А. До питання про об'єкт податкових правовідносин	114
Койчева О. С. Конституційні повноваження Рахункової палати	117

Розділ 2 ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

Крусян А. Р. Конституціоналізм і демократія: концепція співвідношення	120
Любченко П. М. Теоретичні та практичні проблеми організації міжмуніципального співробітництва	122
Пережняк Б. А. Реорганізація і модернізація центральних органів виконавчої влади (на матеріалах органів управління наукою і науково- технічною діяльністю)	125
Мішина Н. В. До питання оновлення законодавства про загальні збори громадян за місцем проживання	128
Махніцький О. І. Судова влада в Україні: поняття та принципи	130
Афанасьєва М. В. Інструменталізм у виборчій інженерії	133
Терлецький Д. С. Номінаційний процес — процесуальна форма реалізації номінаційної функції органів публічної влади	135
Олькіна О. В. Критерії виділення в системі суб'єктів конституційних правовідносин юридичних осіб публічного права	137
Езеров А. А. Политическое измерение прав и свобод человека и гражданина . . .	140
Китайка О. В. Зміст конституційно-правового статусу дитини	142
Барський В. Р. Моделі та засоби лобіювання регіональних інтересів на загальноєвропейському рівні	145
Михалёв В. А. Конституционные проблемы контроля со стороны органов государственной власти за деятельностью местного самоуправления	147

Бальцій Ю. Ю. Впровадження європейських стандартів місцевого самоврядування в Україні	150
Галицкий И. В. Институты непосредственной демократии в Украине: всеукраинский народный совет и всенародная конференция	152
Назарко А. Т. Система міського самоврядування в Україні: проблеми теорії і практики	155
Погірко О. І. Законодавче забезпечення підвищення боевого потенціалу воєнної організації держави на сучасному етапі	157
Панасюк В. М. Особливості реалізації державної молодіжної політики в умовах побудови соціальної держави	160
Волкова Д. Є. Дослідження взаємодії громадських об'єднань та органів публічної влади за радянських часів	162
Кулі-Іванченко К. К. Соціальне замовлення в Україні: аналіз законопроектних робіт	164
Салей М. І. Щодо системи конституційних цінностей	167
Средницька І. Ю. Безпосередня демократія в Україні: проблеми вдосконалення	169
Крылов Ю. В. Особенности финансирования проведения всеукраинского референдума	172
Сон С. С. Проблеми державного регулювання виборчої діяльності політичних партій	174
Решетняк А. А. Дострокове припинення повноважень Президента України	177
Мельниченко Н. О. Конституційно-правові засади білінгвальної освіти у державах — членах ЄС	179

Коваленко Р. О. Конституційні засади політичного іміджу президента в Україні та США	182
--	-----

Розділ 3

КОНСТИТУЦІЙНІ ОСНОВИ СУДОВОЇ І ПРАВООХОРОННОЇ СИСТЕМ УКРАЇНИ

Полянський Ю. Є. Законодавство України про адвокатуру: потреба і шляхи удосконалення	185
Долежан В. В. Прокурор як учасник розгляду судами справ про адміністративні правопорушення	187
Косюта М. В. Актуальні проблеми формування кадрового складу прокуратури	190
Бакаєнова Н. М. Пропозиції щодо вдосконалення законодавчого врегулювання використання ордеру адвоката	192
Яновська О. Г., Іванов М. С. Окремі питання забезпечення ефективності судової влади в Україні	195
Свида О. Г. До питання щодо вдосконалення інституту присяги адвоката в Україні	197
Ковальчук І. С. Роль прокурора в реалізації законодавства про адміністративні правопорушення	200
Тарасишина О. М. Роль та значення державної судової адміністрації України у здійсненні судового управління	202
Нестерчук Л. П. Організаційне забезпечення діяльності судів у відповідності з вимогами закону	205
Храпенко О. О. Проблемні питання щодо стажування для майбутніх адвокатів	208

<i>Кривенко О. В.</i> Розвиток прокуратури та законодавства про службу в органах прокуратури України на початку радянської доби	210
<i>Іскендеров Е. Ф.</i> Деякі питання захисту прокурором прав і свобод людини при підтриманні державного обвинувачення в суді	213
<i>Билиця І. О.</i> Причини та умови виникнення професійної деформації працівників прокуратури	215
<i>Грічун Г. С.</i> Процесуальні та етико-психологічні питання забезпечення рівності сторін в судочинстві України	217
<i>Приємська Н. М.</i> Реформування організації та діяльності адвокатури України в світлі міжнародних стандартів	220
<i>Слободяник Н. С.</i> Виборність суддів у світлі реалізації гарантій незалежності суддів	222
<i>Кісліцина І. О.</i> Роль прокурора при укладанні угод про визнання винуватості: зарубіжний досвід	225
<i>Крусян Р. А.</i> Судова реформа в Україні: зміст етапів	228
<i>Добровольський Д. М.</i> Зміст незалежності як принципу організації та діяльності прокуратури в Україні	230

Розділ 4

ІСТОРИЧНІ КОРИННЯ ТА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ В УКРАЇНІ

<i>Аракелян М. Р.</i> Право на безплатну правову допомогу: нормативно-правові основи	233
<i>Яновська О. Г.</i> Окремі питання стандартизації адвокатської діяльності	236

<i>Долматов І. В.</i> Кримінальне право українських земель у складі Речі Посполитої . . .	238
<i>Корнієнко І. В.</i> Поняття суб'єкта та об'єкта цивільного права у працях Є. В. Васьковського	240
<i>Мокін І. С.</i> Основні засади формування та функціонування правової системи України в епоху національно-визвольної революції 1917–1921 рр.	242

Частина 2

ПРАВОВІ МЕХАНІЗМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СТАЛОГО РОЗВИТКУ УКРАЇНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА

Розділ 5

ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПИТАННЯ СУЧАСНОЇ ЦИВІЛІСТИКИ

Підрозділ 5.1

МЕТОДОЛОГІЧНЕ ПІДРУНТЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

<i>Харитонов Є. О.</i> Приватне право як концепт	246
<i>Ківалова Т. С.</i> До питання про правову природу непереборної сили за цивільним законодавством України	249
<i>Кізлова О. С.</i> Законодавче закріплення відносин з надання медичних послуг	251
<i>Голубєва Н. Ю.</i> Ознаки об'єкта зобов'язання	254
<i>Адамова О. С.</i> Визначення поняття інституту права	257
<i>Бабич І. Г.</i> Формування у римському договірному праві концепції справедливості як основного принципу приватного права	260

Гончаренко В. О. Сучасна концепція правового регулювання інститутів спільного інвестування в Україні	262
Давидова І. В. До питання про співвідношення реституції та віндикації	265
Дришлюк А. І. Корпоративні правила як джерело цивільного права України	267
Єсінова Л. О. Дослідження інституту гарантії у цивільному праві України: методологічні питання	270
Зубар В. М. Критерії поділу юридичних осіб на осіб публічного та приватного права	272
Герц А. А. Правове регулювання медичного страхування в Україні	274
Юркевич Ю. М. Асоціація як договірна форма об'єднань юридичних осіб	277
Костова Н. І. Поняття цивільного права як галузі права	279
Некіт К. Г. Визначальні засади правового регулювання речових прав: до питання вдосконалення концепції	281
Орзіх Ю. Г. Деякі засади реформування нотаріату України	284
Сафончик О. І. Деякі питання реалізації права спільної часткової власності за законодавством України	287
Чанишева А. Р. Щодо дії актів цивільного законодавства у часі та моменту виникнення правовідносин	290
Черногор Н. В. Щодо здійснення права на відмову від прийняття спадщини за цивільним законодавством України	293
Пугач В. М. Правове регулювання майнового права як предмету договору дарування	295

Найдебон А. В. Проблематика визначення поняття «цінності» у договорі зберігання цінностей у банку	298
Вонсович Х. І. Презумпція шлюбного походження дитини як підстава виникнення правовідносин між батьками та дітьми	300
Березовська К. І. Припинення правовідносин з усиновлення з іноземним елементом	303
Гребеніщикова Т. А. Вина особи, що створила загрозу життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи, за цивільним законодавством України	304

Підрозділ 5.2
АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Берназ-Лукавецька О. М. Деякі спеціальні випадки обміну житла (жилих приміщень)	307
Гаресв Є. Ш. Обов'язок по відшкодуванню шкоди, завданої у дорожньо-транспортній пригоді	309
Кривенко Ю. В. Поняття майнових прав релігійних організацій	311
Севєрова Є. С. Цивільно-правова відповідальність за створення небезпеки заподіяння шкоди	314
Токарева В. О. Особливості правовідносин галереї з автором	317
Мартин В. М. Договір як підстава виникнення права користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцію)	320
Цибульська О. Ю. Заповідальний відказ та право на обов'язкову частку	322
Адаховська Н. С. Окремі питання щодо управління спадщиною	324

<i>Заморська Л. І.</i> Інститут договірних зобов'язань в сучасному цивільному праві України: загальний теоретико-нормативний аналіз	327
<i>Лепех С. М.</i> Розкриття банками інформації, яка містить банківську таємницю, на вимогу фізичної особи як клієнта банку	329
<i>Копилова Ж. В.</i> Деякі проблеми правового регулювання права приватної власності фізичних осіб на кооперативні квартири	331
<i>Денисяк Н. М.</i> Права та обов'язки нотаріуса як обов'язкового суб'єкта нотаріальних правовідносин	334
<i>Абрамов М. В.</i> Усунення від спадкування внаслідок недійсності шлюбу	337
<i>Верховець К. С.</i> Щодо питання форми договору про сплату аліментів на дитину та визнання його недійсним	339
<i>Головня І. Я.</i> До питання про співвідношення цивільного та земельного законодавства у сфері правового регулювання відшкодування шкоди, заподіяної земельній ділянці	342
<i>Горобченко Ю. Ю.</i> Проблемні питання спадкування за законом	344
<i>Іванов А. В.</i> Поняття та ознаки девелопменту нерухомості	346
<i>Лабунская А. А.</i> Понятие принципа добросовестного поведения: сравнительный анализ по законодательству и судебной практике зарубежных стран	349
<i>Мельник О. В.</i> Право дитини на інформацію про своїх батьків	352
<i>Нівня М. І.</i> Порядок примусового відчуження нерухомого майна з мотивів суспільної необхідності: цивільний аспект	353
<i>Мельник О. О.</i> Класифікація ризиків у цивільному праві України	356

<i>Швидка В. Г.</i> Регулювання договору найму житла за Цивільним кодексом Галіції 1797 р.	359
---	-----

Розділ 6 **ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ** **ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ**

<i>Мінченко Р. М.</i> Деякі питання касаційного провадження в цивільному судочинстві України	362
<i>Гонгало Р. Ф.</i> Судові доручення в міжнародному цивільному процесі	364
<i>Чванкін С. А.</i> Письмові докази у цивільному процесі України	366
<i>Сеник С. В.</i> Відвід судді в цивільному процесі	369
<i>Волкова Н. В.</i> Щодо визначення підстав у справах про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи	371
<i>Стоянова Т. А.</i> Правова природа справ окремого провадження	374
<i>Андронов І. В.</i> Принцип остаточності судового рішення «Res judicata»	376
<i>Цал-Цалко Ю. Ю.</i> Місце Верховного Суду України в системі перегляду судових рішень	378
<i>Некlesa Ю. В.</i> Процесуальні аспекти примирення сторін сімейних конфліктів ...	381
<i>Казаков Ю. Ю.</i> Визначення підсудності справ щодо розкриття інформації, яка містить банківську таємницю	384
<i>Ермолаєва В. О.</i> Класифікація письменних доказательств	387
<i>Соломахіна О. М.</i> Окремі положення фіксування у цивільному процесі	389

Голубцова Е. А. Особенности рассмотрения дел о сносе самовольных строений в гражданском процессе Украины	391
Яницька І. А. Соціальна квартира як нова форма тимчасового влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування	393
Ліопол І. М. Щодо порядку розгляду справ апеляційним судом як гарантія забезпечення судового захисту	397
Черемнов Д. В. Значення правової фікції належного повідомлення учасника процесу про час та місце судового розгляду справи	399
Акімова А. О. Процесуальні особливості розгляду судом справ про визнання спадщини відумерлою	401
Прутуляк В. М. Поверення виконавчого документа до суду, який його видав (проблематика)	404
Цихоня Д. Ю. Передумови апеляційного оскарження рішення суду з цивільних справ	406
Цилінко І. С. Забезпечення єдності судової практики як мета перегляду судових рішень Верховним Судом України	409
Кириллова Ю. І. Реалізація права на захист у цивільному судочинстві України	411
Алексєєва Н. С. Проблемні питання інституту забезпечення позову у цивільному процесі	414
Бут І. О. Наукові погляди на правову природу третейського суду	416
Соколюк А. М. Деякі аспекти застосування судово-психіатричної експертизи у справах про надання особі психіатричної допомоги в примусовому порядку	419
Бессараб Н. М. Поняття цивільної юрисдикції	422

Розділ 7
АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ГОСПОДАРСЬКОГО
ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ

Подцерковный О. П.

Децентрализация как инструмент обеспечения экономических свобод и саморегулирования хозяйственного общества 425

Мельник С. Б.

К вопросу об институциональной составляющей правового регулирования конкурентных отношений 428

Марущак В. П.

Право і стратегічне планування економіки 430

Квасницкая О. А.

Методологические направления реформирования правового регулирования строительной деятельности в Украине 433

Картузов М. Ю.

Проблемы использования электронных доказательств в хозяйственном процессе 436

Добровольська В. В.

Щодо контролюючого характеру вертикальних відносин у сфері господарювання 440

Розумович І. М.

Щодо строку ліквідаційної процедури в справі про банкрутство . . . 443

Попелюк В. П.

До питання міжнародного досвіду управління житлово-комунальним господарством 445

Малетич М. М.

Основні проблеми тлумачення законодавства про банкрутство фізичних осіб-підприємців 448

Згама А. О.

Про договір ескроу 450

Петров В. С.

Окремі проблеми застосування положень законодавства про примус до виконання обов'язку у натурі 453

Ліпська О. С.

До питання державно-приватного партнерства в механізмі реалізації інноваційних проектів 456

Шухатян Х. О.

До проблеми визначення сторін у порядку провадження оскарження рішень третейських судів та про видачу виконавчих документів на примусове виконання рішень третейських судів 458

Сорокина Т. Б.

О правилах работы учреждений (предприятий) ресторанного хозяйства 461

Ястремська І. О.

Особенности правового статуса иноземних суб'єктів господарювання як учасників спільної господарської діяльності з українськими партнерами 463

Тарнавський Р. В.

Регіональні венчурні інвестиційні фонди: окремі проблеми правового статусу 465

Туровець О. В.

Деякі аспекти застосування процесуальної аналогії у господарському судочинстві 468

Тихончук Р. Г.

Проблеми правового регулювання акціонерної форми господарювання 470

Юрченко О. В.

Правовий механізм регулювання цін 473

Поляк О. І.

Питання гармонізації законодавства України у сфері зовнішньоекономічної діяльності із вимогами системи угод СОТ 475

Розділ 8

**АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ
ВЛАСНОСТІ ТА КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА**

Харитонова О. І.

Ліцензійні договори та вільні публічні ліцензії: проблеми і перспективи 478

Басай О. В.

Надання дозволу на використання запатентованого винаходу (корисної моделі), що стосується лікарського засобу 481

Ульянова Г. О. Порушення авторських прав під час створення похідних творів	483
Романадзе Л. Д. Роль бізнес-інкубаторів у стимулюванні інноваційної діяльності	486
Кулініч О. О. «Revengeporn» як дії, що порушують особисті права фізичної особи	488
Бігняк О. В. Матеріально-правові способи захисту корпоративних прав	491
Симолян Ю. Ю. Удосконалення правової охорони комп'ютерних програм і баз даних	493
Кирилюк А. В. Кримінально-правова відповідальність за порушення авторських прав в мережі Інтернет	496
Эннан Р. Е. Формирование региональных патентных систем	498
Бааджи Н. П. Проблемні питання патентування лікарських засобів в Україні	501
Кетрарь А. А. Особливості відшкодування майнової шкоди в авторському праві	503
Бурова Л. І. Запровадження медіації як альтернативного способу вирішення спорів у сфері права інтелектуальної власності	506
Мартинюк І. В. Компенсація як один із способів відшкодування шкоди, завданної внаслідок піратства, плагіату та контрафакції	508
Менсо І. В. Правові аспекти створення електронних бібліотек	510

Розділ 9
АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ
КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Підрозділ 9.1
АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ФОРМУВАННЯ СУЧАСНОЇ
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ДОКТРИНИ

Туляков В. О. Кримінально-правове поводження: до теорії питання	513
Мирошниченко Н. А. Підстави кримінальної відповідальності	515
Підгородинський В. М. Честь та гідність особи в системі об'єктів злочинів, передбачених розділом III Особливої частини КК України	517
Балобанова Д. О. Щодо співвідношення понять «динаміка» та «розвиток»	520
Горбачова І. М. Перешкоджання роботі електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку шляхом масового розповсюдження повідомлень електрозв'язку	522
Коломиец Ю. Ю. Класовий характер уголовного права СССР	524
Полянський Є. Ю. Щодо визначення поняття правової доктрини в юридичній літературі	526
Михайленко Д. Г. Конструкція складу одержання неправомірної вигоди	529
Вечерова Є. М. Превентивний потенціал кримінального закону з позицій забезпечення інтересів потерпілого від злочину	531
Аніщук В. В. Порівняльно-правовий аналіз поняття вини	534
Крецул В. І. До питання поняття кримінальної відповідальності та її реалізації	536

Поліщук О. М. Особливості потерпілого при ініціації приватного кримінального переслідування	538
Кравець Л. К. Порівняльна характеристика кримінально-правового захисту інвестиційної безпеки фондового ринку за КК республік Азербайджан, Білорусь, Грузії та КК України	541
Кузембаєв О. С. Визначення правового статусу деяких нормативно-правових актів в системі джерел кримінального права України	543
Ігнатенко М. П. До питання послідовності конструювання кримінально- правових санкцій злочинів із подвійною формою вини	545
Кедик В. П. Чинність закону про кримінальну відповідальність згідно з місцем вчинення злочину	547
Абакіна-Пілявська Л. М. Причетність до основного (попереднього) злочину	550
Адамян А. С. Невиновное причинение вреда как институт уголовного права	552
Хлопчик О. В. Теоретичні питання звільнення особи від кримінальної відповідальності	554
Тимофєєва Л. Ю. Незастосування та звільнення від кримінальної відповідальності як прояв реалізації принципу гуманізму	557
Загодіренко П. О. Правова природа співучасті у злочині	559
Яременко С. О. Психічна недоторканність людини як об'єкт кримінально- правового захисту	562

Підрозділ 9.2
КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОСТУПОК:
ДОСВІД ПРАВОВОГО МОДЕЛЮВАННЯ

Березовська Н. Л.

Перспективи введення кримінальних проступків
у кримінальне законодавство України 565

Дмитрук М. М.

Аналіз проекту Закону України № 4712 від 16.04.2014
(в контексті запровадження кримінального проступку) 567

Макаренко А. С.

Диференціація кримінальної відповідальності за вчинення
кримінальних правопорушень 569

Поліщук О. М.

Кримінальні проступки та злочини у фокусі інституту
примирення 572

Мирошниченко Н. М.

Вікова осудність як різновид осудності у концепції
«кримінальні проступки» 574

Кравець Л. К.

Проблемні питання визначення кримінального проступку
за проектами законів щодо внесення змін до кримінального
законодавства 576

Маломуж С. І.

Поняття «малозначність діяння»: деякі теоретичні проблеми 579

Бухтиярова Е. С.

Аксиологические основы преступления: неотологический
взгляд 581

Галушко Б. С.

Визначення поняття злочину та кримінального проступку
в контексті діючого Кримінального кодексу України 583

Підрозділ 9.3
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ПРИМУС:
ПИТАННЯ ПРАВА РЕАЛІЗАЦІЇ

Козаченко О. В.

Культуро-антропологічний вимір системи заходів кримінально-
правового характеру 586

Фёдоров В. Н. «Травматика» как средство самообороны	588
Березовська Н. Л. Призначення покарання з урахуванням неповноліття особи	591
Горбачова І. М. Нагляд за особами, які становлять суспільну небезпеку, як кримінально-правовий захід	593
Полянський Є. Ю. Чи є сенс в подальшій формалізації системи призначення кримінальних покарань в сучасних правових реаліях?	596
Макаренко А. С. Види пеналізації злочинів залежно від суб'єкта її здійснення	599
Пушкар Г. М. Примусове лікування від наркоманії як інший кримінально- правовий захід: зарубіжний досвід	601
Колодін Д. О. Питання удосконалення покарань за злочини, що посягають на порядок підведення підсумків голосування	603
Данільченко І. Р. Зростання злочинності неповнолітніх як результат сімейного неблагополуччя	605
Ігнатенко М. П. До питання призначення покарання за наявності обставин, які його обтяжують	607
Кедик В. П. Принципи кримінальної відповідальності осіб, які понесли покарання за межами України	610
Бухтиярова Е. С. Аксиологические основы наказания: неотологический взгляд	612
Волошина К. В. Засади вдосконалення законодавства України у сфері виконання рішення суду: гарантії та реалії сучасності	614

Розділ 10
СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНОЛОГІЇ
ТА КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА

Дрёмин В. Н.

Проблема целостности личности в криминологическом контексте 617

Стрелковская Ю. А.

Личность политического преступника: проблемы определения 620

Мельничук Т. В.

Правовий ідеалізм як фактор тинізації економіки 622

Цехан Д. М.

Стратегія оперативно-розшукової боротьби зі злочинністю в умовах нової моделі кримінального переслідування 625

Марчук А. І.

Гуманізація кримінально-виконавчого законодавства в контексті адаптації правового статусу засудженого до європейських стандартів 627

Дмишко О. С., Боровець С. Я.

Проблеми неповнолітніх в юридичній психології 630

Самотісвич В. О.

Непрестижність міліцейської професії як детермінуючий фактор злочинності серед працівників ОВС України 632

Лько С. А.

Роль кримінальної субкультури в формуванні криміногенної правосвідомості у молоді 634

Цитряк В. Я.

Інфраструктура підкупу у сфері публічної службової діяльності 636

Кльован Н. В.

Концепція криминологічних функцій режиму в місцях позбавлення волі 639

Федчун Н. О.

Загальні засади забезпечення криминологічної безпеки мореплавства 641

Ізвіта А. М.

Вдосконалення оперативно-розшукових заходів запобігання злочинам в сфері земельного ринку в Україні 643

Дикий О. В.
До питання структуризації та класифікації особистості
злочинців в сфері обороту житлової нерухомості (результати
кримінологічного дослідження) 646

Чернишов Г. М.
Фінансове шахрайство як об'єкт кримінологічного
дослідження 648

Олійник О. М.
Результати експертних оцінок нецільового використання
бюджетних коштів у Збройних Силах України 651

Розділ 11

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

Аленін Ю. П.
Деякі питання удосконалення початку досудового
розслідування 654

Шило О. Г.
До питання щодо порядку застосування в кримінальному
провадженні запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою ... 656

Волошина В. К.
Загальна характеристика принципу забезпечення права
на свободу та особисту недоторканність у кримінальному
провадженні 659

Гловюк І. В.
Повноваження прокурора та керівника органу досудового
розслідування (у контексті законопроектних пропозицій) 661

Гринюк В. О.
Правова регламентація процесуального порядку повідомлення
особі про підозру 663

Трофименко В. М.
Проблемні питання застосування КПК України в підготовчому
провадженні 666

Пожар В. Г.
Проблеми забезпечення явки неповнолітніх свідків
у кримінальному провадженні 669

Смирнов М. І. Кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення . . .	671
Гідулянова Є. М. Процесуальний порядок застосування примусових заходів виховного характеру в Україні	674
Кіцен Н. В. Неповнота судового розгляду як підстава для зміни та скасування судового рішення у апеляційному порядку	676
Стоянов М. М. Нормативні підстави функціонування концепцій допустимості доказів в умовах дії нового кримінального процесуального законодавства	679
Підгородинська А. В. Сутність та правова природа визнання та виконання рішень іноземних судів та міжнародних судових органів у кримінальному процесі	681
Лукашкіна Т. В. Умови та підстави застосування запобіжних заходів за чинним КПК України	683
Шилін Д. В. Співвідношення преюдиції з фікцією, правовою аксіомою та версією	686
Костюченко О. Ю. Ухвала слідчого судді про застосування запобіжного заходу щодо особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру	688
Мудрак І. В. Судова промова прокурора при відмові від підтримання державного обвинувачення	691
Анненко О. С. Реалізація засади змагальності на стадії досудового розслідування та стадії судового розгляду	693
Yurko S. S. Private Investigation: Problems and Solutions	695
Повзик Є. В. Учасники угоди про визнання винуватості (порівняльно- правовий аналіз)	697

<i>Дидич О. Ю.</i> Становлення інституту перегляду рішень суду першої інстанції в Україні (історичний аспект)	700
<i>Денисова Ю. С.</i> Проблематика процесуального порядку здійснення перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами	702
<i>Мурзановская А. В.</i> Принуждение и его виды в механизме уголовно- процессуального регулирования	705
<i>Солдатський В. В.</i> Темпоральні характеристики тримання особи під вартою як запобіжного заходу	707
<i>Бабаєва О. В.</i> Щодо необхідності визначення питань, які з'ясує суддя в підготовчому провадженні	709
<i>Малахова О. В.</i> Асиметрія правил допустимості доказів	712
<i>Степаненко А. С.</i> Головний факт доказування	714
<i>Панова А. В.</i> До питання поняття «допустимість доказів» у кримінальній процесуальній доктрині та законодавстві України	716
<i>Торбас О. О.</i> Форми закінчення досудового розслідування за КПК України та кримінальним процесуальним законодавством інших країн	718
<i>Чернега І. Л.</i> Допустимість доказів, отриманих за допомогою поліграфа	720
<i>Кравчук Т. В.</i> Реалізація права на захист як одна з головних гарантій кримінального процесу	722
<i>Іванов А. О.</i> Участь оперативних підрозділів у забезпеченні доказування під час судового розгляду	725
<i>Гончарик Х. І.</i> Кримінально-процесуальні аспекти залучення експерта адвокатом	727

Агакерімов О. Н. Деякі аспекти використання електронних засобів контролю при застосуванні домашнього арешту в кримінальному провадженні	729
Литвин О. В. Проблема активності суду у доказуванні у стадії судового розгляду	731
Мироненко О. В. Комплексний характер підстав застосування запобіжних заходів за новим КПК України	734
Солодков А. А. Особливості правового регулювання статусу присяжних за законодавством України	736

Розділ 12

ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛІСТИКИ, СУДОВОЇ ПСИХОЛОГІЇ ТА МЕДИЦИНИ

Тищенко В. В. О видах, форме и содержании криминалистических методик расследования преступлений	740
Аркуша Л. І. Система органів досудового слідства: питання реформування	742
Комісарчук Р. В. Причини та умови економічної злочинності на залізничному транспорті: криміналістичний аспект	745
Ващук О. П. Некоторые принципы использования невербальной информации	749
Білоус В. В. Про модернізацію методики розслідування злочинних порушень правил безпеки дорожнього руху на основі новітніх інформаційних технологій	752
Дунасвська Л. Г. Особливості використання спеціальних знань під час розслідування вбивств	754

Мусієнко О. Л. Новітні технології у криміналістиці: проблеми та перспективи	757
Паламарчук Л. П. Особливості проведення допиту свідків та потерпілих під час розслідування порушень авторського права щодо незаконного відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм	760
Кіян Т. М. Про проведення та оформлення експертних досліджень	762
Бишевець О. В. Тактичні прийоми актуалізації ідеальних слідів злочину	764
Ефремова И. А. Понятие и значение криминалистической классификации преступлений в сфере наркобизнеса в структуре криминалистической методики	766
Динту В. А. Спеціальний слідчий експеримент як форма контролю за вчиненням злочину	768
Плукчи Л. В. Стадии формирования механизма преступного поведения	770
Тихоненко В. М. Особа злочинця як елемент криміналістичної характеристики примушування до виконання цивільно-правових зобов'язань	773
Падей А. С. Система принципів криміналістики	775
Панасюк А. А. Содержание и криминалистическая сущность компьютерной информации	777
Байдеріна Ю. О. Співвідношення понять «криміналістична тактика» та «криміналістична технологія»	779
Білоус О. П. «Конвертаційні центри» у схемах злочинного збагачення корумпованої політичної еліти	782

Касько В. М.

Використання криміналістичних обліків та архівних справ
як спосіб встановлення особи злочинця-рецидивіста 784

Ткаченко Т. М.

Щодо деяких актуальних питань кадрового забезпечення
науково-дослідних установ судових експертиз Міністерства
юстиції України 787

П685 **Правове** життя сучасної України : Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої ювілею академіка С. В. Ківалова (16–17 травня 2014 р., м. Одеса) : у 2 т. Т. 1 / відп. ред. В. М. Дрьомін. — Одеса : Юридична література, 2014. — 820 с.

Українською, російською та англійською мовами.

ISBN 978–966–419–175–0 (у 2 т.)

ISBN 978–966–419–176–7 (т. 1)

Перший том матеріалів Міжнародної конференції «Правове життя сучасної України», присвяченої ювілею академіка С. В. Ківалова, містить праці науковців з найактуальніших проблем адміністративного права та процесу, доктринального розвитку фінансового права, теоретичних та практичних проблем сучасного конституціоналізму, сучасних питань конституційних основ судової та правоохоронної систем та адвокатури України, досліджень сучасної цивілістики та цивільного процесу, доктринальних та практичних концептів господарського права та процесу, права інтелектуальної власності та корпоративного права, актуальних напрямків формування сучасної кримінально-правової доктрини, проблем кримінології та кримінально-виконавчого права, досліджень в сфері кримінально-процесуального права, криміналістики, судової психології та медицини.

Збірник розрахований на аудиторію наукових працівників, викладачів, студентів вищих юридичних навчальних закладів, а також юристів-практиків, які цікавляться проблемами сучасної юриспруденції, галузевими напрямами розвитку права та державного будівництва.

УДК 340(477)(063)
ББК 67(4Укр)я43

Наукове видання

ПРАВОВЕ ЖИТТЯ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

**Матеріали
Міжнародної науково-практичної
конференції, присвяченої ювілею
академіка С. В. Ківалова**

16–17 травня 2014 року
м. Одеса

У двох томах

Том 1

Українською, російською та англійською мовами

Відповідальний редактор **В. М. Дрьомін**

Технічний редактор *М. М. Бушин*
Дизайнер обкладинки *В. І. Костецький*

Формат 60x84/16. Ум. друк. арк. 47,66.
Тираж 350 прим. Зам. № 82 (9).

Видавництво і друкарня «Юридична література»
65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 7
Тел.: (048) 777-48-79, 728-75-45

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 4284 від 23.03.2012 р.