

**МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ УКРАЇНИ
імені ЯРОСЛАВА МУДРОГО**

***АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ
ПРАВознавства***

**Тези доповідей і наукових повідомлень
учасників наукової конференції
молодих учених та здобувачів**

**Харків
2006**

З М І С Т

<u>Яковюк І.В.</u>	Громадянство Європейського Союзу: допостановки питання.....	3
<u>Погребняк С.П.</u>	Поняття принципів права.....	5
<u>Летнянчин Л.І.</u>	Основні обов'язки як елемент конституційного статусу людини і громадянина в Україні.....	8
<u>Павленко Ж.О.</u>	Технологічне ставлення до юридичногнання як системна гносеологічно-правова складова.....	12
<u>Тодика О.Ю.</u>	Теоретико-методологічні аспекти становлення народовладдя.....	16
<u>Шевченко О.М.</u>	Удосконалення правового забезпечення свободи віросповідання в Україні як чинник становлення громадянського суспільства.....	19
<u>Євграфова Є.П.</u>	Про деякі фактори формування системи національного законодавства.....	25
<u>Нестеренко О.В.</u>	Генезис права на доступ до інформації.....	31
<u>Дахова І.І.</u>	Конституційно-правовий статус глави уряду в зарубіжних країнах.....	33
<u>Васьковська О.В.</u>	Права громадян на свободу мирних зборів та їх реальні гарантії.....	35
<u>Протасова В.Є.</u>	Особливості поділу влади у змішаній формі правління.....	38
<u>Жук Н.А.</u>	Складові системи стримувань і противаг між гілками державної влади.....	41
<u>Кім Н.Р.</u>	Цивілізаційний підхід до реалізації права на вільний розвиток особистості.....	43
<u>Мухін В.В.</u>	Професійна правосвідомість як вид правосвідомості.....	45
<u>Бондар Р.Г.</u>	Загальносоціальні гарантії депутатської діяльності: проблеми теорії і практики.....	48
<u>Петренко С.В.</u>	Щодо витоків права з позицій різних правових шкіл.....	51
<u>Россіхін В.В.</u>	Пенітенціарна система Російської імперії	

	в Україні.....	53
<u>Стовба О.В.</u>	Смисл і засади філософії права: правова ситуація.....	57

II. Проблемні питання застосування цивільного, господарського та міжнародного законодавства

<u>Ігнатенко В.М.</u>	До питання про публічну обіцянку вина-города за результатами конкурсу.....	61
<u>Сібільов М.</u>	Загальна та спеціальна класифікація цивільно-правових договорів за чинним Цивільним кодексом України.....	65
<u>Бойчук Р.П.</u>	Деякі проблеми правового регулювання захисту прав акціонерів.....	70
<u>Замуравкіна Р.М.</u>	Правовое регулирование отношений найма жилья.....	74
<u>Беляневич О.А.</u>	Види джерел господарського договірної права.....	77
<u>В.І.</u>	Переважне право акціонера на купівлю акцій додаткового випуску: порівняльно-правовий аналіз.....	80
<u>Антошкіна В.К.</u>	Спадковий договір подружжя.....	83
<u>Азімова Є.О.</u>	Добросовісність володіння як умова застосування набувальної давності.....	86
<u>Кулик Д.О.</u>	Деякі особливості правової природи розрахункового чека.....	88
<u>Негребецька К.В.</u>	Здійснення підприємницької діяльності неприємницькими юридичними особами....	90
<u>Міхно О.І.</u>	Припинення договору підряду виконанням..	92
<u>Мостовенко С.В.</u>	Цивільно-правове регулювання підприємницької діяльності у вільних економічних зонах.....	94
<u>Масляєва К.В.</u>	Проблеми захисту інвестиційних прав учасників недержавних пенсійних фондів.....	96
<u>Степанюк А.А.</u>	Ієрархія джерел міжнародного приватного права.....	99
<u>Хорт Ю.В.</u>	Гарантійна функція статутного фонду акціонерного товариства (порівняльно-право-вий аналіз загального та спеціального законодавства).....	102

<u>Чевичалова Ж.В.</u>	Правоздатність дочірнього підприємства.....	105
<u>Харченко О.С.</u>	Місце націоналізації серед підстав припинення права власності у законодавстві України	108
<u>Шутенко О.В.</u>	Принципи цивільного виконавчого права України.....	110
<u>Рожнов О.В.</u>	Принципи оперативності в господарському процесі.....	113
<u>Ярошенко О.М.</u>	Перспективи диференціації правового регулювання праці.....	115
<u>Якубівський І.Є.</u>	Ліценція на використання об'єкта права інтелектуальної власності: проблеми законодавчого регулювання.....	117
<u>Худоба В.М.</u>	Поняття джерела цивільного процесуального права.....	119
<u>Яковлєв С.</u>	Підстави для скасування чи зміни рішення судом касаційної інстанції в цивільному процесі.....	122
<u>Сидоренко О.О.</u>	Попереднє судове засідання – одна із новел ЦПК України.....	124
<u>Перепелиця М.О.</u>	Система суб'єктів фінансового права.....	126
<u>Лукашев О.А.</u>	Проблеми розмежування предметів фінансово-правового та банківського регулювання.....	130
<u>Сільнова А.Л.</u>	Особливості застосування юридичної відповідальності за порушення вимог атмосфероохоронного законодавства.....	134
<u>Дуванський О.М.</u>	Система забезпечувальних заходів за податковим законодавством України.....	136
<u>Галкіна О.В.</u>	Співвідношення строків виконання податкового обов'язку і строків сплати податків та зборів.....	139
<u>Кирєєва І.В.</u>	Деякі правові питання припинення права власності та водокористування.....	141
<u>Рогова О.Г.</u>	Вимоги до медичного обслуговування в контексті соціального аспекту права людини на життя.....	144

III. Наукове забезпечення вдосконалення діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування

<u>Сільченко С.О.</u>	Щодо окремих питань реалізації Програми діяльності Кабінету Міністрів України “Назустріч людям” у молодіжній політиці держави.....	147
<u>Зима О.Т.</u>	Принцип швидкості й економічності процесу при притягненні юридичних осіб до адміністративної відповідальності.....	152
<u>Коваленко Л.П.</u>	Адміністративно-правові заходи охорони навколишнього природного середовища.....	154
<u>Лученко Д.В.</u>	Питання систематизації принципів контрольно-процесуальної діяльності.....	157
<u>Бодрова І.І.</u>	Шляхи вдосконалення регіональної політики в Україні.....	160
<u>Соляник К.Є.</u>	До питання реформування адміністративно-територіального устрою України.....	163
<u>Уркевич В.Ю.</u>	Про елементи внутрішніх аграрних правовідносин.....	166
<u>Частник О.С.</u>	Юридична освіта і європейські інтеграційні процеси.....	168
<u>Комарова Т.В.</u>	Становлення судової системи Європейських співтовариств.....	170
<u>Гуцель В.Г.</u>	Субсидіарність як принцип функціонування Європейського Союзу.....	173
<u>Мазур А.В.</u>	Сучасна ідеологія формування митного законодавства України.....	176
<u>Христенко С.Г.</u>	Питання обмеження при зарахуванні та проходженні служби в органах Держмит-служби України.....	179
<u>Ткачук А.П.</u>	Про досвід вирішення проблеми обмеження силових функцій держави в історії політико-правової думки.....	182
<u>Сафонов І.П.</u>	Деякі аспекти державної підтримки сільськогосподарських товаровиробників АПК....	184
<u>Ващенко О.М.</u>	Актуальні проблеми правового регулювання статусу голів районних та обласних рад...	187

IV. Правові засади боротьби зі злочинністю, зміцнення законності та правопорядку

<u>Пономаренко Ю.А.</u>	Аналогія кримінального закону як засіб подолання прогалин у ньому.....	190
<u>Самошенко И.В.</u>	Признак реальності угрозы по Уголовному кодексу України 2001 г.....	193
<u>Олійник П.В.</u>	“Чуже майно” як предмет злочинів проти власності.....	196
<u>Моїсєєв О.І.</u>	Щодо поширення кримінальної юрисдикції України на осіб без громадянства, які вчинили злочини за межами України.....	201
<u>Лісова Н.В.</u>	Крайня необхідність чи зловживання службовим становищем? (Проблема кваліфікації).	203
<u>Антонюк Н.О.</u>	Кримінально-правова кваліфікація заподіяння службовою особою майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою....	206
<u>Панов М.М.</u>	Використання підроблених платіжних засобів доступу до банківських рахунків як ознака об’єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 200 Кримінального кодексу України.....	209
<u>Болдарь Г.Є.</u>	Щодо удосконалення диспозиції ст. 219 Кримінального кодексу України.....	212
<u>Ясеницький В.Є.</u>	Вдосконалення правової регламентації кримінальної відповідальності за ненадання допомоги хворому.....	215
<u>Четверикова О.С.</u>	Вторинна класифікація засуджених до позбавлення волі за характером вчиненого злочину.....	217
<u>Платонов О.А.</u>	Професійна злочинна діяльність: поняття, ознаки та значення.....	220
<u>Пшонка А.В.</u>	Питання цивільно-правової відповідальності прокурорів.....	222
<u>Лактіонова Т.В.</u>	Віктимологічна профілактика статевих злочинів.....	225
<u>Федорчук Н.</u>	Компенсаційні виплати з державного бюджету потерпілим від злочину в Україні: проблемні питання.....	228

<u>Навроцька В.В.</u>	Належність права на приватне кримінальне переслідування.....	231
<u>Озерська А.В.</u>	Вдосконалення інституту затримання й арешту.....	233
<u>Ковальчук С.О.</u>	Розширення участі захисника-адвоката при провадженні слідчих дій у кримінальних справах.....	235
<u>Ісмаїлова Л.Б.</u>	Система функцій кримінального процесу.....	238
<u>Зінченко І.Л.</u>	Проблеми взаємообумовленості типології та завдань кримінального процесу.....	240
<u>Хомінець В.В.</u>	Деякі проблеми відновного правосуддя.....	243
<u>Ващук Б.Л.</u>	Необхідність уточнення права цивільного відповідача на ознайомлення з матеріалами кримінальної справи.....	245
<u>Малихіна Н.С.</u>	Система функцій Верховного Суду України.	248
<u>Острогляд О.В.</u>	Питання процесуальної самостійності захисника при оскарженні вироків суду першої інстанції в апеляційному порядку.....	251
<u>Шевчук В.М.</u>	Проблеми побудови і використання тактичних операцій у теорії та практиці розслідування злочинів.....	254
<u>Соколова Я.А.</u>	Типізація слідчих ситуацій при розслідуванні викрадення людини.....	257
<u>Томин С.В.</u>	“Джерело інформації” та “джерело доказу” у кримінальному процесі та криміналістиці: розмежування понять.....	260
<u>Юрчишин В.Д.</u>	Європейська Академія судової експертизи як важлива міжнародна організація в галузі судової експертизи	262
<u>Керик Л.І.</u>	Доведення до самогубства: сутність та соціально-психологічні характеристики.....	264
<u>Домашенко А.М.</u>	Проблема прийняття тактичного рішення і тактичні помилки.....	266

I. Загальнотеоретичні проблеми сучасної юридичної науки

I. ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

І.В. Яковюк, канд. юрид. наук, доцент
*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ГРОМАДЯНСТВО ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: ДО ПОСТАНОВКИ ПИТАННЯ

Інститут громадянства історично склався на рівні національних держав і являє собою сталий політико-правовий зв'язок держави з населенням, який виражається в сукупності взаємних прав, обов'язків і відповідальності людини та держави. Однак розвиток європейських інтеграційних процесів, наслідком яких стало формування Європейського Союзу як наднаціональної організації, змусив переглянути традиційні уявлення про інститут громадянства.

Ідея щодо запровадження громадянства Євросоюзу не така вже й нова. Формування відповідної концепції починається з 70-х рр. ХХ ст., коли почали здійснюватися перші кроки на шляху від економічного до політичного союзу. Ідея європейського громадянства отримала певне відображення й розвиток у Копенгагенській декларації про Європейську ідентичність (1973 р.), звіті Тіндемана (1975), дискусіях Європейської Ради у Фонтенбло (1984), ініціативі Іспанії щодо включення відповідних положень про громадянство ЄС до Договору про Європейський Союз (1990). Запровадження європейського громадянства, як і еволюція поглядів на ЄС (від союзу держав-членів до союзу народів Європи), мало компенсувати певний дефіцит демократії в Союзі, посилити захист прав і свобод людини, а також підвищити популярність євроінтеграції серед рядових членів співтовариства.

Уперше нормативне оформлення інституту союзного громадянства відбулося при підписанні Маастрихтського

договору (розділ II). Відповідні зміни до нього (ст. 17 – 21) були згодом внесені Амстердамським договором. Положення про громадянство ЄС отримали належне відображення також і в Конституції Європейського Союзу, ст. 8 якої констатує, що громадянином Союзу є кожен, хто має громадянство однієї з держав-членів.

Нині інститут громадянства ЄС (як і Євросоюз в цілому) перебуває на етапі свого становлення, а тому навколо його змісту точаться жваві дискусії. Це, однак, не перешкоджає формулюванню деяких висновків щодо оцінки його правової природи.

Поняття „громадянство ЄС” не є тотожним поняттю „громадянство” (правовий зв’язок між особою та державою), яке сформульовано у Європейській конвенції про громадянство, оскільки Європейський Союз не є державою.

Громадянство ЄС має додатковий характер відносно національного громадянства і не замінює собою останнє.

Будь-яка особа, яка має громадянство держави – члена Союзу, є громадянином ЄС. Виходячи з цього, оскільки держави – члени ЄС зберігають за собою суверенне право визначати, хто є їхніми громадянами, то, відповідно, процедура набуття і втрати громадянства ЄС буде різною і визначатиметься національним законодавством держав – членів ЄС. Разом з тим Суд Європейських співтовариств вимагає, щоб реалізація цієї компетенції національними державами здійснювалася при дотриманні комунітарного права Євросоюзу. Слід визнати, що нормативно-правові акти Євросоюзу у сфері громадянства містять положення, які сприяють уніфікації законодавства держав-членів.

Утрата національного громадянства відповідної держави-члена має наслідком утрату громадянства Євросоюзу.

Набуття громадянства ЄС гарантує особі отримання комплексу додаткових прав і свобод. При цьому особа повністю зберігає усі права й обов’язки громадянина конкретної держави. Громадянство ЄС можна умовно охарактеризувати як нерозвинуту модель національного громадянства, оскільки воно переважно передбачає гарантування прав, що визначають правові відносини між громадянами ЄС та інститутами Союзу (вибори до Європарламенту, подання петицій) або полегшують перехід з-під

юрисдикції однієї держави-члена до юрисдикції іншої (вільне пересування).

Оскільки громадянство ЄС має додатковий характер, то відповідно до принципу субсидіарності громадяни ЄС на території різних держав-членів будуть мати різний обсяг прав. Ця проблема може бути вирішена шляхом уніфікації національного законодавства держав-членів у сфері прав, свобод і обов'язків людини і громадянина або делегуванням усіх повноважень інститутам ЄС щодо їх здійснення, що на сучасному етапі виглядає малоімовірним.

Запровадження громадянства ЄС об'єктивно сприятиме поступовій ерозії правових відносин між громадянином і національними інститутами влади, оскільки низка таких важливих прав і свобод, як свобода пересування, право вибору місця проживання, соціальні права тощо, нині реалізується повністю або частково на рівні Європейського Союзу.

С.П. Погребняк, канд. юрид. наук, доцент
*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ПОНЯТТЯ ПРИНЦИПІВ ПРАВА

Принципи права є складовою позитивного права, тому їм притаманні загальні ознаки, що властиві як праву в цілому, так і такі, що відображають їхню специфіку як особливої юридичної категорії.

Загальними ознаками принципів права є наявність в них ознак нормативності; вираження через них загальнолюдських уявлень про справедливість, міру свободи й рівності; обов'язковість їх застосування; захист на випадок порушення державним примусом; системність тощо.

Як і правові норми, вони в різних формах фіксуються в зовнішніх джерелах права. Принципи можуть існувати як у самому законі, так і поза ним. Це дає нам підстави виділяти загальні принципи, закріплені у законодавстві, та такі, що ним не передбачені. Для сучасної України характерне беззаперечне домінування першого різновиду принципів. Проте треба взяти до

уваги той факт, що в правових системах, які належать до романо-германської правової сім'ї, нормальною є практика, згідно з якою принципи формулюються і визнаються судовою владою і можуть міститися в судових актах.

До власних ознак принципів права належать: вищий ступінь узагальненості (завдяки якому вони втілюються в нормах права), концентрованість, визначення в них змістовного характеру системи права, пріоритет їх застосування у порівнянні з нормами права, вища стабільність тощо. Зазначені ознаки потребують детальнішого вивчення.

Найбільш загальний характер принципів права означає найвищий ступінь їх абстрагування. Принципи права є нормативними узагальненнями найвищого рівня, концентрованим вираженням змісту права, свого роду згустками правової матерії. Дія принципів, на відміну від інших норм, розповсюджується за межі окремих видів відносин, часто виходячи навіть за межі інститутів і галузей права. Наприклад, принцип неприпустимості зворотної сили законодавства, закріплений ст. 58 Конституції України, визначає правове регулювання в усіх галузях та інститутах права.

Принципи права є концентрованим вираженням найважливіших сутнісних рис та цінностей, що притаманні цій системі права; вони акумулюють, перекладають на мову правових категорій і представляють у найузагальненішому вигляді матеріальні, духовні, моральні засади певного суспільства, закладені в його ладі інтелектуально-ціннісні установки і тенденції. Принципи стають свого роду візитною картою права такого суспільства. Ця теза найбільш яскраво проявляється на прикладі таких основних загальнолюдських принципів права, як юридична рівність, демократизм, справедливість, повага та захист основних прав людини.

Концентруючи саму суть права, принципи є “стрижнем” юридичних конструкцій, навколо яких формується правовий матеріал, ті чи інші структурні підрозділи системи права. Вони виконують, образно кажучи, функцію головних несучих елементів конструкції будь-якої юридичної будівлі, забезпечують інтеграцію норм, інститутів, галузей і підгалузей права в єдину систему.

Принципи визначають змістовний характер системи

права. Вони, ніби розчинені в праві, у майже всіх його нормах й інститутах, як своєрідний вектор, спрямовують розвиток правової системи, впливають на зміст і подальше формування всіх інших елементів правової матерії, на характер, склад і зміст суб'єктивних прав, на їх співвідношення з обов'язками, заборонами, відповідальністю тощо. Знання принципів має більше значення, ніж знання норм права, оскільки це є запорукою орієнтування в системі права; на їх основі кваліфікований юрист може скласти досить чітке уявлення про більшість норм права. Наприклад, притаманний цивільному праву принцип свободи договору визначає зміст більшості норм зобов'язального права, а принцип змагальності пронизує майже всі норми й інститути цивільного і кримінального процесуального права.

З пріоритету принципів над нормами права випливає, що більшість норм формується під впливом або в розвиток того чи іншого принципу або групи принципів і не повинні їм суперечити. Правові норми є зазвичай лише різними проявами дії принципів, засобами їх конкретизації. Наприклад, принцип гласності проявляється в нормах процесуального права, що закріплюють процедуру розгляду цивільних і кримінальних справ. Проте в деяких випадках, спеціально передбачених законом, норми права можуть встановлювати виключення з принципів. Так, наприклад, окремі норми Кримінально-процесуального кодексу України і Цивільно-процесуального кодексу України на виняток принципу гласності встановлюють особливості закритого судового розгляду.

У порівнянні з правовими нормами принципи права відрізняються більшою стійкістю, залишаються незмінними протягом тривалого часу. Наприклад, в Україні у 2001 – 2003 рр. були прийняті нові кримінальний і цивільний кодекси, проте основні принципи цих галузей права збереглися.

Принципи права утворюють певну систему, діючи взаємопов'язано, узгоджено і скоординовано. У цій системі можна виділити загальнолюдські (загальноцивілізаційні) принципи права, які можливо застосувати у будь-якій системі права, і принципи, що діють у межах національної системи права.

Останні класифікуються за сферою їх дії на загальноправові, міжгалузеві, галузеві, а також принципи підгалузеві права і принципи інститутів права.

Отже, принципи права – це система вимог, в яких втілюються вихідні керівні найбільш стабільні нормативні засади, закріплені в праві, які є концентрованим виразом найважливіших сутнісних рис та цінностей, що притаманні цій системі права і визначають її характер і напрямки подальшого розвитку.

*Л.І. Летнянчин, канд. юрид. наук, асистент
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ОСНОВНІ ОБОВ'ЯЗКИ ЯК ЕЛЕМЕНТ КОНСТИТУЦІЙНОГО СТАТУСУ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА В УКРАЇНІ

Взаємозв'язок між особою і суспільством, громадянином і державою базується не тільки на правах, але й на обов'язках. Конституційні обов'язки такою ж мірою характеризують конституційний статус особи, як і основні права і свободи. Людина, знаходячись у суспільстві, постійно взаємодіючи з іншими людьми, не може не мати обов'язків як по відношенню до суспільства, держави, так і стосовно інших громадян. У конституційних обов'язках яскраво проявляються принципи взаємовідносин між державою і особою. Вони можуть відображати демократичний чи недемократичний конституційний статус людини і громадянина шляхом закріплення в конституції тих чи інших основних обов'язків, їх кількості, наданням пріоритету правам над обов'язками або навпаки. Тому без глибокої і всебічної розробки основних обов'язків людини концепція конституційного статусу особи не може бути повною і завершеною, вона виглядає дещо односторонньою.

Під конституційним статусом людини і громадянина ми розуміємо сукупність прав, свобод та обов'язків і гарантій їх повної і безперешкодної реалізації, закріплених у конституції держави.

У радянський період чітко окреслилася практика надання

пріоритету юридичним обов'язкам над правами людини, як, зрештою, і суспільним інтересам над приватними. Такий підхід відповідав природі соціалістичної держави. В умовах розбудови в Україні правової, демократичної, соціальної держави головна увага акцентується саме на правах і свободах особи, адже згідно зі ст. 3 Конституції України людина, її життя та здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю в Україні; саме права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, а утвердження і забезпечення останніх є головним обов'язком держави. Саме права і свободи людини і громадянина, закріплені в Конституції, не є вичерпними (ст. 22); саме права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними (ст. 21); саме конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані (обов'язки ж можна скасувати), а у разі прийняття нових законів або внесення змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод (ст. 22); саме конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України (ст. 64). Разом із цим як конституційні права і свободи, так і основні обов'язки громадянина визначаються виключно законами України (п. 1 ст. 92), що вказує на юридичну рівність останніх з правами і свободами.

Таким чином, на сучасному етапі розвитку української державності спостерігається відхід від колективістської концепції прав і обов'язків особи, яка була притаманною соціалістичній (особливо радянській) доктрині і практиці державного будівництва, та поступовий перехід до індивідуалістичної (західної) моделі формування прав і обов'язків людини, зорієнтованої на забезпечення в першу чергу прав і свобод особи, надання їм пріоритету. Закріплення в Конституції України комплексу демократичних прав і свобод людини і громадянина відповідає об'єктивній тенденції посилення ролі особи, приватних інтересів, гуманізму в суспільних процесах, розширення і поглиблення свободи творчої індивідуальної діяльності. Втім нерозривна єдність і взаємодія конституційних прав, свобод і обов'язків особи становить зміст одного із конституційних принципів правового статусу людини і

громадянина в Україні, який чітко впливає із ст. 23 Конституції України: “Кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, та має обов’язки перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості”.

Найбільш повно роль основних обов’язків як елемента конституційного статусу особи проявляється у функціях, тобто основних напрямках їх впливу на конституційний статус людини і громадянина, у їх призначенні.

Міцність і стабільність конституційного статусу людини і громадянина досягається не тільки за допомогою закріплення за ними необхідного комплексу основних прав, а й завдяки покладенню на них конституційних обов’язків перед суспільством і державою. Без цього елемента правове положення кожної окремої людини було б юридично негарантованим (незабезпеченим). Вважаємо, що основні обов’язки як елемент конституційного статусу особи виконують гарантуючу (забезпечувальну) функцію, адже права одних осіб, не підкріплені обов’язками інших, реалізовані бути не можуть.

Держава прагне створити найбільш сприятливі умови для реалізації прав громадян, а громадяни, виконуючи свої обов’язки, тим самим сприяють розвиткові держави, суспільства, зміцненню гарантій прав і свобод, підвищенню матеріального і культурного рівня життя народу.

Забезпечувальна функція основних обов’язків особливо проявляється в тому, що здійснення багатьох конституційних прав і свобод було б неможливим чи ускладненим, якби сама особа не виконувала окремі конституційні обов’язки. Так, реалізувати конституційне право на соціальний захист (ст. 46 Конституції) в окремих випадках можна тоді, коли громадянин, працюючи, сплачує страхові внески; здійснити право на безпечне для життя і здоров’я довкілля (ст. 50 Конституції) можна тільки тоді, коли люди і кожна людина зокрема не заподіюватимуть шкоду природі, відшкодуватимуть завдані ними збитки (ст. 56 Конституції); задовольнити своє право на вищу освіту можна, отримавши повну загальну середню освіту (ст. 53). Непрацездатні батьки мають гарантоване право на виконання дітьми обов’язку щодо них (ст. 51 Конституції) лише за умови їх добросовісного виконання обов’язку стосовно своїх дітей (ст.

81Сімейного кодексу України).

Вважаємо, що основні обов'язки в конституційному статусі особи виконують і обмежувальну функцію. Ще Г. Гегель писав: “Обов'язок є обмеженням...” Обмежувальна функція конституційних обов'язків полягає у тому, що вони на конституційному рівні визначають межі свободи людини, рамки здійснення нею своїх прав і свобод. Французька Декларація прав і свобод людини і громадянина 1789 р. у ст. 4 проголосила: “Здійснення природних прав людини обмежене лише тими рамками, які забезпечують іншим членам суспільства користування такими ж правами”. Відповідно до ст. 23 Основного Закону України кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, та має обов'язки перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості. Отже, здійснення людиною своїх прав має межі, тобто воно не може спричиняти шкоду іншим людям, їхнім правам. Так, кожен зобов'язаний не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей (ст. 68 Конституції). У ст. 13 Основного Закону міститься положення, відповідно до якого власність зобов'язує, тобто вона не повинна використовуватися на шкоду людині й суспільству.

Основні обов'язки як елемент конституційного статусу здатні впливати на соціальну активність особи, розвиток її особистості, на ефективне здійснення нею своїх прав і свобод. Такий вплив проявляється в тому, що вони сприяють виробленню у неї прийнятих у суспільстві соціальних установок, мотивів поведінки, спонукають до правомірної діяльності, зміцнюють дисципліну, організованість, почуття громадянського обов'язку. Вони закликають, направляють до належних, потрібних, корисних для держави і суспільства вчинків – такої поведінки, яка в кінцевому рахунку відповідає і власним інтересам особи. Останньому активно сприяє обов'язкова повна загальна середня освіта (ст. 53 Конституції України). Загальна середня освіта забезпечує всебічний розвиток дитини як особистості, її нахилів, здібностей, талантів, трудову підготовку, професійне самовизначення, формування загальнолюдської моралі, засвоєння визначеного суспільними, національно-культурними потребами обсягу знань про природу, людину, суспільство і виробництво,

екологічне виховання, фізичне вдосконалення (ст. 35 Закону України “Про освіту”). Результатом же загальної середньої освіти є “... інтелектуальний, соціальний і фізичний розвиток особистості, що є основою для подальшої освіти і трудової діяльності” (ст. 3 Закону України “Про загальну середню освіту”).

В обов’язках, як і в правах, суттєво відбивається їх виховна (ідеологічна) функція. Вони здатні активно впливати на правосвідомість людини. Основні обов’язки втілюють в собі морально-релігійні компоненти (максими) і як такі засвоюються широкими верствами населення України, стають складовою частиною їх правосвідомості, сприяючи виробленню в індивідуальній і масовій свідомості ідеалів взаємоповаги, відповідальності, толерантності. Ідеологічний (виховний) вплив основних обов’язків особливо виразно проявляється в обов’язках шанувати державні символи України, захищати Вітчизну, територіальну цілісність і незалежність України; він присутній і у військовому обов’язку. Такі обов’язки значно впливають на моральність громадянина, сприяють утвердженню патріотичних почуттів, любові до українського народу, його культури і традицій. Відповідно до ст. 5 Закону України “Про загальну середню освіту” завданнями середньої освіти є: виховання в учнів (вихованців) поваги до Конституції України, державних символів України, прав і свобод людини і громадянина, почуття власної гідності, відповідальності перед законом за свої дії, свідомого ставлення до обов’язків людини і громадянина; реалізація права учнів (вихованців) на вільне формування політичних і світоглядних переконань; виховання шанобливого ставлення до родини, поваги до народних традицій і звичаїв, державної та рідної мови, національних цінностей українського народу та інших народів і націй тощо.

Ж.О. Павленко, канд. юрид. наук, асистент
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ТЕХНОЛОГІЧНЕ СТАВЛЕННЯ ДО ЮРИДИЧНОГО ЗНАННЯ ЯК СИСТЕМНА

ГНОСЕОЛОГІЧНО-ПРАВОВА СКЛАДОВА

На сучасному етапі розвитку гуманітарні науки вже сягнули того рівня, за якого подальші досягнення і нові знання можуть бути отримані лише на базі синтезу різних наук. Інакше кажучи, проведення міждисциплінарних досліджень стає одним із найбільш перспективних шляхів прирощення наукового знання. Сказане значною мірою стосується і правознавства, в якому протягом останніх років виразно прослідковується тенденція відходу від догматизму і переходу до якісно нових рівнів пізнання і перетворення правового буття.

Право як органічна частина суспільства перебуває у тісному, стійкому і необхідному зв'язку з іншими компонентами системного цілого. Для вирішення проблеми у сфері управління складними правовими системами потрібні дослідження на основі системного підходу, що дають можливість аналізувати, моделювати і прогнозувати взаємозалежні процеси різної природи (соціальної, економічної, політичної, технологічної тощо). Необхідність розширення методологічного інструментарію правового регулювання суспільних відносин співпала з періодом відродження філософії права в сучасній Україні. Нині потрібні підходи, які знаменували б собою становлення нового погляду людини на світ і саму себе в цьому світі. Філософія права, складаючи світоглядний фундамент методології юридичної науки, має не тільки давати відповіді на запитання, що ставить життя, але насамперед правильно формулювати самі запитання.

Без застосування теорії пізнання юридичне знання не може стати матеріалом технології, тому підґрунтям цього дослідження виступає гносеологія права, яка є наукою про закономірності правового пізнання як необхідної умови функціонування і розвитку самого права. Право взагалі неможливо розглядати без паралельного теоретичного усвідомлення шляхів його пізнання, адже право залежить від того, якими методами його відкрили і розробили. Гносеологічна компонента є необхідним елементом і невід'ємною властивістю розвитку.

Звернення до питань пізнання права дозволяє постійно вдосконалювати правове знання, тобто йти еволюційним

процесам, що в свою чергу дає можливість робити певні кроки на шляху розбудови правової держави. Технологічний підхід до знання у сфері правознавства, по-перше, сприяє виробленню нових науково обґрунтованих методів поліпшення як чинного законодавства, так і практики його застосування; по-друге – націлений на вдосконалення засобів вирішення проблеми механізмів формування правових знань і законодавства країни та більш ефективну роботу правових систем.

Законодавча діяльність в Україні стикається з істотними труднощами. Стрімко зростає загальна кількість прийнятих законів з одночасним зниженням їхньої якості. Так, аналіз, проведений на основі комп'ютерної правової бібліотеки “Ліга: Закон”, свідчить, що тільки у 2001 р. із 241 закону, прийнятого Верховною Радою України і підписаного Президентом, 114 (більш 47%) – про внесення змін і доповнень у чинне законодавство; у 2002 р. з 230 прийнятих і діючих законів – 105 (понад 45%) про зміни до раніше прийнятих законів, а у 2003 р. з 315 прийнятих і діючих законів – 188 (біля 60%) про внесення змін у чинне законодавство. У результаті зростає нестабільність законодавства. Активне використання досягнень сучасної науки і техніки, звернення до філософських засад і законів логіки дає можливість на їх основі виробити нові науково обґрунтовані підходи до вдосконалення як системи чинного законодавства, так і практики його застосування.

Проблема використання правового знання в якості технологічного ресурсу зобов'язана своїм виникненням процесам, що відбуваються в галузі комп'ютерної техніки і досліджень штучного інтелекту протягом останніх десятиліть, а саме появі й поширенню систем, що називають системами, заснованими на знаннях (knowledge based systems). Це насамперед інтелектуальні інформаційно-пошукові й експертні системи.

Нові інформаційні технології, базовою підтримкою яких є технологічне ставлення до знання, – феномен не лише технічний, але й соціальний. Вони потребують нового підходу до проблеми знання, що є стратегічним ресурсом прогресу. Термін “знання” в цьому контексті отримує специфічний зміст, пов'язаний з формою представлення інформації в ЕОМ, що в свою чергу обумовило новий погляд на структуру людських знань,

пов'язаний, зокрема і з проблемою розрізнення знань і даних у комп'ютерних системах.

У процесі побудови інтелектуальних штучних систем, моделюючих юридичне судження, неможливо обійтись без процесів пізнання права, оскільки метою, поставленою перед дослідниками, є перетворення знань, накопичувати і застосовувати які на практиці дотепер могла лише людина, в об'єкт обробки на комп'ютерах, щоб зробити їх доступними для всіх користувачів інтелектуальних систем. Це, в свою чергу, пов'язано з питаннями та проблемами специфіки людського знання у сфері правознавства; набуття експертних правових знань та їх представлення в штучних інтелектуальних системах; засобів і способів його адекватного комп'ютерного об'єктування, співвідношення явного й неявного знання, особливостей взаємозв'язку його основних рівнів (особистісного й об'єктивованого). Вивчення природного інтелекту через процес його моделювання в машині приводить до невизначеності наших власних процесів мислення. Щоб зафіксувати суб'єктно-гуманістичний, "людський вимір" наукового пізнання, основоположником напрямку дослідження процесу наукового пізнання з урахуванням конструктивної ролі суб'єкта М. Полані були виділені два головних види людського знання: об'єктивоване й особистісне, яке є слабо формалізуємим.

У чистому вигляді юридичне пізнання не можна віднести ні до природничо-наукового, ні до гуманітарного. Специфічні особливості правового знання, зокрема, полягають у тому, що це не просто знання, яке описує властивості якогось об'єкта, а знання про об'єкт, сконструйований людиною у процесі її діяльності. Воно ж є інструментом регулювання суспільних відносин і водночас інструментом впливу на правосвідомість. Знання в правознавстві є результатом дослідження, і це поєднує його з будь-яким іншим знанням (філософським, інженерним тощо). Проте, з іншого боку, воно бере участь у процесах створення і застосування права, і тому ми не можемо ставитися до нього як до звичайного наукового знання, що описує нам закони якогось явища. Специфікою юридичного знання є також і різна трактовка юристами одного й того ж факту або події, залежно від того, якими знаннями чи досвідом вони володіють, до якої традиції чи школи належать. Усе це значно ускладнює

процес накопичення і подання юридичних знань у порівнянні зі знанням математичним або природничим.

Таким чином, технологічне ставлення до юридичного знання ґрунтується на міждисциплінарному синтезі гуманітарного правового знання та інженерного підходу. У цій діяльності переважають нетехнологічні моменти, що пов'язано з цілеспрямованим характером інтелектуальних систем, заснованих на знаннях, їх заглибленістю в конкретне користувальницьке середовище. Головний принцип ставлення до юридичного знання як до практичного ресурсу – поступовий перехід від окремих систем, що локально вбудовуються в нетехнологізоване середовище, до інтегрованого інтелектуального середовища – “мережі знань”. Багатопроблемну галузь правознавства навряд чи можна описати і одержати рішення завдань, що перед нею виникають, у вигляді достовірного висновку за допомогою одних лише формальних систем. Вихід необхідно шукати шляхом переходу від висновку до обґрунтування, від дедукції до аргументації. Щоб побудувати формальну модель, яка б мала здатність до навчання і самоорганізації, володіла пам'яттю і сприймала об'єкти і ситуації зовнішнього світу, могла змінювати уявлення про нього і реагувати на його виклик, планувала дії і оцінювала їх успішність, мала уявлення про власний стан і відповідним чином реагувала на реакції зовнішнього світу або цільової квазіпотреби, прогнозуючи наступну поведінку, необхідно використовувати знання про інтелект людини, які накопичені у відповідних предметних галузях, і практику комп'ютерних експериментів у рішеннях інтелектуальних задач. Методологія технологічного ставлення до юридичного знання – комплексна проблема, яка може бути вирішена шляхом конструктивного діалогу розроблювачів штучних інтелектуальних систем і представників гуманітарних наук.

Таким чином, технологічне ставлення до юридичного знання, еволюціонуючи, стає центром міждисциплінарного синтезу і відбиває глибинні тенденції в ноосферизації людської життєдіяльності, коли знання розглядаються як стратегічний ресурс. Необхідність вивчення природних властивостей людського знання фахівців у сфері правознавства як обмежників умов проектування штучних інтелектуальних систем,

формування технологічного ставлення до юридичного знання як діяльнісної системи з характерною співорганізованістю операцій і забезпечення знанням інженерів знань зумовили методологічні проблеми технологічного ставлення до юридичного знання. Методологічним регулятивом у цій сфері виступають агломерації різнорідних елементів знань, що відображають пізнання суб'єктом певного кола метатехнологічних і екзистенціальних питань про вид (тип) знання – матеріал технології.

О.Ю. Тодика, канд. юрид. наук, доцент
Слов'янський ун-т, м. Кишинів

ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ СТАНОВЛЕННЯ НАРОДОВЛАДДЯ

Ідея народовладдя – одна із концептуальних ідей розвитку суспільного ладу, становлення сучасного конституціоналізму на демократичних засадах. Вона має як світові, так і вітчизняні витоки. Принцип народного суверенітету в історії політико-правової думки висунув німецький юрист Іоган Альтузій, який 1603 р. в праці “Політика”, виходячи із договірної теорії виникнення держави і влади монарха, обґрунтував принцип невідчужуваності суверенітету народу і право активного супротиву народу монарху, який порушує свій договір з народом про владу. На думку Альтузія, монарх, який порушує договір, втрачає божий авторитет своєї влади, і народ, скинувши його, виконує лише волю Бога. Суверенну владу, вважає Альтузій, дає народу сам Бог, і вона належить народу завжди, і це право народу є невідчужуваним. Отже, монарх здійснює не своє, а чуже право, тобто право народу. Він реалізує верховну владу, виходячи із договору між ним і народом. Народ, як стверджує вчений-юрист, зобов'язаний підкорятися владі монарха доти, доки монарх виконує умови договору, якщо ж монарх порушує боже і природне право або закони держави, то його може бути скинуто з престолу.

Проїшло понад 400 років після того, як ця концептуальна ідея була оприлюднена, але її значущість не тільки не зменшилася, а, навпаки, посилилася. На пострадянському

просторі з'явилися нові держави, в конституціях яких принцип народного суверенітету проголошено як основоположний принцип конституційного ладу. Так, згідно зі ст. 5 Конституції України носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ, який здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. При цьому тільки народу належить право визначати і змінювати конституційний лад, і це право не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами. Концептуальною ідеєю зазначеної норми, як і відповідних норм конституцій інших пострадянських країн, є те, що органи державної влади здійснюють не свою владу, а владу народу, тобто той обсяг повноважень, яким народ наділив відповідні інституції. Це методологічно важливе положення, оскільки воно підкреслює пріоритет народного суверенітету над державним, верховенство влади народу, і, відповідно, його право контролю над державними інституціями.

При науковому аналізі феномену народовладдя необхідно ширше застосувати історичний, порівняльно-правовий, системний, формально-логічний та інші методи дослідження. Наприклад, народовладдя неможливо розглядати у відриві від процесу державотворення, становлення конституціоналізму. Всі ці явища тісно між собою взаємопов'язані і взаємообумовлені. Так, не буває держави без народу, як і народу без держави. Процес становлення сучасної української державності, як і в інших пострадянських країнах, відбувається на основі концептуальних ідей світового і європейського конституціоналізму. Рівень реалізації волі народу – суттєвий показник демократизму держави, її політичного режиму. В Україні, як і в інших країнах СНД, почався новий етап становлення і розвитку народовладдя. На цей процес суттєво впливають глобалізація, інформатизація суспільства, правова культура, інші чинники. Все це потребує осмислення феномену народовладдя крізь призму нових політико-правових і соціально-економічних реалій, тенденцій розвитку соціальних процесів.

Важливим є те, що ідея народовладдя належить до загальнолюдських цінностей. Вона визначає сутність демократії. Саме наявність чи відсутність реального народовладдя дає підстави для чіткого поділу демократії і диктатури, прогресу і

реакції. Ідейною основою народовладдя є народний суверенітет, тобто верховенство влади народу, яка повинна здійснюватися в інтересах народу. Ідея народного суверенітету відіграє стимулюючу роль у розвитку суспільства, формуванні демократичних засад політичного життя країни. В Україні за роки її незалежності вже відбулися два всенародних референдуми, на базі оновленого виборчого законодавства періодично проводяться вибори до Верховної Ради України, Верховної Ради Автономної Республіки Крим, до місцевих рад, вибори глави держави, йде процес новелізації державного механізму.

Разом з цим у сфері здійснення народовладдя накопичилося чимало складних проблем: невідповідність сучасним вимогам законодавства про всеукраїнський та місцеві референдуми; нестабільність виборчого законодавства; неефективність реалізації конституційного принципу поділу влад, який безпосередньо пов'язаний із здійсненням народовладдя через державний механізм; низький рівень правової культури; некритичне застосування зарубіжного досвіду. Усе це негативно впливає на здійснення народовладдя в Україні.

Ідея народного суверенітету стосується забезпечення прав і свобод людини і громадянина, діяльності в цьому напрямку органів державної влади і місцевого самоврядування. Визнання народу джерелом влади є віхою в політичній історії людства, яка має основоположне значення для сучасної цивілізації. Тому важливо, щоб суверенітет народу дістав належне втілення в політико-правовій практиці особливо тих держав, що перебувають на трансформаційному етапі розвитку, до яких належить і Україна, для якої актуалізуються питання вступу до Європейського Союзу, НАТО, СОТ, до інших об'єднань. Все це питання концептуального характеру, по яких бажано проведення всеукраїнських референдумів, оскільки, якщо ми визнаємо, що народ в Україні є першоджерелом влади, то без виявлення волі народу їх не тільки не слід, але й не можна вирішувати. Понад усе сказане стосується вступу до НАТО, адже Україна згідно з "Декларацією про державний суверенітет України" є позаблоковою державою, і порушити цей принцип можна тільки через всеукраїнський референдум. Декларація наразі є чинною, на її ідеях тримається основа нашої державності

і правової системи.

О.М. Шевченко, канд. іст. наук,
провідний науковий співробітник
НДІ приватного права і підприємництва
АПРН України

УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СВОБОДИ ВІРОСПОВІДАННЯ В УКРАЇНІ ЯК ЧИННИК СТАНОВЛЕННЯ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА

Важливою умовою становлення громадянського суспільства в Україні є створення раціональної системи національного права, що, ґрунтуючись на балансі публічно-правових та приватноправових підходів при регулюванні суспільних відносин, органічно поєднувала б суспільні інтереси з особистими інтересами людини, ефективно визначала б міру втручання держави в приватне життя останньої. Публічне право як чинник консолідації суспільства, що акумулює публічний інтерес як узагальнений соціальний інтерес у різних сферах суспільного життя, загалом регламентує устрій держави та влади, сферу управління та організації самоврядування і характеризується організованим процесом владного впливу на свідомість та поведінку людей для досягнення загальних цілей, повинне перебувати в органічному зв'язку з приватним правом і окреслити царину індивідуальної чи групової свободи, недоступної для втручання з боку державних органів, зокрема в тому, що стосується реалізації прав і свобод кожної окремої людини.

Одним із найбільш суперечливих щодо розмежування приватноправових і публічно-правових засад його регулювання є право людини на свободу віросповідання. У юридичному забезпеченні цього права особи виокремлюються два аспекти – право вірити і право сповідувати, які в свою чергу й визначають складну за своєю суттю дихотомію “бути переконаним – діяти”. Перший, що є внутрішньою релігійною свободою (психологічним мінімумом свободи думати й вірити за власним бажанням, а отже, один із життєво важливих елементів, що формують

ідентичність людини з її уявленнями про життя), є природним правом кожного вільно обирати певну релігію або якісь інші світоглядні орієнтири чи переконання, не будучи наданим людині державою, мусить бути захищеним без будь-яких винятків. Другий, тобто реалізація духовних потенцій людини в її діяльності та поведінці, може містити певні обмеження, проте ці обмеження повинні бути чітко визначені законами країни та встановлюватися задля забезпечення таких легітимних цілей, досягнення яких є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах громадської безпеки, охорони громадського порядку, здоров'я, моралі або для захисту прав і свобод інших людей.

Як зазначає В.Коул Дерем, юридичне забезпечення свободи віросповідання в різних країнах виглядає по-різному і визначається такими чинниками, як “стабільність політичних режимів, характер традиційних державно-церковних стосунків та історія формування їх, рівень релігійного плюралізму на місцевому рівні, характер панівної релігії (релігій) та її (їхня) внутрішня відданість ідеї релігійної свободи й толерантності, історія співіснування між релігійними групами”, проте у демократичному суспільстві воно перш за все створює можливості для світоглядного самовираження кожної людини, аніж виконує контролюючі функції.

Зміни орієнтацій у державній політиці в бік пріоритетності гуманістичних цінностей з часу здобуття Україною незалежності сприяли певному поступу реформування українського законодавства з питань свободи совісті та віросповідної рівності на демократичних засадах, адже втілення ідеалів релігійної свободи, в основі якої лежать спільні цінності як релігійних, так і секулярних традицій, повага до світоглядного розмаїття, залишаються й нині одними з важливих чинників стабілізації суспільства. Загалом закони України гарантують кожній людині право на збереження релігійної самобутності, свободу сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культи і ритуальні обряди (ч.1 ст.35 Конституції України, п.2, ст.300 Цивільного кодексу України), забороняють встановлення обов'язкових переконань і світогляду (ч.2 ст.3 Закону України “Про свободу совісті та релігійні організації”). Проте визначені законами України права людини у сфері свободи віросповідання

значною мірою все ж таки носять декларативний характер, а на заваді реалізації їх на практиці стають саме ті суперечливі положення, що містяться в сучасних нормативно-правових актах.

Тому на особливу увагу в умовах становлення громадянського суспільства в Україні заслуговує необхідність розроблення та втілення в національному законодавстві нових концепцій у сфері реалізації права людини на свободу віросповідання, зокрема таких, що ґрунтувалися б на акомодатійному підході (тобто урахуванні особливостей різних релігійних чи нерелігійних угруповань) держави до віросповідної (в тому числі світоглядної) свободи людини. Закони, що мають визначати правові межі, в яких релігійні громади можуть організовувати свою діяльність, повинні бути чутливими до потреб різних деномінацій у цій сфері. Зважаючи на той факт, що кожна релігійна громада має суто свої потреби, реалізація такої концепції на практиці пов'язується з більш тісною співпрацею релігійних організацій різних спрямувань з державою на основі спеціальних угод між ними, в умовах, коли жодна з них не має особливого статусу. Держава ж повинна шукати можливості забезпечити людині найбільш гідне і вільне вираження переконань, а також найменш обтяжливі для релігійної совісті варіанти в тих випадках, коли такі обмеження неможливо не здійснювати. Тільки в такому разі поліконфесійність України може стати ознакою сили українського суспільства, багатоманітності його духовної культури.

З огляду на це набуває актуальності необхідність закріплення в Конституції України принципу, за яким Україна визнається світською державою, тобто нейтральною, безсторонньою щодо будь-яких різновидів теїстичних, нетеїстичних або атеїстичних переконань, та внесення до Закону України “Про свободу совісті та релігійні організації” змін щодо визнання Церкви окремим суб’єктом як цивільних, так і корпоративно-публічних правовідносин, що створить умови для більш тісної співпраці держави і релігійних інституцій.

Удосконалення потребує також і процедура реєстрації релігійної організації. Фактично нині в Україні здійснюється не реєстрація статуту, а реєстрація самої релігійної організації. Незважаючи на те, що Європейський Суд чітко визначив: “... в принципі право на свободу релігій у цілях Конвенції виключає

оцінку державою легітимності релігійних переконань”, тобто право на свободу релігій не сумісне за законом із будь-яким свавіллям з боку держави в питаннях оцінки релігії за змістовними характеристиками, визнавши допустимим тільки оцінку за формальними ознаками статутів та інших документів організаційного характеру, українські реалії свідчать зовсім про інше. На практиці документи релігійної організації під час реєстрації перевіряються не на відповідність законодавству, а дається оцінка самої релігії, чим насправді й займаються комісії для проведення релігієзнавчої експертизи, хоча, будучи створені зі спеціалістів-релігієзнавців, вони мали б давати відповідь лише на одне запитання: є дана організація релігійною чи ні, а не починати перевіряти її з позиції “добра – погана”, визначаючи “шкідливість” чи “корисність” поглядів тієї або іншої релігійної інституції. Адже на етапі реєстрації діє презумпція невинності – будь-яка організація вважається невинною і заслуговує на захист її релігійної свободи, доки не буде доведено протилежне. Саме тому важко погодитися з П. Сабіновичем та Л. Ярмолем, які стверджують, що позитивним у процесі реєстрації релігійної організації необхідно визнати збільшення можливостей попередження виникнення релігійних організацій протиправного спрямування завдяки збільшенню переліку документів, які мають подаватися релігійною організацією для реєстрації, а також у зв’язку з продовженням строків реєстрації статутів релігійних організацій, засновники яких належать до віровчення, послідовники якого вперше утворюють таку організацію в Україні. Якщо зловживання релігійною свободою з боку організації справді відбуватиметься, то в такому разі мають застосовуватися звичайні цивільні чи кримінальні санкції тощо.

Нагальність внесення змін до процедури реєстрації релігійної організації в Україні зумовлюється ще й тим, що згідно із Законом України “Про свободу совісті та релігійні організації” право заснування релігійної організації мають тільки громадяни України. Тому зазначена норма потребує приведення у відповідність до ст.35 Конституції України та міжнародних правових актів (зокрема ст. 9 Європейської Конвенції про захист прав людини і основних свобод (1950 р.), які не обмежують захист прав на свободу віросповідання тільки громадянами країни, а стосуються всіх осіб, які незалежно від обставин

перебувають на її території, тобто поширюються на кожну людину. Існування цієї норми закону в Україні стосовно іноземців та осіб без громадянства позбавляє їх права сповідувати свою релігію, адже без отримання певного правового статусу релігійною організацією в Україні релігійне утворення не може утримувати культові споруди, укладати угоди або робити інші практичні дії (закуповувати обладнання, друкувати та поширювати літературу, запрошувати представників іноземних організацій, організовувати публічні акції, створювати й утримувати благодійні чи гуманітарні установи тощо), що передбачені сучасним українським законодавством. Тому відмову в наданні якійсь релігійній групі статусу юридичної особи на початковій стадії її діяльності потрібно розглядати саме як невдалий приклад запобіжного обмеження, що створює формальні перешкоди для сповідання нею своєї релігії. У сучасних умовах це набуває особливого значення і тому, що ефективніше інколи захищати свободу віросповідання окремої людини через права релігійних інституцій як юридичних осіб чи груп.

Слід також відзначити, що згідно зі ст.16с Прикінцевого документу Віденської зустрічі представників держав – учасниць Конференції з питань безпеки та співробітництва в Європі (1989 р.) держави зобов'язуються без особливих обмежень визнавати юридичний статус, наданий іноземним релігійним організаціям у їхніх державах. Тобто, не розрізняючи “місцеві” та “іноземні” громади віруючих, закони країн про порядок надання релігійним організаціям статусу юридичної особи повинні сприяти (а не заважати!) організаціям у реалізації їх невід’ємного права на релігійну свободу.

Необхідним кроком сучасних українських реформ у сфері реалізації свободи віросповідання має стати внесення змін до чинного законодавства, які б містили питання розширення можливостей проведення проповідницької та іншої релігійної діяльності священнослужителів, релігійних проповідників, які прибули в Україну на запрошення релігійних організацій. Адже звуження їх діяльності межами тільки тієї релігійної організації, яка їх запросила, та за погодженням з органом державної виконавчої влади, який здійснив реєстрацію її установчого документу, теж істотно обмежує права на свободу віросповідання

людини.

Законодавчого забезпечення потребує і можливість сертифікації дипломів, виданих недержавними закладами освіти, що засновані релігійними організаціями, за умови дотримання ними вимог державних стандартів освіти.

Доцільно детально розробити ефективні юридичні механізми врегулювання ряду питань, пов'язаних із власністю релігійних організацій. Зокрема, зважаючи на те, що база об'єктів власності, які мають бути повернені релігійним організаціям, значно звужена чинним законодавством, постає питання її розширення за рахунок об'єктів націоналізованої за часів радянської влади церковної власності некультового призначення та передачі релігійним організаціям колишньої церковної власності, що нині знаходиться у комунальній власності тощо.

Вирішення цих нагальних проблем сприятиме більш повному і ефективному здійсненню в Україні невід'ємного права кожної людини на свободу віросповідання, поглибленню взаємовигідних та рівноправних суб'єктних стосунків держави та релігійних організацій з метою утвердження загальнолюдських цінностей, консолідації суспільства, утримання в ньому атмосфери стабільності та злагоди. Першочерговим завданням удосконалення правового забезпечення свободи віросповідання в Україні в умовах становлення громадянського суспільства є забезпечення розширення сфер можливих взаємодій державних і церковних інтересів на основі взаємовигідного і рівноправного договірнього співробітництва релігійних організацій та держави.

Є.П. Євграфова, суддя

Господарський суд Київської області

ПРО ДЕЯКІ ФАКТОРИ ФОРМУВАННЯ СИСТЕМИ НАЦІОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Фактори формування системи національного законодавства – це наявні умови, обставини, що прямо чи опосередковано впливають на законодавчий процес, в тому числі підготовку та ухвалення законів, зумовлюють таку структуру

законодавства, яка відповідає або має відповідати загальносуспільним інтересам.

На відміну від них фактори реалізації правових норм спрямовані на зовсім інший правовий результат. Так, на впровадження в суспільні відносини норм Конституції України, як зазначає Ю.М. Тодика, „істотно впливають економічні, політичні, організаційні фактори, рівень правової культури різних суб'єктів правовідносин... Ця багатофакторна модель є досить складною, і не завжди можна чітко визначити, який із факторів більше, а який меншою мірою впливає на реалізацію конституційних норм...”. Безперечно, це так, як і те, що будь-яка сфера правового регулювання знаходиться під впливом певних і конкретних чинників. Наприклад, добре відомо, якими факторами має бути забезпечена незалежність суддів при здійсненні правосуддя. Усі вони – організаційні, матеріально-фінансові, соціально-правового захисту й ін. – закріплені в Конституції України як гарантії здійснення правосуддя неупередженим, безстороннім і справедливим судом.

Складність вирішення проблеми, окресленої Ю.М. Тодикою, полягає в тому, що в процесі підготовки і прийняття закону домінуючі фактори впливу можуть бути повністю або в окремій частині блокованими дією інших факторів. У зв'язку з цим С.В. Поленіна правильно зазначає, що „взаємозв'язок факторів, спрямованих на досягнення співпадаючих або близьких результатів, не просто призводить до ускладнення, але й посилює створюваній їх сукупністю ефект”.

Отже, проблема факторів формування системи національного законодавства, на нашу думку, є однією з вирішальних у сучасному правознавстві, законотворчості, у проведенні систематизації і кодифікації правових норм. Від ступеня відображення дії цих факторів у законах, залежить передусім їх якість, зв'язки між ними та підзаконними актами, на які покладається правове регулювання суспільних відносин. При цьому важливо визначити класифікацію факторів формування системи законодавства. Враховуючи, що ця тема поки що не знайшла належного висвітлення у вітчизняній літературі, пропонується нами класифікація, можливо, стане однією з проб заповнення існуючої в юридичній науці прогалини.

Загальноприйнятим у філософських, юридичних та

соціологічних дослідженнях є поділ факторів на об'єктивні і суб'єктивні (за походженням), внутрішні і зовнішні (за сферою виникнення та дії), позитивні (такі, що сприятливо впливають на результат) і негативні (блокуючі або нейтралізуючі втілення у законах певних вимог позитивних факторів).

Названі фактори потребують конкретизації у контексті формування системи національного законодавства. Оскільки на цей процес впливає безліч різних чинників, ми виокремлюємо з них найбільш впливові, від дії яких залежить реалізація конституційної моделі системи законодавства України.

Фактор правонаступництва особливо проявляється в системі законодавства в перехідний період, що притаманно майже всім державам, які стали незалежними і охоплюють територію колишньої держави. Так, у нинішній перехідний період незалежної України з метою збереження стабільності в правовому регулюванні суспільних відносин необхідним було використання системи законодавства, сформованої в Українській РСР. Зрозуміло, що можна встановити елементи, які є схожими або ідентичними для кількох чи навіть для всіх типів правових систем. І це, на наш погляд, не є проблематичним, тим більше, що понад два тисячоліття людство, маючи свою власну державність, добре усвідомлювало зміст і значення для суспільства законів, публічного і приватного права, додержання їх вимог.

Втілення фактора правонаступництва України відбулося передусім в тому, що нормативно-правовий акт, як і в Українській РСР, фактично був визнаний провідною формою права. Саме так можна розуміти спрямованість Закону України „Про правонаступництво” від 12 верес. 1991 р. Схожість, про яку йдеться, зокрема в законодавстві суверенної Української держави, спостерігається в „номенклатурі” більшості галузей та правових інститутів: конституційного, адміністративного, цивільного, кримінального законодавства, прав, свобод і обов'язків громадян, представницьких органів влади, власності тощо.

Звичайно, більшість галузей та правових інститутів, які існували й раніше, нині мають, по суті, новий зміст і спрямовані на врегулювання інших за своєю природою соціальних відносин (ринково-економічних, фінансових, банківських, судової

юрисдикції і т.ін.). Отже, складові системи національного законодавства, переважна більшість яких за назвою (і не тільки) „пере-йшли” до правової системи незалежної України, зокрема до нового конституційного ладу, суспільно-економічного устрою, політичної системи, міжнародних відносин, свідчать про певний консерватизм права, включаючи його форму і структуру. „Вплив... глобальних правових систем, – пише М.М. Марченко, – що накопичили за час свого існування і чимало зберегли після того, як пішли з історичної арени „обслуговуючі” їх державні структури, свій інтелектуальний потенціал, вже за „визначенням”, в силу об’єктивних причин та умов не може обійтися межами своєї території та свого часу. Їх інтелектуальний вплив на оточуючий правовий світ неминуче буде виходити за рамки свого часу та за межі своєї одвічної території”. Ми поділяємо таку позицію. Більше того, враховуючи інтеграційні процеси, які відбуваються в правових системах демократичних держав світу, право України також не може залишитися поза ними.

Сучасне законодавство поступово відновлює приватне право, що суттєво впливає на законотворчу діяльність, зміст і функції правових норм. Водночас варто підкреслити, що між приватним і публічним правом не існує будь-яких перешкод. Виражені в публічно-правовій формі – законодавстві, їх об’єднує одне й теж соціальне явище – право.

Правонаступництво в національному законодавстві як фактор його системи не є чимось механічним, копіюючим раніше встановлені правові норми, а становить собою досить складний у всіх відношеннях процес створення адаптуючого правового механізму, який забезпечував би регулювання нових за спрямуванням суспільних відносин актами законодавства неіснуючої держави.

Економічний фактор є одним із найвпливовіших у становленні та розвитку системи національного законодавства. Вимоги економіки проявляють себе всюди, незалежно від того, які суспільні відносини мають бути врегульовані тим чи іншим законом – у сфері реалізації гарантованих Конституцією прав і свобод людини, державного будівництва та місцевого самоврядування, науки та освіти, охорони довкілля і т.ін. Аналіз законів, прийнятих за роки незалежності України, лише

підтверджує той безперечний факт, що в реальності дійсно не існує законів, будь-яким чином дистанційованих від економічного фактора.

Саме цей фактор зумовлює формування в системі законодавства адекватного йому економічного системно-нормативного блоку галузей, підгалузей, правових інститутів. Багатогалузевість національної економіки, яка сама знаходиться в процесі становлення, відображається в системі законодавства. Господарське законодавство і є одним із найкрупніших втілень вимогливої дії економічного фактору. Ми наголошуємо на цій галузі законодавства, оскільки вона є системою, до складу якої входять галузі, що регулюють відповідні сфери суспільних відносин чи діяльності суб'єктів господарювання (економічної діяльності) – власності, фінансово-банківську сферу, податкову, аграрну, транспорту, інвестиційну і т.ін.

Але якою має бути система господарського законодавства, це проблема, яка поки що є предметом обговорення і гострої дискусії між „цивілістами” і „господарниками”. І все ж загальні основи такої системи закладені в Господарському кодексі України. У зв'язку з цим ще у 80-х р. ХХ ст. академік В.К. Мамутов справедливо стверджував, що є всі підстави вважати науку господарського права „зв'язуючою ланкою між економічною і юридичною науками”.

Значимо, що економічний блок галузей системи законодавства виражає норми як публічного, так і приватного права, що істотно впливає не лише на зміст і функції, а й на структурні властивості цієї галузі національного законодавства. На одній із останніх наукових конференцій академік В.В.Лаптев підкреслив, що „оскільки Цивільний кодекс охоплює лише приватноправові аспекти регулювання підприємницьких відносин, тоді правове регулювання господарської діяльності повинно здійснюватися на основі поєднання приватноправових і публічно-правових засадах”.

Стабільність законів, що регулюють економічні відносини, є важливою гарантією для суб'єктів господарювання, її відсутність упродовж тривалого часу в окремих сферах законодавчого регулювання, наприклад в інвестиційному, податковому, банківському, митному та ін. законодавстві, є свідченням несистемності в процесі ухвалення законів, а також

формування системи законодавства в цілому.

Соціальний фактор формування системи національного законодавства є похідним від економічного, хоча в законодавчому процесі він може стати пріоритетним і блокувати чи нейтралізувати дію економічного фактора. Його особлива роль проявляється в бюджетному процесі при затвердженні на поточний рік Державного бюджету України та місцевих бюджетів, а також при внесенні змін до них. Йдеться не лише про певний соціально-правовий зміст закону, а й галузей системи законодавства, оскільки зміцнення чи ослаблення зв'язків між нормами актів законодавства призводить до таких же адекватних в правовому відношенні наслідків.

У законотворчому процесі при ухваленні законів не повинно бути „конфронтації” між соціальним і економічним факторами, врахування вимог одного за рахунок другого чи інших факторів. „Урівноваженість” соціальних факторів, – пише С.В. Поленіна, – припускає передусім визначення в процесі підготовки законопроекту спрямованої дії факторів по відношенню як одного до другого і цілі, яку намагається досягнути законодавець шляхом прийняття цього закону або окремого нормативного припису”. Погоджуючись з такою позицією, підкреслимо, що при цьому соціальне право є наскрізним (повинно бути таким) у законодавстві без будь-яких винятків.

Політичний фактор формування системи національного законодавства є не менш впливовим, ніж економічний і соціальний, оскільки саме через політику і на політичному рівні приймаються, фактично, всі стратегічні (і не тільки) рішення щодо стану та напрямів розвитку українського суспільства і держави. Політичний фактор був вирішальним у проголошенні незалежності України, ухвалення її нової Конституції та визначення її демократичною, соціальною, правовою державою. Відповідно до цих рішень розпочався процес формування нової за сутністю та спрямуванням галузі конституційного законодавства, на засадах якого здійснюється формування та розвиток інших підрозділів системи законодавства.

Взаємодія політичних факторів з іншими є однією з найскладніших проблем сучасної науки і практики. Сама політика, з одного боку, є похідною від економіки, але з іншого –

вона спрямовує розвиток економіки та пов'язаної з нею соціальної сфери. Проте в будь-якому разі політика не може виходити за межі Конституції держави і права. Діючи через них, вона здатна позитивно й ефективно впливати на розвиток законодавства, соціальне спрямування економіки.

Законодавча діяльність є тим фактором, який умовно можна назвати як такий, що, по-перше, „стоїть на вході” законотворчості парламенту, акумулює в процесі підготовки та ухвалення законів дії всіх інших факторів, по-друге, він „стоїть на виході” законодавчих актів, визначає порядок набрання ними чинності, вводить їх у систему законодавства. Але найбільш впливовим фактором, на наш погляд, є законодавча діяльність, у результаті якої приймається кодифікаційний закон – кодекс, що стає орієнтиром для визначення складу системи законодавства.

Звичайно, певна наявність кодифікаційних законів не може свідчити про характер системи національного законодавства, оскільки в галузі права не тільки не кодифіковані, а й не систематизовані, наприклад аграрне, податкове, управлінське, про державну службу тощо. Кодифікація правових норм там, де вона є необхідною або доцільною, – це найбільш ефективний шлях до посилення узгодженості між приписами та актами законодавства, його галузями, правовими інститутами, зміцнення системної цілісності всього законодавства.

Юридична наука є тим фактором впливу на формування системи національного законодавства, що становить методологічне і теоретичне підґрунтя законодавчої діяльності парламенту. Наукове забезпечення підготовки законопроектів з будь-яких питань правового регулювання суспільних відносин упереджує допущення помилок, прорахунків і т.ін.

Як соціальний інститут юридична наука, здійснюючи властиві їй функції, розробляє за своєю ініціативою і за замовленням органів державної влади проекти законів, надає експертизу та наукові висновки з питань, які перед нею ставлять ці органи. Розробка проблеми теорії системи національного законодавства є одним із найважливіших напрямів у розвитку правової науки.

О.В. Нестеренко, аспірантка

ГЕНЕЗИС ПРАВА НА ДОСТУП ДО ІНФОРМАЦІЇ

Закон, що регламентує та забезпечує реалізацію права на доступ до інформації, прийняли понад 50 країн світу та більш ніж 30 готуються до його прийняття. Забезпечення реалізації права на доступ до інформації є одним з критеріїв відповідності країни західним стандартам. Проте довгий час право на доступ до інформації не було виділено в окремий інститут у жодній країні, хоча такі спроби робились. Наприклад, у Швеції ще за часів “єри свободи” у 1766 р. (за деякими джерелами 1776 р.) був прийнятий Закон “Про свободу друку”. Його положення гарантували як свободу слова і друку, так і право на доступ до інформації. Але в період абсолютного правління Густава III дію Закону було призупинено. І лише після конституційних реформ Карла XIII 12 черв. 1812 р. був прийнятий Акт “Про свободу друку”, який став частиною Конституції Швеції (у новій редакції Закон діє з 1949 р.).

Тоді ж право на доступ до інформації проголосила Франція, закріпивши у Декларації прав людини та громадянина 1789 р. крім права кожного громадянина вільно “висловлюватися, писати та друкуватися” (ст. 11) також право наглядати за витратами зібраних податків та вимагати “звітності у кожній посадовій особі за доручену їй частину управління” (ст. 14, 15).

Право на доступ до офіційної інформації має безпосереднє відношення до свободи вираження поглядів, гарантованої ст. 10 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод. Однак, на думку А. Брагіної, сама по собі ст. 10 не є достатньою правовою підставою, яка гарантує право доступу до такої інформації. Стаття 10, за її твердженням, повинна тлумачитись як положення, що зобов’язує держав-членів здійснювати дії, спрямовані на організацію доступу до офіційної інформації, а країни, які такий доступ не гарантують, можуть бути визнані порушниками ст. 10 Конвенції. Слід зазначити, що таке судження повністю співпадає з позицією Європейського суду з прав людини.

Закріплення на національному рівні права на доступ до

інформації почалося лише у 70-х рр. ХХ ст. До цього часу воно існувало лише у двох країнах – Швеції та Фінляндії (Закон від 1951 р.).

Усі фактори, які зумовили прийняття Законів про право на доступ до інформації, Д. Банісар поділяє на внутрішні й зовнішні. До внутрішніх він відносить: активну участь громадськості у розробці даного Закону; корупцію та скандали; кризи, що періодично виникають у різних сферах життя, пов'язаних з недостатньою прозорістю; модернізацію та інформаційне суспільство. Основним серед зовнішніх факторів, який прискорив закріплення права на доступ до інформації, Д. Банісар називає міжнародний тиск.

На думку багатьох вчених, імпульсом до початку “епохи права знати” в більшості країн світу стала боротьба американської громадськості зі засекречуванням документів. Як зазначає С. Швердяєв, війна у В'єтнамі, документи Пентагона й Уотергейта продемонстрували, яка небезпека прихована у надмірній секретності.

У 1966 р. Сполучені Штати Америки прийняли закон “Про свободу інформації”. Цей закон не тільки проголосив права на доступ до інформації, але також встановив механізм його реалізації та вичерпаний перелік обмежень цього права.

Активний процес прийняття законів про доступ до інформації спостерігається не тільки у демократичних країнах (Данія, Норвегія – 1970 р., Австрія – 1973 р., Франція, Нідерланди – 1978 р., Австралія – 1982 р. та ін.), але в останні 12 років і в державах східної Європи, Африки та Азії, тобто в країнах, які тільки почали розбудову демократії. Такий закон вже прийнятий у Албанії (1999), Вірменії (2003), Болгарії (2001), Угорщині (1992), Польщі (2001), Боснії та Герцеговині (2000), у республіці Південна Африка (1996), Зімбабве (2002) та ін.

Разом з тим слід зазначити, що навіть у країні з усталеною демократією прийняття закону, який би гарантував право знати, може викликати опір із боку уряду. Наприклад, у Великій Британії довгий час точились запекліші дебати про необхідність такого закону, які завершилися його прийняттям лише у 2000 р. (набрав чинності з 2005 р.).

В Україні право на доступ до інформації проголошено в ст. 34 Конституції, а також Законом “Про інформацію” від 1993 р.

Але, на думку багатьох фахівців з цього питання, нині постала необхідність прийняття спеціального закону, який закріпив би гарантії, а також створив механізм реалізації права на доступ до інформації. З огляду на це Центр політико-правових реформ розробив Концепцію Закону “Про доступ до інформації”.

Отже, з моменту проголошення права знати до його законодавчого закріплення в більшості розвинутих країнах світу та багатьох країнах, які тільки стали на шлях розбудови демократії, пройшло 200 років, упродовж яких громадськість відстоювала право на доступ до інформації.

І.І. Дахова, аспірантка

Національна юридична академія України

ім. Ярослава Мудрого

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ГЛАВИ УРЯДУ В ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ

Як показує практика зарубіжного державотворення, важливе місце в процесі здійснення державного управління посідає глава уряду як особа, відповідальна за діяльність вищого колегіального органу виконавчої влади. Історія існування цієї посади в незалежній Україні не є тривалою, а тому цілком корисним видається дослідження досвіду її функціонування як в країнах з усталеними демократичними традиціями, так і в тих, що не так давно здобули самостійність та незалежність.

На структуру і зміст правового статусу глави уряду впливають різні фактори. Серед них можна виділити як основні, так і другорядні. Найбільш важливими з основних нам вбачаються форма правління та політичний режим. Так, характерним для країн з президентською формою правління є поєднання посад глави держави і глави уряду, тобто концентрування в одних руках стратегічних і тактичних можливостей з вибору форм і напрямків державного управління.

Специфічним відносно попереднього випадку є конституційно-правовий статус глави уряду в країнах з парламентською формою правління, за якої глава уряду (монарх або президент) є формальним главою держави, тоді як фактичним

главою є прем'єр-міністр. Як приклад можна навести положення ст. 65 Основного закону ФРН 1949 р., де сказано, що „федеральний канцлер визначає основні напрямки політики і несе за них відповідальність”.

У країнах із змішаною (парламентсько-президентською) формою правління глава уряду розглядається виключно в контексті визначення його правового статусу як керівника колегіального органу влади. Тобто, не зважаючи на окреме виділення посади прем'єр-міністра, він порівняно із правовим положенням глави уряду в парламентських республіках (монархіях) не відзначається вирішальною самостійністю у здійсненні державної політики, оскільки його головним завданням є забезпечення ефективної діяльності вищого органу виконавчої влади – уряду.

Наша держава належить до країн із змішаною формою правління. З огляду на це нам важливо дослідити повноваження прем'єр-міністра як глави уряду. Визначальним елементом правового статусу посадової особи можна вважати її компетенцію. Так, відповідно до ст.19 Конституційного Закону Республіки Казахстан від 18 груд. 1995 р. № 2688 „Про Уряд Республіки Казахстан”, прем'єр-міністр Республіки наділяється такими повноваженнями: організовує роботу уряду і розподіляє обов'язки між його членами; представляє уряд у відносинах з іншими органами влади; підписує міжнародні угоди та договори; вносить президенту пропозиції щодо структури та складу уряду і кандидатури на вищі державні посади у виконавчій владі; доповідає президенту про основні напрямки діяльності уряду; заслуховує звіти членів уряду та керівників органів виконавчої влади і т.ін.

Головним питанням, що ставить як зарубіжна, так і вітчизняна практика урядування, є визначення меж повноважень прем'єр-міністра. Доволі часто глава уряду без проведення відповідних консультацій із членами уряду виголошує заяви, а інколи і приймає рішення, що явно суперечать політиці уряду, запровадженій у його програмі. Поряд із цим більш розповсюдженою практикою стає дача прем'єр-міністром вказівок конкретним урядовцям з тих питань, які потребують колегіального рішення всього Кабінету міністрів, і всупереч тому, що одним із головних завдань прем'єр-міністра є

„забезпечення колегіальності в роботі Уряду” (п.3 ч.2 ст. 27 Закону Республіки Молдова від 31.05.2005 р. „Про Уряд”).

На наш погляд, вирішення цієї проблеми повинно полягати в наступному. Повноваження організації діяльності уряду не передбачають керівництва конкретними напрямками державного управління. Разом з тим прем'єр-міністр є такою посадовою особою, яка несе відповідальність за діяльність усього уряду (достатньо нагадати, що відставка прем'єр-міністра тягне за собою відставку всього уряду). Тому основними напрямками його діяльності повинні стати забезпечення демократизму в роботі уряду як колегіального органу влади і координації дій урядових структур за усіма напрямками державного управління.

О.В. Васьковська, аспірантка
Інститут законодавства
Верховної Ради України

ПРАВА ГРОМАДЯН НА СВОБОДУ МИРНИХ ЗБОРІВ ТА ЇХ РЕАЛЬНІ ГАРАНТІЇ

Істотні зміни в політичному житті нашої держави останнім часом все більше сприяють наповненню суспільних відносин новим змістом завдяки утвердженню різноманітних інститутів сучасної демократії, що мають позитивний вплив. Такі інститути, як право громадян на мирні збори, мітинги, походи і демонстрації, отримали свій логічний розвиток.

У 2004 р. громадяни України стали активніше користуватися своїм законним правом на мітинги і демонстрації, а перебіг подібних масових акцій протесту набув гостріших форм. Проте така активізація зовсім не пов'язана із виборчою кампанією. Протягом півроку демонстрації із суто соціальними вимогами викликали набагато жорсткішу протидію влади, ніж мітинги передвиборчого або політичного характеру. Натомість у жовтні-грудні багаточисленні мітинги і демонстрації проходили із відносно невеликою кількістю порушень права громадян на мирні зібрання.

Практикою доведена велика значимість реалізації цього права не тільки з юридичної, а й моральної точки зору. Не можна не згадати про постійні сигнали у засобах масової інформації стосовно силових методів придушення масових акцій протесту. Незастосування насилля можна пояснити масовим тиском на органи влади громадських організацій та самих учасників демонстрацій, завдяки чому змінилося ставлення органів державної влади та місцевого самоврядування до права громадян на мирні зібрання.

У той же час гостра проблема дефіциту законодавства, яке б регулювало реалізацію права на мирні зібрання, потребує якнайшвидшого вирішення. А вже ще 19 квіт. 2001 р. Конституційний Суд України зазначив, що право на мирні збори є „невідчужуваним і непорушним” правом громадян, і визначив, що конкретизувати окремі положення ст. 39 Конституції України повинен окремий закон, який досі не прийнятий (залишається чинним Указ Президії Верховної Ради СРСР від 28 лип. 1988 р. „Про порядок організації проведення зборів, мітингів, вуличних заходів і демонстрацій в СРСР”).

Давно вже настав час розробити законопроект про проведення мирних акцій, враховуючи практику Європейського суду з прав людини та позитивні трансформації у цій галузі. При цьому варто чітко встановити конкретний зміст і межі повноважень правоохоронних органів та працівників спеціальних підрозділів, які б регламентували їх дії під час мирних зібрань, зокрема під час забезпечення ними громадського порядку, охорони мітингуючих, а також уточнення підстав і умов застосування ними фізичної сили і спеціальних засобів.

Право на свободу мирних зібрань і, відповідно, дозвільний порядок їх проведення закріплені в міжнародно-правових документах, конституціях та законодавстві різних демократичних держав.

Наприклад, у США в багатьох штатах взагалі не існують формальні правила проведення мітингів, а натомість поширені лише механізми, що вимагають від організаторів масових акцій оплачувати роботу поліцейських, відповідальних за безпеку під час проведення масових зібрань, та робітників комунальних служб, що відповідають за прибирання місця масових зібрань. Таке ж право існує і в Англії.

У 2004 р. Парламентом України було розглянуто два законопроекти щодо свободи мирних зібрань (проект закону № 5242-2 „Про збори, мітинги, походи і демонстрації” та проект закону № 5242 „Про порядок організації і проведення мирних заходів та акцій в Україні”. Один з них був запропонований Президентом України. Цей проект виступив майже аналогом законопроекту, представленого урядом Російської Федерації на розгляд Державної Думи, який викликав хвилю критики російських правознавців.

Інший законопроект був запропонований групою народних депутатів, які на той час представляли опозиційні парламентські фракції.

Незважаючи на те, що ці два проекти були подані представниками різних політичних сил, значною мірою вони схожі. Наприклад, наша Конституція не передбачає жодних обмежень права на мирні зібрання ні щодо місця, ні щодо часу, ні щодо тривалості, ні щодо організаторів. Натомість обидва законопроекти встановлювали різні обмеження права, причому у всіх випадках – без висновків суду, а лише за рішенням чиновників органів внутрішніх справ та органів місцевого самоврядування.

Можна назвати лише деякі “технічні” відмінності. Наприклад, якщо президентський законопроект вимагав від організаторів повідомляти про масовий захід за 10 днів до його початку, то депутатський проект – за 3 дні. Крім того, ст. 10 президент-ського законопроекту всупереч ст. 39 Конституції встановлювала обмеження щодо часу і термінів проведення масових заходів: “Прилюдний захід може починатися не раніше 9 години і завершуватися не пізніше 22 години <...> Гранична тривалість прилюдного заходу, що проводиться одним і тим самим організатором (організаторами), не повинна перевищувати п’яти годин підряд”.

Особливе занепокоєння правозахисників викликало положення законопроекту Президента про “уповноважених органів внутрішніх справ, виконавчої влади та місцевого самоврядування”, які мали б право “приймати рішення про зупинення або припинення прилюдного заходу” (ст. 14 проекту) та “виводити з місця проведення прилюдного заходу громадян” (ст. 15) на свій власний розсуд, без рішення суду. Подібна норма

містилася і у депутатському проекті.

Утім, 4 черв. 2004 р. Верховна Рада України відхилила обидва законопроекти (цього ж дня Державна Дума Росії схвалила аналогічний законопроект). Поки що нових проектів з цієї проблеми у Верховній Раді не зареєстровано.

В.Є. Протасова, *аспірантка*
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ОСОБЛИВОСТІ ПОДІЛУ ВЛАДИ У ЗМІШАНІЙ ФОРМІ ПРАВЛІННЯ

Утвердження й гарантування прав людини є визначальною засадою правової демократичної держави. Для досягнення цього необхідний такий механізм організації державної влади, що не допускає її узурпацію в руках однієї особи чи органу, а також функціонально розділяє її між відповідними гілками. Саме такий механізм і забезпечується теорією поділу влади.

Сучасне її розуміння передбачає два найсуттєвіших аспекти:

1) незалежність і самостійність кожної гілки влади в межах своєї компетенції;

2) створення механізму взаємних стримувань і противаг, який забезпечує взаємодію всіх органів єдиної державної влади, які уособлюють її різні гілки, забезпечує гнучкість і оперативність у державному управлінні. При цьому кожна гілка влади, будучи самостійною у вирішенні конкретних завдань, може в той же час впливати на діяльність інших, запобігаючи можливості узурпації всієї повноти влади будь-якою з них.

Конституційно-правова практика використання теорії поділу влади доводить, що в даному випадку мова йде про юридичний принцип, який закріплюється в конституційних і законодавчих актах, дозволяючи збалансувати всю систему державних органів, найбільш послідовно і чітко розмежувати їх компетенцію.

Порядок формування і принципи взаємовідносин між

законодавчою, виконавчою і судовою владою, закріплені в Конституції, визначає особливості існуючої в країні форми правління. Залежно від цього у конституційно-правовій науці всі різновиди організації державної влади прийнято зводити до декількох типологічних моделей.

Президентська республіка – це модель з найбільш послідовним жорстким поділом влади. Найвідоміший “класичний” приклад президентської республіки – США. За такої моделі, коли президент і парламент обираються народом, необхідна єдність управління забезпечується високим рівнем взаємозалежності органів влади, для чого обов’язково функціонує механізм стримувань і противаг. Парламентська модель поділу влади забезпечує солідарну діяльність уряду і парламентської більшості, на основі якої він формується. Ця обставина є особливістю “гнучкої” парламентської (європейської) моделі взаємодії законодавчої і виконавчої влади.

Республіка зі змішаною формою правління поєднує в собі елементи і парламентської, і президентської республік. Розрізняють парламентсько-президентську і президентсько-парламентську республіки залежно від того, яка гілка влади займає пріоритетне становище. Проте у французькій конституційно-правовій науці такі держави отримали назву „напівпрезидентські республіки”, сутність яких зводиться не до синтезу двох форм, а до розходження двох фаз розвитку (президентської і парламентської). Згідно з цією інтерпретацією французької системи, вона поперемінно виступає як президентська (коли президент і парламентська більшість перебувають у згоді) і як парламентська (коли вони не можуть дійти згоди). Ця конструкція функціонувала у період так званого співіснування (*cohabitation*), коли вона дозволяла гнучко змінювати політичний курс. Отже, у конституціях республік зі змішаною формою правління утворюється механізм, який дає змогу суттєво перерозподілити повноваження між гілками влади.

На думку прихильників змішаної форми правління, у чистому вигляді принцип поділу влади зустрічається на практиці вкрай рідко. Зазвичай виникає можливість порушення необхідного балансу, яка або веде до домінування парламенту, що породжує нестабільність і кризові явища, або тягне за собою панування виконавчої влади, що провокує монархізм або

диктатуру. Для усунення такої небезпеки і забезпечення рівності законодавчої і виконавчої влади необхідний інститут президента-арбітра.

Глава держави забезпечує своїм арбітражем узгоджене функціонування державних органів, виступає гарантом здійснення конституції, національної незалежності і територіальної цілісності. Прем'єр-міністр і за його представництвом інші члени уряду призначаються президентом республіки, як правило, самостійно. Проте уряд відповідальний перед парламентом. До того ж президент, роблячи призначення, не може не рахуватися з реакцією парламенту (або нижньої палати). Система противаг у країнах із змішаною формою правління також своєрідна. Наприклад, виконавча влада там має двоякий (біцефальний) характер. Вона поділена між президентом республіки й урядом. У тому випадку, коли президент і прем'єр належать до різних політичних таборів, їх противага набуває реального і значущого характеру.

Таким чином, весь механізм змішаної республіки спрямований у першу чергу на те, щоб зробити максимально ефективною роботу державного апарату, чому сприяє співробітництво законодавчої і виконавчої влади. Для забезпечення співробітництва й узгодженості дій створюється сильна президентська влада, наділена спеціальними повноваженнями координації й арбітражу.

28 черв. 1996 р. була прийнята Конституція України, що закріпила модель змішаної республіки. Деякі вчені вважають, що вона фіксує президентсько-парламентську республіку, інші, навпаки, висловлюють думку, що Конституція України не дає можливості визначити, що це за республіка – парламентська чи президентська. А саме це питання і є ключовим, оскільки від визначення різновиду республіканської моделі залежить постановка акцентів у рішенні проблем удосконалення діяльності державно-владних органів, взаємодії гілок влади між собою.

Істотні зміни у функціонуванні і співвідношенні гілок державної влади, що відбуваються після прийняття Конституції України 1996 р., свідчать про прагнення до парламентаризації системи державного керування. Тому в Україні була ініційована конституційна реформа, мета якої – перехід до парламентсько-президентської форми правління. Така система більш наближена

до європейських стандартів, оскільки і Європейський Союз, до входження в який готується Україна, – це співдружність демократичних країн, де основна політична роль належить парламенту.

Н.А. Жук, здобувач

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

СКЛАДОВІ СИСТЕМИ СТРИМУВАНЬ І ПРОТИВАГ МІЖ ГІЛКАМИ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ

Систему стримувань і противаг між гілками державної влади складають шість груп техніко-правових інститутів (засобів), які забезпечують урівноваження, взаємостимування та співпрацю гілок влади: 1) принципи формування гілок влади; 2) принципи організації та інші особливості функціонування гілок влади; 3) повноваження гілок влади, що забезпечують їх взаємне стримування та взаємообмеження; 4) строки реалізації цих повноважень; 5) конституційно-правова відповідальність органів державної влади за невиконання або неналежне виконання покладених на них конституційних обов'язків; 6) механізми контролю і судового захисту.

В основі формування гілок державної влади повинні бути, по-перше, різні способи їх формування; по-друге, різні терміни повноважень та їх розумність; по-третє, різні дати проведення виборів кожної з них. Такий підхід здатний забезпечити гілкам влади певну незалежність і самостійність, усталеність і наступність. Ці три умови дають народу додаткову можливість періодично оцінювати на виборах курс влади, що сприяє здійсненню контролю громадянським суспільством за гілками державної влади.

Система стримувань і противаг включає конституційні принципи, принципи організації й інші особливості функціонування гілок державної влади, дія яких спрямована на запобігання персоналізації і узурпації влади, встановленню авторитаризму або диктатури меншості. Серед таких можна

виділити принцип бікамералізму, принципи більшості в парламенті, колегіальності уряду, виборності і певного терміну діяльності того чи іншого складу органу влади, обмеження кількості переобрань однієї особи на конкретну посаду, принципи законності й гласності. Особливе місце у механізмі стримувань і противаг належить принципам, покладеним в основу статусу члена парламенту, найважливішим серед яких є принцип індивідуальної несумісності обіймання однією особою посад в органах різних гілок влади.

Прямі взаємообмеження гілок влади, тобто спеціальні повноваження, що дозволяють їм здійснювати вплив одна на одну, утримувати від крайнощів, нейтралізувати узурпаторські наміри, є важливою складовою системи стримувань і противаг між гілками державної влади.

Окреме місце в цій системі посідають строки реалізації гілками влади зазначених повноважень. Проблема цього інституту в системі поділу влади полягає в недостатньому законодавчому врегулюванні строків реалізації гілками влади повноважень, що охоплюються системою стримувань і противаг між ними і у зниженні ефективності деяких інститутів системи стримувань і противаг, що може викликати обґрунтовані сумніви в легітимності окремих органів влади. В той же час врегулювання навіть абсолютної кількості необхідних для системи стримувань і противаг строків не гарантує налагоджену роботу цієї системи в разі відсутності механізму примусу до виконання гілками влади своїх конституційних обов'язків.

За невиконання або неналежне, в тому числі невчасне виконання вищими посадовими особами держави приписів конституції, що забезпечують реалізацію принципу поділу влади, повинна наступати конституційно-правова відповідальність, яка передбачає реальну можливість настання для зазначених осіб негативних наслідків і здатна утримати їх від спокуси порушити норми конституції для отримання не передбачених нею переваг.

Важливу роль в системі стримувань і противаг між гілками влади виконують механізми контролю і судового захисту. Ці механізми, засновані на праві, конституції і законі, містять достатні можливості для усунення практично будь-яких зловживань владою. Найважливіше місце в механізмі забезпечення конституційно встановленої рівноваги гілок влади

посідає Конституційний Суд.

Усі інститути, що охоплюються системою стримувань і противаг між гілками влади, перебувають у стані безперервної взаємодії між собою. Їх взаємодоповнюваність і взаємозалежність – основа існування цієї системи.

Н.Р. Кім, аспірантка
*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ЦИВІЛІЗАЦІЙНИЙ ПІДХІД ДО РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ВІЛЬНИЙ РОЗВИТОК ОСОБИСТОСТІ

Право на розвиток гарантує кожній особі можливість брати участь у таких економічних, соціальних, культурних і політичних процесах, у яких якнайповніше можуть бути здійснені права і основні свободи людини.

Поширеною є точка зору, відповідно до якої право на вільний розвиток особистості може бути реалізоване лише у тих суспільствах, де вже гарантуються і забезпечуються основні конституційні права й свободи людини і громадянина. Прибічники цього підходу стверджують, що право на розвиток є похідним від вже визнаних прав і виникає на їх базі. Так, без всебічного забезпечення політичних, економічних, соціальних та культурних прав не може йти мова про існування права на розвиток. Лише у суспільстві, де права і свободи людини й громадянина не тільки декларуються, а й існує чітко відпрацьований механізм їх реалізації та захисту, особа може думати про розвиток своєї особистості, а отже, користуватися правом на вільний розвиток. Деякі дослідники зазначеного права впевнені – якщо особа не може задовольнити своїх первинних потреб (наприклад, голодує, в неї немає задовільних житлових умов тощо), то вона неспроможна не тільки користуватися, а навіть думати про реалізацію права на вільний розвиток своєї особистості.

Вважаючи це право здобутком прогресивного ліберального світу, прибічники такого підходу пов'язують

реалізацію досліджуваного права з високим рівнем цивілізаційного розвитку будь-якої країни, наявністю розвинутої системи соціально-економічних відносин. Лише демократичні правові соціальні держави, економічна система яких характеризується як ринкова, де людина і її права поважаються і вони є вищою соціальною цінністю, – такі країни можуть гарантувати своїм громадянам забезпечення права на розвиток особистості. А там, де держава не може забезпечити своїм громадянам достатнього життєвого рівня, право на вільний розвиток, навіть закріплене на конституційному рівні, залишається декларативним.

Очевидно, що такий підхід є занадто формальним. Згідно з ним прагнути розвитку особистості людина може лише після того, як, по-перше, країна, де вона мешкає, досягне певного рівня цивілізаційного та економічного розвитку, а по-друге, будуть забезпечені всі основні права і свободи. У такому разі в Україні, економічна система якої характеризується як перехідна, а в деяких випадках відсутній чіткий механізм реалізації конституційних прав і свобод, положення про вільний розвиток особистості залишається лише ліберально забарвленою заявою. Тому недоцільно пов'язувати можливість особи розвивати свій потенціал з такими зовнішніми чинниками.

Прагнення до розвитку своєї особистості залежить тільки від конкретних інтересів особи, її розуміння того, що саме для неї є прийнятним та правильним, а також від її поглядів щодо шляхів реалізації своїх здібностей та вмінь. Те, що особа іноді не має достатніх життєвих умов і держава не в змозі гарантувати їй це, ще не є причиною того, що така особа не може прагнути до самореалізації. Навпаки, існує багато яскравих прикладів, коли наперекір долі й обставинам людина особистим досвідом демонструвала, що лише власне прагнення є головним для досягнення певної мети.

Здається, що цивілізаційний підхід до реалізації права на вільний розвиток, який передбачає можливість користуватися ним лише громадянам розвинутих держав, певною мірою обмежує площину дії зазначеного права. Наявність розвинутих демо-кратичних інститутів та високий рівень економічних показників країни не є вихідними чинниками для гарантування цього права. Зазначені фактори, безумовно, впливають на обсяг

гарантованих правових можливостей, тобто на наповнення права на розвиток, але недостатня їх розвиненість не скасовує соціальної цінності цього положення. Лише власне бажання індивіда, розумного, мислячого, творчого, реалізувати свій потенціал та здібності є визначальним для здійснення права на вільний розвиток особистості, тому що саме людина є основним суб'єктом розвитку.

Така ідея простежується і в Декларації ООН про право на розвиток від 4 груд. 1986 р. Основним суб'єктом процесу розвитку, активним учасником і бенефіціарієм права на розвиток називається людина. У Декларації наголошується на тому, що право на розвиток є невід'ємним правом людини, що кожна особа і всі народи можуть брати участь у всебічному процесі розвитку.

Основну відповідальність за створення національних і міжнародних умов, що сприяють здійсненню права на розвиток, покладено на держави. Вони повинні спрямовувати свою діяльність таким чином, щоб все більше надавати можливостей і простору для політичного, економічного, соціального і культурного розвитку людей, для задоволення потреб кожної особи в самореалізації.

Положення про вільний розвиток з урахуванням світового досвіду та прогресивних ліберальних ідей було конституційно закріплено в Україні. Стаття 23 Основного Закону гарантує кожній людині право на вільний розвиток її особистості, а держава має взяти на себе відповідальність за створення відповідних достатніх умов для такого процесу. У каталозі прав і свобод людини й громадянина, проголошених Конституцією України 1996 р., право на вільний розвиток особистості посідає рівне з іншими конституційними правами місце.

Таким чином, право на розвиток є невід'ємним і гарантується кожному. Для реалізації індивідом цього права не може існувати жодних передумов у вигляді вимоги конкретного економічного стану держави чи наявності певних демократичних механізмів. Проте ці чинники покликані лише збільшити можливості для вибору способів людського розвитку.

В.В. Мухін, здобувач

Національна юридична академія України

ПРОФЕСІЙНА ПРАВОСВІДОМІСТЬ ЯК ВИД ПРАВОСВІДОМІСТІ

Професійна правосвідомість як вид правової свідомості є водночас складовим елементом правової системи і одним із найвпливовіших суб'єктивних факторів її функціонування та розвитку. Тому не випадково проблеми дослідження правосвідомості взагалі й професійної правосвідомості зокрема привертали до себе увагу численних вчених-юристів як минулого, так і сучасності. Аналіз відповідної літератури дозволяє зробити висновок, що професійна правосвідомість як явище не набула повного наукового осмислення і потребує поглибленого дослідження. Слабо обґрунтованим є вибір критеріїв, за якими можна диференціювати професійну правосвідомість як різновид правової свідомості, чітко не встановлені відмінності від інших видів правової свідомості, недостатньо визначено її роль у процесах розвитку і реалізації права в сучасному суспільстві та досліджені її деформації тощо.

Дискусійним є питання про критерії виокремлення професійної правосвідомості як самостійного виду. Так, деякі автори розглядають її як вид групової правосвідомості. Інші вважають, що професійна правосвідомість є видом (рівнем) правової свідомості, який виокремлюється на підставі глибини й особливостей сприйняття правових явищ. Нам вбачається, що термін „професійна правосвідомість” може вживатися для позначення поняття, яке відображає правову свідомість юристів як соціальної групи, і поняття, яке відображає специфічне поглиблене сприйняття правових явищ. Тобто професійну правосвідомість можливо вивчати і як різновид групової, і як специфічний спосіб опанування правової дійсності. Більш того, на нашу думку, її тлумачення виключно як правової свідомості юристів є одностороннім, неповним. Воно акцентує увагу на дослідженні проблем формування професійної правосвідомості, її взаємодії і взаємозв'язку з індивідуальною та суспільною правосвідомістю. У той час як питання „якості” професійної свідомості (притаманні їй спеціальні правові знання, переконання, навички, почуття, їх співвідношення, взаємодія з

іншими видами суспільної свідомості) залишаються в певному розумінні на другому плані.

Стосовно предмета і об'єкта професійної правосвідомості слід зазначити, що вони співпадають з предметом і об'єктом правової свідомості і є спільними для усіх її видів. Вважаємо, що предмет і об'єкт у даному випадку не збігаються. Об'єктом правосвідомості є людське буття взагалі в своїх ідеальному і матеріальному проявах, а предметом виступає правовий вимір цього буття. Отже, особливістю предмета правової свідомості є його складність – він містить явища як матеріального, так і ідеального порядку, які й складають правову дійсність як правовий вимір буття людини і суспільства.

Наступним важливим моментом у характеристиці професійної правосвідомості є з'ясування її суб'єкта. Деякі науковці дійшли висновку, що суб'єктом професійної правової свідомості можуть бути не тільки юристи (особи, які мають юридичну освіту і професійно займаються юридичною діяльністю), а й інші. Серед останніх, зокрема, називають осіб, котрі а) є фахівцями у відповідній неюридичній сфері, але здійснення ними „профільної” професійної діяльності певним чином пов'язане з правом (наприклад, директор підприємства, посада якого зобов'язує бути добре обізнаним у певних видах цивільно-правових договорів); б) не мають юридичної освіти, але їх діяльність пов'язана з правотворчою або правозастосовною діяльністю. На наш погляд, суб'єктом професійної правосвідомості може бути лише особа, яка є юристом за фахом і професійно займається юридичною практикою. Правова дійсність дедалі ускладнюється, що обумовлює необхідність спеціальної юридичної освіти для можливості займатися юридичною практикою. Водночас отримання такої освіти – лише перший етап формування професійної свідомості. Обов'язковим є другий етап – набуття юридичного досвіду, без якого процес формування професійної правосвідомості залишається незавершеним.

Якісна характеристика професійної правосвідомості потребує розкриття її особливостей як певних способів усвідомлення правової дійсності. Розвиненим і домінуючим компонентом в ній є емпірико-раціональний, або когнітивний. Когнітивний компонент професійної правосвідомості тісно пов'язаний з емоційно-психологічним, але останній не замінює і

не переважає над першим. Яскраво вираженим є праксиологічний характер професійної правосвідомості, який полягає в особливому підході до права як до інструмента юридичної діяльності. У процесі практичної юридичної діяльності розвивається юридичне мислення, правові знання переростають у відповідні переконання, формуються і вдосконалюються професійні навички, звички, традиції, розвивається так звана правова інтуїція.

Якщо казати про найбільш загальну функцію професійної свідомості як такої, то ми вважаємо, що нею є забезпечення збереження правопорядку даного суспільства і досягнення повного рівня існування і розуміння правової справедливості. З огляду на це доцільно включити в теоретичну модель професійної правосвідомості ціннісно-правові орієнтації як окремий її елемент. Йдеться про те, що професійній правосвідомості властиве не тільки знання базових правових цінностей, але й готовність втілювати їх у житті в процесі повсякденної юридичної практики.

Таким чином, професійна правосвідомість – це безпосереднє або опосередковане сприйняття правової дійсності в чуттєвих і розумових формах, яке характеризується цілісністю, системністю, практичною спрямованістю, призначене забезпечувати функціонування і розвиток правопорядку на базі існуючих правових цінностей, суб'єктом якого виступають особи, які мають спеціальну юридичну освіту і професійно займаються юридичною практикою.

Р.Г. Бондар, *ад'юнкт*

*Національний університет внутрішніх справ
МВС України*

ЗАГАЛЬНОСОЦІАЛЬНІ ГАРАНТІЇ ДЕПУТАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ

Поділ гарантій депутатської діяльності на загальні і спеціальні (А.О.Безуглов, Л.А.Нудненко) або на необхідну обстановку і гарантуючий механізм (Ю.Г.Просвірнін) є загальноприйнятим у конституційно-правовій теорії. Оскільки відносини щодо виконання депутатських повноважень

безпосередньо пов'язані з конституційним ладом, то загальні гарантії депутатської діяльності слід розглядати як конкретний прояв загальних гарантій конституції та конституційного ладу в цілому.

Деякі автори (зокрема, Л.А.Нудненко) вважають, що загальні гарантії можуть бути як правовими, так і неправовими. На наш погляд, такий підхід не є конструктивним, оскільки, з одного боку, призводить до термінологічних непорозумінь і вимагає розмежування понять „загальні правові гарантії” і „спеціальні правові гарантії”, а з іншого – обходить увагою той факт, що для загальних гарантій не має значення юридична форма їх закріплення. До того ж термін „неправові” у суспільній свідомості межує з поняттям „протиправні”, що істотно викривлює справжній зміст відповідних явищ. Загальні гарантії депутатської діяльності – це якісні характеристики суспільного ладу, які позитивно впливають на процес реалізації прав та обов'язків депутатів і створюють для цього необхідні умови. Звісно, найбільш суттєві риси суспільного ладу отримують правове (у тому числі й конституційне) закріплення, однак є явищами об'єктивними і відіграють свою гарантуючу роль навіть без закріплення у позитивному праві. Оскільки йдеться про фактичний стан суспільних відносин, а не про їх юридичну форму, то загальні гарантії більш доцільно називати загальносоціальними.

Загальносоціальні гарантії – це характеристики суспільного ладу, тому їх класифікацію доцільно здійснювати за підсистемами суспільного ладу – політичні, економічні, соціальні та духовно-культурні (ідеологічні). При цьому вони виступають як системні, історично змінювані явища, що всебічно відображають конкретний стан розвитку суспільства і держави.

До політичних умов забезпечення прав і обов'язків депутатів належать відповідні якісні характеристики політичної системи суспільства і держави як провідного суб'єкта цієї системи. Означені гарантії отримали досить повне закріплення в Конституції України як політико-правовому документі, насамперед в її першому розділі. Зокрема, демократичний характер Української держави (ст.1 Конституції України), норми Конституції про Український народ як єдине джерело влади, заборона узурпації влади (ст.5), поділ державної влади на

законодавчу, виконавчу і судову (ст.6), визнання й гарантування місцевого самоврядування (ст.7), визнання людини, її прав і свобод найвищою соціальною цінністю та обов'язок держави додержуватися й захищати права і свободи людини й громадянина (ст.3) і є тими загальними гарантіями політичного характеру, що забезпечують належні умови для реалізації депутатами своїх прав і обов'язків.

Проблема депутатських гарантій значною мірою обумовлена економічними причинами, адже права й обов'язки депутата мають спиратися на матеріальні можливості їх втілення. Економічні гарантії депутатської діяльності визначаються темпами економічного розвитку, зростанням виробництва, розвитком виробничо-технічної, технологічної, інформаційної бази та наявністю фінансових коштів і власності у членів суспільства. Основи економічних гарантій депутатської діяльності закріплені у ст.13 Конституції України, де йдеться про соціальну спрямованість економіки і рівність усіх суб'єктів права власності перед законом. Важливе значення має й проголошений у ст.15 Конституції принцип економічного плюралізму, що передбачає багатоманітність форм власності й форм господарювання, неприпустимість монополізму, сприяння конкуренції тощо. Такі підвалини економічної системи мають забезпечити стабільний економічний розвиток суспільства, невпинне зростання матеріально-фінансових можливостей держави, у тому числі й для створення оптимальних умов роботи депутатів.

Загальною гарантією депутатської діяльності є норма ст.1 Конституції України про соціальний характер Української держави. Завдання соціальної держави полягає у створенні умов, що забезпечують гідне життя й вільний розвиток людини. Забезпечення соціальних потреб пересічних громадян є необхідною передумовою для створення надійних соціальних гарантій і для депутатів, оскільки інший підхід суперечив би принципу рівноправності, демократизму й соціальної справедливості, викликав би незадоволення серед широких верств населення і тому тільки шкодив би депутатській діяльності, а не сприяв їй.

Проблеми реалізації прав та обов'язків депутатів значною мірою обумовлені низькою правовою культурою посадових осіб,

відсутністю реальної відповідальності за відхилення від норм права, неповагою й нехтуванням правом з боку посадових осіб і самих депутатів, невмінням і небажанням пересічних громадян користуватися своїми правами і захищати їх, впливаючи на діяльність народних представників. На жаль, в Україні загальною тенденцією є критичне ставлення громадян до існуючого на сучасному етапі розвитку України парламенту та до депутатів. Ефективність депутатської діяльності значною мірою залежить від таких духовно-моральних умов, як зростання рівня освіченості, культури членів громадянського суспільства, у тому числі й правової культури. Загальною гарантією депутатської діяльності є й ідеологічна багатоманітність, обумовлена неоднорідністю громадянського суспільства, свободою людини виражати свої погляди й брати участь у політичній діяльності (ст.15 Конституції). Депутати, будучи виразниками волі й інтересів різних класів і прошарків громадянського суспільства, мають бути вільними у висловлюванні й виборюванні своїх поглядів і переконань. Це необхідна умова реалізації представницької демократії.

Не можна з впевненістю стверджувати, що на сучасному етапі загальні гарантії депутатської діяльності реалізуються повною мірою. Через вплив багатьох негативних факторів вельми не просто забезпечити їх у нинішній ситуації, насамперед в умовах економічної нестабільності, крайньої поляризації населення за рівнем доходів, жорсткої конфронтації різних політичних сил, відсутності чіткої стратегії розвитку суспільства. Тому окрім гарантій спеціальних (організаційних, юридичних, інституційних, інформаційних тощо) потрібні й більш загальні гарантії, що створюють умови для нормального функціонування депутатів.

С.В. Петренко, здобувач

*Національний університет внутрішніх справ
МВС України*

ЩОДО ВИТОКІВ ПРАВА З ПОЗИЦІЙ РІЗНИХ ПРАВОВИХ ШКІЛ

Протягом довгого часу, який вимірюється не одним

століттям, наука, насамперед юридична, намагалася зрозуміти, що таке “право” і дати визначення його поняття.

Нині існує чимало формулювань поняття “право”, однак теорія не має з цього приводу єдиної позиції, відсутня згода між представниками різних правових шкіл щодо його визначення.

Досить поширеною була і є думка про те, що право і закон – тотожні поняття. Вона бере свої витoki з позитивної школи права, прибічники якої вважають, що єдиним джерелом права є закон та інші правові норми, які походять від публічної влади.

Наразі не створено будь-якої однієї правової школи, ідеї якої впливали б на вирішення проблеми визначення поняття права.

Так, прибічники природно-правової школи права вбачають, що первісні витoki права пов'язані зі свободою людської волі. До того ж вони проголосили існування природних, невід'ємних прав людини, які існували й існують незалежно і поза законами, виданими владою. Одним із основоположних для цієї школи є твердження про існування загального всесвітнього закону, який міститься у самій природі розуму, незмінного і такого, що не може бути скасованим.

Представники соціологічної школи права вбачають природу права у договорі. Правила договору, з їх точки зору, і є правом, яке тлумачиться ними як система правових відносин, зміст яких обумовлений відносинами володіння, власності, обміну.

Психологічна школа визначає основу права не як юридичні норми, створені законодавцем, а пов'язує це з психікою людини. Прибічники цієї школи стверджують, що право матиме місце тоді, коли в психіці суб'єкта є “імперативно-атрибутивне” переживання, тобто приписування собі певних прав, а іншим – обов'язків.

Історична школа права вбачає джерело права в духові народу і наголошує на існуванні поряд із законами такого джерела права, як звичай, в основі якого лежить не бездушний автоматизм звички, а “народне переконання” чи почуття внутрішньої необхідності. Навіть сама влада в якості постійної установи зобов'язана своїм виникненням серед іншого й звичаю, тобто звичці людей підкорюватися тому чи іншому правителю.

Отже, при визначенні поняття “право” в жодному разі не

можна ототожнювати його тільки з законом. Безумовно, в національній правовій системі України закону та іншим нормативним актам належить провідна роль, однак вони не є єдиним джерелом права.

Не можна розглядати право з точки зору тільки однієї якоїсь правової школи. Сучасна юриспруденція має синтезувати всі існуючі традиційні школи права. Кожна з правових шкіл вказує на свої джерела права, що певним чином впливає на національне право та правозастосовну діяльність. Нині у правознавстві окреслились тенденції конвергенції юридичного позитивізму та теорії природного права.

Законодавцем, а отже, і державою визнано, що відносини між особами можуть регулюватися не тільки законодавством, а й укладеним між особами договором. При цьому сторони можуть при укладанні договору відступити від положень законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Про це свідчать положення ст. 6 Цивільного кодексу України. Іншим офіційно визнаним джерелом права (ст. 7 Цивільного кодексу України, ст. 11 Сімейного кодексу України) є звичай. Таким чином, національне право має різні джерела, оскільки поряд із законом визнані такі джерела права, як договір та звичай, які не формуються законодавчим шляхом. Наступним кроком, на нашу думку, є вироблення в процесі дискусій критеріїв, які дозволили б визнати певну судову практику джерелом права, оскільки дана проблема більш-менш вирішена стосовно рішень Конституційного Суду України, однак гарячі спори викликає питання судової практики загальних судів.

В.В. Россіхін, аспірант

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ПЕНІТЕНЦІАРНА СИСТЕМА РОСІЙСЬКОЇ ІМПЕРІЇ В УКРАЇНІ

Значення каральної функції пенітенціарного відомства в нашій історії надзвичайно велике. Тюремне ув'язнення як покарання на практиці використовувалося протягом усього

історичного розвитку Російської держави, до складу якої входили й українські землі.

Ретроспективний аналіз джерел, що розкривають механізм виконання покарання у вигляді тюремного ув'язнення, свідчить про те, що останнє знайшло широке застосування ще у давні часи. Проте в Староруському кримінальному законодавстві тюремне ув'язнення не було основним видом покарання, а мало допоміжний характер.

У XVII – XVIII ст. відбуваються значні зміни в організації пенітенціарного інституту: зростає роль тюрми як засіб боротьби з класовими супротивниками існуючого ладу, створюються гамівні і робочі будинки. Альтернативою державним місцям ув'язнення стають монастирські тюрми для релігійних і політичних злочинців. Ув'язнення в них здійснювалося без судового вироку – за високим царським велінням або визначенням Синоду.

Остаточна каральна функція покарання у вигляді позбавлення волі утверджується в період закріплення і розвитку абсолютної монархії в Росії (друга половина XVII – XVIII ст.). У цей час тюремне ув'язнення, заслання на поселення і відправка в каторжні роботи, ув'язнення в монастир, в арештантські роти тощо знаходять широке застосування в практиці кримінального судочинства.

В епоху кризи абсолютизму і переходу до буржуазної монархії (кінець XVIII – початок XX ст.) вітчизняна пенітенціарна система піддалася реформуванню, що докорінним чином вплинуло на її подальшу історичну долю.

Покарання у вигляді позбавлення волі завжди асоціювалося з насильством і свавіллям з боку службовців тюремної адміністрації, а саме становище ув'язнених – безправним. Утримання в тюрмах супроводжувалося каліцицькими (виривання ніздрів, відрізання вух, носа, пальців рук) і тілесними покараннями (заковування в ручні й ножні кайдани, застосування рогаток, стільців, ланцюгів, колодок, биття різками, батогами, прутами, таврування, гоління голови і тощо), що свідчить про жорстоке поводження із засудженими. Місця позбавлення волі мали жахливий вигляд. Приміщення для утримання арештантів були брудними, сирими, темними, будівлі тюрем – старими, стіни тюремних камер – покриті цвілью і

грибком. Ув'язнені спали на дошках, а то й прямо на підлозі. У тюремних приміщеннях панувала тіснота. Через скупченість арештантів і антисанітарні умови їх утримання у тюрмах лютувала безліч інфекційних захворювань, люди страждали від вошей. Лікарняних ліжок у тюремних лазаретах не вистачало. Самі царські чиновники називали російські тюрми “школами і житлами пороку і розпусти”, “академіями злочинів”, в яких “хорошій людині досить пробути три дні, щоб остаточно зіпсуватися”.

Спираючись на зарубіжний досвід, поставивши перед собою завдання поліпшення умов утримання і побуту ув'язнених, передові верстви російської аристократії в 1819 р. добилися створення благодійної організації під назвою “Піклувальне товариство про тюрми”. Товариство поставило перед собою благородну мету – всіляко сприяти наданню матеріальної і духовної допомоги засудженим. У кожній губернії імперії були створені місцеві комітети і відділення Піклувального товариства. Незважаючи на те, що реальна допомога ув'язненим у тюрмах з боку цієї організації була невеликою, вона поза сумнівом зробила вагомий внесок в гуманізацію процесу відбування покарання засудженими. Членам товариства вперше в Росії вдалося визначити і певною мірою дослідити нагальні проблеми виконання кримінального покарання у вигляді позбавлення волі. Майже столітній досвід роботи Піклувального товариства про тюрми в узагальненому вигляді був неоціненним початковим матеріалом для реформ, спрямованих на перетворення тюремної системи Російської імперії у пенітенціарну. Товариство стояло біля витоків становлення цивілізованої пенітенціарної системи в Російській імперії в організаційному і правовому плані. Саме завдяки зусиллям Товариства в імперії почалося формування законодавчої бази виконання кримінального покарання у вигляді позбавлення волі. Багата історична традиція благодійності по відношенню до осіб, які скоїли правопорушення, заслуговує пильної уваги і може знайти широке застосування на стадії проведення реформ у галузі пенітенціарної справи в сучасній Україні.

Як і весь державний, соціально-економічний і політичний лад царської Росії, так і його каральне відомство напередодні великих реформ 60-70 рр. XIX ст. переживали глибоку кризу.

Царський уряд був вимушений вживати необхідних заходів для кардинальної реорганізації тюремної системи. У результаті проведених перетворень у 1879 р. відбулася централізація управління тюрмами. У складі Міністерства внутрішніх справ було створено Головне тюремне управління (*далі* – ГТУ), а в 1895 р., з урахуванням міжнародного пенітенціарного досвіду, воно перейшло під юрисдикцію Міністерства юстиції. У процесі тюремної реформи були ліквідовані гамівні і робочі будинки, арештантські роти і боргові тюрми, які вже не відповідали новим умовам соціально-економічного і політичного розвитку країни.

У зв'язку з дуже складними і великими завданнями, які стояли перед ГТУ, воно мало особливе правове становище в структурі МВС, що виявлялося перш за все у відомій самостійності даного підрозділу. Діяльність ГТУ мала багато напрямів, які найбезпосереднішим чином відображали всю складність адміністративної роботи в тюремній галузі. В цілому, незважаючи на різноманіття напрямів, діяльність ГТУ була підпорядкована вирішенню організаційно-правових завдань з метою впорядкування досить розрізненої і незадовільної тюремної галузі для перетворення її в єдину пенітенціарну систему на основі передового зарубіжного досвіду.

Консерватизм, домінуючий у політиці царату, і постійний брак коштів не дозволяли повною мірою використовувати пенітенціарний досвід передових західноєвропейських держав. Але за роки функціонування ГТУ були вироблені ті організаційно-правові основи діяльності тюремної системи, які були затребувані при всіх подальших політичних режимах.

Абсолютно новою структурною ланкою, що не має аналогів у зарубіжній пенітенціарній практиці, стало створення у складі ГТУ Тюремної інспекції. У березні 1890 р. з'явилися її місцеві органи – губернські тюремні інспекції. Завдяки інспекціям тюрми дійсно стали перетворюватися на пенітенціарні установи. З появою інспекцій виникли адміністративні органи, які взяли на себе всю повноту відповідальності за організацію тюремної справи на місцях, і, треба сказати, досягли в цьому успіху. Практика свідчила: там, де були інспекції, місця позбавлення волі утримувалися краще, тюремна служба організовувалася правильніше, кошти, що виділялися на тюрми, витрачалися раціональніше. Намітилася чітка тенденція

підвищення заробітку ув'язнених практично в усіх місцях позбавлення волі.

З підйомом у країні національно-визвольного, суспільно-політичного і революційного руху у 80-х рр. XIX ст. зростає роль каторжних тюрем (особливо Новоборисоглебської і Новобелгородської Харківської губернії).

Саме наприкінці XIX ст. розвиток одержують питання, пов'язані з виправленням арештантів, передбачаються сильніші стимули до правослухняної поведінки; чіткіше визначається коло дисциплінарних стягнень. З'являються елементи цілеспрямованої виховної роботи (крім використання священнослужителів). Певним чином зміцнюються гарантії правового становища арештантів, підтвердженням чому можуть служити норми про можливість застосування ряду стягнень тільки на основі колегіальних рішень.

Праця ув'язнених в українських губерніях імперії широко використовувалася не тільки для забезпечення життєдіяльності самих пенітенціарних установ (господарські, ремонтні, будівельні роботи), але й при розкорчовуванні лісу, осушенні боліт, сільськогосподарській обробці землі, переробці риби і морепродуктів, завантаженні-вивантаженні морських судів, будівництві залізниць, зведенні мостів, пристаней, проведенні ліній телеграфного зв'язку, доріг тощо. Наслідком важкого режиму утримання засуджених були їх часті втечі.

Щодо пенітенціарної системи українських губерній, то зрозуміло, що місця позбавлення волі на їх території становили невід'ємну частину пенітенціарної системи імперії, а їхня діяльність регламентувалася загальноімперським законодавством. Слід зазначити, що нові починання в тюремній сфері в них реалізовувалися навіть швидше, ніж в інших регіонах імперії, що обумовлювалося відносно близьким розташуванням до столиць імперії і високим освітнім рівнем місцевих чиновників тюремного відомства.

Проведення тюремної реформи з урахуванням соціально-економічних, культурних, освітніх, етично-моральних, історико-правових, політичних та інших особливостей російського життя забезпечувало впровадження нових засад в організацію тюремної справи. Проте події в країні на початку XX ст. не дозволили до кінця реалізувати задумане в пенітенціарній сфері, так само, як і в

інших сферах державного і суспільного життя.

На сучасному етапі продовжується процес вдосконалення кримінально-виконавчої системи у напрямі її демократизації і гуманізації. Україна, проголосивши курс на побудову правової держави, тим самим узяла на себе зобов'язання формування передового громадянського суспільства, частиною якого є цивілізована пенітенціарна система. Назріла гостра необхідність у використанні багатой історичної спадщини, набутої попередніми поколіннями, що, поза сумнівом, сприятиме ефективності процесів перебудови пенітенціарного відомства.

О.В. Ствба, асистент

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

СМИСЛ І ЗАСАДИ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА: ПРАВОВА СИТУАЦІЯ

Останнім часом філософія права почала стрімко розвиватися в Україні. Активно вивчаються проблеми співвідношення теорії і філософії права, філософії права і юридичної науки, значна увага приділяється також розвитку викладання філософії права у вищих юридичних навчальних закладах.

Разом з тим у багатьох правознавців існує досить скептичне ставлення до філософії права: з одного боку, від цієї дисципліни вимагають „високої теоретичності”, ставлячи завдання узагальнення та всебічного фундаментального охоплення всіх існуючих правових проблем, з іншого – дорікають надмірною абстрактністю і неможливістю дати конкретні поради, щоб вирішити нагальні питання сучасної правової дійсності.

Таким чином, філософія права немовби „розтягнута” поміж вимогами узагальнюючої абстракції та практичній користі. Зрозуміло, що сумістити їх неможливо. Вибрати якусь одну з них, знехтувавши іншою, вочевидь теж. Можна констатувати, що філософія права не спроможна ані дати конкретної поради щодо поліпшення існуючого стану речей (що може, наприклад, зробити соціологія права), ані здійснити „теоретичного синтезу” правових

знань, оскільки у філософії права щодо будь-якого питання існують принаймні декілька точок зору, які неможливо звести до якоїсь єдиної. Звідси в юристів і виникають сумніви щодо виправдання існування філософії права як такої, бо вона або дублює теорію права, або перетворюється на абстрактні спекуляції.

Та чи правомірні подібні вимоги до філософії права взагалі? Чи можна підходити до неї з тими ж критеріями, як і до інших правових дисциплін? Чи, може, філософія права має власний сенс та засади існування, які відрізняють її від них і виправдовують її буття?

У пошуках відповіді на ці запитання слід згадати історію загальної філософії. Як відомо, вона вже захищалася від подібних закидів і може запозичити свій досвід філософії права. Мова, звичайно, йде про спробу позитивістів (О. Конта, Г. Спенсера, Дж. Мілля) поставити під сумнів сенс існування філософії як такої, перетворивши її на „служанку науки”, яка несе методологічну „службу” і не претендує на щось інше. Загальновідомий і провал цієї спроби. Філософія виявилася досить „неслухняним феноменом”, який принципово не міг бути затиснутий у межах науки.

Сказане є справедливим і для філософії права. Вона, на відміну від правової науки, не є простою систематизованою сукупністю знань про закономірності існування державно-правових явищ. Вона завжди включає в себе щось більше за це. Що саме? Від цього і починається шлях до власного сенсу та засад філософії права.

Перш за все необхідно вказати, що, на відміну від науки, філософія не має справи з повсякденним впорядкуванням оточуючого світу. Вона не є „технологією” вироблення методів панування над природою (природничі науки) та собі подібними (гуманітарні науки). Можна припустити, якщо юридична наука є специфічним різновидом „виробництва” (наприклад, кримінальне право „виробляє” кримінальні закони), то філософія права є особливим способом осмислення існування людини у світі і поміж іншими, який нерозривно пов’язаний з цим існуванням, і єдине, що вона може „виробити”, – це певний досвід практики такого буття, досвід постановки і вирішення кола тих питань, які виникають перед людством протягом всієї його історії.

З цього випливає, що філософія права має власний специфічний смисл і засади існування, які „виправдовують” її перед іншими дисциплінами.

Питання про засади існування будь-якого феномену означає: що становить „фундамент” його буття, завдяки чому він взагалі може існувати, або, філософською мовою, які умови його можливості.

Як впливає із попередніх тверджень, підставою виникнення філософії права є певні питання, які постають перед людиною і на які вона змушена шукати відповідь. Вочевидь, це є специфічний клас питань, що не стосуються поліпшення умов біологічного існування (на їх вирішення спрямована наука). Це проблеми, що постають лише перед людиною.

Отже, фундаментальною засадою філософії права є людське існування. „Людяність” не є тут якоюсь психологічною характеристикою: мова йде виключно про специфіку буття. Стосовно людини таку специфіку складає усвідомлення власної смертності. Відповідно, внаслідок цього вона не може задовольнитися вирішенням повсякденних питань свого життя, а змушена шукати його сенс, який би виправдав її існування.

Пошук такого смислу потребує впорядкованого простору міжлюдських відносин, своєрідного „соціального космосу”, який, на відміну від „хаосу” „війни всіх проти всіх”, був би живильним середовищем для подібних розвідок. Адже ще в античності загальновизнаним було те, що філософія є продуктом вільного часу та „агори” – простору вільного дискурсу, проходження через який „дає життя” думці. Цей вільний час та простір створює право, яке, відповідно, є фундаментом будь-якого філософського осмислення. Невипадково майже у всіх класичних філософів – Платона, Аристотеля, Локка, Гоббса, Канта, Гегеля – філософія була нерозривно пов’язана з правом.

На питання, які людина вирішує в „модусі філософії”, не може бути якоїсь одної „вірної” відповіді – кожен має відшукати її сам. Це теж складає відмінність філософії права від науки: у науці має бути одна єдина „об’єктивна” відповідь, яку можна віднайти і передати іншим. Філософсько-правовий сенс, навпаки, є „невідчужуваним”: він є „продуктом” конкретно-унікального „випадку” осмислення людиною власної правової ситуації.

У феномені „правової ситуації” нерозривно поєднані

смысл та засади філософії права: смертне *спів*-буття з Іншими, впорядковане правом, яке („право”), в свою чергу, є „смыслом” – „тим, звідкіля нам щось стає зрозумілим” (М. Гайдеггер). Правова ситуація, таким чином, є специфічним „місцем зустрічі”, топосом *спів*існування людини та права. Отже, можна дійти висновку, що саме вона є „власною домівкою” правової філософії, в якій людина здійснює осмислення свого життя на основі права.

II. ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ЦИВІЛЬНОГО, ГОСПОДАРСЬКОГО ТА МІЖНАРОДНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

В.М. Ігнатенко, канд. юрид. наук, доцент
*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ДО ПИТАННЯ ПРО ПУБЛІЧНУ ОБІЦЯНКУ ВИНАГОРОДИ ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ КОНКУРСУ

Із прийняттям і введенням у дію нового Цивільного кодексу України (*далі* – ЦК України) значних змін зазнає правове регулювання зобов'язань із публічної обіцянки винагороди, одним із різновидів яких є зобов'язання публічної обіцянки винагороди за результатами конкурсу (публічний конкурс). Такі зобов'язання часто використовуються для визначення найкращого вирішення завдання шляхом змагання учасників конкурсу. Враховуючи позадоговірний характер зазначеного зобов'язання, що у свою чергу приводить до неможливості сторонами самостійно визначити свої права і обов'язки, дуже важливим вбачається визначення змісту зобов'язання в цивільно-правових нормах. З'ясування прав і обов'язків сторін також сприятиме вдосконаленню практики застосування зазначеного правового інституту.

Поняття “конкурс” широко використовується в суспільному житті. Так, згідно з п. 3 ст. 53 Конституції України

громадяни мають право безоплатно здобувати вищу освіту в державних і комунальних навчальних закладах на конкурсній основі. Конкурс використовується також для підбору кадрів і в цьому разі регулюється нормами трудового законодавства.

Конкурс (у буквальному перекладі з латини) означає зіткнення, зустріч. У цивільному праві – це змагання претендентів для виявлення кращих на право організації (або) здійснення діяльності, направленої на досягнення яких-небудь соціально-корисних цілей. Найчастіше в цивільному праві конкурс розуміють як: 1) різновид позадоговірних зобов'язань; 2) порядок укладення договорів; 3) конкурсне провадження – відповідне розподілення майна боржника в разі його неплатоспроможності. В останньому випадку конкурс виступає також як одна із форм проведення торгів з продажу в процедурі санації майна боржника як цілісного майнового комплексу (ч. 10 ст. 19 Закону України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом”). Згаданий закон у ст. 1 закріплює визначення конкурсних кредиторів як кредиторів за вимогами до боржника, що виникли до порушення провадження у справі про банкрутство, та вимоги яких не забезпечені заставою майна боржника. До конкурсних кредиторів належать також кредитори, вимоги яких до боржника виникли внаслідок правонаступництва за умови виникнення таких вимог до порушення провадження у справі про банкрутство. Враховуючи положення ст. 650 ЦК України, особливості укладання договорів на біржах, аукціонах, конкурсах тощо встановлюються відповідними актами цивільного законодавства.

Конкурс як різновид позадоговірних зобов'язань, а саме як вид публічної обіцянки винагороди, що передбачає порівнюваність результатів, регулюється ст. 1150 – 1157 ЦК України. Мета конкурсу полягає не лише у визначенні найкращого вирішення завдання, а й у застосуванні отриманого результату на практиці. Конкурс (змагання) має право оголосити фізична або юридична особа (засновник конкурсу). Залежно від залучення засновником конкурсу до участі в ньому або широкого загалу, або обмеженого кола осіб, визначених до оголошення конкурсу, публічні конкурси поділяються на відкриті й закриті. Оскільки сама назва конкурсу “публічний” свідчить про необмежене коло учасників, непослідовним виступає підхід

законодавця по віднесенню закритого конкурсу до публічного. Згідно з п. 3 ст. 1150 ЦК України засновник конкурсу має право запросити до участі в ньому персональних учасників (закритий конкурс). Переважна більшість учених не зараховувала закритий конкурс до позадоговірних зобов'язань. Так, О. С. Йоффе вважав, що закритий конкурс являє собою суму окремих договорів, які укладаються з кожним із пошукувачів, а Д.В. Боброва розглядала закритий конкурс як різновид договору замовлення. В юридичній літературі публічність як ознака цього зобов'язання вбачається одними авторами у зверненні до необмеженого кола осіб, а другими у тому, що обіцянка дається більше ніж одній особі. Більш точним є перший підхід. Отже, це зобов'язання передбачає невизначеність кола учасників на час оголошення конкурсу, тому закритий конкурс не може виступати різновидом публічного конкурсу.

Від публічної обіцянки винагороди без оголошення конкурсу публічна обіцянка винагороди за результатами конкурсу відрізняється формалізацією умов. Закон вказує на суттєві умови конкурсу, без дотримання яких публічний конкурс може бути визнаний у судовому порядку недійсним. Це предмет конкурсу і нагорода (премія), яка має бути виплачена переможцю. Предметом конкурсу виступає результат інтелектуальної, творчої діяльності, вчинення певної дії, виконання роботи тощо. Засновник конкурсу повинен сформулювати умови, які ставляться до завдання, і чітко викласти їх у публічному оголошенні або ж у персональному повідомленні. Другою суттєвою умовою конкурсу виступає нагорода (премія). Кількість призових місць, вид нагороди (сума премії) за кожне призове місце тощо визначається в умовах конкурсу. Важливо, щоб нагорода спеціально була передбачена, а не являла собою винагороду за трудовим договором або ж авторську винагороду. Нагорода (премія) може мати як матеріальний характер, так і моральний (моральне заохочення). Матеріально вона встановлюється як у грошовій, так і в іншій (негрошовій) формі. Остання повинна відповідати вимогам оборотоздатності (ст. 178 ЦК України).

У процесі проведення конкурсу засновник іноді змушений змінювати умови або взагалі припиняти його. Оскільки оголошення конкурсу є односторонньою угодою, то і зміна умов,

і відмова від проведення за своєю природою можуть бути лише одностороннім волевиявленням засновника. Згідно з ч. 1 ст. 1152 ЦК України засновник конкурсу має право змінити його умови лише до початку заходу, а після його початку ні, оскільки про це мусить бути оголошено в тому ж порядку, в якому було оголошено конкурс. Постає питання: що слід розуміти під початком конкурсу. Вірним буде вважати, що це перший день прийому робіт згідно з умовами конкурсу, тобто оголошення про зміни його умов повинно вийти принаймні напередодні зазначеного дня.

Особи, які виявили бажання взяти участь у конкурсі, але у зв'язку зі зміною його умов участь у ньому втратила інтерес для них або стала неможливою, мають право вимагати від засновника відшкодування витрат, що були понесені ними при підготовці до участі в конкурсі.

ЦК України передбачає право засновника конкурсу відмовитись від його проведення і виокремлює підстави та правові наслідки такої відмови (ст. 1153). По-перше, засновник конкурсу має право відмовитись від його проведення, якщо це стало неможливим за обставин, котрі від нього не залежать, наприклад, коли на конкурс надані роботи, що не відповідають його умовам, або надані кілька робіт, виконані однією особою, тощо. У цьому разі відмова не тягне для засновника будь-яких правових наслідків. По-друге, відмова засновника конкурсу з інших підстав викликає для нього обов'язок відшкодувати учасникам витрати, що були ними понесені при підготовці до участі в конкурсі. У цьому випадку закон захищає майнові права учасників, порушені, по суті, односторонньою відмовою від зобов'язання засновником. Законодавець не визначає форму оголошення про відмову від конкурсу, але виправданим буде доведення цієї інформації у такий же спосіб, як і про початок конкурсу.

Зобов'язання із публічного конкурсу у своєму розвитку проходить кілька етапів, які характеризуються вчиненням юридичних дій і зміною суб'єктів, причому засновник конкурсу не змінюється, а зміни відбуваються на іншій стороні. Конкурсне зобов'язання можна розподілити на три етапи:

1) оголошення конкурсу – односторонній правочин, з якого виникає абсолютне цивільне правовідношення між

засновником конкурсу і невизначеною множинністю уповноважених осіб;

2) надання робіт учасниками конкурсу його засновникам також є односторонніми правочинами. Абсолютне правовідношення трансформується у відносне, в якому учасник конкурсу здійснює своє право здати роботу засновнику і вимагати від нього розгляду й оцінки цієї роботи;

3) прийняття оціночного рішення. Засновник конкурсу може це робити самостійно або ж вдаватися до послуг спеціалістів у тій чи іншій галузі шляхом створення конкурсних комісій, журі (такі ж функції можуть виконувати організації). В останньому випадку може бути передбачено умовами конкурсу затвердження засновником рішення, яке прийняте конкурсною комісією, журі. Вважаємо, що прийняття оціночного рішення також виступає одностороннім правочином, хоча в юридичній літературі висловлена точка зору: це рішення – адміністративний акт. Переможцем конкурсу визнається особа, яка досягла найкращого результату, у порядку, встановленому засновником конкурсу. Результати конкурсу оголошуються так само, як про нього було оголошено. Зацікавлені особи можуть оскаржити до суду результати конкурсу.

М. Сібільов, канд. юрид. наук, доцент

Національна юридична академія України

ім. Ярослава Мудрого

ЗАГАЛЬНА ТА СПЕЦІАЛЬНА КЛАСИФІКАЦІЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОГОВОРІВ ЗА ЧИННИМ ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

Необхідність загальної та спеціальної класифікації договорів зумовлена, з одного боку, наявністю загальних рис, властивих їм як правочинам, а також ознак, які притаманні саме договорам і обумовлені зустрічним характером волевиявлень учасників, а з другого – їх багатоманітністю з точки зору правових наслідків, настання яких бажають сторони, послідовності їх досягнень тощо.

Оскільки договір є різновидом правочину, на нього

поширюється загальна класифікація правочинів на реальні й консенсуальні, відплатні й безвідплатні, абстрактні й каузальні, умовні, строкові, фідучіарні й біржові. Така класифікація договорів здійснюється з використанням тих самих критеріїв, які використовуються при відповідній систематизації правочинів, і тому вона може розглядатися як загальна. Спеціальна класифікація договорів здійснюється з використанням різних критеріїв.

Залежно від концентрації прав та обов'язків у сторін договору, як зобов'язання вони поділяються на односторонні та двосторонні. Якщо кожна з сторін має як права, так і обов'язки, договір є двостороннім, якщо ж одна сторона має тільки право, а друга сторона – тільки обов'язок, договір вважається одностороннім.

Враховуючи юридичну спрямованість та послідовність досягнення цілей, договори можна поділити на основні та попередні. Основний договір безпосередньо породжує права та обов'язки сторін, пов'язані з передачею майна, виконанням роботи, наданням послуги тощо. Попередній договір – це договір, сторони якого зобов'язуються протягом означеного строку (у певний термін) укласти основний договір у майбутньому на умовах, встановлених попереднім договором (ст. 635 Цивільного кодексу України (*далі* – ЦК України)). Безпосередньо з цього визначення випливає, що істотною умовою попереднього договору являється умова щодо строку (терміну) укладення основного договору, а з урахуванням вимог ч. 1 ст.638 ЦК України слід зауважити, що істотною умовою попереднього договору є ще й умова про предмет основного договору. Ці умови мають бути завжди визначені, оскільки саме вони надають йому сили попереднього договору. Непевність сторін відносно цих умов свідчить про відсутність їх волевиявлення на надання деяким домовленостям між ними сили попереднього договору (ч.4 ст.635 ЦК України). Відсутність у попередньому договорі інших істотних умов основного договору не є підставою вважати, що він не має сили попереднього договору, за умови, що в ньому встановлено порядок їх погодження при укладенні основного договору або якщо цей порядок встановлений актами цивільного законодавства. Це мусить бути обов'язковим для сторін договору. Попередній договір має укладатися в письмовій формі, а якщо основний

договір потребує нотаріального посвідчення, то й попередній договір повинен укладатися в такій формі. Оскільки попередній договір породжує зобов'язання між сторонами щодо укладення ними протягом означеного строку (у певний термін) основного договору, воно є обов'язковим для сторін і підлягає виконанню. Сторона, яка необґрунтовано ухиляється від укладення основного договору, передбаченого попереднім договором, відшкодовує другій стороні збитки, завдані простроченням, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства, яке є обов'язковими для сторін. Строковий характер зобов'язання, що породжується попереднім договором, зумовлює його припинення, коли основний договір не було укладено у встановлений строк (термін) або коли жодна сторона не направила другій стороні пропозицію про його укладення.

Залежно від підстав укладення, договори поділяються на вільні й обов'язкові. Дія принципу свободи договору визначає те, що більшість договорів, які укладаються в умовах ринкової економіки, є вільними, тобто такими, укладення яких пов'язано виключно з розсудом сторін. У разі, коли укладення договору є обов'язковим для сторін (сторони), йдеться про обов'язковий договір, який обмежує договірну свободу осіб. Серед обов'язкових договорів особливе місце посідають публічні договори. Згідно зі ст. 633 ЦК України публічним визнається договір, у якому одна сторона – підприємець взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться (роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо). Із цього легального визначення випливають наступні ознаки публічного договору. По-перше, стороною такого договору обов'язково виступає суб'єкт підприємницької діяльності (юридична особа чи фізична особа – підприємець). По-друге, зазначений суб'єкт здійснює такі види підприємницької діяльності, як продаж товарів, виконання робіт і надання послуг у сферах, повний перелік яких наведено в ЦК України. По-третє, названі вище види діяльності мають здійснюватися суб'єктом підприємництва по відношенню до кожного, хто звернеться до нього. Відсутність будь-якої із згаданих ознак свідчить про те, що договір не є публічним, а належить до вільних договорів. Сенс

виокремлення публічних договорів полягає в тому, що до них застосовуються спеціальні правила, які не поширюються на вільні договори. По-перше, умови такого договору однакові для всіх споживачів, крім тих, кому за законом надані відповідні пільги. По-друге, підприємець не має права надавати переваги одному споживачеві перед іншим щодо укладення договору, якщо інше не встановлено законом. По-третє, підприємець, за наявності у нього можливостей надання споживачеві відповідних товарів (робіт, послуг), не вправі відмовитися від укладення публічного договору, а у разі необгрунтованої відмови – він відшкодовує збитки, завдані споживачеві. По-четверте, при укладенні та виконанні публічного договору сторони (як суб'єкт підприємницької діяльності, так і його контрагент) повинні виконувати обов'язкові для них правила, встановлені актами цивільного законодавства у формі, наприклад, типових умов окремих видів публічних договорів. Умови публічного договору, які не відповідають правилам (обов'язковим для сторін при його укладанні і виконанні) або порушують правило щодо однаковості його умов для усіх споживачів, є нікчемними (ч.6 ст.633 ЦК України).

З огляду на способи укладення, договори поділяються на взаємоузгоджені договори та договори приєднання. При укладенні взаємоузгодженого договору його умови встановлюються (розробляються) сторонами договору. Договором приєднання згідно з ч.1 ст.634 ЦК України є договір, умови якого встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах. Він укладається лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому. Друга сторона не може запропонувати свої умови договору. Використання стороною-розробником формулярів або інших стандартних форм, з одного боку, є зручним і доцільним у випадках здійснення нею значного кола однакових (стандартних) дій, пов'язаних з наданням контрагентам послуг, зокрема, у сфері банківського обслуговування, перевезення пасажирів, побутового під'яду, прокату в значних обсягах. З другого боку, цей договір для сторони, що приєднується до нього, певною мірою небезпечний не тільки тому, що вона не впливає на зміст договору, а й через можливість зловживання другою стороною наданим їй правом щодо розробки і використання формуляру або

іншої стандартної форми. Саме тому закон передбачає певні гарантії захисту прав сторони, що приєдналася до договору, шляхом надання їй права вимагати зміни або розірвання договору приєднання у випадках, якщо: сторона цим договором позбавлена прав, які звичайно мала; цей договір виключає або обмежує відповідальність сторони, що розробила формуляр або іншу стандартну форму; цей договір містить інші умови, які є явно обтяжливими для сторони, що приєдналася до договору. При цьому сторона, яка приєдналася до договору, зобов'язана довести, що вона, виходячи зі своїх інтересів, не прийняла б цих умов за наявності у неї можливості брати участь у визначенні умов договору (ч.2 ст.634 ЦК України). З урахуванням особливостей підприємницької діяльності, зокрема її ризикового характеру, закон встановлює певні особливості здійснення вказаного права на зміну або розірвання договору приєднання, укладеного особою, яка займається підприємницькою діяльністю. Суть їх полягає в тому, що сторона, яка розробила і використала формуляр або іншу стандартну форму, може відмовити у задоволенні вимог щодо зміни або розірвання договору, якщо доведе, що сторона, яка приєдналася, знала або могла знати, на яких умовах вона приєдналася до договору(ч.3 ст.634 ЦК України).

Зважаючи на те, хто може вимагати виконання договору, останні поділяються на договори, що укладаються на користь їх учасників, та договори на користь третьої особи. Значна більшість договорів є такими, що укладаються на користь сторін, і право вимагати їх виконання належить лише сторонам договору. Договором на користь третьої особи виступає договір, у якому боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок на користь третьої особи, встановленої або не встановленої у договорі (ч.1 ст.636 ЦК України). За загальним правилом, якщо інше не передбачено договором або законом чи не впливає із суті договору, виконання договору має право вимагати як особа, що уклала договір, так і третя особа, на користь якої його було укладено. У тих випадках, коли за договором на користь третьої особи остання вимагає його виконання, боржник може висувати проти цього будь-які заперечення, що впливають із договору, які він міг би висунути, якщо ця вимога була пред'явлена не третьою особою, а кредитором, який уклав цей договір.

Виникнення у третьої особи права вимагати виконання договору є тією рисою, яка відрізняє договір на користь третьої особи від договору про виконання третій особі, за яким третя особа отримує виконання, але не має права вимагати його виконання, якщо боржник ухиляється від його виконання. Оскільки наданим третій особі правом вимоги щодо виконання договору, укладеного на її користь, вона може як скористатися, так і відмовитися від нього, ЦК України в ч.3 та ч.4 ст.636 закріплює два принципові правила, суть яких полягає в наступному: 1) третя особа виявила намір скористатися своїм правом, то з цього моменту сторони договору не можуть розірвати або змінити його без згоди третьої особи, якщо інше не встановлено договором або законом; 2) у разі відмови третьої особи від права, наданого їй за договором, сторона, яка уклала договір, може сама скористатися цим правом, якщо інше не впливає із суті договору.

Р.П. Бойчук, *канд. юрид. наук, доцент*
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ АКЦІОНЕРІВ

На рівень корпоративного управління кожного акціонерного товариства (*далі – АТ*) та на оцінку його інвестиційної привабливості впливає те, як забезпечується захист інтересів акціонерів, меншості акціонерів і чи забезпечується він взагалі. Чотирнадцятирічний національний досвід яскраво свідчить про недосконалість акціонерного законодавства, існуючих методів корпоративного управління й контролю, що призводить до частого порушення прав акціонерів, зловживань із боку посадових осіб АТ або крупними акціонерами. Тому виникає необхідність удосконалення правового регулювання вирішення таких протиріч, оскільки вони унеможливають або перешкоджають акціонеру реалізовувати свої корпоративні права і перш за все право на управління товариством. Так, удосконалення правового регулювання потребують наступні

питання.

1. Виключна компетенція загальних зборів акціонерів закріплена ст. 159 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України). Що стосується інших функцій, які передбачені ст. 41 Закону України “Про господарські товариства” і статутом АТ, то вони можуть бути делеговані спостережній раді або виконавчому органу товариства. При цьому таке делегування (згідно зі ст. 46 Закону України “Про господарські товариства”) може здійснюватися за рішенням загальних зборів акціонерів (що приймається простою більшістю і оформляється протоколом згідно зі ст.41 Закону). Таким чином, простою більшістю голосів акціонерів, які беруть участь у загальних зборах, можуть обиратися спостережна рада, виконавчий орган, із подальшою передачею цим органам функцій вищого органу, крім питань його виключної компетенції. А це значить відсторонення інших акціонерів (“меншості”) від вирішення таких питань, як визначення основних напрямків діяльності АТ і затвердження його планів і звітів про їх виконання; створення, реорганізація й ліквідація дочірніх підприємств, філій та представництв, затвердження їх статутів і положень; затвердження договорів (угод), укладених на суму, що перевищує вказану в статуті товариства; винесення рішень про притягнення до майнової відповідальності посадових осіб органів управління товариства; затвердження правил процедури та інших внутрішніх документів товариства, визначення організаційної структури товариства; вирішення питання про придбання АТ акцій, що ним випускаються; визначення умов оплати праці посадових осіб акціонерного товариства, його дочірніх підприємств, філій та представництв; прийняття рішення про припинення діяльності товариства шляхом реорганізації. Така ситуація призводить до односторонньої експлуатації капіталу АТ акціонерами, які володіють контрольним пакетом акцій, і до можливості обмеженому колу акціонерів вирішувати долю товариства та його майна.

2. Існуюче визначення виключної компетенції вищого органу не позбавляє ймовірності зловживань з боку виконавчого органу, нехтування більшістю інтересами меншості, заволодіння активами АТ. Так, усе це провокує недосконалістю чинного законодавства у визначенні поняття “статутний фонд

господарського товариства, дочірнього підприємства”, відсутністю закріплення в будь-яких документах поняття “афілійована особа в акціонерних відносинах”. Прийняття рішення про створення дочірнього підприємства належать до компетенції загальних зборів акціонерів. Проте однозначного визначення дочірнього підприємства в законодавстві не міститься. У такому випадку, якщо АТ приймає участь у створенні іншого господарського товариства (не акціонерного товариства), але його частка в статутному фонді нового товариства не перевищує п’ятдесяти відсотків, воно не є дочірнім такого АТ. При цьому законодавець закріплює, що види вкладів до статутного фонду господарського товариства визначаються самими засновниками. Однак законодавець не закріплює принципу відповідності й належності цих вкладів, направленості на формування цілісного майнового комплексу. Це призводить на практиці до того, що статутні фонди формуються майном, яке фактично в подальшому не використовується в господарській діяльності, або цінними паперами, що не мають ринкової вартості, яка задекларована в установчих документах. Ці обставини роблять можливим вивод основних засобів АТ без відома вишого органу шляхом створення інших господарських товариств, статутні фонди яких формуються окремими акціонерами або їх “представниками” (афілійованими особами) господарчо непридатним майном або знеціненими цінними паперами.

3. Законодавець визначає суб’єктів ініціювання і підстави скликання позачергових зборів акціонерів, їх процедуру. Практика свідчить про недосконалість правового регулювання порядку скликання загальних зборів акціонерів. Перш за все, вважається недоцільною в нинішніх економічних умовах монополізація права на скликання загальних зборів акціонерів виконавчим органом із наступних причин. Виконавчим органом АТ (ст. 47 Закону) є, як правило, колегіальний орган – правління або інший орган, визначений статутом АТ. При цьому ст.48 цього Закону (ст. 161 ЦК України) закріплює, що головою та членами виконавчого органу можуть бути особи, які перебувають із товариством у трудових відносинах. Таким чином, право виконувати функції члена правління або голови правління напряму пов’язується з трудовими відносинами. Такий стан справ

може призвести до того, що правління як колегіальний орган може припинити своє існування (якщо члени правління припинять трудові відносини з АТ). При цьому ні спостережна рада, ні ревізійна комісія, ні голова правління одноосібно не тільки не зобов'язані, але й не наділені правом приймати рішення про скликання і скликати вищий орган АТ. На перший погляд ст. 45 Закону передбачає вихід із такої ситуації, закріплюючи, що “акціонери, які володіють у сукупності більш як 10 відсотками голосів, мають право вимагати скликання позачергових зборів у будь-який час і з будь-якого приводу. Якщо протягом 20 днів правління не виконало зазначеної вимоги, вони мають право самі скликати збори відповідно до вимог частини першої ст. 43 цього Закону”. Існуюче положення, особливо у випадках, коли акції розподілені невеликими пакетами серед значної кількості акціонерів (що часто зустрічається в АТ, які створені в процесі приватизації), утрудняє можливість реалізації акціонерами своїх прав на управління АТ, оскільки сам процес потребує матеріальних і людських ресурсів, а правом безпосередньо використовувати кошти АТ такі акціонери не наділені.

4. Неврегульованим залишається питання про можливість відмови від скликання загальних зборів акціонерів у випадку, коли про їх скликання прийнято рішення й акціонери повідомлені. Так, потреба скликання загальних зборів правлінням на вимогу спостережної ради, ревізійної комісії або акціонерів з подальшою відмовою від їх скликання дає можливість затягувати певним групам акціонерів чи виконавчому органу прийняття рішень, які належать до компетенції загальних зборів акціонерів, а значить, існує ймовірність дестабілізації діяльності АТ, зниження його конкурентноздатності тощо.

Для гарантування змоги акціонерам ефективно реалізувати свої права у зв'язку із загальними зборами вважаю за необхідне:

- детальніше визначити поняття “статутний капітал товариства” та порядок його формування з урахуванням принципу відповідності й належності внесків;
- розширити коло повноважень, що є виключною компетенцією загальних зборів акціонерів і які не можуть бути передані іншим органам управління;
- дедалі утверджувати спостережну раду як орган

управління товариством із забезпеченням представництва в ньому різних груп акціонерів;

- з'ясувати порядок делегування окремих повноважень загальних зборів акціонерів іншим органам управління;
- визначити статус посадових осіб органів управління;
- деталізувати повноваження ревізійної комісії;
- скасувати монополію виконавчого органу на скликання загальних зборів акціонерів, закріпивши таке право також за спостережною радою і ревізійною комісією, а в разі припинення їх діяльності на керівників цих органів.

Законодавчо закріпити й гарантувати акціонерам:

– своєчасність отримання інформації про дату, час, місце проведення зборів та їх порядок денний, а також повну інформацію щодо питань, які мають вирішуватись під час проведення зборів.

– обов'язковість надання інформації та матеріалів стосовно загальних зборів згідно з вимогами чинного законодавства;

– необхідність зафіксувати у статуті або внутрішньому положенні товариства, що приймається загальними зборами акціонерів, порядку надання матеріалів, пов'язаних із питаннями порядку денного;

– строк до дня проведення загальних зборів, за який усі матеріали, пов'язані з порядком денним, мають бути готовими для ознайомлення з ними акціонерів і який необхідний для аналізу матеріалів, отримання консультацій та, у разі необхідності, висунення пропозицій до порядку денного;

– завчасне інформування акціонерів про осіб, яких планується висунути як кандидатів до складу органів товариства, для ознайомлення з основною інформацією про цих осіб, у тому числі з їх біографіями;

– вимоги до пропозицій акціонерів щодо порядку денного, підстави для відмови від включення пропозицій акціонерів та порядок повідомлення про відмову акціонерів, які висували пропозиції (перелік підстав для відмови від включення пропозицій акціонерів до порядку денного має бути вичерпним і таким, що не дозволяє його розширено тлумачити).

– забезпечення контролю за реєстрацією акціонерів для участі у зборах та максимального представництва акціонерів під

час висуення кандидатів до складу лічильної комісії.

Р.М. Замуравкина, ассистент
Национальная юридическая академия Украины
им. Ярослава Мудрого

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТНОШЕНИЙ НАЙМА ЖИЛЬЯ

В настоящее время различаются два вида найма жилья – потребительский и коммерческий.

Потребительский найм является средством распределительного порядка обеспечения граждан жильем в домах государственного и коммунального (публичных) жилищных фондов. На условиях потребительского найма жилье предоставляется только тем из них, кто в установленном законом порядке признан нуждающимся в улучшении жилищных условий.

На сегодняшний день отношения потребительского найма жилья регулируются принятым еще в советское время жилищным законодательством – Жилищным кодексом и целым рядом подзаконных нормативных актов. Тем не менее в настоящее время проводится активная работа по обновлению жилищного законодательства путем принятия нового Жилищного кодекса Украины (*далее – ЖК Украины*).

Следует признать, что за советский период был накоплен значительный опыт в регулировании распределительных жилищных отношений. Он должен лечь в основу подготовки проекта нового ЖК Украины. Так, в дальнейшем регулирование отношений потребительского найма жилья должно осуществляться на кодификационном уровне и только в исключительных случаях проводиться органами исполнительной власти. Это приведет к значительному сокращению числа подзаконных нормативных актов и в итоге исключит ведомственный подход при решении тех или иных вопросов.

В отличие от потребительского найма, коммерческий найм служит дополнительным средством удовлетворения жилищной потребности граждан в пределах рыночных

отношений. На условиях коммерческого найма жилые помещения предоставляются в домах частного жилищного фонда. По своей природе отношения коммерческого найма жилья являются товарно-денежными отношениями, которые входят в общую систему имущественно-стоимостных отношений, регулируемых гражданским правом. Поэтому, когда был принят новый Гражданский кодекс Украины 2003 г. (*далее* – ГК Украины), правовые нормы, которые регулируют отношения коммерческого найма жилья, закреплены в гл. 59 ГК Украины “Наем (аренда) жилья” (ст. 810 – 826).

При определении источника правового регулирования отношений коммерческого найма жилья все обстоит далеко не так просто, как это может показаться на первый взгляд. Глава 59 ГК Украины начинается ст. 810 “Договор найма жилья”. Часть 3 этой статьи устанавливает правило, согласно которому к договору коммерческого найма жилья применяются положения ГК Украины только в том случае, если иное не установлено законом. Напрашиваются следующие выводы: во-первых, отношения коммерческого найма жилья могут регулироваться не только ГК Украины, но и другим законом; во-вторых, в этом случае нормы другого закона будут иметь приоритет по сравнению с нормами ГК Украины.

Как отмечается в юридической литературе, таким законом может стать новый ЖК Украины. Это будет комплексный кодификационный акт, который призван регулировать весь спектр жилищных отношений, в том числе и отношения коммерческого найма. Поэтому именно в расчете на нормы нового ЖК Украины и была составлена ч. 3 ст. 810 ЦК Украины. Однако такое обоснование положения этой статьи вызывает возражение. Если предположить, что новый ЖК Украины будет регулировать отношения коммерческого найма жилья, то он не сможет регулировать их иначе, чем ГК Украины. Ведь в соответствии с ч. 2 ст. 4 ГК Украины субъект права законодательной инициативы, представивший в Верховную Раду Украины проект нового ЖК Украины, регулирующий гражданские отношения (в данном случае отношения коммерческого найма) иначе, нежели ГК Украины, будет обязан одновременно представить проект закона о внесении изменений в ГК Украины. Представленный проект нового ЖК Украины будет

рассматриваться одновременно с соответствующим проектом закона о внесении изменений в ГК Украины, а именно в нормы гл. 59 “Найм (аренда) жилья”. Таким образом, законодатель принял все меры, чтобы одни и те же отношения не регулировались различными нормативными актами. Если же отношения коммерческого найма разъясняются абсолютно одинаково новым ЖК Украины и ГК Украины, то будет ли необходимость в таком регулировании? Ведь следует избегать буквального совпадения норм жилищного законодательства не только в одном, но и в разных нормативных актах (в данном случае в ГК Украины и ЖК Украины). В противном случае это только создает трудности для правоприменительной практики.

Следует отметить, что положение ч. 3 ст. 810 ГК Украины само содержит противоречия. В настоящее время отношения коммерческого найма также регулируются двумя кодексами – ГК Украины (2003 г.) и ЖК Украины (1983 г.). В последнем нормы гл. 6 (ст. 150 – 174) посвящены найму жилья в домах (квартирах) частного жилищного фонда (по современной терминологии – это коммерческий найм жилья). Сам по себе факт регулирования отношений найма жилья этими двумя кодификационными актами не вызывает каких-либо проблем. В случае возникновения коллизий между нормативными актами жилищного законодательства (ГК Украины и ЖК Украины) следует исходить из того, что последующий закон всегда отменяет действие закона предыдущего в той части, в которой предыдущий закон противоречит последнему. Однако это правило действовало бы только в том случае, если бы не было положения, установленного ч. 3 ст. 810 ГК Украины. Последнее содержит прямое указание на то, что нормы ЖК Украины подлежат приоритетному применению по сравнению с нормами гл. 59 ГК Украины. Таким образом, нормы принятого еще в советское время и не отвечающего потребностям сегодняшнего дня ЖК Украины имеют высшую юридическую силу по сравнению с нормами нового ГК Украины. А это нонсенс. В этой связи представляется целесообразным ч. 3 ст. 810 ГК Украины исключить.

О.А. Беляневич, докторант

ВИДИ ДЖЕРЕЛ ГОСПОДАРСЬКОГО ДОГОВІРНОГО ПРАВА

Поняття “джерело права” є одним із найбільш дискусійних у теорії права, оскільки воно безпосередньо пов’язано із проблемою праворозуміння і визначенням поняття “право”. Отже, як і саме право, джерело права слід характеризувати одночасно в різних аспектах. У теорії господарського права, складовою якого виступає господарське договірне право, відсутні єдині підходи до розуміння його джерел та їх видів. Разом із тим природа господарського договору як засобу саморегуляції відносин, що складаються між суб’єктами господарювання, зумовлює необхідність дослідження джерел господарського договірного права: якщо такими вважати лише певну систему нормативно-правових актів, то проблематика господарських договірних відносин буде зведена лише до аналізу актів законодавства. Проте господарський договір не є і, власне, ніколи не був (навіть в умовах планово-розподільчої економіки) суто позитивістським феноменом, адже радянським законодавством визнавалися й непоіменовані (іншими словами нормативно не врегульовані) договори. У разі, коли він описується як синтетична соціальна модель, виділяється загальна проблема соціального й індивідуального. Потрібен пошук оптимальних способів поєднання в цій соціальній моделі вимог, що йдуть від суспільства, із вимогами, що виходять від індивіда. Це зумовлює дослідження всієї сукупності джерел господарського договірного права.

Джерела господарського договірного права поділяють на два основні види. До першого виду можна віднести *позитивістські* джерела, тобто ті, що закріплені в нормах чинного законодавства (джерела в спеціально-юридичному значенні, формально-юридичні). Вони збігаються із формою права як способом внутрішньої організації та зовнішнього виразу правил поведінки, що містяться в нормах права. *Непозитивістські* (соціальні) – це джерела, які існують у якості певних фактів соціальної, у тому числі правової, дійсності.

Особливою характеристикою соціальних джерел є визнання їх державою як таких або безпосередньо (як, зокрема, звичаїв, у тому числі звичаїв ділового обороту, за умови несуперечності їх договору або актам цивільного законодавства – ст. 7 Цивільного кодексу України (*далі* – ЦК України), або опосередковано (зокрема, суд може оцінити дії сторін як такі, що порушують загальні засади цивільного законодавства – справедливність, розумність, добросовісність, а також моральні засади суспільства, а це вплине на кваліфікацію договору як недійсного).

Джерелами (формами) господарського договірної права першої групи вважаються закони та нормативно-правові акти, серед яких особливе місце посідають типові та примірні договори. До джерел другої групи необхідно віднести насамперед звичаї, у тому числі звичаї ділового обороту, правові стандарти (розумність, добросовісність, справедливність), судову практику.

Слід позитивно оцінити розширення систем джерел цивільного права в ЦК України 2003 р. (ст.ст. 4, 7 ЦК України) порівняно із ЦК УРСР. Водночас при кодифікації господарського законодавства питання джерел господарського права значною мірою залишилося поза увагою законодавця, оскільки за змістом ст. 7 Господарського кодексу України (*далі* – ГК України) регулювання господарської діяльності здійснюється лише актами законодавства, які перелічені у відповідній послідовності (Конституція України, ГК України, закони України, нормативно-правові акти Президента України і Кабінету Міністрів та інші нормативно-правові акти). Звичай ділового обороту, що протягом багатьох сторіч був чи не головним джерелом торгового права, у ГК України навіть не згадано. Зважаючи на те, що регулювання майнових зобов'язань, які виникають між учасниками господарських відносин, здійснюється нормами ЦК України з урахуванням особливостей, передбачених ГК України, необхідно визначитися із місцем звичаю ділового обороту в системі джерел господарського договірної права.

Правила процесуального закону (зокрема, ст. 4 Господарського процесуального кодексу України) щодо законодавства, на підставі якого вирішуються спори, мають важливий смислоутворюючий контекст для судової діяльності як такої, оскільки їх дотримання є передумовою реалізації конституційного принципу верховенства права та законності як

однієї з основних засад судочинства (ст. 8, 129 Конституції України). Разом із тим правило ст. 7 ЦК України про можливість регулювання цивільних відносин звичаєм, у тому числі звичаєм ділового обороту, не підкріплено відповідною процесуальною нормою. Як на цей час, так і на майбутнє, законодавець допускає обмежене застосування звичаю при здійсненні господарського судочинства: господарський суд може застосувати звичаї лише у справах за участю іноземного суб'єкта підприємницької діяльності. Такими можуть бути лише ті звичаї, які загальноприйняті в міжнародному торговельному обороті, причому обов'язковою умовою цього є відсутність законодавства, що регулює спірні відносини за участю іноземного суб'єкта господарської діяльності, або наявність угоди сторін.

Окремої уваги потребують такі джерела, існування яких раніше однозначно заперечувалося, але які в умовах конвергенції сучасних правових систем, зокрема євроінтеграційних процесів, об'єктивно з'являються й поступово визнаються законодавцем і правовою доктриною. Це насамперед прецедентна практика Європейського суду із прав людини. Крім того, потребує теоретичного обґрунтування й дослідження таке джерело договірної права, як правотлумачна діяльність Конституційного Суду України та узагальнююча практика вищих судових інстанцій України.

В.І. Крат, аспірант

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ПЕРЕВАЖНЕ ПРАВО АКЦІОНЕРА НА КУПВЛЮ АКЦІЙ ДОДАТКОВОГО ВИПУСКУ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Трансформація основоположних засад правового регулювання приводить до виникнення нових і змін існуючих цивільно-правових інститутів. Саме таким правовим утворенням є переважні права, які мають широку сферу застосування у речових, зобов'язальних та корпоративних правовідносинах.

Одним із видів переважних прав виступає право переважної купівлі акціонерами акцій додаткового випуску (ч. 3 ст. 156 Цивільного кодексу України (*дали* – ЦК України).

Це право одночасно виникає в континентальній та англосаксонській системі права. Акціонерне законодавство Нью-Йорка проголошувало, що при збільшенні основного капіталу компанії кожному акціонеру може бути надано знову випущених (new stock) акцій на суму номінальної вартості приналежних йому акцій попереднього випуску. Німецьке законодавство з цього приводу передбачало надання кожному акціонеру на його вимогу визначеної частини знову випущених акцій, відповідно до його частки в первісному статутному капіталі, якщо інше не визначено постановою про випуск додаткових акцій (ст. 282 Цивільного Уложення). Проект Італійського Торгового Кодексу (ст. 218) закріплював переважне право акціонерів на придбання знову випущених акцій у кількості, пропорційній наявним у кожного акціонера акціям, крім отриманих за натуральні внески. Законодавче регулювання на етапі становлення цього права відзначається лише констатацією можливості застосування переважного права, а вся подальша процедура його реалізації повинна відбуватися в постанові загальних зборів про збільшення капіталу товариства.

У 50 – 90 рр. ХХ ст. прийняття нормативних актів, що регламентували діяльність акціонерних компаній як в континентальному, так і загальному праві, змінило правила регулювання переважного права на придбання акцій додаткового випуску. Англійський закон про компанії 1985 р. (ст. 89 – 96) детально описав права акціонерів, які були власниками простих акцій (ordinary shares), на придбання нових акцій пропорційно кількості наявних у них цих цінних паперів. Акції, що додатково випускаються, повинні бути запропоновані акціонерам на більш вигідних умовах, ніж третім особам.

Акціонерний закон Німеччини 1965 р. закріпив переважне право на придбання нових акцій як за допомогою коштів, так і майнових внесків. При тлумаченні ст. 29 Другої директиви ЄС 77/91 у рішенні Європейського суду в справі „Siemens” було встановлено, що у разі збільшення статутного капіталу АТ акціонери мають переважне право придбання нових акцій пропорційно приналежній їм частині капіталу. Таке право,

однак, передбачається лише у випадку збільшення капіталу за рахунок грошових внесків. Німецьке право наділяє акціонера зазначеним переважним правом і в тому випадку, коли капітал був збільшений за рахунок майнового внеску. У справі „Siemens” виникло питання про відповідність цього правила ст. 29 Другої директиви. Європейський суд визнав німецьку норму такою, що не суперечить цьому закону, оскільки ця норма, на думку Суду, відповідає меті цієї директиви, яка полягає в тому, щоб гарантувати дієвий захист акціонерів. Європейське законодавство містить тільки загальні правила виникнення та реалізації переважного права акціонерів на придбання додаткових акцій, характеризується відсутністю механізму захисту згаданого права, а детальне регулювання цього права віддає на розсуд загальних зборів акціонерних товариств.

Чинний ЦК України лише закріплює можливість встановлення переважного права акціонерів на придбання акцій, що додатково випускаються товариством, у випадках, передбачених статутом товариства і законом (ч. 3 ст. 156 ЦК України). Закон України „Про господарські товариства” (ст. 38) зазначає, що акціонери користуються переважним правом на придбання додатково випущених акцій. Тільки у ст. 6 Закону України „Про цінні папери та фондову біржу” встановлюється, що протокол рішення про випуск акцій повинен містити переважне право на придбання акцій нової емісії. Проте згадані норми не мають чіткого механізму реалізації цього права, можливості його захисту та відповідальності за його порушення, що викликає проблеми при його здійсненні.

Однією з них є можливість застосування правил, які передбачені для спільної часткової власності та способів захисту у випадку порушення цих прав. Між тим видається, що найбільш вдалим засобом вирішення зазначеної проблеми є фіксація механізму реалізації переважного права акціонера і способу його захисту при порушенні, у тому числі відповідальності на рівні законодавчого акта – Закону України „Про акціонерні товариства”, надавши засновникам товариства (а в подальшому загальним зборам) максимальний рівень „диспозитивності” при зміні законодавчих положень щодо запровадження переважного права акціонера на придбання акцій нового випуску. При цьому за допомогою імперативних норм необхідно встановити основні

вимоги: 1) обмеження існування цього права преклюзивним (присікальним) строком, який діє з моменту, коли носій переважного права дізнався про існування цього права, тобто необхідно регламентувати вимоги до змісту повідомлення акціонерів про виникнення в нього переважного права та порядку його здійснення (акціонер, який має намір реалізувати своє переважне право, повинен подати товариству в установлений строк письмову заяву про придбання акцій); 2) специфічність захисту, єдиним способом якого є позов про переведення прав і обов'язків покупця на акціонера, який бажає реалізувати своє переважне право; 3) закріплення принципу пропорційності купівлі акцій (акціонер має переважне право на придбання акцій при новій емісії, залежно від частки належних йому акцій); 4) відсутність диференціації на майнову та грошову оплату в разі оголошення переважного права; 5) встановлення норми, що тільки загальні збори можуть прийняти рішення про незастосування переважного права більшістю у три чверті голосів акціонерів, які є власниками акцій, що надають таке право.

Проблематика переважних прав у корпоративних правовідносинах потребує подальшого опрацювання та вдосконалення для дієвості їх реалізації.

В.К. Антошкіна, аспірантка
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

СПАДКОВИЙ ДОГОВІР ПОДРУЖЖЯ

Серед договорів, покликаних урегулювати майнові відносини чоловіка та дружини, можемо назвати і спадковий договір. Хоча в сімейному законодавстві він прямо не передбачений, проте ст. 1302 Цивільного кодексу України (*далі* – ЦК України) визначає подружжя як специфічний суб'єкт цього договору. Враховуючи новизну згаданого правочину та його недостатнє висвітлення в науковій правовій літературі, вважаємо за потрібне з'ясувати правову природу цього договору більш

детально.

Згідно зі ст. 1302 ЦК України спадковий договір – це договір, за яким одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача) і в разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача. За своїми правовими характеристиками цей правочин є одностороннім, відплатним, консенсуальним.

Виходячи з визначення, суб'єктами договору є відчужувач і набувач майна. Відчужувачем за спадковим договором може бути тільки фізична особа. У цьому договорі на стороні відчужувача виступають також співвласники майна, зокрема подружжя. У такому випадку об'єкт договору буде мати свої особливості, зумовлені режимом подружнього майна. Набувачем у спадковому договорі, як зазначено в ч. 2 ст. 1303 ЦК України, вважається юридична або фізична особа (проте не кожна фізична особа, а лише та, яка має повну цивільну дієздатність). Такого висновку дійшли, пам'ятаючи, що від набувача за умовами спадкового договору вимагається виконання певних дій.

Такі дії набувача у спадковому договорі мають майновий або немайновий характер. Це суттєво відрізняє його від договору довічного утримання. Передбачені правочином дії можуть вчинятися як до відкриття спадщини, так і після і проявлятися в наступному: набуття для відчужувача і передача йому певного майна, догляд за майном, виконання на його користь певної роботи чи надання послуги, піклування про відчужувача та його родичів, здійснення після його смерті належного утримання та догляду за свійськими тваринами небіжчика тощо.

Вважаємо за доцільне більш детально проаналізувати також питання, які стосуються майна, що переходить у власність набувача після смерті відчужувача.

Виходячи зі змісту ст. 1303 ЦК України, слід констатувати, що термін “майно” використовується тут у вузькому значенні, тобто як річ або їх сукупність. Відповідно, не можуть бути предметом спадкового договору особисті немайнові права, речові права на чуже майно (емфітевзис, суперфіцій, сервітути) тощо.

Як зазначено у ст. 1306 ЦК України, у тих випадках, коли у спадковому договорі відчужувачем виступає подружжя,

предметом його може бути майно, яке належить на праві приватної власності одному з подружжя, а також майно, що належить чоловіку та дружині на праві спільної власності.

У першому випадку суб'єктом договору є не подружжя пара, а лише один із подружжя. У такому разі головна проблема полягає у встановленні обставини: чи дійсно майно, що є предметом спадкового договору, знаходиться тільки у власності відчужувача.

Щоб пересвідчитися в цьому, нотаріус повинен при оформленні спадкового договору вимагати, щоб відчужувач надав відповідні документи, котрі підтверджують існування у нього права власності на майно, що є предметом цього договору.

Якщо предметом спадкового договору виступає майно, яке належить подружжю на праві спільної сумісної власності, то договір має певну специфіку.

При визначенні того, чи є майно у спільній сумісній власності, слід виходити із загального припису ч. 3 ст. 368 ЦК України, згідно з яким майно, набуте подружжям за час шлюбу, є їхньою спільною сумісною власністю, якщо інше не встановлено договором або законом.

Подружжя в спадковому договорі може передбачити, що в разі смерті одного з них майно переходить до другого, а в разі смерті другого його майно переходить до набувача за договором.

Отже, проаналізувавши наведене вище, можемо дійти висновку, що предметом спадкового договору є як дії (виконання робіт, надання послуг тощо), так і придбання права власності на майно відчужувача набувачем.

Не менш важливим вважається питання форми спадкового договору. Згідно зі ст. 1304 ЦК України цей правочин укладається в письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню. Законодавець встановив для спадкового договору письмову форму й обов'язкове нотаріальне посвідчення (ст. 1304 ЦК України), виходячи з того, що цей вид договору тягне серйозні майнові наслідки для обох його сторін та інших осіб (наприклад, для потенційних спадкоємців за законом), і бажаючи створити достатньо надійні процедурні гарантії.

Для подружніх пар існують особливості в процедурі укладення спадкових договорів щодо спільного майна: а) якщо договір укладають обидві сторони подружжя, то вони разом

підписують договір; б) якщо договір укладає одна сторона, то для посвідчення договору буде необхідна згода іншої, оформлена у відповідному до закону порядку.

Зміна і припинення спадкового договору відбуваються на загальних або спеціальних підставах. Стосовно спадкового договору спеціальні вимоги конкретизовані у положеннях ст. 1308 ЦК України, яка передбачає, що спадковий договір може бути розірваний в односторонньому порядку, як на вимогу відчужувача, так і на вимогу набувача. Зокрема, спадковий договір може бути розірваний судом на вимогу відчужувача у разі невиконання набувачем його розпоряджень, а також на вимогу набувача в разі неможливості виконання ним розпоряджень відчужувача. Так, якщо договір змінений або розірваний у зв'язку з істотним порушенням однією із сторін, друга сторона може вимагати відшкодування збитків, завданих цими діями (ст. 22 ЦК України).

Виходячи зі специфіки договору, законодавець намагався забезпечити його виконання за допомогою спеціальних засобів. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 1307 ЦК України нотаріус, який посвідчує спадковий договір, накладає заборону відчуження на майно, що є його предметом. Суть заборони на відчуження об'єкта нерухомого майна – перешкоджання вільному розпорядженню майном. Коли на майно накладено заборону на його відчуження, то власник не може розпорядитися ним, оскільки втрачає один із елементів права власності – розпорядження цим майном, або ж не має права розпорядитися ним без дозволу певних осіб, за якими чітко визначені конкретні майнові вимоги.

Окрім накладення заборони на відчуження майна, що є об'єктом спадкового договору, ще однією мірою по забезпеченню прав набувача є визнання заповіту, який відчужувач склав щодо майна, зазначеного у спадковому договорі, нікчемним (ч. 2 ст. 1307 ЦК України). При укладенні спадкового договору права осіб, які згідно зі ст. 1241 ЦК України мають обов'язкову частку у спадщині, законом не застережені.

Отже, спадковий договір є одним із таких, за допомогою якого подружжя може самостійно розпорядитися майном, набутим під час шлюбу, згідно зі своїми потребами та інтересами.

Є.О. Азімова, слухачка магістратури
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ДОБРОСОВІСНІСТЬ ВОЛОДІННЯ ЯК УМОВА ЗАСТОСУВАННЯ НАБУВАЛЬНОЇ ДАВНОСТІ

За Цивільним кодексом України (*далі* – ЦК України) однією із обов'язкових умов набуття права власності за набувальною давністю є добросовісність володіння (ст. 344 ЦК України). Ще римські юристи визнавали необхідність наявності цього елемента для набуття права за давністю володіння. Однак ця вимога не була відома дореволюційному праву, їй не надавалося ключового значення, і висловлювалась думка про те, що будь-яке володіння, навіть незаконне (насильницьке, самовільне тощо) і недобросовісне, після спливу відповідного терміну перетворюється у право власності.

Нині поняття “добросовісність” визначається у ч.1 ст.388 ЦК України, яка встановлює право власника на витребування майна від добросовісного набувача – особи, що не знає і не повинна знати про відсутність у неї прав на майно.

Деякі науковці, розглядаючи добросовісність як необхідну вимогу набувальної давності, доходять висновку, що добросовісність є оціночним поняттям і наявність чи відсутність її залежить від конкретних обставин.

Категорія “добросовісність” має велике значення для практики, оскільки для захисту цивільних прав є важливим, чи добросовісно вони реалізовувались.

Під добросовісністю учасників правовідносин слід розуміти суб'єктивну сторону їх поведінки, тобто коли вони не знали і не могли знати про права третіх осіб на відповідне майно або про іншу свою неправомочність. У такому разі протиправність їх поведінки не береться до уваги. Однією з умов віндикації вважається наявність майна в чужому незаконному володінні, але вирішення питання про задоволення позову залежить не від того, чи законне володіння, а від добросовісності або недобросовісності набувача. Різниця в тому, що від

недобросовісного набувача річ витребується завжди, а від добросовісного – лише у випадках, передбачених законом.

Таким чином, особа, яка неправомірно, але добросовісно заволоділа чужим майном, може набути на нього право власності.

Під недобросовісністю розуміються перш за все протиправні дії або бездіяльність учасників правовідносин, тобто об'єктивна сторона їх поведінки. До того ж потрібна оцінка суб'єктивного відношення особи до своєї поведінки. З цього робимо висновок, що поняття “недобросовісність” є складним і містить у собі оцінку поведінки особи як з суб'єктивної, так і об'єктивної сторони. Недобросовісними можуть бути визнані лише особи, які, здійснюючи протиправні дії або бездіяльність, знали або повинні були знати про характер цих дій та їх наслідки. Недобросовісність володіння має доводитись, оскільки існує принцип презумпції добросовісності.

Виникає питання, чи досить добросовісності лише в момент заволодіння, або вона повинна супроводжувати весь термін володіння? Наприклад, пред'явлення ввідикаційного позову до сумлінного власника хоча і тягне за собою відмову у видачі відплатно придбаной речі, але в той же час означає, що позивач є власником. Отже, відповідач, зберігаючи володіння, вже не може вважати себе власником. Римськими юристами було виведено правило, що “подальша недобросовісність не шкодить вірно початій набувальній давності”. Це правило було сприйнято не всіма законодавствами. Наприклад, Германське цивільне уложення (*дали* – ГЦУ) виключає набуття за давністю, якщо набувач згодом дізнається, що право власності йому не належить (§ 937 ГЦУ). У ЦК України мова йде про “добросовісне заволодіння”, тобто законодавець визнає необхідність елемента добросовісності лише у момент заволодіння річчю. Тому добросовісний набувач, який дізнався, що набув річ від особи, яка не мала права її відчужувати, не перестає бути давносним набувачем. В іншому разі треба було б визнати, що втрачається можливість легального обігу таких речей.

Таким чином, добросовісність володіння має припускатись. Оскільки ЦК України встановлює загальну презумпцію добросовісності особи при здійсненні нею свого права, то у разі визначення законом правових наслідків його недобросовісного здійснення поведінка особи вважається

добросовісною, якщо інше не встановлено рішенням суду.

Д.О. Кулик, здобувач
*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ РОЗРАХУНКОВОГО ЧЕКА

Розрахунковий чек (чек) є борговим неемісійним цінним папером, що містить нічим не обумовлене письмове розпорядження власника рахунку (чекодавця) банку переказати зазначену в чекові грошову суму одержувачеві (чекодержателю) (ст. 1102 Цивільного кодексу України (*далі* – ЦК України)). Предмет чекових правовідносин – це грошове зобов'язання чекодавця перед чекодержателем, що задовольняється останнім за допомогою третьої особи (банку-платника), яка обслуговує рахунок чекодавця. Розрахунковий чек за своєю правовою природою вважається документом, що належить до боргових цінних паперів, зміст яких складає право вимоги грошового характеру. Правовий зв'язок, що існує між розрахунковим чеком як документом і вираженим у ньому майновим правом (право на одержання грошових коштів), характеризує останній як цінний папір. Залежність між вираженим у розрахунковому чекові майновим правом і документом знаходить відображення в тому, що без оформлення й видачі останнього не можуть виникнути і засновані на його видачі правовідносини між банком і його пред'явником.

Поява розрахункового чека як цінного папера обумовлена вдосконаленням правових засобів забезпечення розрахунків у цивільному обороті. Розрахунковий чек має певні особливості, що відрізняють його від векселя. Проте, незважаючи на ряд відмінностей чека від векселя, зазначені види цінних паперів мають і подібності, тому правовий зв'язок чека з векселем є очевидним. Зокрема, обидва цінні папери мають грошовий характер, оскільки містять у собі нічим не обумовлене зобов'язання виплати відповідної грошової суми. Крім цього, розрахунковий чек і вексель визначені законодавством як засоби

забезпечення безготівкових розрахунків.

Розрахунковий чек є документом, що має зобов'язальний характер, оскільки в ньому міститься право вимоги чекодержателя, яке ґрунтується на адресованому банку-платнику розпорядженні власника рахунку (чекодавця) видати зазначену в ньому грошову суму одержавачеві взамін передачі документа. Право чекодержателя наполягати на платежі чекодавця у випадку несвоечасного внесення грошей за розрахунковим чеком банком-платником є вимогою, посвідченою ним як цінним папером. Відносини між чекодавцем і банком-платником засновані на договорі банківського рахунку. Відносини, що складаються між чекодержателем і банком-платником, мають зобов'язальний характер і посвідчуються розрахунковим чеком як документом. Правовою метою укладення цього договору є забезпечення схоронності коштів і виконання доручень клієнта по їх використанню. Видача чека не погашає грошового зобов'язання, на виконання якого він виданий. Розрахунковий чек як цінний папір має своїм змістом право вимоги, яке ґрунтується на дорученні банку-платнику провести платіж за рахунок грошових коштів чекодавця на користь чекодержателя.

К.В. Негребецька, асистент

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ЗДІЙСНЕННЯ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ НЕПІДПРИЄМНИЦЬКИМИ ЮРИДИЧНИМИ ОСОБАМИ

Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) надає право непідприємницьким товариствам та установам поряд зі своєю основною діяльністю здійснювати підприємницьку діяльність, яка спрямована на систематичне отримання прибутку, якщо інше не встановлено законом. Умови, за наявності яких це можливо: по-перше, відповідність меті, для якої були створені непідприємницькі організації; по-друге, сприяння досягненню мети цих осіб.

Виходячи з вищезазначеного, робимо висновок: якщо

підприємницька діяльність не відповідає меті непідприємницької юридичної особи, остання не в праві її здійснювати. Одразу ж виникає питання, яким чином узгоджувати здійснення підприємницької діяльності з метою, заради якої створено непідприємницьку юридичну особу. Вважаємо, що доцільніше було б вести мову про будь-яку підприємницьку діяльність, але при обмеженні свободи розпорядження отриманим прибутком, тобто про використання його тільки відповідно до статутної мети непідприємницької організації.

Крім цього, залишається ще одне питання: яким чином непідприємницька юридична особа може здійснювати підприємницьку діяльність? До набуття чинності ЦК України спеціальне законодавство мовби й давало відповідь на це запитання. Так, відповідно до ст. 13 Закону України „Про благодійництво та благодійні організації” останні мають право засновувати засоби масової інформації, підприємства і організації, займатися видавничою діяльністю. Проте не зазначається, що підприємства будуть займатися підприємницькою діяльністю, але це витікає із змісту самої норми.

Закон України „Про об’єднання громадян” надав останнім право здійснювати господарську та іншу комерційну діяльність виключно шляхом створення юридичних осіб (госпрозрахункових установ і організацій, підприємств), які виконують це відповідно до цілей і завдань, передбачених їх статутами (положеннями).

Відомо, що об’єднання громадян поділяються на громадські організації і політичні партії. Останні (та створювані ними установи й організації) не мають права засновувати підприємства, окрім засобів масової інформації, а також займатися господарською та іншою комерційною діяльністю, за винятком продажу суспільно-політичної літератури, інших пропагандистсько-агітаційних матеріалів, виробів із власною символікою та проведення суспільно-політичних заходів. Це правило знайшло своє закріплення частково і в Законі України „Про політичні партії”, який надав право останнім засновувати лише власні засоби масової інформації, взагалі залишивши питання про можливість здійснення іншої підприємницької діяльності ними. Вважаємо,

що це і є той випадок, коли спеціальний закон заборонив здійснення політичними партіями підприємницької діяльності в широкому розумінні.

Тлумачення цих положень приводить до висновку, що ні Закон України „Про об'єднання громадян”, ні Закон України „Про політичні партії” не дозволяють політичним партіям створювати, окрім засобів масової інформації, якісь суб'єкти підприємницької діяльності. Саме завдяки діяльності засобів масової інформації політичні партії отримують додаткові кошти і спрямовують їх на реалізацію цілей своєї основної діяльності.

До речі, і Проект Закону України „Про непідприємницькі організації”, надавши цим суб'єктам право займатися господарською діяльністю з метою виконання статутних завдань, зазначає, що така діяльність може здійснюватися виключно шляхом утворення непідприємницькими організаціями підприємницьких юридичних осіб. Цей підхід не можна вважати новим, бо вищезгадані закони вже застосовували такий правовий механізм.

Між тим аналіз спеціального законодавства, що регулює діяльність окремих видів непідприємницьких організацій (у порівнянні з нормами ЦК України), дозволяє дійти наступного висновку, що, надавши право непідприємницьким організаціям займатися підприємницькою діяльністю, ЦК України так і не вирішив основного питання: яким чином це відбувається. Вважаємо, що це повинні бути підприємницькі товариства однієї особи.

О.І. Міхно, асистент

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ПРИПИНЕННЯ ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ ВИКОНАННЯМ

За договором підряду одна сторона (підрядник) зобов'язується на свій ризик виконати певну роботу за завданням другої сторони (замовника), а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу (ч. 1 ст. 837 Цивільного кодексу України (*далі* – ЦК України)).

Однією із суб'єктивних підстав припинення договору підряду є належне виконання його умов.

Перша умова належного виконання – це суб'єкти. Ними є підрядник та замовник.

За загальним правилом виконання договору здійснюється його сторонами. Проте таке виконання боржником може бути покладено на іншу особу, якщо відповідно до ч. 1 ст. 528 ЦК України з договору не випливає зобов'язання боржника виконати умови договору особисто. У Росії таке право боржника регламентовано ч. 1 ст. 313 Цивільного кодексу Російської Федерації (*далі* – ЦК РФ). Стаття 164 ЦК УРСР 1963р. також передбачала можливість покласти зобов'язання в цілому чи частково на третю особу, якщо це передбачено встановленими правилами, а також якщо третя особа пов'язана з однією із сторін адміністративною підлеглистю чи відповідним договором. Прив'язка підлеглих третьої особи по відношенню до однієї із сторін договору могла бути характерна лише для командно-адміністративної політичної системи, тому, у зв'язку із впровадженням ринкової економіки, таку прив'язку доцільно було б усунути.

Виконувати умови договору підряду на користь замовника підрядник має право як безпосередньо, так і залучаючи інших осіб (субпідрядників), згідно з ч. 1 ст. 838 ЦК України. У Росії таке положення регламентовано ст. 706 ЦК РФ. У такому разі генеральний підрядник відповідає перед субпідрядником за невиконання чи неналежне виконання умов договору замовником, а перед замовником – за порушення субпідрядником умов договору.

Друга умова – строк (термін) виконання робіт, який повинен бути зазначений у договорі. Якщо такий строк (термін) за договором підряду не визначено, згідно з ч. 2 ст. 846 ЦК України строк виконання робіт повинен бути розумним відповідно до суті зобов'язання, характеру й обсягів робіт і звичаїв ділового обороту. Відповідно до ч. 1 ст. 708 ЦК РФ у договорі підряду потрібно зазначати початковий та кінцевий строки виконання робіт. За узгодженням сторін у договорі можуть бути передбачені строки закінчення окремих етапів роботи (проміжні строки). Зазначення строків виконання робіт у договорі (обов'язкова вимога до договору підряду за ЦК РФ) є доцільним та

значно полегшить на практиці вирішення спорів, пов'язаних із неналежним виконанням чи невиконанням договорів підряду в зазначений договором строк.

Якщо сторони не передбачають у договорі строк виконання робіт, що не суперечить нормам цивільного законодавства України, на нашу думку, строк (термін) виконання договору необхідно надати підряднику, виходячи зі складності робіт, які необхідно виконати. Такий строк повинен бути встановленим із розрахунку середнього темпу виконання робіт та не перевищувати й не бути меншим, ніж строк, який був би достатнім для здійснення робіт будь-яким іншим підрядником при реалізації подібного договору.

Третя умова – місце виконання треба передбачити договором. Якщо воно не зазначене у договорі, відповідно до ст. 532 ЦК України, за договором будівельного підряду таким місцем буде вважатися місцезнаходження нерухомого майна, за грошовим зобов'язанням – місце проживання (місцезнаходження) кредитора. Відповідно до ст. 167 ЦК УРСР 1963р. таке місце виконання повинно зазначатися в законі, договорі, акті планування, на підставі якого виникло зобов'язання, чи витікати з суті зобов'язання. Якщо місце виконання не було визначене, відповідно до п. 1 ч. 2 цієї статті місце виконання визначалося так само, як і передбачено ст. 532 ЦК України.

Четверта й п'ята умови – спосіб і предмет належного виконання договору, які також необхідно передбачити договором. Якщо договором цього не зроблено, слід керуватися звичаями ділового обороту. Він здебільшого повинен бути відомий сторонам та неодноразово використовуватися під час реалізації подібних договорів іншими підрядниками.

Оплата робіт повинна здійснюватися в національній валюті, як виняток (у випадках, встановлених законом) – в іноземній.

У випадку неприйняття підрядником оплати за договором, замовник відповідно до ст. 537 ЦК України може внести гроші в депозит нотаріуса.

У разі наявності зазначених умов, договір про виконання робіт буде вважатися припиненим належним виконанням.

Здійснені роботи повинні передаватися шляхом оформлення акта прийому-передачі виконаних робіт. Підпис

замовника на акті буде свідчити про прийняття останнім цих робіт. Виявлені замовником недоліки в роботі слід зазначити в акті. Якщо замовник цього не зробив, а підпише акт, виконані роботи треба вважати прийнятими замовником та здійсненими підрядником належним чином.

С.В. Мостовенко, *здобувач*
Інститут держави і права
ім. В.М. Корецького

НАН України

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У ВІЛЬНИХ ЕКОНОМІЧНИХ ЗОНАХ

Правове регулювання підприємницької діяльності на територіях вільних економічних зон (ВЕЗ) здійснюється на основі Конституції, законів України, рішень органів місцевої влади, рішень спеціального органу управління ВЕЗ, договорів.

Напрямами правового регулювання підприємницької діяльності у ВЕЗ є: визначення видів підприємницької діяльності, які можуть здійснюватися у ВЕЗ; встановлення особливості реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності у ВЕЗ; визначення умов провадження підприємницької діяльності; окреслення засад ліквідації суб'єктів підприємницької діяльності; з'ясування рис ліцензування підприємницької діяльності; визначення властивостей митного режиму імпорту та експорту товарів (робіт, послуг); виявлення основ сплати окремих видів податків; вказівки на особливості гарантій захисту інтересів.

Основи правового регулювання підприємницької діяльності у ВЕЗ регламентуються Законом України "Про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон", що проголошує свободу підприємницької діяльності у ВЕЗ, передбачивши можливість вибору видів, форм та методів підприємницької діяльності (згідно із законом про створення конкретної ВЕЗ).

Суб'єкти підприємницької діяльності у ВЕЗ мають більше прав, ніж це передбачено для суб'єктів підприємницької

діяльності, які працюють за загальноправовим режимом.

Обмеження щодо свободи підприємницької діяльності й свободи договору встановлюються законами України, які регулюють підприємницьку діяльність на території кожної конкретної ВЕЗ.

Фактично в кожній ВЕЗ існують особливості правового регулювання підприємницької діяльності, які обумовлені:

- специфікою правового режиму підприємницької діяльності, пов'язаного в першу чергу з режимом ціноутворення, оподаткування, митного регулювання, валютно-фінансового механізму, кредитного механізму;

- характером організаційно-правових форм регулювання підприємницької діяльності у таких зонах, пов'язаним із додатковими повноваженнями місцевих органів влади щодо регулювання підприємницької діяльності на такій території. Органи місцевого самоврядування у вільних економічних зонах, з одного боку, мають додаткові функції щодо регулювання підприємницької діяльності адміністративно-правовими методами, а з іншого – є учасниками відносин із суб'єктами підприємницької діяльності, що базуються на цивільно-правовій основі;

- властивостями цивільно-правових відносин суб'єктів підприємницької діяльності, які провадять діяльність у ВЕЗ.

Загального для всіх ВЕЗ порядку щодо регулювання підприємницької діяльності на території таких утворень не існує.

Кожна ВЕЗ має свої відмінності. Чинниками, що визначають особливості правового регулювання в різних вільних економічних зонах, є:

- види підприємницької діяльності, на які поширюється спеціальний правовий режим підприємницької діяльності;

- необхідний для реєстрації як суб'єкта зони обсяг інвестицій, який має внести суб'єкт підприємництва;

- порядок реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності у ВЕЗ, надання дозволів на здійснення діяльності у ВЕЗ, ліквідація суб'єктів підприємництва як суб'єктів ВЕЗ.

Аналіз правового регулювання підприємницької діяльності на території різних ВЕЗ демонструє відсутність єдиного підходу до цього питання.

Запровадження різних правових режимів не базується на

об'єктивних критеріях, пов'язаних із особливостями ВЕЗ, що у свою чергу призводить до зниження ролі договірно-правових відносин на таких територіях, та врешті-решт не сприяє досягненню мети їх запровадження – збільшенню обсягу інвестицій та поживленню підприємницької активності.

К.В. Масляєва, аспірант

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ІНВЕСТИЦІЙНИХ ПРАВ УЧАСНИКІВ НЕДЕРЖАВНИХ ПЕНСІЙНИХ ФОНДІВ

Сьогодні Україна має гостру потребу в інвестиційних ресурсах, особливо в довгострокових. Нестача інвестицій призводить до в'ялого протікання ринкових процесів, що негативно відбивається на економіці держави. Звідси створення привабливого інвестиційного клімату на території України й законодавче закріплення гарантій прав вітчизняних і зарубіжних інвесторів має бути одним із пріоритетних завдань держави.

Для вирішення цієї проблеми держава намагається залучити вільні кошти населення, які слід було б вкласти в українську економіку. Це реалізується шляхом створення нових фінансових інститутів, до яких, зокрема, належать недержавні пенсійні фонди. Дані фонди консоліднують заощадження громадян як індивідуальних інвесторів, здійснюють диверсифіковане вкладання накопиченого капіталу в певні види активів з метою отримання прибутку в результаті інвестування, що нараховується у вигляді доходу на кошти учасників.

У 2003 р. був прийнятий Закон України “Про недержавне пенсійне забезпечення”. Цей Закон не тільки регулює діяльність недержавних пенсійних фондів, але й гарантує певний захист інвестиційних прав їх учасників, а саме: збереження права власності на пенсійні внески за учасниками даних фондів, відокремлення пенсійних активів від активів приватного пенсійного фонду, законодавче закріплення обмежень щодо розміщення акумуляованих коштів тощо. Проте в цьому питанні існує низка суперечливих моментів.

Зокрема, у цьому Законі передбачається ускладнення механізму роботи приватних пенсійних фондів. Існуючий ланцюг відносин “клієнт – недержавний пенсійний фонд – банк” набуває більш складної структури: “клієнт – Рада недержавного пенсійного фонду – адміністратор недержавного пенсійного фонду – банк-зберігач – компанія з управління активами – об’єкт інвестування”. Автори Закону вважають, що така схема передбачає розмежування функцій кожної складової ланцюга та забезпечує прозорість їх діяльності. Однак можна очікувати, що таке структурне розширення здатне збільшити можливості для маніпуляцій і шахрайства всередині фонду, витрати на сплату послуг адміністратора, банку-зберігача, компанії з управління активами, аудитора, актуарія тощо.

Ускладнення структурної побудови зумовлює розширення системи контролю за роботою фондів. Додатково до вже двох існуючих контролюючих суб’єктів (Державної податкової адміністрації України та Антимонопольного комітету) приєднуються ще три: спеціальний уповноважений орган виконавчої влади у сфері регулювання ринків фінансових послуг, Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку й Національний банк України. На перший погляд, це має на меті гарантію захисту прав учасників фондів, але насправді така ситуація здатна призвести до протиставлення інтересів учасників і засновників фондів, оскільки збільшення контролюючих органів, як правило, супроводжується зростанням кількості перевірок і обсягу звітної документації для останніх.

У своїй діяльності недержавні пенсійні фонди дотримуються певної інвестиційної політики, яка фіксується в інвестиційній декларації. Суттєвий момент інвестиційної політики фондів – передбачення обмежень щодо розміщення коштів, що дозволяє значно знизити економічні ризики. Законом передбачається 10 напрямів, за якими можна здійснювати розподіл пенсійних накопичень. Проте, на нашу думку, цей механізм розподілу пенсійних коштів є не зовсім досконалим.

Так, до прийняття даного нормативно-правового акта недержавні пенсійні фонди, як правило, вкладали свої активи в депозити надійних комерційних банків. Після прийняття Закону доля пенсійних активів, що вкладаються в банківські депозити, суттєво зменшилась і зараз складає не більше 40%. У той же час

підвищилась доля коштів, які вкладаються фондами в цінні папери. Однак слід визнати, що сучасний український фондовий ринок розвинений недостатньо і містить багато ненадійних цінних паперів. Вкладення коштів у такі боргові папери може негативно відобразитись на інвестиційних правах учасників фондів.

Таким чином, система захисту інвестиційних прав учасників недержавних пенсійних фондів, яка передбачена Законом України “Про недержавне пенсійне забезпечення”, ще не є оптимізованою. До спірних моментів слід віднести доцільність ускладнення структури фондів, збільшення кількості державних контролюючих органів, обмеження щодо розміщення пенсійних активів зі збільшенням відсотку вкладів у цінні папери вітчизняних емітентів.

З метою запобігання зловживань пропонується розробити типову форму договорів, які укладаються пенсійним фондом з адміністратором, компанією з управління активами та банком-зберігачем; для розв’язання конфліктів, що виникають між засновником фонду й учасником, засновником і контролюючими органами, рекомендується створити кодекс поведінки, обов’язковий для всіх суб’єктів недержавного пенсійного забезпечення. Для попередження можливих фінансових ризиків і полегшення прийняття зваженого рішення щодо розміщення коштів необхідно вдосконалити правове регулювання системи аналітичних послуг рейтингової оцінки цінних паперів та їх емітентів. Впровадження цих пропозицій має сприяти максимальному захисту інвестиційних прав учасників недержавних пенсійних фондів.

*А.А. Степанюк, здобувач
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ІЄРАРХІЯ ДЖЕРЕЛ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

Однією з актуальних проблем сучасного правознавства є

побудова системи зовнішніх форм правового регулювання приватних міжнародних суспільних відносин, якими в межах міжнародного приватного права (*дали* – МПрП) слід вважати внутрішнє законодавство, міжнародні договори і звичаї.

Разом із цим на сьогоднішній день перелік джерел МПрП в українському законодавстві не встановлено, а тому в цьому питанні необхідно виходити з фактичного стану речей, що відображає дворівневу систему зовнішніх форм МПрП: національну й міжнародну.

Зважаючи на те, що МПрП являє собою самостійну галузь права (із власним об'єктом, методами, особливими принципами, специфічною метою тощо), воно повинно мати також і власний основоположний нормативний акт, адже загальновизнано, що основні норми окремої галузі права отримують свою фіксацію саме в нормативному акті, для цього спеціально призначеному. Тому видається виваженим і обґрунтованим намагання сучасного українського законодавця ввести до вітчизняної правової системи закон, присвячений регулюванню приватних суспільних відносин, пов'язаних більше ніж з одним правопорядком. Свідченням цього є знаходження з 2002 р. у Верховній Раді України проекту закону “Про міжнародне приватне право”. Світовий досвід показує, що можливість включення норм МПрП до цивільних кодексів та інших нормативних актів, заснування окремого закону в цій сфері майже одноставно позитивно сприймається представниками вітчизняної і зарубіжної науки МПрП.

Очевидно, що згаданий закон повинен містити як основні засади правового регулювання у цій сфері, визначати базові поняття, регламентувати певні групи приватно-міжнародних суспільних відносини за допомогою норм і інститутів, так і встановлювати ієрархію джерел у царині МПрП. Сучасними нормами зазначеного проекту подібний підхід не враховується, а ст. 3 лише наголошує, що визначення застосовуваного права здійснюється відповідно до цього Закону, інших законів, міжнародних договорів і міжнародних звичаїв.

Хоча в теорії МПрП міжнародні договори неодностайно визнаються джерелом даної галузі через те, що вони після своєї “трансформації” стають частиною національної системи права, проте, відповідно до норм проекту, міжнародні договори

визнаються джерелом МПрП. Разом із цим у проєкті міжнародному договору не надається пріоритет при правовому регулюванні (як зроблено, наприклад, у Цивільному кодексі України (*далі* – ЦК України) , ст. 10 якого, незважаючи на загальну норму ст. 19 Закону України “Про міжнародні договори”, визнає за доцільне встановити преференційну позицію норм міжнародних договорів по відношенню до внутрішнього законодавства).

Як видається, саме в проєкті Закону України “Про міжнародне приватне право” слід було б не тільки закріпити положення про пріоритет міжнародних договорів, але й визначитись із співвідношенням, наприклад, двосторонніх і багатосторонніх міжнародних договорів, що на сьогоднішній день конфліктують між собою. Так, двосторонні договори про правову допомогу України і Конвенція СНД про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах 2003 р., учасницею якої є Україна, не збігаються, адже містять неоднакові колізійні норми, породжуючи проблеми при правозастосуванні.

Нормативно невизначеним є принцип усунення дії одного з названих міжнародних договорів із поміж двох можливих: *lex specialis derogat generalis* і *lex posterior derogat prior*. Якщо вважати норми двосторонніх договорів спеціальними (як вирішено в Російській Федерації), то очевидно, що положення Конвенції або інших багатосторонніх договорів не повинні застосовуватись. Між тим часто буває і так, що двосторонні договори є давнішими, застарілими, не відповідаючими зміненим умовам сьогодення, розвитку науки, правової системи, вимогам практики, а норми багатостороннього міжнародного договору – новішими, сучаснішими, досконалішими. То чому ж необхідно застосовувати норми двосторонніх міжнародних договорів?

Звичайно, визначення юридичної сили, преференційного положення подібних нормативних актів повинно бути здійснено на законодавчому рівні, що сприятиме збалансованості правового регулювання.

Іншим джерелом МПрП проєкт Закону називає міжнародні звичаї. Ними є правила, які склалися в процесі міжнародних контактів приватних суб’єктів, що визнаються багатьма країнами як доказ загальної практики. В умовах сучасної правової системи

міжнародні звичаї не є широко розповсюдженими, хоча мають першість при регулюванні деяких груп приватних суспільних відносин із міжнародними характеристиками (розрахунки, поставка тощо). До того ж у внутрішньому законодавстві, крім відсилань і санкціонувань, необхідно визначити положення міжнародних звичаїв серед інших джерел (аналогічно нормі ст. 7 ЦК України). У літературі з питань МПрП їх юридична сила серед інших джерел, особливо по відношенню до міжнародних договорів, є приводом для суперечок, тому нормативне встановлення місця звичаїв у системі зовнішніх форм правового регулювання приватних міжнародних відносин не лише бажане, але й необхідне у першу чергу для визначеності правозастосування.

Крім того, слід зазначити, що проект Закону України “Про міжнародне приватне право” оминає в переліку зовнішніх форм правового регулювання таке джерело внутрішнього рівня, як національний звичай. У деяких же інших країнах на основі новітнього законодавства питання про включення національного звичая до джерел МПрП вважається вирішеним.

Вищенаведене дозволяє стверджувати, що перелік джерел МПрП у проекті Закону України “Про міжнародне приватне право” доцільно розширити, а також спеціально встановити місце й юридичну силу кожного з них.

Ю.В. Хорт, аспірант

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ГАРАНТІЙНА ФУНКЦІЯ СТАТУТНОГО ФОНДУ АКЦІОНЕРНОГО ТОВАРИСТВА (ПОРІВНЯЛЬНО- ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ЗАГАЛЬНОГО ТА СПЕЦІАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА)

Наявність статутного фонду (капіталу) – одна із істотних рис акціонерного товариства (*далі* – АТ). Статутний фонд АТ складається із номінальної вартості розміщених акцій товариства, придбаних акціонерами. Хоча статутний фонд є лише

номінальною вартісною величиною і не відображає дійсну вартість майна, яким володіє АТ, правовому регулюванню статутного фонду надається особливе значення. Це пояснюється важливістю його функцій. Більшість дослідників (Вінник О.М., Кібенко О.Р., Спасибо-Фатєєва І.В. та ін.) виділяють три функції статутного фонду: стартову, гарантійну та функцію, яка визначає частку участі в товаристві кожного акціонера.

Хотілося б звернути увагу на неналежне виконання статутним фондом АТ гарантійної функції, яка полягає в забезпеченні задоволення можливих вимог кредиторів. Отже, АТ немовби гарантує відповідальність за своїми зобов'язаннями у межах статутного фонду.

Чинне законодавство України містить норми, якими намагається забезпечити додержання гарантійної функції статутного фонду. Вони спрямовані, по-перше, на фактичне формування статутного капіталу, і по-друге, на підтримання капіталу на належному рівні. Слід законодавчо врегулювати його мінімальний розмір, встановлений ст. 24 Закону України “Про господарські товариства” (1250 мінімальних заробітних плат). При цьому не проводиться розмежування вимог щодо мінімального розміру статутного фонду відкритих акціонерних товариств (*далі* – ВАТ) і закритих акціонерних товариств (*далі* – ЗАТ). Однак щодо ряду суб'єктів, які діють на фінансовому ринку, встановлені підвищені вимоги до формування статутного фонду.

Відповідно до п. 2.1. Положення про порядок створення і державної реєстрації банків, відкриття їх філій, представництв і відділень, затвердженого Постановою правління Національного банку України від 31.08.2001 р. № 375, мінімальний розмір статутного фонду банку не може бути менше: для місцевих кооперативних банків, що діють у межах однієї області, – 1 млн. євро; для банків, що здійснюють свою діяльність на території однієї області, у тому числі спеціалізованих ощадних та іпотечних банків, – 3 млн. євро; для банків, що здійснюють свою діяльність на території всієї України, у тому числі спеціалізованих інвестиційних, розрахункових (клірингових), ощадних та іпотечних, центрального кооперативного, – 5 млн. євро.

Відповідно до ст. 30 Закону України “Про страхування”

мінімальний розмір статутного фонду для страховиків, що здійснюють ризикові види діяльності, окрім страхування життя, – 1 млн. євро. Розмір статутного фонду страховиків, які здійснюють страхування життя, – 1,5 млн. євро.

Законодавством установлюються також підвищені вимоги щодо формування мінімального розміру статутного капіталу компанії з управління активами. При цьому проводиться диференціація, залежно від сфери її діяльності. Положенням про компанію з управління активами інститутів спільного інвестування та юридичних осіб, які здійснюють професійну діяльність з управління активами пенсійних фондів, затвердженого Рішенням ДКЦПФР від 25.12.2003 № 13, передбачено такі вимоги щодо формування мінімального статутного фонду: 200 тис. євро при управлінні активами ІСІ та 300 тис. євро щодо управління активами недержавних пенсійних фондів.

Також слід законодавчо врегулювати встановлення строків формування статутного фонду. На етапі підписки цей капітал має бути оплачений як мінімум на 10%, на момент проведення установчих зборів – на 30% (у ВАТ) і на 50% (у ЗАТ), а повністю має бути оплачений до закінчення першого року з моменту заснування (державної реєстрації). Що ж до суб'єктів фінансового ринку, то законодавством встановлюється вимога повного сформування статутного капіталу на момент державної реєстрації (банки, торговці цінними паперами, депозитарії, адміністратори).

Відповідно до ст. 86 Господарського кодексу України вкладками до статутного фонду господарського товариства можуть бути будинки, споруди, обладнання та інші матеріальні цінності, цінні папери, права користування землею, водою та іншими природними ресурсами, будинками, спорудами, а також інші майнові права (включаючи майнові права на об'єкти інтелектуальної власності), кошти, у тому числі в іноземній валюті.

Порядок оцінки вкладів визначається в установчих документах, якщо інше не передбачено законодавством України. Відсутність якогось контролю за адекватністю оцінки внесків призводить до поширених зловживань, коли вартість майна, внесеного в якості вкладів, штучно підвищується. Завдяки цьому

виникають товариства з “фіктивним”, “дутим” капіталом.

У фінансових установах, як правило, вклади здійснюються виключно в грошовій формі (банки, депозитарії, торговці цінними паперами, компанії з управління активами) або ж встановлюється граничний розмір інших вкладів (вклади цінними паперами не можуть становити більше 25%). Крім того, не припустимо внесення об’єктів інтелектуальної власності як вкладів до статутного фонду фінансових установ.

На підтримку капіталу на належному рівні спрямовані норми, які встановлюють співвідношення між статутним фондом та чистими активами. Відповідно до ст.155 Цивільного кодексу України, якщо після закінчення другого та кожного наступного фінансового року вартість чистих активів акціонерного товариства виявиться меншою за статутний капітал, товариство зобов’язане оголосити про зменшення свого статутного капіталу та зареєструвати відповідні зміни до статуту у встановленому порядку. Якщо вартість чистих активів товариства стає меншою за мінімальний розмір статутного капіталу, встановленого законом, товариство підлягає ліквідації.

Законодавство є більш досконалим щодо фінансових установ, оскільки контролює наявність власного капіталу постійно, а не лише на кінець фінансового року. Так, КУА, яка здійснює управління активами пенсійних фондів, зобов’язана підтримувати розмір власного капіталу на рівні не менше, ніж сума, еквівалентна 200 тис. євро. У разі зменшення встановленого розміру власного капіталу КУА пенсійного фонду зобов’язана: повідомити комісію, привести у відповідність до обов’язкових розмірів протягом шести місяців з дня виникнення такої неузгодженості та подати звіт про усунення цього Комісії.

Відповідно до ч.3 ст. 20 Закону України “Про інститути спільного інвестування” корпоративний інвестиційний фонд ліквідується, якщо вартість чистих активів стала меншою за початковий розмір статутного фонду.

Проаналізувавши чинне законодавство, можна зробити висновок, що на сьогодні гарантійну функцію статутний фонд АТ не виконує через:

- можливість внесення неліквідних активів до статутного фонду;
- відсутність належного контролю за оцінкою вкладів,

що вносяться до статутного фонду;

- занадто довгі строки формування статутного фонду;
- неможливість контролювати співвідношення між статутним фондом і чистими активами в будь-який час, встановлюючи прив'язку щодо їх співвідношення на кінець фінансового року.

На відміну від загального законодавства щодо статутного фонду АТ, спеціальне, що регулює діяльність фінансових установ, створило належні передумови для реалізації гарантійної функції статутного фонду, деякі його норми можна було б запозичити загальному законодавству.

Ж.В. Чевичалова, здобувач

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ПРАВЗДАТНІСТЬ ДОЧІРНЬОГО ПІДПРИЄМСТВА

За українським законодавством згідно зі ст. 91 Цивільного кодексу України (*далі* – ЦК України) юридична особа здатна мати такі ж цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині. Як певна суспільно-юридична властивість цивільна правоздатність виникає з моменту створення юридичної особи і припиняється з дня внесення до єдиного державного реєстру запису про її припинення.

На сучасному етапі, з урахуванням еволюції форм господарювання, коло прав та обов'язків, які здатна мати юридична особа, вийшло за межі принципу спеціальної правоздатності, за яким особа може брати участь лише у тих правовідносинах, що необхідні для досягнення поставлених завдань та відповідають цілям діяльності, закріпленим в установчих документах. Частина господарюючих суб'єктів наділена загальною (універсальною) правоздатністю, володіння якою дозволяє мати будь-які права та обов'язки, потрібні для здійснення різноманітних видів діяльності.

Щодо з'ясування питання типу правоздатності відносно

дочірнього підприємства, на наш погляд, існують положення, на яких слід зосередити увагу. Адже, хоча більшість комерційних юридичних осіб має шанс стримати будь-які цивільні права та обов'язки, необхідні для здійснення господарської діяльності, діють вони на підставі та відповідно до своїх установчих документів. Саме в них знаходиться конкретний перелік правовідносин, учасником яких може бути ця юридична особа відповідно до цілей та завдань її діяльності. Безумовно, юридичні особи мають право брати участь і в таких правовідносинах, що не містяться в зазначеному переліку, однак за таких умов потрібно, щоб права та обов'язки, які виникли в юридичної особи, не суперечили цілям та завданням її діяльності.

Зазначимо, що між дочірнім підприємством та контролюючим (холдинговою компанією) існують певні організаційно-розпорядчі відносини з приводу затвердження статуту першого, призначення його керівництва, з'ясування основних напрямків діяльності, а також створення та ліквідації дочірнього підприємства. За таких умов правоздатність дочірнього підприємства носить ознаки спеціальної, оскільки відносини між цими двома самостійними суб'єктами господарювання характеризуються як відносини контролю-підпорядкування, і вирішальна залежність дочірнього підприємства може обмежувати коло його прав та обов'язків.

Визнаючи, що з урахуванням змісту ст. 91 ЦК України принцип спеціальної правоздатності юридичних осіб окреслений недостатньо чітко, на наш погляд, його застосування підтверджується положеннями ст. 87, 88 зазначеного нормативного акта, згідно з якими для створення юридичної особи необхідно розроблення та затвердження установчих документів, а серед вимог до таких документів законодавець називає мету створення.

Далі треба наголосити, що згідно із положеннями Господарського кодексу України (*далі* – ГК України) дочірнє підприємство визнається суб'єктом господарювання, який утворюється з додержанням вимог законодавства, а відповідно до ст.87 ЦК України за загальними вимогами до створення юридичних осіб воно повинно мати установчі документи. Згідно зі ст. 57 ГК України в установчих документах обов'язково зазначаються мета і предмет господарської діяльності суб'єкта

господарювання. А відповідно до п.4 згаданої статті безпосередньо такі відомості повинні міститися у статуті цього суб'єкта. На наш погляд, не існує ніяких особливостей відносно визначення принципу правоздатності дочірніх підприємств.

Однак як виняткову рису правоздатності дочірнього підприємства слід виділити закріплення субсидіарної відповідальності холдингової компанії перед кредиторами дочірнього підприємства у разі банкрутства останнього та обов'язок компенсувати дочірньому підприємству збитки, за умови наявності його вини як у першому, так і у другому випадках (ст.126 ГК України). Саме наявність законодавчого встановлення інституту субсидіарної відповідальності у взаємовідносинах контролюючого й дочірнього підприємств суттєво відрізняє правоздатність дочірнього підприємства від подібних конструкцій, наприклад від правоздатності приватного підприємства.

Для контролюючого підприємства характерна будь-яка можливість визначати рішення, які приймаються дочірнім підприємством. Правовими наслідками таких відносин, що зумовлені захистом приватних та публічних інтересів, є саме відповідальність холдингової компанії. Наголосимо, що субсидіарна відповідальність холдингової компанії перед кредиторами дочірнього підприємства у разі банкрутства останнього, за умови наявності його вини, посилює виконання завдань, які стоять перед вітчизняним законодавством у світлі розвитку господарських відносин. До таких завдань належать захист кредиторів за умови неплатоспроможності боржника, розвиток інвестиційних відносин із метою поліпшення фінансування підприємств, їх структурного перебудування та створення об'єктивних умов для попередження неплатоспроможності, а також здійснення публічного контролю для захисту фінансових вкладень.

На наш погляд, наявність вирішальної залежності між холдинговою компанією й дочірнім підприємством, яка зумовлена встановленням відносин контролю-підпорядкування між ними, навіть посилює принцип спеціальної правоздатності стосовно останнього. Оскільки згідно з п. 5 ст. 57 ГК України статут (положення) затверджується власником майна (засновником) суб'єкта господарювання чи його представниками,

то мета й предмет діяльності дочірнього підприємства чітко визначаються такими особами. З огляду на закріплення принципу субсидіарної відповідальності контролюючого підприємства перед кредиторами дочірнього, у разі наявності його вини у банкрутстві останнього, визначення мети й предмету діяльності дочірнього утворення для засновників набуває особливого значення.

О.С. Харченко, здобувач

Київський університет права НАН України

МІСЦЕ НАЦІОНАЛІЗАЦІЇ СЕРЕД ПІДСТАВ ПРИПИНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ У ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Дослідження проблеми належного правового врегулювання застосування такої підстави припинення права власності як націоналізація викликає неабиякий інтерес і впливає безпосередньо з Конституції України, що визначає актуальність досліджуваної теми.

В Україні поширення націоналізація набула після Жовтневої революції. Уряд Радянської України, по суті, дублював політику Росії у цій сфері, основним принципом якої була безоплатність націоналізації. Так, протягом лютого 1918 р. у містах і повітах України уряд провів націоналізацію банків, значної кількості заводів, фабрик і шахт, передав селянам безоплатно близько 23 млн. десятин поміщицьких і куркульських земель.

Нині в нашій країні існують передумови застосування націоналізації, однак чинне законодавство не врегулювало це питання, хоч законотворча діяльність у цьому напрямку ведеться.

На розгляд Верховної Ради подано новий законопроект „Про порядок вилучення об’єктів права приватної власності у власність держави і власність територіальної громади (націоналізацію)”, спрямований на закріплення у законодавстві націоналізації. Розглянемо деякі спірні його положення.

Насамперед, на відміну від попереднього проекту, у визначенні чітко закріплена винятковість застосування

націоналізації як підстави припинення права власності (ст. 1 законопроекту). При цьому застосування терміна “суспільна потреба” видається невдалим. У ч. 5 ст. 41 Конституції України мова йде про суспільну необхідність, а отже, і законопроект має містити саме цей термін.

У статті 4 законопроекту серед об’єктів націоналізації зазначено „цілісні майнові комплекси підприємств, установ, організацій”, однак доцільно застосувати термін “єдиний майновий комплекс”, що відповідає положенням ст. 191 Цивільного кодексу України.

Частина 2 ст.12 цього документа передбачає, що вартість об’єкта націоналізації зменшується на суму зобов’язань його власника перед кредиторами. Отже, слід також чітко передбачити правонаступництво держави в зобов’язаннях власника перед кредиторами.

Стаття 13 законопроекту потребує доопрацювання з метою врегулювання питання згоди чи незгоди власника об’єкта націоналізації з визначеним розміром компенсації його вартості.

Обов’язкового доопрацювання потребують норми щодо відшкодування вартості об’єкта націоналізації та моменту виникнення права державної власності на такий об’єкт. Адже згідно зі ст. 17 законопроекту право державної власності на об’єкт націоналізації виникає з моменту оформлення акта приймання-передачі об’єкта, а відповідно до ст. 14 сплата визначеної суми передбачена після його оформлення. Ці положення прямо суперечать Конституції України, яка закріплює попереднє і повне відшкодування вартості такого об’єкта, а наступне повне відшкодування їх вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану (ст.41).

Можна ствердно відповісти на потребу законодавчого закріплення такої підстави припинення права власності, як націоналізація, за наявності необхідної умови винятковості її застосування та прийнятті належно опрацьованого спеціального закону.

О.В. Шутенко, канд. юрид. наук, асистент
Національна юридична академія України

ім. Ярослава Мудрого

ПРИНЦИПИ ЦИВІЛЬНОГО ВИКОНАВЧОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Реформування вітчизняного права в галузі виконання рішень, внесення змін до Цивільно-процесуального кодексу України (*далі* – ЦПК України), прийняття законів України “Про виконавче провадження” 21.04.99р. та “Про державну виконавчу службу” 24.03.98р. стало початком формування нової галузі права – цивільного виконавчого права України.

Як і будь-яку галузь права, цивільне виконавче право характеризують наявність самостійного предмета та методу правового регулювання, законодавча відокремленість, а також система принципів галузі права.

Під принципами права слід розуміти основне нормативне положення права. Принципи цивільного виконавчого права являють собою основні положення, що закріплені в нормах закону України “Про виконавче провадження” й регулюють виконання рішень майнового та немайнового характеру. Систему принципів цивільного виконавчого права складають: неупередженість державного виконавця при здійсненні виконавчих дій; своєчасність виконання рішень; повнота виконання; обов’язковість вимог державного виконавця при здійсненні виконавчих дій; захист прав громадян та юридичних осіб у виконавчому провадженні; контроль за законністю виконавчого провадження; диспозитивність цивільного виконавчого права.

Принцип неупередженості державного виконавця при здійсненні виконавчих дій, закріплений у ст. 1 Закону України “Про виконавче провадження”, передбачає, що державний виконавець повинен здійснювати виконавчі дії об’єктивно, не порушуючи прав та інтересів обох сторін виконавчого провадження. Цей принцип конкретизується обов’язком державного виконавця вирішувати всі заяви й клопотання сторін та інших осіб виконавчого провадження у випадках, визначених законом, заявляти самовідвід. Крім того, державний виконавець вправі звертатися до органу, що видав рішення, за його

роз'ясненням, залучати до участі в провадженні виконавчих дій понятих, експертів, спеціалістів.

Стаття 1 Закону України “Про виконавче провадження” закріплює також принцип своєчасності виконання рішення, що полягає в обов'язку державного виконавця своєчасно вчинити дії, передбачені у виконавчому документі, засобом, у порядку та в термін, зазначений у цьому документі. Дотримання даного принципу гарантується наступними правами державного виконавця: перевіряти виконання рішення за допомогою юридичних осіб, безперешкодного доступу до приміщень та сховищ боржника, накладати стягнення у вигляді штрафу за створення перешкод у виконанні рішень, оголошувати розшук боржника у випадках, зазначених у законі, та ін.

Закріплений ст. 1 Закону України “Про виконавче провадження” принцип повноти виконання рішення обумовлює обов'язок державного виконавця застосовувати заходи щодо повного виконання рішення, зазначеного у виконавчому документі, обов'язок надавати сторонам виконавчого провадження можливості ознайомитися з усіма матеріалами провадження, роз'яснювати сторонам їх права та обов'язки. Для реалізації зазначеного принципу закон наділяє державного виконавця правами отримувати необхідні для проведення виконання пояснення та іншу інформацію, накладати арешт на майно й грошові кошти боржника; заявляти клопотання в загальному або господарському суді про зміну способу виконання, відстрочку чи розстрочку виконання; вилучати майно боржника тощо. Принципи своєчасності та повноти виконання діють і відносно осіб, що беруть участь у виконавчому провадженні, оскільки їх дії по виконанню рішення також направлені на досягнення повного і своєчасного виконання рішення.

Вимоги державного виконавця в процесі виконання рішення обов'язкові для всіх учасників виконавчого провадження, оскільки пов'язані з необхідністю належного виконання рішення. Тому цивільному виконавчому праву притаманний принцип обов'язковості вимог державного виконавця при здійсненні виконавчих дій. Наприклад, у випадку неявки боржника без поважної на то причини державний виконавець може винести постанову про його привід через

органи внутрішніх справ. Складовою частиною даного принципу є вимога закону про необхідність здійснення вимог державного виконавця у строк, вказаний державним виконавцем, а також те, що всі документи, які витребуються державним виконавцем, повинні надаватися йому безкоштовно.

Принцип захисту прав громадян і юридичних осіб у виконавчому провадженні гарантується обов'язком державного виконавця добросовісно виконувати свої службові обов'язки й не допускати у своїй діяльності порушення прав громадян та юридичних осіб, що гарантовані Конституцією та законами України (ст.7 Закону України "Про виконавче провадження"). Даний принцип передбачає, що державний виконавець здійснює реалізацію прав, які надані йому законом, тільки у встановленому законом порядку, не порушуючи прав та законних інтересів інших учасників виконавчого провадження. Даний принцип забезпечується також правом оскарження дій державного виконавця.

Принцип контролю за законністю виконавчого провадження гарантується системою органів державної виконавчої служби, на яку законом покладена функція здійснення контролю за законністю проведення виконання рішення. Щодо судового контролю, то за чинними ЦПК України й ХПК України він здійснюється шляхом розгляду й вирішення судом скарг на дії державного виконавця, правом суду поновити строк виконавчої давності та ін. Так, у новому ЦПК України є Розділ VII "Судовий контроль за виконанням рішень". Даний принцип також передбачає заборону втручання будь-яких органів і осіб у виконавче провадження, крім випадків, передбачених законом.

Цивільному виконавчому праву притаманний також принцип диспозитивності, відповідно до якого особи, які мають юридичну заінтересованість у виконавчому провадженні, наділені правами, пов'язаними із розпорядженням матеріальними і процесуальними правами, що дозволяють їм впливати на рух та закінчення виконавчого провадження. Від однойменного принципу цивільного процесуального права принцип диспозитивності цивільного виконавчого права відрізняється змістом прав, які входять до його складу. Так, на будь-якій стадії виконавчого провадження стягувач вправі відмовитися від стягнення, боржник вправі добровільно виконати рішення,

сторони можуть укласти мирову угоду, а також користуватися іншими правами, передбаченими ст. 30 Закону України “Про виконавче провадження”.

О.В. Рожнов, канд. юрид. наук, доцент
*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ПРИНЦИПИ ОПЕРАТИВНОСТІ В ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРОЦЕСІ

Зміни в суспільно-економічному житті країни, породжені переходом до ринкових відносин, розвитком приватноправових відносин, зумовили збільшення кількості спорів, які виникають між різними суб'єктами права, що наполегливо потребує побудови оперативного механізму захисту їх прав.

Необхідність підвищення оперативності господарського судочинства викликана також специфікою судового процесу, який являє собою арену зіткнення протилежних інтересів сторін. При цьому особи, які змагаються за свої інтереси, зазнають певних втрат – як матеріальних, так і моральних.

При дослідженні принципу оперативності виникає можливість науково-практичного аналізу й оцінки ефективності правосуддя в господарських справах. Тому не випадково міністри юстиції країн Ради Європи вважають за необхідне для створення ефективного, справедливого правосуддя з цивільних, кримінальних та адміністративних справ прийняти й підсилити (в залежності від обставин) усі існуючі правомірні заходи з метою реалізації положень, що містяться в Додатку до рекомендації № R(81)7 від 14.05.81, пункт С якого вказує на нагальну потребу прискорення провадження справ у судах.

У науковій літературі відсутня єдність думок про існування самостійного принципу оперативності в цивільному процесуальному праві, замість цього деякі автори вказують на притаманність господарському судочинству швидкості та процесуальної економії.

На наш погляд, неправильно розцінювати категорії “швидкість” і “оперативність” як синоніми, рівнозначні слова.

Зміст поняття “оперативність” значно ширше. Дійсно, діяти оперативно означає діяти швидко, терміново вирішувати те чи інше питання. Проте разом з тим оперативність – це ще й здатність швидко, своєчасно розглянути й вирішити господарську справу.

Хибною щодо принципу оперативності є також вимога процесуальної економії в господарському судочинстві. Не слід погоджуватися з прибічниками думки про включення в зміст принципу процесуальної економії, поряд з вимогою швидкості, ще й начал економії. Швидкість – це передусім швидкоплинність судочинства, спрямована на розгляд і вирішення господарської справи в найкоротший проміжок часу. Тому такий погляд на це питання не завжди відповідає процесуальній економії. У свою чергу, економія передбачає бережливість при витрачанні матеріальних і процесуальних засобів, однак таке економне використання не може поєднуватися зі швидкістю як елементом змісту одного принципу. Економія матеріальних і процесуальних засобів існує, але не стосовно економії в розгляді й вирішенні господарської справи, а щодо тих негативних наслідків, які виникають у зв’язку з провадженням справи в господарському суді, що є результатом оперативного розгляду справи.

Враховуючи ці міркування, не слід погоджуватися з тими процесуалістами, які розглядають швидкість і процесуальну економію як самостійні принципи господарського процесуального права.

На підставі вивчення й узагальнення наукових даних і законодавства можна зробити висновок про наявність самостійного принципу оперативності в господарському процесуальному праві, елементами якого є: а) вимога швидкого розгляду та вирішення господарської справи, яка забезпечує наближення здійснення наступної процесуальної дії суб’єктів господарського судочинства з уже здійсненою попередньою; б) вимога винесення правильного рішення по справі. При цьому правильне рішення суду – це рішення, яке відповідає всім вимогам, що пред’являються до нього як правозастосовчого акта й процесуального документа.

Спираючись на проведені дослідження принципу оперативності, зазначимо, що останній є елементом системи

принципів господарського процесуального права, який являє собою правову вимогу, якою забезпечується своєчасність розгляду й вирішення господарських справ шляхом найбільш повного й раціонального використання процесуальних засобів, спрямованих на швидке й правильне вирішення господарських справ.

О.М. Ярошенко, канд. юрид. наук, доцент

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ПЕРСПЕКТИВИ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРАЦІ

Однією з основних сучасних тенденцій у розвитку трудового права є поступове та планомірне посилення диференціації в правовому регулюванні праці. Разом з тим диференціація трудового права не може, на наш погляд, проводитися нескінченно, а тому повинні бути законодавчо визначені межі її здійснення, оскільки об'єктивно невиправдана диференціація може мати дискримінаційний характер.

Щоб позначити межі допустимої диференціації трудового права, слід визначити функції такої диференціації. Отже, можуть бути дві головні функції диференціації, які виділяються в зв'язку з двома основними функціями трудового права – захисною і виробничою, всередині яких у наукових цілях можна провести більш детальну класифікацію, виходячи з цілей і завдань трудового законодавства.

Аналізуючи КЗпП України в плані наявності в ньому норм про диференціацію, можна зробити висновок про незавершеність роботи з визначення її критеріїв, розкиданості визначаючих її норм, що, в свою чергу, свідчить про відсутність системи в побудові диференціації в цілому. Так, у кодексі немає вказівки на основні чинники диференціації, що встановлюють на основі єдності загальних норм трудового законодавства відмінності в регулюванні праці окремих категорій працівників, не визначено, які з чинників диференціації мають об'єктивний характер, а які – обумовлені особистими якостями працівника.

Вважаємо, що в новому Трудовому кодексі України повинна мати місце “повноцінна” глава про диференціацію трудового права, яка встановлювала б головним чином загальні засади її проведення. Вказавши на значення єдності й диференціації в регулюванні відносин сфери трудового права, потім слід було б законодавчо закріпити межі використання норм про вилучення, пільги і доповнення, за допомогою яких здійснюється диференціація. Особливе значення це має для встановлення вилучень із загального законодавства про працю, оскільки щодо пільг і доповнень, обмеження в їх застосуванні можуть бути обумовлені тільки фінансовими можливостями роботодавця, особливо для працівників, зайнятих у бюджетних сферах економіки. Основні чинники диференціації, що традиційно склалися в трудовому праві, мають бути зафіксовані в новому Трудовому кодексі із вказівкою можливості їх реалізації як у самому кодексі, так і в спеціальному законодавстві. Поряд з територіальною (за різними підставами) та галузевою диференціацією, слід відобразити можливість проведення диференціації з урахуванням специфіки змісту праці та її організації, відповідального характеру праці, місця виконання роботи та її тривалості, організаційно-правової форми роботодавця і форми власності на його майно. При цьому потрібно обов’язково вказати на рівень нормативно-правових актів, за допомогою яких може здійснюватися диференціація за названими вище підставами. Щодо диференціації за іншими підставами і, насамперед, це стосується підстав, до яких відносять суб’єктні особливості працівників, то в Трудовому кодексі повинно бути вказано на можливість її проведення тільки відповідно до закону.

Відносно конкретних норм з диференціації, що можуть міститися в Трудовому кодексі України або в інших нормативно-правових актах різного рівня, то тут можна було б запропонувати такий варіант.

У кодексі можна було б залишити норми про диференціацію, які характеризують здійснення громадянами загальних трудових прав і обов’язків, а також норми, що мають значення для всіх працівників при створенні їм здорових і безпечних умов праці безвідносно до конкретних професій і посад. Необхідно включити в Трудовий кодекс і норми про

диференціацію за такими суб'єктивними підставами, як: фізіологічні особливості жіночого організму, соціальна функція материнства жінки, стан працездатності працівника, його вік та сімейний стан. Усі інші норми про диференціацію могли б міститися в спеціальному законодавстві, на що слід вказати в новому Трудовому кодексі України при визначенні загальних засад проведення диференціації трудового права, з визначенням рівня нормативно-правових актів, за допомогою яких може здійснюватися диференціація за тими чи іншими підставами.

І.Є. Якубівський, канд. юрид. наук, асистент
Львівський національний

університет

ім. Івана Франка

ЛІЦЕНЗІЯ НА ВИКОРИСТАННЯ ОБ'ЄКТА ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Важливою новелою Цивільного кодексу України, прийнятого 16 січ. 2003 р., є виокремлення в рамках гл. 75, кн. 5 положень про договори щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності. Водночас закріплення у ЦК положень про ці договори висуває перед юридичною наукою і практикою низку нових проблем, які потребують якнайшвидшого розв'язання. До таких слід віднести і визначення сутності ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності.

У статті 1107 ЦК передбачено види договорів, на підставі яких здійснюється розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності. До них вказана стаття відносить, зокрема, ліцензію на використання об'єкта права інтелектуальної власності. Поряд з цим у переліку договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності окремо виділяється і ліцензійний договір. Тобто зі змісту ст.1107 ЦК випливає, що ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності й ліцензійний договір розглядаються як відносно самостійні договірні форми розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності. Постає питання, наскільки виправданою

є така позиція законодавця.

Загалом термін “ліцензія” походить від латинського слова *licitus* і в перекладі означає дозвіл, право. Даний термін знаходить достатньо широке застосування у сучасній законодавчій термінології. В контексті ж законодавства про інтелектуальну власність ліцензія традиційно розглядається як дозвіл на використання об’єкта права інтелектуальної власності.

У частині 1 ст.1108 ЦК закріплено, що особа, яка має виключне право дозволяти використання об’єкта права інтелектуальної власності (ліцензіар), може надати іншій особі (ліцензіату) письмове повноваження, яке надає їй право на використання цього об’єкта в певній обмеженій сфері (ліцензія на використання об’єкта права інтелектуальної власності). З даного визначення випливає розуміння ліцензії як письмового повноваження на використання об’єкта права інтелектуальної власності в певній обмеженій сфері.

Доволі близьке, але не тотожне наведеному вище, трактування сутності ліцензії одержує закріплення у ст. 426 та 1109 ЦК, де остання визначена як дозвіл на використання об’єкта права інтелектуальної власності.

Порівнюючи поняття “повноваження” і “дозвіл”, слід зазначити, що більш точним та адекватним сутності розглядуваного явища є саме останнє. Щодо поняття “повноваження”, то воно більше стосується представництва і послідовно вживається у гл. 17 ЦК. Суть же ліцензії – у видачі дозволу на використання об’єкта права інтелектуальної власності. Це, між іншим, узгоджується із загальними положеннями про право інтелектуальної власності, визначеними кн. 4 ЦК. Так, до майнових прав інтелектуальної власності відповідно до ст.424 ЦК віднесено виключне право дозволяти використання об’єкта права інтелектуальної власності.

У контексті положень гл. 75 ЦК, мабуть, найбільше запитань виникає навколо співвідношення ліцензії на використання об’єкта права інтелектуальної власності й ліцензійного договору. У ЦК дане питання вирішується доволі суперечливо. З одного боку, ст.1107 ЦК називає ліцензію і ліцензійний договір як окремі види договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності. З другого – ст. 426 ЦК передбачає, що умови надання дозволу

(видачі ліцензії) на використання об'єкта права інтелектуальної власності можуть бути визначені ліцензійним договором. У ст.1108 ЦК визначено, що ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності може бути оформлена як окремий документ або бути складовою частиною ліцензійного договору. Відповідно до ст.1109 ЦК за ліцензійним договором здійснюється надання дозволу (ліцензії) на використання об'єкта права інтелектуальної власності. З наведених законодавчих положень випливає, що ліцензія і ліцензійний договір є тісно пов'язаними поняттями, і ліцензійний договір є одним із варіантів оформлення ліцензії.

Вважаємо, що саме другий підхід більш точно відображає співвідношення між ліцензією і ліцензійним договором. Власне, таке бачення знаходить закріплення у спеціальному законодавстві про інтелектуальну власність.

Слід додати, що ліцензію як таку взагалі важко розглядати як договір. Договір матиме місце у випадку, коли ліцензія включена як складова частина до ліцензійного договору. Однак у цьому разі договором буде, власне, ліцензійний договір, а не сама по собі ліцензія. Якщо ж видача ліцензії не опосередковується ліцензійним договором (у вигляді окремого документа, як це визначено у ст.1108 ЦК), то фактично йдеться про односторонню дію, тоді як договором є дво- або багатосторонній правочин (ст.202 ЦК). Тому віднесення ліцензії до договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності у ст.1107 ЦК є помилковим.

У юридичній літературі відстоюється теза про некоректність поняття “примусова ліцензія”. У зв'язку з цим слід зазначити, що, виходячи зі ст. 424, 1108 ЦК, видача ліцензії є прерогативою особи, яка має виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності. Для останньої видача ліцензії є актом її вільного волевиявлення. Тому не може йтися про ліцензію у випадку надання дозволу на використання винаходу, корисної моделі у передбачених законом випадках Кабінетом Міністрів України, судом.

Уявляється, що порушені в даній роботі питання та зроблені висновки сприятимуть подальшим науковим дослідженням юридичної природи ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності та удосконаленню

законодавства у цій сфері.

В.М. Худоба, аспірант
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ПОНЯТТЯ ДЖЕРЕЛА ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

Проблема джерел права – одна з важливіших у правовій науці і постійно знаходиться в центрі уваги вчених, законодавців, юристів-практиків.

У окремих галузевих науках, навчальних курсах поняття джерела права розглядається по-різному, проте, зазвичай, джерело права розуміється як нормативно-правовий акт.

Розкриття поняття джерело права нерозривно пов'язано з розумінням самого права. Як відомо, вироблено два основних підходи до розуміння права: вузьконормативний і широкий.

При вузьконормативному підході (*post factum*), який в науці має велику підтримку, право розглядається як система норм, встановлених або санкціонованих державою, що виражають її волю і забезпечуються нею. Безпосереднім джерелом виникнення правових норм була державна влада, а джерелом права у формальному значенні як найуніверсальніша форма – закон та інші нормативні акти. Через це право проявлялося у формі нормативно-правового акта, який виступав єдиним джерелом права.

Прихильники широкого підходу шукали нового розуміння права, що відповідало б реальній дійсності, яка сприяла виробленню відповідного визначення. Крім норм права, в загальне поняття права включалися правосвідомість, правовідносини та ін. Отже, представлялося не зовсім правильним відносити до джерел права тільки нормативно-правові акти. Особливу увагу сьогодні привертає широкий підхід, коли у зв'язку з проголошенням принципу верховенства права, що вказує на пріоритет права перед державою, очевидна необґрунтованість позиції, при якій право разом з його зовнішніми формами зумовлюється виключно волею держави, а

джерело права, відповідно, розглядається як сукупність певних способів встановлення правил поведінки, правова сила яких забезпечується державою.

Вказані положення вимагають нового підходу до розуміння джерела права і більш правильним представляється його розгляд як форми, в якій знаходять своє відображення загальнообов'язкові юридичні норми, що стали правом.

На основі аналізу висловлених позицій учених з приводу того, що є правом, а також, враховуючи історичний підхід до категорії джерело права, можна вважати, що поняття джерела цивільного процесуального права розкривалося переважно з формально-юридичної точки зору. Так, під джерелами цивільного процесуального права, в загальному вигляді, розумілася зовнішня форма вираження і закріплення цивільно-процесуальних норм. З одного боку, джерелами називають сукупність нормативно-правових актів, що регулюють судочинство по цивільним справам, порядок діяльності суддів й інших учасників процесу, з другого – джерела права ототожнювалися з процесуальними нормами тих чи інших нормативних актів.

На наш погляд, наведені підходи неповністю відображають внутрішній зміст даної юридичної категорії, яка в зрозумілій і стислій формі повинна розкривати сутність даного об'єкта з властивими йому загальними і спеціальними ознаками, що відрізняють його від інших юридичних понять і підкреслюють юридичні особливості саме джерел цивільного процесуального права.

Термін джерело права характеризується наявністю певних ознак, які в цілому співпадають з ознаками джерел цивільного процесуального права, що є самостійною галуззю права. Це, наприклад, такі з них, як ухвалення і закріплення джерела права відповідним органом у межах його компетенції, особливий порядок набрання законної сили, офіційний характер і обов'язковість для виконання, спрямованість на регулювання суспільних відносин, документальна форма вираження, наявність певних реквізитів та ін. Спеціальні ознаки можна звести до таких: 1) забезпечення регулювання цивільно-процесуальних відносин; 2) джерела цивільно-процесуального права, що є зовнішнім проявом цивільно-процесуальних норм, які виражаються у формі позитивного права – Конституція України, ЦПК України та ін.; 3)

прийняття у встановленому законом порядку, тобто з дотриманням спеціальної процедури; 4) розташування в певній органічній системі, що знаходяться між собою в ієрархічних, функціональних, структурних і генетичних зв'язках.

Цивільне процесуальне право, на відміну від інших галузей права, що ґрунтуються за принципом: дозволено все, що не заборонено законом, виходить із принципу: дозволено те, що передбачено законом, тому й регулювання цивільно-процесуальних відносин здійснюється меншою кількістю джерел. Звідси джерелами цивільного процесуального права є безпосередньо нормативно-правові акти, перелік яких містить ст.2 ЦПК України, Конституція України, ЦПК України, міжнародні договори, узгодженні з Верховною Радою України й інші закони, діючі під час провадження окремих процесуальних дій, розгляду й вирішення справи.

Таким чином, джерелами цивільного процесуального права є офіційні зовнішні форми вираження (об'єктивації) процесуальних норм, які регулюють (встановлюють, змінюють, припиняють) відносини у сфері цивільного судочинства, в результаті їхнього закріплення (ухвалення, встановлення) найвищими (уповноваженими на те) органами державної влади.

С. Яковлєв, аспірант

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ПІДСТАВИ ДЛЯ СКАСУВАННЯ ЧИ ЗМІНИ РІШЕННЯ СУДОМ КАСАЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Для правильного застосування чинного законодавства необхідне чітке розуміння того місця, яке займають у цивільному процесі підстави до скасування або зміни судових рішень у касаційному порядку. Згідно зі ст.324 Цивільного процесуального кодексу України касаційними підставами до скасування або зміни судових постанов по чинному законодавству є істотні порушення норм матеріального або процесуального права. Під істотними варто розуміти порушення, що вплинули або могли вплинути на

правильність винесених рішень.

Усі підстави скасування або зміни судових рішень у загальній формі можуть бути зведені до незаконності судових актів нижчестоящих судових інстанцій. У літературі вказувалося, що нерідко, коли йдеться про обставини, що є підставами до скасування або зміни рішень, вживають термін “приводи до скасування або зміни судових постанов”. На нашу думку, застосування зазначеного терміна суперечить змістові поняття “підстави до скасування або зміни”. Приводом для перевірки судових актів, що вступили в законну силу, є скарга зацікавленої особи або подання прокурора, що необхідні для порушення діяльності вищестоящего суду по перевірці судових постанов. Висновки вищестоящего суду про правильність або неправильність судових актів являють собою певне судження суду. Обставини, що визначають зміст судження суду касаційної інстанції про законність судових постанов, не можна змішувати з цими приводами. Здається обґрунтованою думка, що при перевірці вищестоящим судом судових актів варто вживати термін “підстави до скасування рішень”. У повній відповідності з принципом законності на суд касаційної інстанції покладений обов’язок реагувати на будь-які порушення закону, допущені нижчестоящими судами при розгляді справ. Для цього закон наділяє касаційну інстанцію правом не тільки скасовувати рішення, винесені з порушенням закону, але і змінювати їх по справах, в яких допущені порушення закону, що не спричиняють скасування рішення.

Однією з підстав до скасування судових рішень касаційною інстанцією є порушення нижчестоящими судами при вирішенні справ норм матеріального права. Порушення норм матеріального права, природно, є підставою до скасування рішень по мотивах його незаконності. Незаконність рішень по мотивах порушення або неправильного застосування норм матеріального права зводиться до: незастосування закону, що підлягає застосуванню; застосування закону, що не підлягає застосуванню; неправильного тлумаченню закону. Порушення норм матеріального права нижчестоящими судами, будучи законодавчо закріпленою специфічною підставою до скасування судового рішення або зміни судом касаційної інстанції, відображає певну частину правосуб’єктності суду касаційної

інстанції і сприяє захисту суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів громадян і організацій. Таким чином, касаційна інстанція не тільки усуває помилки в застосуванні матеріального закону по конкретній справі, але й запобігає можливості повторення подібних помилок при розгляді аналогічних справ у майбутньому.

Порушення або неправильне застосування норм процесуального права також є підставою до скасування судового рішення лише за умови, якщо таке порушення призвело або могло призвести до неправильного вирішення справи. Необхідно відмітити, що істотні порушення норм судочинства можна визначити як такі, що або не дають впевненості в правильності вирішення справи по суті, або порушують основні правила процесу, коли навіть при правильних кінцевих висновках суду по справі рішення не може мати сили і значення акта правосуддя. Також слід зауважити, що істотні порушення цивільних процесуальних норм нерідко призводять до того, що особи, які беруть участь у справі, нерідко не можуть належним чином відстоювати в процесі свої інтереси, а суд позбавляється можливості ретельно розібратися в обставинах справи. Саме тому найсуворіше дотримання процесуальних норм при розгляді цивільних справ розглядається в якості однієї з необхідних і важливих умов винесення законних і обґрунтованих рішень. Отже, правильний і швидкий розгляд та вирішення судових справ неможливі без точного дотримання норм процесу. Неухильне дотримання цивільних процесуальних норм при розгляді будь-якої цивільної справи – гарантія судового захисту законних суб'єктивних прав.

Повноваження суду касаційної інстанції, спрямовані на скасування судових постанов повністю або частково, або їх зміну, безпосередньо пов'язані з передбаченими підставами до скасування судових актів або їх зміни в касаційному порядку. Слід мати на увазі, що повноваження касаційної інстанції, спрямовані на скасування судових постанов або зміну, і підстави до скасування постанов тільки в сукупності забезпечують ефективну діяльність суду касаційної інстанції по перевірці законності судових актів. Однак такий зв'язок між ними не впливає на їхню самостійність з точки зору функцій, виконуваних касаційним судом. Якщо підстави до скасування постанов є

критерієм оцінки законності судових постанов, то повноваження регулюють відносини між касаційною інстанцією, нижчестоящими судами й особами, що беруть участь у справі, а також застосування заходів правового впливу в результаті розгляду справи касаційною інстанцією.

О.О. Сидоренко, аспірантка
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ПОПЕРЕДНЄ СУДОВЕ ЗАСІДАННЯ – ОДНА ІЗ НОВЕЛ ЦПК УКРАЇНИ

Однією з новел Цивільного процесуального кодексу України є введення норм, що регулюють попереднє судове засідання (ст. 129, 130). Метою попереднього судового засідання є: а) з'ясування можливості врегулювання спору до судового розгляду або б) забезпечення правильного та швидкого вирішення справи (ч. 1 ст. 130 ЦПК України). Законодавець окреслив дві різні мети, які послідовно змінюють одна одну, тобто якщо не досягнуто першої, починає діяти друга.

На перше місце закон ставить таке завдання попереднього судового засідання, як з'ясування можливості врегулювання спору до судового розгляду. Воно полягає в тому, що „...суд з'ясовує: чи не відмовляється позивач від позову, чи визнає позов відповідач, чи не бажають сторони укласти мирову угоду або передати справу на розгляд третейського суду” (ч. 3 ст. 130 нового ЦПК України). У кодексі вказано, що усі ці обставини спрямовані на врегулювання спору, але по суті врегулюванням можна вважати тільки мирову угоду, оскільки вона є двостороннім волевиявленням шляхом взаємних поступок. Відмова ж від позову є одностороннім волевиявленням і спрямована на припинення спору; визнання позову також є одностороннім волевиявленням і спрямоване на закінчення спору; бажання передати справу на розгляд третейського суду – це волевиявлення, спрямоване на зміну форми розгляду спору. Ці правомочності належать до числа найбільш істотних. Особливо це виявляється у випадках відмови від позову і мирової угоди,

оскільки при прийнятті відмови від позову і затвердженні мирової угоди справа провадженням припиняється і закон не допускає пред'явлення того ж самого позову в майбутньому. Суддя у разі відмови від позову, укладення мирової угоди у попередньому судовому засіданні виносить ухвалу про закриття провадження у справі; у разі визнання відповідачем позову та за наявності для того законних підстав – ухвалює рішення про задоволення позову; якщо сторони домовились про передачу спору на вирішення третейського суду, суд постановляє ухвалу про залишення заяви без розгляду. В даному випадку, коли можливість врегулювання спору використана, тобто досягнута мета, окреслена законодавцем, і по справі ухвалене судове рішення, можна визначити попереднє судове засідання як особливий, новий вид провадження, яке можна назвати урізаним, неповним провадженням, оскільки воно має лише дві стадії: відкриття провадження у справі й розгляд справи в попередньому судовому засіданні з винесенням судового рішення або ухвали. Особливість цього виду провадження полягає в тому, що справа розглянута до судового розгляду. Однак треба мати на увазі, що визнання позову відповідачем, як і відмова позивача від позову, може закінчитися у попередньому судовому засіданні, а може бути у повному, „звичайному” провадженні у випадках, якщо: а) визнання відповідачем позову суперечить закону або порушує права, свободи чи інтереси інших осіб (ч. 4 ст. 174); б) суд не приймає відмову від позову, визнання позову у справі, в якій особу представляє законний представник, і його дії суперечать інтересам особи, яку він представляє (ч. 5 ст. 174).

Якщо сторони не домовились і спір не вирішено судовим рішенням, то завданням попереднього судового засідання буде забезпечення правильного та швидкого вирішення справи. З цією метою суд уточнює позовні вимоги або заперечення проти позову; вирішує питання про склад осіб, які братимуть участь у справі; визначає факти, які необхідно встановити для вирішення спору і які з них визнаються кожною стороною, а які підлягають доказуванню; з'ясовує, якими доказами кожна сторона буде обґрунтовувати свої доводи чи заперечення щодо невизнаних обставин та встановлює строки їх подання; за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, вирішує питання про витребування доказів та виклик свідків, про проведення експертизи, залучення

до участі у справі спеціаліста, перекладача, особи, яка надає правову допомогу, або про судові доручення щодо збирання доказів; за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, вирішує питання про вжиття заходів забезпечення позову та ін. (ч. 6 ст. 130 ЦПК України). Забезпечення правильного та швидкого вирішення справи у попередньому судовому засіданні також проходить стадійно (відкриття провадження у справі, підготовка справи до судового розгляду) і завершується винесенням ухвали про процесуальні дії, які необхідно вчинити до судового розгляду, тому його можна назвати одним із видів забезпечувальних проваджень, мета яких – забезпечення основного виду провадження.

М.О. Перепелиця, *канд. юрид. наук, доцент*
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

СИСТЕМА СУБ'ЄКТІВ ФІНАНСОВОГО ПРАВА

Коло суб'єктів фінансового права достатньо широке, що зумовлює необхідність їх класифікації. Проблема класифікації зазначених суб'єктів заслуговує поглибленого дослідження, оскільки її розробка дозволить детально проаналізувати їх види, особливості, структуру і характер зв'язку між ними. Логічно правильний і послідовний поділ суб'єктів фінансового права за відповідними підставами вносить ясність і в питання про розмежування їх повноважень, обов'язків і прав.

У філософії під класифікацією розуміється система супідрядних понять (класів об'єктів) якої-небудь сфери знання чи діяльності людини, що часто подається у вигляді різних за формою схем (таблиць), використовується як засіб для встановлення зв'язків між цими поняттями і для орієнтування в розмаїтті понять чи відповідних об'єктів. Наукова класифікація як один із методів проникнення в суть понять і явищ ґрунтується на визначенні рис, притаманних цим явищам.

Класифікація будь-яких понять має дві паралельні мети – підведення підсумків результатів попереднього розвитку певної галузі пізнання і встановлення початку нового етапу в розвитку

цієї галузі. Вони є визначальними і при дослідженні питання про класифікацію суб'єктів фінансового права. Стан науки і теорії фінансового права дає можливість підвести підсумки результатів попереднього розвитку такого правового явища, як суб'єкти фінансового права, і разом з тим накреслити нові етапи для його дослідження.

Класифікувати досліджувані суб'єкти – це, ґрунтуючись на загальній ознаці, властивій окремим їхнім групам, здійснити процес поділу їх на відповідні групи. При цьому загальні підстави класифікації будуть, безумовно, запозичені із загальної теорії держави і права та інших юридичних наук, тому що цілком очевидно, що критерій, притаманний суб'єктові права в цілому, застосовується і до суб'єкта фінансового права як їх різновиду. У зв'язку з цим вбачається логічним при дослідженні видів суб'єктів фінансового права застосовувати два типи підстав їх класифікації – загальні й спеціальні.

Загальні підстави – це критерії поділу суб'єктів права з урахуванням відповідних однорідних ознак, властивих і застосовуваних до суб'єктів будь-якої галузі права. Такі підстави є узагальнюючими, бо характеризують суб'єктів права в усіх чи в більшості видів правовідносин. Спеціальні підстави класифікації суб'єктів фінансового права – це критерії поділу винятково галузевих суб'єктів з урахуванням їх відповідних однорідних ознак, непридатних при класифікації суб'єктів інших галузей права.

Важливим і першочерговим питанням є визначення тих критеріїв класифікації суб'єктного права, що дозволяють їх виокремити з усієї сукупності суб'єктів права. Стосовно цього питання у юридичній науці виділяють дві підстави: відповідно до галузей права і галузевої правосуб'єктності.

Згідно з галузевою належністю суб'єкти фінансового права класифікуються на суб'єктів державного, цивільного, адміністративного, фінансового, кримінального права і т.ін. Цей загальний критерій класифікації, з одного боку, є цілком логічним і об'єктивним, а з іншого – у силу свого всеохоплюючого впливу відволікає від явища, що нас цікавить, тобто суб'єктів фінансового права. Адже за наведеним критерієм можна класифікувати не тільки суб'єктів фінансового права, а й галузевих правовідносин, предмети тієї чи іншої галузі права,

правові норми, безпосередньо правовідносини, тобто основні, базисні категорії, що становлять будь-яку галузь права.

Однією з загальних підстав класифікації суб'єктів фінансового права є критерій галузевої правосуб'єктності. Відповідно до нього досить складно класифікувати яке-небудь інше правове поняття (об'єкт, правовідносини, предмет тощо), крім суб'єктів права. Галузева правосуб'єктність – це юридична ознака суб'єкта права, що поряд із двома іншими (зовнішня відособленість і персоніфікація) характеризує галузевого суб'єкта. Саме за ознакою галузевої правосуб'єктності можна виокремити конкретного галузевого суб'єкта права із сукупності інших галузевих суб'єктів, тому що ця його ознака має властивість видозмінюватися, тобто існувати як кримінальна, цивільна, трудова, фінансова та інша правосуб'єктність.

Для класифікації суб'єктів права (галузевих суб'єктів) у загальній теорії права та інших юридичних науках використовуються різні критерії. Одним із загальних підстав поділу суб'єктів права (зокрема, суб'єктів податкового права) виступає критерій їх поділу залежно від наявності чи відсутності у суб'єкта владного повноваження. Так, М.П.Кучерявенко за цим критерієм поділяє суб'єктів податкового права на владних і зобов'язаних. І хоча зазначена підстава класифікації виділена в теорії податкового права, вона, безумовно, може застосовуватися в цілому й до суб'єктів фінансового права, бо суб'єкти податкового права є різновидом останніх.

Критерій поділу суб'єктів фінансового права на владні й зобов'язані важливий тим, що він, підкреслюючи специфіку галузевої фінансової правосуб'єктності, акцентує увагу на впливі імперативного методу правового регулювання. Нейтрального становища у суб'єкта фінансового права бути не може: він належить або до групи владних осіб, або зобов'язаних, або (якщо йдеться про державні органи) входить, з одного боку, щодо зобов'язаних суб'єктів у групу владних, а з іншого – стосовно держави – у групу зобов'язаних.

Найбільшою за обсягом і традиційною підставою класифікації суб'єктів права виступає їх поділ на юридичних, фізичних осіб, державу. При цьому вчені по-різному виділяють критерій такої класифікації. Так, А.Г.Братко всіх суб'єктів правовідносин поділяє на дві групи: фізичні та юридичні особи

залежно від характеру охоронюваних і забезпечуваних правом інтересів, а В.Є.Гулієв, класифікуючи суб'єктів права на юридичних і фізичних осіб, виділяє кількісний критерій їх поділу. На нашу думку, підставою, яка охоплює всі групи суб'єктів права і відбиває специфіку їх становища, є вольовий критерій, тобто питання про те, чию волю виражає суб'єкт права, виділений Ц.О.Ямпольскою. При цьому вона логічно зазначала, що істотною ознакою правових відносин є їхній вольовий характер, тому і при вивченні учасників цих відносин (суб'єктів права) необхідно насамперед розглянути, як вольова ознака модифікується стосовно кожного з них.

Питанню класифікації суб'єктів фінансового права за вольовим критерієм приділена належна увага в теорії фінансового права. У цілому ж учені поділяють суб'єктів фінансового права традиційно на дві або три групи: колективні й індивідуальні суб'єкти, або держава, колективні та індивідуальні суб'єкти. Різниця полягає лише в тому, що в першому випадку держава включається в групу колективних суб'єктів фінансового права, а в другому – виступає окремим суб'єктом.

При визначенні нашої класифікаційної схеми суб'єктів фінансового права за вольовим критерієм доцільно врахувати позиції Л.К.Воронової й М.П.Кучерявенка, які поділяють їх на дві групи – колективні й індивідуальні суб'єкти фінансового права. Така класифікація, незважаючи на її стислість, дозволяє охопити всі види суб'єктів фінансового права.

До групи колективних суб'єктів фінансового права належать держава, органи державної влади й органи управління, територіальні громади, органи місцевого самоврядування, юридичні особи різних форм власності та видів діяльності, відособлені підрозділи без статусу юридичної особи, консолідовані групи платників податків. Безумовно, кожному з вказаних вище суб'єктів права притаманні свої специфічні особливості. Той факт, що такі суб'єкти об'єднані в групу “колективні суб'єкти фінансового права” жодною мірою не зрівнює їх за статусом і можливостями.

Під індивідуальним суб'єктом права розуміють фізичну особу, яка здійснює свої інтереси окремо і самостійно. У цю групу суб'єктів фінансового права входять громадяни України, іноземні громадяни, особи без громадянства й особи з подвійним

громадянством. Однак зв'язок між державою й суб'єктами фінансового права засновано не на інституті громадянства, що є визначальним в інших галузях права, а на економічних інтересах таких суб'єктів. У зв'язку з цим суб'єктів фінансового (зокрема суб'єктів податкового) права залежно від місця перебування можна поділити на резидентів і нерезидентів.

*О.А. Лукашев, канд. юрид. наук, доцент
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ПРОБЛЕМИ РОЗМЕЖУВАННЯ ПРЕДМЕТІВ ФІНАНСОВО-ПРАВОВОГО ТА БАНКІВСЬКОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Питання, пов'язані з визначенням предмета та системи будь-якої галузі належать до перманентно актуальних. Це зумовлено безпосереднім впливом процесів, що відбуваються в суспільстві, як на систему права в цілому, так і на зміст предмета окремих галузей права та їх структуру. Особливої актуальності набуває вирішення проблеми визначення предмета фінансово-правової галузі та її системи з урахуванням соціально-економічних перетворень в Україні з початку 90-х років минулого століття із здобуттям незалежності. Докорінна зміна економічної формації держави порівняно з радянською добою спричинила як розвиток нових форм та методів фінансової діяльності, так і суттєву зміну тих, які існували раніше. Ці чинники безпосередньо вплинули на стан предмета фінансово-правового регулювання, системи галузі фінансового права та визначають тенденції розвитку системи фінансового законодавства.

Проблеми розвитку та трансформації системи фінансового права, принципів її побудови, еволюції окремих фінансово-правових інститутів, їхньої взаємодії вимагають проведення спеціальних системних досліджень. Зосередимося на проблемі обґрунтування критеріїв віднесення до предмета фінансового права відносин за участю банківських установ. Це, у свою чергу, дозволить зробити висновок щодо наявності або

відсутності в системі галузі фінансового права окремого інституту правового регулювання банківської діяльності.

Інтенсивний розвиток банківських систем у країнах пострадянського простору та формування відповідного значного масиву нормативно-правових актів дозволили фахівцям поставити питання щодо визнання банківського права комплексною галуззю права або навіть самостійною галуззю права. Вочевидь, що наукова дискусія щодо з'ясування природи банківського права найближчим часом не завершиться. Проте питання, пов'язані з регулюванням відносин у сфері банківської діяльності, продовжують залишатися в полі зору фахівців у галузі фінансового права.

Передумовою розгляду відносин, що виникають в процесі функціонування банківської системи, в якості об'єкта фінансово-правового регулювання є визнання банківського кредиту ланкою фінансової системи держави. Оскільки в фінансово-правовій науці загальноприйнятою є думка, що в системі фінансового права відбивається фінансова система держави, то інститут банківського кредитування науковцями розглядається як окремий фінансово-правовий інститут в структурі Особливої частини фінансового права.

Пора вже переглянути загальноприйняті підходи, сформовані за радянських часів, коли банківська система практично була єдиним цілим із системою державних фінансів, забезпечуючи виконання технічних функцій із організації обігу державних грошових коштів.

Відокремлення банківської системи від системи державних фінансів, визнання банків самостійними господарюючими суб'єктами, діяльність яких при здійсненні банківських операцій регулюється переважно нормами цивільного права, не дозволяє погодитися з точкою зору окремих науковців, які включають до предмета фінансово-правового регулювання відносини з приводу всіх видів кредитної діяльності комерційних банків.

Навряд чи можна однозначно приєднатися до позицій вказаних науковців, оскільки грошово-кредитна політика за законодавчим визначенням, закріпленим у ст. 1 Закону України "Про Національний банк України", є комплексом заходів у сфері грошового обігу та кредиту, направлених на регулювання

економічного зростання, стримування інфляції та забезпечення стабільності грошової одиниці України, забезпечення зайнятості населення та вирівнювання платіжного балансу. Реалізація інших повноважень, зазначеними вказаними науковцями, також не може бути віднесена до змісту фінансово-правового регулювання, адже законодавцем вони віднесені до змісту передбаченої ст.7 Закону “Про Національний банк України” функції банківського регулювання і нагляду. На наш погляд, принциповою різницею між фінансово-правовим та банківським регулюванням і наглядом є те, що остання функція хоча й має вельми важливий публічний характер, проте не передбачає формування, розподілу й використання державних грошових фондів, за рахунок яких забезпечується реалізація функцій і завдань держави. Головною метою банківського регулювання і нагляду відповідно до ст. 55 зазначеного Закону є безпека та фінансова стабільність банківської системи, захист інтересів вкладників і кредиторів.

Поняття банківської діяльності визначено у ст. 2 Закону України “Про банки і банківську діяльність” від 7 груд. 2000 р. № 2121-III як залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, відкриття і ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб. На відміну від фінансової, банківська діяльність має дещо інший за змістом публічний характер. Публічний її блок складають організаційні, контрольно-наглядові та інші відносини, які виникають у процесі державного регулювання банківської системи, але вони не спрямовані на формування, розподіл та витрачання публічних фондів грошових коштів.

Імперативне регулювання банківської діяльності не може бути підставою визнання такого регулювання фінансово-правовим. Більш аргументованим є підхід вітчизняного законодавця щодо визначення форм державного регулювання банківської діяльності та їх змісту. Відповідно до ст. 66 Закону України “Про банки і банківську діяльність” Національний банк України здійснює державне регулювання банківської діяльності в адміністративній та індикативній формах. При цьому адміністративне регулювання передбачає реалізацію центральним банком держави таких дій: 1) реєстрацію банків і ліцензування їх

діяльності; 2) встановлення вимог та обмежень щодо діяльності банків; 3) застосування санкцій адміністративного чи фінансового характеру; 4) нагляд за діяльністю банків; 5) надання рекомендацій щодо діяльності банків.

Відносини, що виникають у процесі адміністративного регулювання діяльності банків, будуються за принципом “влада – підпорядкування”. Тому, на наш погляд, використання терміна “адміністративне регулювання” є дуже влучним, оскільки Національний банк України в цих відносинах виступає як особливий центральний орган державного управління, що реалізує покладені на нього функції для здійснення державного управління банківською системою. Проте на відміну від фінансово-правового регулювання, адміністративне регулювання банківської діяльності не спрямоване на формування, розподіл або використання грошових фондів, за рахунок яких забезпечується фінансування публічних потреб.

Таким чином, до предмета фінансового права слід включати лише ті відносини за участю банків та інших фінансово-кредитних установ, які виникають у сфері фінансової діяльності держави. Отже, виокремлення в системі фінансового права інституту правового регулювання банківських відносин (банківського кредитування чи банківських розрахунків) не може ґрунтуватися лише на особливому статусі банківських установ та їх функціях. Статус окремого суб’єкта, в тому й числі банку, є недостатнім критерієм для визнання фінансово-правовим інститутом групи норм, що регулюють окремі аспекти його діяльності.

А.Л. Сільнова, здобувач

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

**ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ
ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ
ЗА ПОРУШЕННЯ ВИМОГ АТМОСФЕРООХОРОННОГО
ЗАКОНОДАВСТВА**

Чинне атмосфероохоронне законодавство далеке від досконалості та має потребу в теоретичному дослідженні, оскільки не повною мірою вивчений і розроблений механізм юридичної відповідальності, зокрема, системи норм-санкцій і діяльності правозастосовних органів у сфері охорони атмосфери.

Юридична відповідальність – це важлива міра захисту інтересів особистості, суспільства й держави. Вона настає в результаті порушення приписів правових норм і проявляється у формі застосування до правопорушника заходів державного примусу.

Виділяють такі види юридичної відповідальності: дисциплінарну, адміністративну, цивільну й кримінальну.

Дисциплінарна відповідальність – різновид ретроспективної юридичної відповідальності особи за порушення норм права, що регулює відповідну дисципліну, і застосування до порушника дисциплінарних стягнень.

Адміністративна відповідальність – накладення на винних фізичних (юридичних) осіб, які порушили правила поведінки, адміністративних стягнень, що створюють для цих осіб несприятливі наслідки особистого, майнового, морального й іншого характеру.

Адміністративна відповідальність застосовується найчастіше, що обумовлено оперативністю її реалізації.

Як показує практика, така адміністративна санкція, як призупинення (припинення) діяльності підприємства, застосовується дуже рідко, хоча це найбільш ефективний захід, що спонукає керівництво підприємства до усунення порушень атмосфероохоронного законодавства з метою уникнення значного матеріального збитку.

Накладення адміністративного стягнення у вигляді штрафу – найпоширеніша міра відповідальності, що застосовується до керівного складу підприємства-порушника. Однак досить часто при накладенні такого стягнення не враховується його мета – покарання винного, тому що розмір штрафу найчастіше не відповідає заподіяному збитку.

Цивільно-правова відповідальність проявляється в стягненні неустойки, штрафу, пені, відшкодуванні шкоди з фізичної або юридичної особи за невиконання та неналежне виконання обов'язків і за заподіяння позадогової шкоди, а

також за порушення деяких особистих немайнових прав.

Складним уявляється питання про громадянську відповідальність у тих випадках, коли кілька підприємств здійснюють викиди в атмосферу шкідливих речовин у межах норм, однак у процесі їхньої взаємодії створюються нові отруйні хімічні сполуки. У такому випадку правила щодо кількості викидів формально дотримуються, але в атмосферному повітрі виникають нові забруднюючі речовини. Шкода, спричинена правомірними діями, також підлягає відшкодуванню, оскільки ця шкода викликана джерелом підвищеної небезпеки, крім випадків, коли мала місце дія непереборної чинності або провина самих потерпілих. Тоді варто також вирішувати питання про відповідальність службових осіб державних органів, які видали дозвіл на викиди, оскільки в їхню безпосередню компетенцію входить обов'язок вивчення проектної документації про запуск в роботу підприємств, а також вивчення стану атмосферного повітря в регіоні.

Кримінальна відповідальність є різновидом ретроспективної відповідальності, яка полягає в застосуванні до винної в здійсненні злочину фізичної особи виду й ступеня кримінального покарання.

До проблемних питань практичного застосування кримінальних санкцій за порушення атмосфероохоронного законодавства можна віднести складність встановлення винної особи в забрудненні атмосфери у випадку близького розташування декількох підприємств.

До рішення зазначеної проблеми можна підійти як з технічної точки зору, тобто створення такої апаратури, яка б змогла ідентифікувати викиди кожного конкретного підприємства, так і з правової. Без відповідних приладів довести винність конкретного суб'єкта господарювання, у випадках розташування неподалік декількох інших, складно.

Найбільш ефективним заходом щодо захисту й охорони атмосфери варто визнати економічні важелі, які дають можливість впливати на осіб, які заподіяли шкоду атмосфері, що дозволить застосувати як кримінальний захід впливу, так і матеріальну (економічну) санкцію, що не забороняється чинним законодавством.

Виділення територій, де розташовані підприємства-

забруднювачі, в окрему зону й постійне дослідження стану повітря в ній, також дасть позитивні результати.

Гострою є проблема корупції в деяких органах державної влади. І хоча корупція прямо не пов'язана з предметом вивчення атмосфероохоронного права, однак ця соціально-правова проблема безпосередньо впливає на реалізацію норм атмосферного законодавства.

Відсутність комплексного підходу в рішенні питання ефективності застосування юридичних санкцій до винних осіб за порушення атмосфероохоронного законодавства, безсумнівно, призведе до створення законів, які не будуть застосовуватися на практиці.

О.М. Дуванський, здобувач
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

СИСТЕМА ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНИХ ЗАХОДІВ ЗА ПОДАТКОВИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Проблема забезпечення належного виконання платниками податків покладених на них обов'язків нині є актуальною в Україні, а тому вимагає відповідного наукового опрацювання. Стан наукових розробок цієї проблеми значною мірою залежить від рівня законодавчого закріплення інституту забезпечення виконання обов'язку зі сплати податків і зборів. Складність дослідження системи способів забезпечення виконання обов'язку зі сплати податків і зборів зумовлена тим, що чинне податкове законодавство України й дотепер не містить норми, яка б визначала їх сукупність. Саме відсутність такої норми ускладнює завдання визначення критерію, за яким слід об'єднувати норми в окремий інститут податкового права – інститут забезпечення виконання обов'язку зі сплати податків і зборів.

На відміну від України, в Російській Федерації інститут забезпечення виконання обов'язку зі сплати податків і зборів отримав повноцінне законодавче оформлення з прийняттям ч. I Податкового кодексу РФ, який включає гл. II “Способи

забезпечення виконання обов'язку зі сплати податків і зборів". Принципове значення має норма, що міститься в ч. І ст. 72 зазначеного Кодексу: "Виконання обов'язку зі сплати податків і зборів може забезпечуватись такими способами: заставою майна, порукою-пенєю, призупиненням операцій за рахунками в банку та накладенням арешту на майно платника податків". У такий спосіб російський законодавець не лише відокремив забезпечувальні заходи від інших правових засобів, але й встановив їх вичерпний перелік, що дозволяє визначити межі інституту забезпечення виконання обов'язку зі сплати податків і зборів.

Відсутність у податковому законодавстві України норми, якою б визначався вичерпний перелік спеціальних забезпечувальних заходів, має практичні негативні наслідки у вигляді отождошення різних правових засобів як на рівні законів, так і в підзаконних нормативно-правових актах. Закон України "Про податок із доходів фізичних осіб" від 22 трав. 2003 р. № 889-IV містить ст. 19 "Забезпечення виконання податкових зобов'язань", проте її зміст складають лише обов'язки платників податків і податкових агентів. Жодного спеціального забезпечувального заходу зазначеним Законом не запроваджено.

У податковому роз'ясненні положень ст. 8 Закону України від 21.12.2000 р. № 2181-Ш "Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами" (*дали* – Закон), затверджені наказом Державної податкової адміністрації України від 16.06.2005 р. № 210 (абз. 8 п. 1) зазначено: "... за здійснення операцій з активами, що перебувають в податковій заставі, до платника податків застосовується відповідальність, визначена чинним законодавством України (фінансова, кримінальна, адміністративний арешт активів)". Важко навести обґрунтування позиції Державної податкової адміністрації України щодо визнання адміністративного арешту активів видом юридичної відповідальності, оскільки відповідно до пп. 9.1.1. п. 9.1. ст. 9 Закону адміністративний арешт активів платника податків є виключним способом забезпечення можливості погашення його податкового боргу.

Крім адміністративного арешту активів платника податків, до системи спеціальних забезпечувальних заходів слід віднести

податкову заставу, податкову поруку та пеню. Згідно з п. 1. 17. ст. I Закону податкова застава – це спосіб забезпечення податкового зобов'язання платника податків, не погашеного у строк. Визначаючи зміст податкової застави в п. 8.1. ст. 8 зазначеного Закону законодавець встановив: “З метою захисту інтересів бюджетних споживачів активи платника податків, що має податковий борг, передаються у податкову заставу”. Зважаючи на наведене законодавче визначення змісту податкової застави, складно погодитись з позицією Конституційного Суду України щодо визнання податкової застави джерелом наповнення бюджетів та державних цільових фондів, яку викладено в п. 4.2. Рішення Конституційного Суду України від 24.03.2005 р. № 2-рп/2005. На наш погляд, точніше характеризувати податкову заставу та інші забезпечувальні заходи саме як додаткові гарантії забезпечення податкових надходжень до публічних грошових фондів.

На відміну від інших забезпечувальних заходів, норми, що регулюють порядок застосування податкової поруки, не представлені окремою статтею Закону. Формальним приводом такого підходу законодавця може бути те, що відповідно до пп. “д” пп. 8.7.1. ст. 8 зазначеного Закону активи платника податків звільнюються з податкової застави з дня отримання податковим органом договору поруки на повну суму податкового боргу платника податків. Проте, вважаємо, що внутрішня структура закону не може впливати на визнання податкової поруки самостійним забезпечувальним заходом, оскільки порівняно з податковою заставою вона має принципово іншу правову природу.

Четвертим способом забезпечення виконання обов'язку зі сплати податків і зборів є пеня. Відповідно до п. 1.4. ст. I Закону пеня – це плата у вигляді відсотків, нарахованих на суму податкового боргу (без урахування пені), що справляється з платника податків у зв'язку з несвоєчасним погашенням податкового зобов'язання. Відсутність у податковому законодавстві України визначення поняття податкового правопорушення, а також вичерпного переліку санкцій за його вчинення дозволяє припускати можливість визнання пені одночасно способом забезпечення виконання обов'язку зі сплати податків і зборів та мірою відповідальності за порушення строку

сплати податків і зборів.

О.В. Галкіна, *здобувач*
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

СПІВВІДНОШЕННЯ СТРОКІВ ВИКОНАННЯ ПОДАТКОВОГО ОБОВ'ЯЗКУ І СТРОКІВ СПЛАТИ ПОДАТКІВ ТА ЗБОРІВ

Виконання податкового обов'язку передбачає здійснення комплексу дій платників податків та зборів, інших зобов'язаних осіб із податкового обліку, сплати податків та податкової звітності. Складовими цієї системи виконання податкового обов'язку є певні дії, що пов'язані із передачею відповідних грошових коштів, які сформувалися як еквівалент податкового обов'язку до державного та місцевих бюджетів.

Формування бюджетних доходів за рахунок надходжень податків та зборів вельми важливе, бо таким чином складаються підстави забезпечення необхідними коштами державних функцій. Варто звернути увагу на те, що особливості правового регулювання даних відносин передбачають чітке забезпечення не лише надходжень до бюджетів. Особливо гостро постає питання в цьому випадку своєчасності надходжень коштів.

Необхідність забезпечення своєчасності надходжень коштів до доходних частин бюджету ґрунтується на чіткій координації терміну отримання коштів бюджетами та терміну надання коштів із бюджетів. Зрозуміло, що виконання бюджетів зовсім не означає, що з першого дня бюджетного періоду всі передбачені на рік доходи містяться на окремих казначейських рахунках і поетапно кошти із них передаються на фінансування бюджетних видатків. Надходження коштів до бюджетів здійснюється постійно протягом бюджетного періоду, і в цьому процесі чи не найголовнішим є те, щоб при фінансовому забезпеченні виділення бюджетних коштів (сплата пенсій, стипендій тощо) вони вже були на відповідних рахунках. Затримка сплати заробітної плати представникам бюджетної сфери, пенсійних виплат найчастіше пов'язана не з тим, що немає

коштів взагалі, а з тим, що вони надійшли несвоєчасно, що виконання обов'язку із сплати податку здійснилося із певною затримкою. З приводу цього вважаємо доцільним провести розмежування своєчасності виконання податкового обов'язку та своєчасності сплати податку.

Виконання податкового обов'язку передбачає досить довгий термін. У цьому процесі можна виокремити декілька стадій:

а) підготовча, протягом якої фіксуються підстави для визначення суми податку. У цей час фактично реалізуються облікові обов'язки платників, які передують можливості визначення суми податку. В даному випадку йдеться про облік платників податків, їх дії, пов'язані з наданням відповідних даних до реєстрів, облік об'єктів оподаткування, формування підстав, що пов'язані з можливістю визначення суми коштів як еквівалента податкового обов'язку;

б) визначальна – охоплює дії, пов'язані з передачею коштів від платників податків та зборів державі й територіальним громадам. Протягом цієї стадії кошти від податків та зборів надходять на казначейські рахунки відповідних бюджетів. Фактично це найголовніша стадія в процесі виконання податкового обов'язку, бо саме вона безпосередньо пов'язана з надходженням коштів до доходних частин бюджетів;

в) підсумкова – пов'язана з податковою звітністю, коли платник податку шляхом відповідних дій надає пояснення щодо порівняння його розрахунків з розрахунками контролюючого органу з приводу точності та своєчасності виконання податкового обов'язку. Звісно, при цьому певні дії вчинюються і органами, які контролюють виконання обов'язків зі сплати податків та зборів, але, передусім, це активні дії саме зобов'язаних осіб.

Таким чином, комплексне виконання податкового обов'язку охоплює дії, що відбуваються на всіх цих стадіях, тоді як обов'язок зі сплати податку реалізується виключно протягом однієї з них – другої. При цьому варто зробити два зауваження. По-перше, надходження коштів від податків та зборів до бюджетів можливо не лише під час реалізації дій другої стадії. Наприклад, на підсумковій стадії з'ясовується, що платником податків своєчасно не перераховані кошти до бюджетів або податки сплачені в меншому розмірі. І за підсумками останньої

стадії проведення податкової перевірки виникає обов'язок доплатити кошти від податків, або виконати обов'язок по податкових донарахуваннях. Це теж ті дії, що пов'язані з перерахуванням коштів від податків та зборів до бюджетів, але вони відбуваються поза межами другої стадії. При цьому важливо враховувати, що в даному випадку фактично йдеться про регулювання відносин, пов'язаних із правопорушенням, а не своєчасним і повним виконанням податкового обов'язку.

По-друге, деталізація дій під час виконання обов'язків на другій стадії, навряд чи повинна ототожнюватись із самим моментом перерахування податкових коштів. На перший погляд дії платника податку можуть займати декілька секунд, коли кошти передаються до відповідної установи (органу Державного казначейства, відділенню ощадного банку). Проте виконання із сплати податку може бути пов'язано із певним терміном часу, а не здійснюватись миттєво. Наприклад, обов'язок із сплати податку може виконуватись кількома етапами, передбачати авансові та підсумкові перерахування коштів зобов'язаними особами. В такому випадку цей обов'язок також буде пов'язаний із досить тривалим терміном надходження коштів до бюджетів та виконання обов'язку із сплати податків та зборів.

І.В. Кирєєва, аспірантка
*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ДЕЯКІ ПРАВОВІ ПИТАННЯ ПРИПИНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ТА ВОДОКОРИСТУВАННЯ

Водокористування є одним з найважливіших видів природокористування. На наш погляд, серед підстав та порядку припинення інших видів спеціального природокористування, що передбачені відповідним лісовим, гірничим та іншим поресурсним законодавством, підстави та порядок припинення спеціального водокористування, передбачені ст. 55 та 56 ВК України, мають найбільш чітке викладення. Стаття 55 зазначеного Кодексу передбачає підстави припинення спеціального водовикористання, перелік яких є невичерпним,

однак названа стаття перераховує основні підстави.

Так, ч.1 ст.55 ВК передбачає в якості підстави припинення права водокористування випадки відпадання потреби у спеціальному водокористуванні. Проте вважається, що відсутність потреби у спеціальному природокористуванні є лише передумовою виникнення підстави припинення відповідних відносин, яка має суб'єктивний характер. Об'єктивним вираженням цієї відсутності потреби є добровільна відмова від конкретного права спеціального природокористування. Уявляється, що названу підставу припинення права спеціального водокористування варто викласти як добровільну відмову від спеціального водокористування.

Позитивним у правовому регулюванні порядку припинення права спеціального водокористування за названою підставою є те, що п.1 ст.56 ВК передбачає його припинення виключно за клопотанням водокористувача. Це ще раз підкреслює необхідність об'єктивації суб'єктивного розуміння відсутності потреби у спеціальному водокористуванні шляхом подання відповідного клопотання. Таким чином, підставою припинення названого права доцільно визнати добровільну відмову від нього як об'єктивне вираження відпадання потреби у спеціальному водокористуванні.

Перелік підстав припинення права спеціального водокористування не передбачає такої підстави припинення відповідних правовідносин, як виникнення необхідності використання водних об'єктів для суспільних потреб. Однак, вважаємо, що такі суспільні потреби деталізовані у деяких названих ВК підставах припинення і окреме правове визначення цієї підстави водним законодавством є недоцільним. Підставами, що розкривають специфіку основних суспільних потреб, виникнення яких у галузі водокористування є підставою припинення цих відносин, є визнання водного об'єкта таким, що має особливе державне значення, наукову, культурну чи лікувальну цінність (п.5 ст. 55 ВК), та виникнення необхідності першочергового задоволення питних і господарсько-побутових потреб населення (п.7 згаданої статті). Остання підстава відображає особливе значення водних ресурсів для забезпечення нормальної життєдіяльності людини та забезпечує втілення принципу пріоритетного використання водних ресурсів для

питних та господарсько-побутових потреб населення. Визнання водного об'єкта таким, що має особливе державне значення, наукову, культурну чи лікувальну цінність, – це та підстава припинення права водокористування, яка відображає особливу цінність конкретного водного об'єкта для задоволення певних потреб суспільства. Тобто за своїми властивостями, місцезнаходженням, якістю, походженням або іншим саме цей водний об'єкт є більш придатним для виконання відомого кола функцій.

Слід також зауважити, що можливі й інші випадки виникнення необхідності припинення права водокористування у зв'язку з суспільними потребами. Йдеться, насамперед, про виконання державою своїх міжнародних зобов'язань, зокрема щодо делімітації кордонів. На наш погляд, доцільно закріпити у ВК таку підставу припинення права водокористування, як необхідність виконання Україною своїх міжнародних зобов'язань. Ця ж пропозиція є цілком прийнятною й щодо інших природоресурсних нормативно-правових актів при деталізації мотивів вилучення природних ресурсів з їх спеціального використання, що, як здається, може здійснюватися лише за суспільної необхідності та суспільних потреб, зокрема, й при визначенні вказаної необхідності виконання Україною своїх міжнародних зобов'язань як однієї з відповідних суспільних потреб.

Пункт 4 ст.54 ВК визначає, що припинення права спеціального водокористування в разі порушення умов спеціального водокористування і охорони вод (п.6 ст.56 ВК), а також систематичного невнесення збору в строки, визначені законодавством (п.8 ст.35 ВК), здійснюється на вимогу органу, який видав дозвіл на спеціальне водокористування. Слід підкреслити, що специфіка цих підстав припинення зазначених праводносин полягає у тому, що в їх основу покладено певну негативну поведінку водокористувача. Вбачається, що припинення відносин водокористування за подібних підстав повинно здійснюватися у судовому порядку в разі незгоди водокористувачів із рішенням відповідного органу.

Отже, викладені у ВК України підстави та прядок припинення спеціального водокористування потребують вдосконалення та доповнення з метою підготовки відповідних

норм до включення їх у майбутні Екологічний та Еколого-процесуальні кодекси України.

О.Г. Рогова, *ст. викладач*
Харківська медична академія
післядипломної освіти

ВИМОГИ ДО МЕДИЧНОГО ОБСЛУГОВУВАННЯ В КОНТЕКСТІ СОЦІАЛЬНОГО АСПЕКТУ ПРАВА ЛЮДИНИ НА ЖИТТЯ

Серед чинників, що утворюють зміст соціального аспекту права людини на життя, можна назвати: право на гідне існування (належний прожитковий мінімум, відповідні йому зарплатня, пенсійне та інші види соціального забезпечення; необхідний для існування в суспільстві рівень освіти; вільний доступ до духовних “скарбів” людства); право на добре медичне обслуговування (доступне або безкоштовне лікування, диспансеризація хворих на хронічні захворювання, охоплення щепленнями від найбільш небезпечних хвороб, охорона здоров’я дітей та жінок репродуктивного віку, різноманітні цільові програми для різних соціальних груп та ін.); право на безпеку (безпечне довкілля; профілактика найбільш небезпечних форм злочинності; система заходів для безпеки життя людини на транспорті, у тому числі попередження нещасних випадків у авіації, на виробництві, створення системи антитерористичних органів та ефективних заходів); заборона принизливого та жорстокого поводження, у тому числі наукових експериментів на людях, що створюють загрозу життю та здоров’ю; заборона тортур та цілий ряд заборон, пов’язаних з загрозою, що виникає внаслідок удосконалення науки і техніки, її новими досягненнями; право обирати не ризиковані, а захищені форми діяльності (у тому числі – обов’язок держави в особі її органів під час бойових дій, антитерористичних операцій, катастроф техногенного характеру та інших обставин, що погрожують великій кількості людей, уникати невиправданих та неадекватних людських втрат, запобігати їм).

Різні аспекти медичного обслуговування широко висвітлювались у вітчизняній та іноземній науковій літературі. Проте як чинник, що безпосередньо пов'язаний із правом людини на життя (так як за своїм призначенням зменшує ймовірність смерті), медичне обслуговування ще не розглядалося.

Вимоги до медичного обслуговування є не тільки дуже важливою складовою соціального буття людини, а й через систему відповідних заходів утворюють гарантії реалізації права людини на життя та здоров'я. Так, ч.1 ст. 3 Конституції України проголошує, що “Людина, її *життя і здоров'я*, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю”. Зasadнича стаття конституційного тексту поєднує два самостійні поняття – життя і здоров'я – в одне, співвідносячи їх за ознакою соціальної значущості. За таким самим принципом визначаються пріоритети і в законодавстві України про охорону здоров'я. Зокрема ст.4 “Основ законодавства України про охорону здоров'я” (*дали* – “Основи”) одним з основних принципів охорони здоров'я в Україні називає “визнання охорони здоров'я пріоритетним напрямом діяльності суспільства і держави, одним з головних чинників виживання та розвитку народу України”. Іншими словами, вона без перебільшень розглядається як передумова збереження життя українського народу, а, значить, і передумова збереження життя кожного українця.

Якщо ретельно проаналізувати визначення цього поняття, яке дає ст.3 “Основ”, то, вочевидь, існує нерозривний зв'язок між правом на охорону здоров'я та правом на повноцінне активне життя: “Охорона здоров'я – система заходів, спрямованих на забезпечення збереження і розвитку фізіологічних і психологічних функцій, оптимальної працездатності та соціальної активності людини при максимальній біологічно можливій індивідуальній тривалості життя”.

Стаття 283 Цивільного Кодексу України (*дали* – ЦК України) “Право на охорону здоров'я” та ст. 284 ЦКУ України “Право на медичну допомогу” визначають цивільно-правові принципи надання медичної допомоги (право на надання медичної допомоги; право на вибір лікаря та вибір методів лікування відповідно до його рекомендацій; інформована згода; право відмовитися від лікування). У невідкладних випадках, за

наявності реальної загрози життю фізичної особи, медична допомога надається без згоди фізичної особи або її батьків (усиновлювачів), опікуна, піклувальника.

Принцип інформованої згоди покладено в основу будь-якого медичного втручання та захисту права на життя під час здійснення лікування: для застосування методів діагностики, профілактики та лікування необхідна згода об'єктивно інформованого пацієнта; якщо відсутність згоди може привести до тяжких для пацієнта наслідків, лікар зобов'язаний йому це пояснити (ст. 43 “Оснoв”). Згідно зі ст. 39 “Оснoв”, в особливих випадках, коли повна інформація може завдати шкоди здоров'ю пацієнта, лікар може її обмежити.

Як потенційна загроза життю та здоров'ю розглядається проведення експериментів та досліджень на людині, проведення клінічних випробувань лікарських засобів, трансплантація (що застосовується як метод лікування виключно за наявності медичних показань та згоди об'єктивно інформованого дієздатного реципієнта лише у випадках, коли усунення небезпеки для життя або відновлення здоров'я іншими методами лікування не можливе). Так, принципи проведення медико-біологічних експериментів на людях (ст. 45 “Оснoв”) свідчать про пріоритетність захисту права на життя пацієнта: умовами такого експерименту є перевага можливого успіху над ризиком спричинення тяжких наслідків здоров'ю або життю, обов'язкова добровільна згода та повна інформованість (у тому числі й про можливі негативні наслідки). Тотожні вимоги закріплено і для медичного втручання (ст. 42 “Оснoв”) допускає навіть застосування ризикованих методів діагностики, профілактики або лікування, якщо вони відповідають сучасним науково обґрунтованим вимогам та спрямовані на відвернення реальної загрози життю та здоров'ю пацієнта, а лікар вживає всіх належних у таких випадках заходів для відвернення шкоди життю та здоров'ю пацієнта.

Серед умов, які забезпечуються медичною діяльністю та створюють підстави для реалізації права на життя, можна визначити: створення мережі державних і комунальних закладів охорони здоров'я, проведення профілактичних щеплень та протиепідемічних заходів, обов'язкові медичні огляди для окремих категорій населення; запровадження “загальної практики –

сімейної медицини” як ланки, здатної задовольнити потребу в наданні кваліфікованої первинної медико-санітарної допомоги населенню.

Спеціальні вимоги щодо ліцензування медичної практики, виробництва лікарських препаратів та переробки донорської крові; жорсткий контроль за якістю лікарських препаратів, відповідність їх виробництва міжнародним стандартам GMP (Належної виробничої практики); введення міжнародних стандартів GLP та GCP у процес здійснення доклінічних та клінічних випробувань лікарських засобів; розробка національних стандартів та протоколів лікування різних груп захворювань у відповідності до міжнародних стандартів якості медичної допомоги – все це створює реальні умови захисту прав людини на життя під час здійснення медичної діяльності.

ІІІ. НАУКОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ ТА МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

*С.О. Сільченко, канд. юрид. наук, доцент
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ЩОДО ОКРЕМИХ ПИТАНЬ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРОГРАМИ ДІЯЛЬНОСТІ КАБІНЕТУ МІНІСТРІВ УКРАЇНИ “НАЗУСТРІЧ ЛЮДЯМ” У МОЛОДІЖНІЙ ПОЛІТИЦІ ДЕРЖАВИ

Поступ цивілізації забезпечується пильною увагою до молоді, проведенням науково обґрунтованих заходів, спрямованих на вирішення проблем, що постають на шляху її становлення як основної продуктивної сили суспільства, а на рівні індивідів – у процесі формування гармонійної особистості. Саме у 15 – 30 років відбувається інтенсивний процес становлення особистості, в якому провідну роль відіграють освіта і участь у трудовій діяльності.

Радикальні економічні перетворення, які відбуваються в

Україні з початку 90-х років, загострили проблеми, пов'язані зі здобуттям молодими людьми освіти, реалізацією права на працю. Ринок сам по собі не створює відповідних гарантій для молоді, а збідніння значної частини населення призвело до неможливості надання батьківської допомоги цим особам у процесі їх соціального становлення. Для суспільства небезпечною є не сама проблема безробіття, а недосконалість механізмів його профілактики та регулювання.

Нинішньому Уряду України дістався важкий тягар наслідків недосконалої державної молодіжної політики. Протягом останнього десятиліття держава так і не спромоглася досягти реалізації положень ст. 23 Конституції України щодо права людини на вільний розвиток своєї особистості. Ця проблема є особливо болючою відносно молоді, яка має стати рушійною силою перетворень, визначених програмою діяльності Кабінету Міністрів України “Назустріч людям”.

Можна окреслити такі головні завдання, реалізація яких сприятиме посиленню ролі молодої людини у суспільстві, економіці, державі.

По-перше, ринкова економіка, за словами видатного економіста А. Маршалла, як однієї з головних підвалин вимагає забезпечення кожного тією роботою, яку його здібності та навички дозволяють добре виконувати, надати найкращі машини та інше робоче приладдя. Це, у свою чергу, потребує створення для молоді, яка тільки виходить на життєвий шлях, можливості набутти необхідні знання і ще в процесі навчання розвинути свої здібності. Останнім часом державою докладалися певні зусилля для забезпечення доступності освіти. Так, Законом України від 13 груд. 2001 р. ст. 61 Закону України “Про освіту” було доповнено ч.5, яка заборонила змінювати розмір плати за навчання протягом його терміну. Відповідне положення було закріплене і ст. 64 Закону України “Про вищу освіту”. Указом Президента України від 6 жовт. 1999 р. “Про першочергові заходи щодо реалізації державної молодіжної політики та підтримки молодіжних громадських організацій” започатковано надання молодим громадянам пільгових довгострокових кредитів на здобуття освіти у вищих навчальних закладах. Проте чіткого і прозорого механізму цього кредитування так і не створено.

Варто зазначити, що Уряд, усвідомлюючи важливість

вказаних проблем, взяв на себе зобов'язання запровадити ефективний механізм для збільшення доступу молоді до високоякісної освіти та ринку праці, забезпечувати доступність високоякісної середньої та вищої освіти.

Відповідно до ч. 3 ст. 53 Конституції України держава забезпечує доступність і безоплатність дошкільної, повної загальної середньої, професійно-технічної, вищої освіти в державних і комунальних навчальних закладах. Це конституційне положення отримало офіційне тлумачення згідно з Рішенням Конституційного Суду України від 4 берез. 2004 р. № 5-рп/2004. Безоплатність вищої освіти означає, що громадянин має право здобути її відповідно до стандартів вищої освіти без внесення плати в державних і комунальних навчальних закладах на конкурсній основі (ч.4 ст. 53 Конституції України) в межах обсягу підготовки фахівців для загальносоціальних потреб (державного замовлення). Доступність освіти як конституційна гарантія реалізації права на освіту на принципах рівності, визначених ст. 24 Конституції України, означає, що нікому не може бути відмовлено у праві на освіту, і держава має створити можливості для реалізації цього права.

Забезпечення права на безоплатність вищої освіти безпосередньо залежить від обсягів бюджетного фінансування і формування державного замовлення на підготовку фахівців з вищою освітою. На жаль, держава поки що не спроможна забезпечити достатнє фінансування здобуття вищої освіти тими, хто бажає її отримати. Тому актуальним виглядає питання щодо доцільності існування у Законі України “Про вищу освіту” ч. 4 ст. 23. Ця норма передбачає, що у вищих навчальних закладах державної і комунальної форм власності кількість студентів, прийнятих на перший курс навчання за державним замовленням, повинна становити не менше ніж 51 % від загальної кількості студентів, прийнятих на навчання на перший курс.

Право на освіту – це право людини на набуття певного обсягу знань, культурних навичок, професійної орієнтації, які необхідні для нормальної життєдіяльності в умовах сучасного суспільства. У мотивувальній частині вказаного вище Рішення Конституційного Суду України вказано, що доступність вищої освіти в державних і комунальних навчальних закладах полягає у створенні державою відповідних умов для їх функціонування і

розвитку, за яких особа змогла б реалізувати своє право на здобуття вищої освіти на основі конкурсного відбору з урахуванням своїх здібностей та інтересів, у вільному виборі типу вищого навчального закладу, напрямку підготовки і спеціальності, профілю навчання.

Таким чином, реалізація права на безоплатність вищої освіти не може звужувати право на її доступність. Існування чіткого відсоткового співвідношення між кількістю студентів, яких приймають за державним замовленням, і тих, хто самостійно оплачує навчання, є порушенням конституційного права на доступність вищої освіти.

Необхідно враховувати і стан справ у вищій школі, адже вкрай незадовільним є державне фінансування вищої освіти, яке всупереч положенням ст. 61 Закону України “Про освіту” становить лише 4,5 % від валового внутрішнього продукту і стримує її інноваційний розвиток. Застаріле обладнання становить понад 70 %. Низькою залишається заробітна плата педагогічних і науково-педагогічних працівників, яка ледве перевищує прожитковий мінімум. Не виконуються вимоги ст. 3, 4 Закону України “Про вищу освіту” щодо доступності вищої освіти, ст. 64 – щодо співвідношення кількості студентів, які навчаються за рахунок видатків Державного бюджету України, на десять тисяч населення, ст. 12 – щодо розроблення державних стандартів вищої освіти. В Україні вищу освіту мають лише 13 % громадян.

Тому здобуття освіти не може обмежуватись лише обсягом державного замовлення, фінансовою основою якого є бюджетні кошти. Підготовка фахівців з вищою освітою за напрямами і спеціальностями відповідних освітньо-кваліфікаційних рівнів у вищих навчальних закладах державної й комунальної форм власності може здійснюватися також за рахунок інших джерел фінансування, не заборонених законом, що є додатковим засобом забезпечення права на вищу освіту. Якщо держава поки не спроможна забезпечити усіх безкоштовною освітою, то вона і не повинна перешкоджати можливості здобувати її (розвиваючи при цьому власну особистість) за власні кошти.

Отже, можна лише привітати той факт, що, вносячи зміни до державного бюджету на 2005 р., Кабінет міністрів України і

Верховна Рада спромоглися перенести строк набрання чинності ч.4 ст. 23 Закону України “Про вищу освіту” на 2009 р. Наступним кроком має бути скасування цієї норми.

По-друге, потребує вдосконалення механізм реалізації молоддю права на працю чи іншу суспільно корисну діяльність. В Україні прийнято декілька нормативних актів, що регулюють питання, пов’язані з працевлаштуванням молодих людей, зокрема Закони “Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні”, “Про зайнятість населення” та ст. 197 КЗпП України. Держава забезпечує працездатній молоді надання першого робочого місця на строк не менше двох років після закінчення або припинення навчання у загальноосвітніх, професійно-технічних і вищих навчальних закладах, завершення професійної підготовки і перепідготовки, а також після звільнення зі строкової військової або альтернативної (невійськової) служби. Механізм надання роботи при цьому полягає, у першу чергу, у площині адміністративного управління ринком праці через бронювання робочих місць на підприємствах у межах квот, визначених місцевими органами державної влади та самоврядування, професійну підготовку та навчання безробітних нових професій.

У розділі IV “Життя” програми діяльності Уряду серед заходів, спрямованих на удосконалення соціально-трудоких відносин, передбачається забезпечити гарантоване надання першого робочого місця випускникам навчальних закладів різних ступенів акредитації, підготовлених за державним замовленням, а також розвиток співпраці між навчальними закладами і роботодавцями з метою формування, відтворення та збереження кадрового потенціалу, підвищення його кваліфікації.

Через складну ситуацію з безробіттям в Україні бажано більше звертати увагу на економічні методи стимулювання роботодавців, адже цей підхід визначено одним із пріоритетних в Указі Президента України від 6 жовт. 1999 р. № 1285/99 “Про заходи щодо забезпечення працевлаштування молоді”. Лише через п’ять років після прийняття цього Указу було прийнято Закон України “Про забезпечення молоді, яка отримала вищу або професійно-технічну освіту, першим робочим місцем з наданням дотації роботодавцю”. Цей Закон набирає чинності з 1 січ. 2006 р. і бажано, щоб він не перетворився у чергову декларацію намірів

держави, не підкріплену фінансово.

Особливим статусом наділені молоді спеціалісти – випускники державних професійно-технічних та вищих навчальних закладів, потреба в яких була визначена державним замовленням. Держава гарантує надання їм роботи за фахом на період не менше трьох років. Однак в Україні є дуже гострою проблема зв'язку між ринком освітніх послуг і ринком праці. Так, Київський національний університет ім. Тараса Шевченка нині видає 98 % так званих “вільних” дипломів. У 2001 р., приміром, із 2460 його випускників 2429 не одержали направлень на роботу. Характерно, що 1270 з них – кияни, серед яких 1098 осіб навчалися за державним замовленням. Заслуговує на увагу досвід Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого, яка забезпечує реальне працевлаштування своїх випускників, навіть тих, хто навчається за власний кошт. Не секрет, що деякі вузи задля збереження державного замовлення на своїх спеціалістів, змушують студентів усілякими способами здобувати запрошення підприємства на роботу, навіть коли фахівець не потрібен. Направлення на роботу перетворюється на формальний акт, і молода людина поповнює лави безробітних. Отже, необхідно посилити відповідальність навчальних закладів за підготовку нікому не потрібних фахівців за державні кошти, оскільки її відсутність є негативним чинником при наповненні реальним змістом прав молоді, проголошених Конституцією України.

*О.Т. Зима, канд. юрид. наук, доцент
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ПРИНЦИП ШВИДКОСТІ Й ЕКОНОМІЧНОСТІ ПРОЦЕСУ ПРИ ПРИТЯГНЕННІ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ДО АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Загальновизнаним принципом адміністративно-процесуальної діяльності в цілому та провадження у справах про адміністративні правопорушення, зокрема, є принцип швидкості та економічності процесу. Іноді його ототожнюють із принципом

спрошеності провадження.

Притягнення юридичних осіб до адміністративної відповідальності теж здійснюється в межах адміністративного процесу. Хоча єдиного уніфікованого провадження для вирішення таких справ не існує, а спеціалізованими нормативними актами визначаються особливості діяльності різних юрисдикційних органів, які істотно відрізняються між собою, все ж, на нашу думку, у будь-якому випадку, провадження по притягненню юридичних осіб до адміністративної відповідальності має базуватись на принципах адміністративно-процесуальної діяльності, в тому числі на принципі швидкості та економічності процесу.

Нині на шляху повної та всебічної реалізації цього принципу постає ціла низка перешкод. Розглянемо їх.

Швидкість процесу передбачає встановлення точних часових рамок для розгляду справи, причому ці рамки мають бути досить вузькими. Дотримання встановлених строків повинно забезпечити оперативне і ефективне вирішення справи без зайвих затримок та тяганини з боку державних органів. Однак у багатьох нормативних актах, які регулюють порядок притягнення юридичних осіб до адміністративної відповідальності, строки розгляду справи не визначаються взагалі. Так, Закон України „Про захист прав споживачів” встановлює лише перелік можливих правопорушень, а у Положенні „Про порядок накладення та стягнення штрафів за порушення законодавства про захист прав споживачів”, затвердженому Кабінетом Міністрів, фігурує лише строк оскарження. Розгляд справ про притягнення до відповідальності за порушення у сфері енергетики не обмежений жодним строком. Можна навести й інші приклади. Відмовляючись від визначення терміну розгляду справи, законодавець фактично відмовився і від швидкого вирішення цієї справи, і від реалізації відповідного принципу.

Щодо економічності процесу, то більшість науковців зводять її до того, що ведення адміністративного процесу має бути менш обтяжливим для держави, ніж ведення інших видів юридичних процесів. Зменшення обтяжливості є результатом спрощеності процесу, тобто скорочення до необхідного мінімуму кількості процесуальних та організаційних дій, підвищеної

оперативності цих дій, зменшення кількості процесуальних документів та більш простої й лаконічної їх форми. Така спрощеність має робити провадження не просто швидким і дешевим, але й більш ефективним та зрозумілим для учасників (прозорим).

Іноді під час притягнення юридичних осіб до відповідальності спрощеність виходить за розумні межі. Законодавець, встановлюючи таку відповідальність, значну увагу звертає на визначення складів правопорушень та інші матеріальні норми. Питання процесу цікавлять його менше, а часом взагалі залишаються поза увагою. Перелік процесуальних дій майже завжди відсутній. Єдиною більш-менш регламентованою стадією провадження є розгляд справи та винесення рішення по ній. Стадія порушення провадження згадується в законах не часто. В багатьох випадках окремий документ, ідентичний адміністративному протоколу, відсутній, а інформація про правопорушення фіксується в акті перевірки. Тобто перша стадія провадження у справах про притягнення до адміністративної відповідальності юридичних осіб зливається з контрольним провадженням. Є й винятки. Так, у разі виявлення правопорушення у сфері містобудування складається протокол, а у виключній (морській) економічній зоні – акт, який має всі ознаки адміністративного протоколу. Також результатом „спрощення” є відсутність нормативного закріплення як прав особи, що притягається до відповідальності, так і процесуальних повноважень органу, що накладає стягнення. На нашу думку, така надмірна економічність провадження входить у протиріччя з принципом об’єктивної істини, адже відсутність нормативно врегульованого порядку отримання доказів у справі та їх закріплення негативно відбивається на об’єктивності остаточного рішення у справі.

Отже, в багатьох випадках принцип швидкості та економічності процесу не реалізується або не повно реалізується в процесі притягнення юридичних осіб до адміністративної відповідальності. Для приведення провадження у відповідність із цим принципом адміністративно-процесуальної діяльності слід у всіх випадках застосування адміністративних стягнень до юридичних осіб встановити строки для розгляду справи, повноваження юрисдикційних органів та права юридичних осіб-

порушників, загальну структуру провадження та вимоги до процесуальних документів.

Л.П. Коваленко, канд. юрид. наук, асистент
*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ ЗАХОДИ ОХОРОНИ НАВКОЛИШНЬОГО ПРИРОДНОГО СЕРЕДОВИЩА

У загальноприйнятому розумінні слово “захід” означає прийом, засіб, спосіб дії для досягнення чого-небудь: знаряддя, предмет, сукупність пристроїв для здійснення якої-небудь діяльності. Як юридичний інструментарій під правовим заходом завжди розуміють закріплені в Конституції України, нормах закону або в інших актах прийому, методи, способи впливу на суспільні відносини з метою досягнення конкретного результату. До правових заходів відносять юридичні норми, правовідносини, індивідуальні приписи тощо. Чинне законодавство України за недодержання вимог природоохоронного законодавства передбачає застосування до фізичних і юридичних осіб кримінальних, цивільно-правових, дисциплінарних, адміністративно-правових заходів.

У системі вказаних заходів (прийомів, методів, способів) важливу роль виконують адміністративно-правові заходи. Їм притаманна низка специфічних якостей, які, у свою чергу, характерні також і для адміністративно-правових заходів охорони природного середовища.

Адміністративно-правові заходи є одним із ефективних структурних елементів охоронної діяльності органів держави, спрямованої на формування й розвиток суспільних відносин у різноманітних галузях (у тому числі й у галузі охорони природи) на міцній нормативній основі.

Як зазначає В.В. Петров, дослідження змісту й об’єктивної обумовленості адміністративно-правової охорони природи актуальне як у теоретичному, так і в практичному аспектах. У юридичній літературі прибічниками широкого розуміння адміністративно-правової охорони як самостійної

науково-практичної категорії у вигляді складової частини державного управління виступають В.В. Петров, М.М. Бринчук та ін. Ці вчені адміністративно-правову охорону, її заходи, способи, форми, методи обґрунтовують низкою об'єктивних чинників, в першу чергу особливістю тієї охоронюваної сфери, яка охороняється, характером відносин, що виникли (будь-який вид управління завжди слідує за середовищем, яке контролюється, спеціалізація управління обумовлена специфікою охоронюваного середовища). У деяких публікаціях зустрічаються і більш вузькі формулювання, які зводяться до розуміння адміністративно-правової охорони як виконавчо-розпорядчої діяльності виключно для реалізації заходів, спрямованих на боротьбу з адміністративними правопорушеннями (на їх виявлення, припинення та застосування заходів впливу до порушників).

На наш погляд, приведені вище точки зору не суперечать, а, навпаки, взаємопов'язані, доповнюють і розвивають одна одну. Адміністративно-правова охорона комплексу тих чи інших відносин охоплює застосування заходів впливу за здійснення протиправних вчинків і вимагає правомірної поведінки в інтересах його упорядкування. Вона формується в процесі організуючої діяльності, що забезпечує стабільні форми виникнення міжособових і групових взаємовідносин. У низці публікацій (особливо газетних) і в практичній діяльності апарату органів управління, у сфері охорони навколишнього природного середовища проявляється однобічний підхід до адміністративно-правової охорони як першочергового засобу вирішення в цій галузі лише організаційних питань.

Адміністративно-правова форма охорони природи полягає передусім в охороні права власності на природні ресурси. Здійснюється ця охорона особливими, притаманними їй засобами впливу. Адміністративно-правова охорона природи – прояв однієї з основних правових форм державної діяльності власника – управління; вона має об'єктивні чинники, детермінуючі зміст, форми й методи такої правоохоронної діяльності, характер, засоби, які використовуються, організацію і функціонування правоохоронного апарату.

Як справедливо зазначає М.В. Шульга, сутність і цільова спрямованість адміністративно-правової охорони полягає у

вирішенні двох взаємопов'язаних завдань – упорядкуванні й розвитку громадських відносин у відповідних сферах і галузях (включаючи охорону природи) та їх захисті від небажаного впливу різних соціальних чинників і негативних проявів. Указані проблеми розв'язуються в процесі правостановлюючої, правозастосовної й організаційної діяльності.

Застосування адміністративно-правових заходів органічно взаємопов'язано із забезпеченням необхідного правопорядку в управлінні охороною навколишнього природного середовища. Вони використовуються в організаційно-правовій роботі органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, а в установлених законом випадках – у діяльності громадських формувань.

Зміст, цілеспрямованість, особливості й порядок застосування адміністративно-правових заходів закріплені адміністративним законодавством України, а свій розвиток і реалізацію вони одержують у відомчих нормативних актах і рішеннях органів місцевого самоврядування, їх виконавчих органів.

Адміністративно-правові заходи охорони природи спрямовані на переконання у необхідності й справедливості їх здійснення, дотримання тих чи інших загальнообов'язкових правил. Можна погодитися з В. Єніною, що в більшості випадків адміністративно-правові заходи реалізуються щодо посадових осіб і громадян, що безпосередньо не підлеглі органам, які застосовують цей вплив. Як заходи адміністративний вплив застосовують районні (міські) судді, а також органи окремих громадських організацій, наділених адміністративно-владними повноваженнями.

*Д.В. Лученко, канд. юрид. наук, доцент
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ПИТАННЯ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ ПРИНЦИПІВ КОНТРОЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Оскільки контроль є самостійним правовим інститутом,

має своє призначення, цілі та завдання, його всебічний аналіз неможливий без з'ясування принципів, які покладено в основу контрольної діяльності.

В юридичній літературі вчення про принципи контролю займає одне з основних місць. Цій проблемі присвятили праці такі вчені-правознавці, як В.М. Паращук, І.Б. Горшеньов, В.Н. Карташов, В.І. Туровцев, В.М. Шахов, Є.В. Шоріна та інші автори. Однак у даній проблемі залишається чимало невизначеностей. Частина з них виникає внаслідок відсутності єдиного поняття “принцип контролю”, єдиних критеріїв систематизації принципів контролю. Не випадково серед учених-юристів, представників інших суспільних наук не досягнуто повного збігу точок зору при визначенні та переліченні принципів контролю.

У науці широко прийнято визначати принципи як першооснови, основні ідеї, вихідні пункти, передумови будь-якої теорії, концепції, керівні ідеї, основні правила поведінки. Мабуть тому до принципів контролю відносять велику кількість положень, ідей, правил, що мають місце в контрольній діяльності, а модель науково аргументованої системи принципів поки ще не відпрацьована.

При визначенні поняття “принципи контролю” треба, по-перше, враховувати найбільш важливі, об'єктивно необхідні прояви контролю, що відображають його природу і спрямованість, специфіку як самостійного правового утворення; по-друге, відтворювати такі методологічні вимоги, що постійно виявляються і використовуються в процесі проведення контролю, сприяють на практиці підвищенню його ефективності.

Таким чином, під принципами контролю слід розуміти науково обґрунтовані та апробовані практикою, закріплені прямо чи опосередковано в нормативно-правових актах основи організації та здійснення контролю, що забезпечують його ефективність.

Як зазначалося вище, в юридичній літературі модель такої системи принципів контрольньо-процесуальної діяльності ще не відпрацьована. У спеціальних наукових працях, як правило, дається загальний перелік принципів без зазначення критеріїв побудови системи. Спроби розробити критерії побудови системи принципів контролю, як правило, зводяться до

виділення таких типів, як основні й неосновні, загальні й специфічні.

Доцільно класифікувати принципи контрольно-процесуальної діяльності в залежності від: виду нормативного акта, в якому вони закріплені, на Конституційні принципи і принципи, що закріплені в законодавчих актах; розповсюдження дії принципів – на міжгалузеві, галузеві та спеціальні (такі, що розповсюджуються лише на контрольно-процесуальну діяльність).

До міжгалузевих слід віднести принципи, які властиві контрольній діяльності поряд з іншими видами процесуальної діяльності, що регламентується різними галузями процесуального права, а саме такі, як принципи: законності; гласності; правової рівності сторін; презумпції добропорядності; науковості; невідворотності юридичної відповідальності; повноти та об'єктивності дослідження матеріалів справи (принцип об'єктивної істини); професіоналізму.

До галузевих відносять принципи, що властиві контролю і деяким іншим видам процесуальних проваджень, які регламентуються нормами адміністративного права. Це принципи: процесуальної економії; універсальності (всебічності); систематичності.

Особливу групу принципів контролю складають спеціальні чи спеціалізовані принципи. Спеціалізовані принципи визначаються виходячи з загальноновизнаних міжнародних принципів контролю.

Міжнародні принципи контролю викладені в Лімській декларації керівних принципів контролю, прийнятій IX Конгресом Міжнародної організації вищих контрольних органів (ИНТОСАИ) у 1977 р. В СРСР російською мовою Декларація вперше була опублікована лише в 1991 р.

Декларація визначає мету контролю, його основні види (попередній контроль і контроль по факту; внутрішній і зовнішній контроль; формальний контроль і контроль виконання), докладно регламентує принцип незалежності, відносини контрольних органів з парламентом, урядом і адміністрацією, визначає права вищого контрольного органу, методи контролю, персонал контролерів і звітність.

Вважаємо доцільним сформулювати такі спеціалізовані

принципи, а саме: 1) незалежності контрольних органів; 2) врахування в контрольній діяльності поділу влади; 3) пріоритету попереднього контролю; 4) пріоритету фінансового контролю; 5) адекватної законотворчої діяльності в сфері здійснення державного контролю; 6) інформаційного, наукового і кадрового забезпечення державного контролю.

На нашу думку, на законодавчому рівні необхідно закріпити також такий принцип контрольно-процесуальної діяльності, як делікатність. Його сутність полягає в тому, що контрольна діяльність, особливо коли це стосується зовнішнього контролю, значною мірою завдає незручності, а іноді навіть перешкоджає нормальному функціонуванню підконтрольного об'єкта. Це зумовлено необхідністю надавати контролюючим органам звіти, довідки, пояснення та іншу інформацію, присутністю в певних випадках представників контролюючого органу в підконтрольному об'єкті під час його роботи, а іноді й зловживанням контролерів своїми повноваженнями. Все це не може певним чином не відбитися на нормальному функціонуванні підконтрольних об'єктів. Тому цілком доцільно і навіть необхідно зобов'язати контролюючих суб'єктів у своїй діяльності керуватися принципом делікатності, сутність якого має полягати в тому, що контролюючий суб'єкт повинен застосовувати всі доступні для нього засоби, щоб не перешкоджати своїми діями нормальному функціонуванню підконтрольного об'єкта. Адже контроль має похідний, службовий характер і покликаний забезпечити законність, правильність і ефективність діяльності, що контролюється, а не перешкоджати їй. Зрозуміло, що цей принцип не може орієнтувати контролюючі органи на недбале відношення до своїх обов'язків і безініціативність.

Зазначимо, що уточнення спеціальних принципів контролю має важливе значення для розробки його сучасної наукової концепції, а також забезпечення практичних результатів контрольної діяльності. Наведені групи принципів контролю взаємопов'язані і взаємообумовлені. Їх кількість не залишається незмінною. З поглибленням наукового знання про принципи з'являються нові принципи контрольно-процесуальної діяльності, які раніше не могли бути піднесені до такого рівня.

*І.І. Бодрова, канд. юрид. наук, асистент
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ РЕГІОНАЛЬНОЇ ПОЛІТИКИ В УКРАЇНІ

Сучасний етап державотворення в Україні визначає необхідність розв'язання низки проблем у сфері регіональної політики і регіональної організації влади. Реаліями сьогодення стали надмірна централізація державної влади, створення громіздкої і малоефективної управлінської структури на територіальному рівні. Несистемність державної політики призводить до значної диференціації рівня соціально-економічного розвитку регіонів, загострення багатьох соціальних, економічних, екологічних, національно-культурних та інших проблем. Не сприяє вирішенню означених проблем нечіткість чинного законодавства та недостатність правового регулювання у цій сфері.

Запровадження ефективного регіонального управління вимагає побудови його як раціональної і динамічної системи, що активно взаємодіє і не конкурує з іншими органами, вільно функціонує в різноманітних соціально-економічних умовах. Слід відходити від розуміння регіону виключно як адміністративно-територіальної одиниці. Ще в 1994 р. Радою Європи було визначено: регіон є територією, що має очевидну єдність з географічної точки зору і населення якої намагається зберегти і розвивати свою самобутність з метою стимулювання культурного, економічного і соціального прогресу.

Суттєвої зміни вимагає система місцевих органів виконавчої влади. Розгалужена система територіальних підрозділів міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, функціонуюча поряд з місцевими державними адміністраціями, які також мають складну структуру, відсутність чіткого розподілу функцій між цими органами, призводить до дублювання споріднених функцій. Виникає ситуація, коли один і той самий орган здійснює і стратегічне планування, і виконавчу, і контрольно-наглядову діяльність. Функції державного управління

занадто централізовані. Отже, слід значно спростити систему місцевих органів виконавчої влади, забезпечивши спеціалізацію управлінської діяльності та скоротивши надлишкові структури. Потребують посилення контрольні функції місцевих державних адміністрацій.

Разом з тим необхідною умовою забезпечення ефективного регіонального управління є запровадження повноцінного регіонального самоврядування. Доцільно надати районним і обласним радам право утворювати власні виконавчі органи, суттєво розширити їх повноваження і віднести до їх відання найважливіші питання регіонального управління.

Посилення централізації та децентралізації в управлінні публічними справами вимагає оптимального розподілу компетенції між органами державної влади, місцевого і регіонального самоврядування. Потрібно виключити законодавчі підстави та реальні факти конкуренції місцевих державних адміністрацій та органів місцевого самоврядування на регіональному рівні. Замість цього запровадити механізми партнерських відносин між цими органами, законодавчим шляхом визначити правові механізми розв'язання конфліктів між ними.

Для кожного рівня влади варто встановити організаційно-правові межі самостійного вирішення питань, віднесених до їх відання, визначити коло повноважень, які не можуть бути вилучені або делеговані до іншого рівня влади. У межах власних повноважень органи регіонального та місцевого самоврядування мають діяти самостійно, незалежно від органів державної влади, а також органів місцевого самоврядування іншого територіального рівня.

Регіональним органам влади мають бути гарантовані необхідні механізми впливу на державну регіональну політику. Встановлення стратегічних цілей та пріоритетів такої політики, а також регіонального розвитку слід здійснювати лише на підставі узгодження загальнодержавних, регіональних і місцевих інтересів із залученням представників відповідних органів влади. Визначення спільних дій центральних, регіональних і місцевих органів влади з питань регіонального розвитку має базуватися на договірних засадах.

Забезпечення ефективності державного управління

вимагає переходу від жорстко централізованої системи до методів регуляторної політики. Потрібно створити умови для ефективного використання та зміцнення власного соціально-економічного, промислового, інвестиційного та іншого потенціалу регіонів. Максимальне спрощення легалізації підприємницької діяльності, пом'якшення податкового тягаря, запровадження відкритих та конкурентних умов доступу до окремих секторів регіональних ринків, радикальне зменшення контролюючих інстанцій, а також збільшення видів та поліпшення якості управлінських послуг, що надаються регіональними та місцевими органами влади, забезпечать формування інвестиційно привабливого іміджу, покращання підприємницького клімату регіонів.

Ефективне та реальне здійснення регіональної політики неможливе без створення належної матеріально-фінансової основи розвитку регіонів. Назріла потреба законодавчого закріплення природних ресурсів як матеріальної основи регіонального розвитку, а також статусу регіональної комунальної власності. Нова бюджетна система в регіонах має передбачати стратегічне бюджетне планування, прозорі і стабільні міжбюджетні відносини, самостійне формування і реальне наповнення місцевих бюджетів шляхом розширення, чіткого визначення довгострокових та високодохідних джерел.

Таким чином, регіональна політика України, заснована на принципах ефективності та комплексності, має забезпечити оптимальне узгодження місцевих і регіональних інтересів із загальнодержавними інтересами, збалансований розвиток усіх регіонів України.

К.Є. Соляник, канд. юрид. наук, асистент
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ДО ПИТАННЯ РЕФОРМУВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ТЕРИТОРІАЛЬНОГО УСТРОЮ УКРАЇНИ

Адміністративно-територіальний устрій будь-якої країни

являє собою досить складне явище, яке відображає історію організації та діяльності публічної влади в країні. Саме він є просторовою основою функціонування органів державної влади та місцевого самоврядування. Забезпечення демократичного розвитку відповідних територій та соціальних спільностей (поселень), ефективна реалізація завдань загальнонаціонального рівня, децентралізація та співробітництво між системами публічної влади та громадянського суспільства прямо залежатимуть від належного створення відповідних рівнів організації влади та управління. Врахування цілого кола чинників та умов прямо впливає на існуючу модель адміністративного поділу держави. Адміністративно-територіальний устрій України, на думку більшості фахівців, є застарілим і таким, що позбавляє можливості проводити реформу територіальної організації державної влади та перешкоджає розвитку місцевого самоврядування.

Конституція України в ст. 132 визначає засади, на яких має ґрунтуватися територіальний устрій України. Частина 13 ст. 92 відносить до виключного регулювання цієї сфери законами України. Такого закону немає, що створює певні труднощі територіальної організації влади в Україні. Його прийняття вирішуватиме низку комплексних проблем, що мають місце в державотворенні України.

Сучасний територіальний та адміністративно-територіальний устрій держави склався протягом 20-30 років минулого століття. На його формування впливало багато чинників, які часто не відповідали вимогам створення ефективної й демократичної територіальної системи влади та управління. Як результат – сучасний поділ України – занадто складний і багаторівневий.

На реалізацію державної політики у сфері адміністративно-правової реформи було розроблено проєкт Закону “Про територіальний устрій України”. Для обговорення положень цього законопроєкту були створені робочі групи, куди увійшли працівники Уряду, Міністерства фінансів, спеціалісти з питань земельних відносин, науковці, статисти, картографи, податківці, а також представники місцевої влади. Вони проводили можливий вплив зазначеного закону у Вінницькій, Одеській, Івано-Франківській та Луганській областях.

Позитивними чинниками, на нашу думку, цього законопроекту є: закріплення на законодавчому рівні елементів територіального й адміністративно-територіального устрою; надання визначень відповідним поняттям, що мають вживатися у цьому та інших законодавчих актах; порядок утворення і ліквідації, встановлення і зміна меж територіальних та адміністративно-територіальних одиниць; забезпечення необхідності комплексного підходу щодо віднесення певних поселень до відповідних адміністративно-територіальних одиниць з урахуванням географічних, соціально-економічних показників; запуск механізму укрупнення адміністративно-територіальних одиниць низового рівня від 5000 тис. жителів (громада), що впливатиме на створення самодостатніх утворень; врахування необхідності диференціації поселень міського типу в залежності від кількісних та якісних показників; створення державного реєстру та інформаційної системи адміністративно-територіального устрою України.

Проте важливість цього законодавчого акта, вплив його на систему нормативно-правових актів України, що регулюють організацію та діяльність органів публічної влади, вимагають узгодженості з іншими законами, в тому числі Конституцією України. Реалізація положень цього правового акта передбачає комплекс правових, організаційних, матеріально-технічних засобів. Для цього необхідні досить значні бюджетні кошти. Прийняття ж лише цього нормативного акта без врахування необхідності погодження з іншими недоцільно.

Так, проводячи реформу адміністративно-територіального устрою України, необхідно, передусім, усвідомлювати мету – створення ефективної й демократичної системи влади. Перейменування населених пунктів на поселення, селищ на містечка і т. ін. вбачається лише як самоціль. Головним завданням має стати створення самодостатніх адміністративно-територіальних одиниць з відповідними збалансованими та достатніми доходами й видатками. Лише досягнення цієї мети допоможе перетворити систему адміністративного поділу в належну територіальну основу органів державної влади та місцевого самоврядування.

Оскільки йдеться про адміністративно-територіальний устрій, то необхідно спочатку прийняти концепцію організації

влади на місцевому та регіональному рівні. Вона має визначитися як із структурними, так і з функціональними елементами. Розробка системи взаємовідносин двох систем публічної влади має окреслювати рівні організації конкретних органів на території України. При цьому основою має слугувати Європейська Хартія місцевого самоврядування та її провідний принцип субсидиарності.

Негативною практикою залишається також порядок формування місцевих бюджетів, їх взаємодія з державним бюджетом України. Недосконалість цієї системи, неефективність структури податків та зборів створюють ситуацію існування депресивних регіонів. Справедливий перерозподіл податкових надходжень між бюджетами всіх рівнів, зняття залежності місцевих бюджетів від державного сприятимуть вирішенню поставлених завдань.

Значні неузгодження у цьому проекті пов'язані з чинною системою місцевого самоврядування. Ставиться питання реорганізації всієї організаційної основи муніципальної влади. Адже неможливим буде існування таких суб'єктів, як територіальна громада, сільська, селищна, міська рада, сільський, селищний, міський голова. Також потребує реформування виборча система до органів місцевого самоврядування для забезпечення рівності й справедливості представництва жителів відповідних поселень незалежно від їх кількості. Крім того, чи не буде в законодавстві поєднання та підміни понять територіальної громади (суб'єкт публічних правовідносин) та громади (адміністративно-територіальна одиниця)?

Таким чином, прийняття Закону “Про територіальний Устрій України” на сучасному етапі є передчасним заходом. Результатом всіх цих перетворень може стати лише зміна форми, а не змісту.

Етапами реформи адміністративного поділу мають бути такі, як:

- розробка і прийняття концепції організації місцевої влади;
- розробка і прийняття концепції розподілу доходів між державним і місцевими бюджетами;
- розробка і прийняття концепції адміністративно-територіального устрою України;
- прийняття пакета документів: змін до Конституції

України, Законів “Про територіальний устрій”, “Про місцеве самоврядування в Україні”, “Про місцеві державні адміністрації”, “Про всеукраїнський та місцеві референдуми”, “Про вибори депутатів місцевих рад”, Податковий та Бюджетний кодекси, “Про територіальні громади”, “Про асоціації органів місцевого самоврядування”, “Про делегування повноважень” тощо.

В.Ю. Уркевич, канд. юрид. наук, докторант
*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ПРО ЕЛЕМЕНТИ ВНУТРІШНІХ АГРАРНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Універсальною класифікацією аграрних правовідносин є їх поділ на зовнішні (зовнішньогосподарські) та внутрішні (внутрішньогосподарські). Розуміючи під внутрішніми аграрними правовідносинами врегульований нормами аграрного права комплекс суспільних відносин, що виникають між сільськогосподарськими підприємствами та їх членами, сільськогосподарськими підприємствами та найманими працівниками, сільськогосподарськими підприємствами та їх структурними підрозділами з приводу майна, земель, праці та інших об’єктів на підставі членства в сільськогосподарських підприємствах та (або) трудового договору із сільськогосподарським підприємством та надають їх учасникам взаємозумовлені суб’єктивні права та юридичні обов’язки, зупинимося на розгляді їх елементів та специфічних рис (ознак).

Оскільки внутрішні аграрні правовідносини складаються з комплексу правовідносин, то, відповідно, їх первісними елементами виступають конкретні, одиничні правовідносини. Елементами ж останніх є суб’єкти, об’єкти, їх зміст та юридичні факти.

Суб’єктами внутрішніх аграрних правовідносин виступають сільськогосподарські підприємства, їх члени та наймані працівники, структурні підрозділи таких підприємств. Як вбачається, обов’язковими суб’єктами розглядуваних відносин є сільськогосподарські підприємства. Інші ж із названих суб’єктів

можуть вступати у правовідносини між собою, з іншими особами. Однак такі правовідносини не можуть вважатися внутрішніми аграрними без участі в них сільськогосподарських підприємств. Отже, характерною ознакою внутрішніх аграрних правовідносин є обов'язкова участь у них сільськогосподарських підприємств. Однак такий висновок потребує уточнення. Скажімо, якщо відносини виникають за участю сільськогосподарського підприємства, а іншим їх суб'єктом виступає особа, яка не є ні членом такого підприємства, ні його найманим працівником, то такі правовідносини також не належатимуть до внутрішніх аграрних. Звідси висновок, що вказівка лише на сільськогосподарські підприємства як на обов'язкові суб'єкти внутрішніх аграрних правовідносин є недостатньою. Без участі в таких відносинах членів сільськогосподарських підприємств, їх найманих працівників, структурних підрозділів вони (правовідносини) також не належатимуть до внутрішніх аграрних. З викладеного зрозуміло, що наявність спеціальних суб'єктів не є виключною характерною рисою внутрішніх аграрних правовідносин.

Наступним елементом внутрішніх аграрних правовідносин виступають їх об'єкти. Під об'єктом правовідносин у теорії права розуміють різноманітні блага, з приводу яких виникають правовідносини, на які спрямовані права та обов'язки суб'єктів. До об'єктів внутрішніх аграрних правовідносин належать майно, землі, праця тощо. Вказані блага, будучи об'єктами внутрішніх аграрних правовідносин, мають специфічні природні властивості, які враховуються при унормування таких відносин. Однак, якщо абстрагуватися від таких властивостей, то, як видається, об'єкти внутрішніх аграрних правовідносин не є тією специфічною ознакою (ресою), що вирізняє їх поміж інших правовідносин.

Зміст правовідносин поділяється на матеріальний та юридичний. Матеріальний зміст правовідносин розглядається як сукупність фактичних дій суб'єктів щодо об'єкта, це фактичне суспільне відношення, а юридичний зміст становлять суб'єктивні права та юридичні обов'язки суб'єктів. Звичайно, зміст внутрішніх аграрних правовідносин (як матеріальний, так і юридичний) відрізняється від відповідного змісту інших видів відносин. Проте за юридичними характеристиками зміст

внутрішніх аграрних правовідносин є тотожним змісту інших видів правовідносин.

Завершують “перелік” елементів внутрішніх аграрних правовідносин юридичні факти. У наведеному визначенні внутрішніх аграрних правовідносин було зазначено, що вони виникають на підставі членства в сільськогосподарських підприємствах та (або) трудового договору із такими підприємствами. Зазначені юридичні факти (виникнення членських правовідносин, укладення трудового договору) якраз і надають внутрішнім аграрним правовідносинам неповторних юридичних характеристик. Адже за відсутності членства в підприємстві (трудового договору із ним) не може “з’явитися” такий вид суб’єктів внутрішніх аграрних правовідносин, як члени сільськогосподарських підприємств та їх наймані працівники, а звідси – й самі названі правовідносини.

Таким чином, структура внутрішніх аграрних правовідносин складається з традиційних елементів правовідносин. Визначальними ознаками, рисами таких правовідносин є те, що вони виникають між сільськогосподарськими підприємствами та їх членами, сільськогосподарськими підприємствами та найманими працівниками, сільськогосподарськими підприємствами та їх структурними підрозділами на підставі членства в таких підприємствах та (або) трудового договору із ними. За відсутності наведених елементів (спеціальних суб’єктів та специфічних підстав виникнення) правові відносини не належатимуть до внутрішніх аграрних.

О.С. Частник, канд. мистецтвознавства, доцент
Національна юридична академія

України

ім. Ярослава Мудрого

ЮРИДИЧНА ОСВІТА І ЄВРОПЕЙСЬКІ ІНТЕГРАЦІЙНІ ПРОЦЕСИ

Чи потребує Європа, що об’єднується, більш “об’єднаної”

юридичної освіти? По-перше, слід зробити зауваження: відмінність між підходами до юридичної освіти між різними країнами Європи є суттєвою як в організаційній структурі, так і в змісті навчання. Тому можна навести тільки найбільш узагальнені спостереження щодо останніх досягнень в розвитку вищої юридичної освіти в контексті загальноєвропейських інтеграційних процесів.

У 1990 р. Джуліан Лонбей опублікував доповідь “Професійні кваліфікації та юридична освіта в Європейському співтоваристві”. У своєму дослідженні, яке охоплювало дванадцять різних країн Європи, він зазначив, що при викладанні права європейські університети надають перевагу національному праву. Хоча в багатьох університетах студенти мають можливість вивчати порівняльне правознавство, цей курс зазвичай становить лише невелику частину всього обсягу предметів, успішне засвоєння яких є необхідним для отримання ступеня бакалавра. Приблизно через п’ять років “Міжнародний журнал юридичної професії” (1995. – Т. 2. – № 1) надрукував кілька доповідей на тему юридичної освіти, представлених на конференції, яка проходила у Франції у жовтні 1994 р. Виходячи з цих доповідей, можна зробити такі висновки: право ЄС вже стало одним з обов’язкових навчальних курсів; водночас викладання таких традиційних предметів, як, наприклад, конституційне право, трудове право, обіймає більшу частину навчальних планів юридичних шкіл Європи; право ЄС, у свою чергу, часто викладається не як окремий предмет, а в рамках цих традиційних курсів.

Така сама ситуація спостерігається з викладанням прав людини в Європі. Традиційні навчальні курси (наприклад, з кримінального, цивільного, конституційного права) багатьох університетів Європи містять посилання на Європейську конвенцію з прав людини та на рішення Європейського Суду з прав людини у Страсбурзі. Проте слід відмітити, що традиційне питання – чи викладати наведені вище навчальні предмети окремими курсами, чи інтегрувати їх в інші предмети, ще й досі в багатьох випадках залишається відкритим. Це стосується й додаткових навчальних курсів, які доповнюють картину конституційного устрою та інституційної структури Європейського Союзу та інших міжнародних установ, таких, як Міжнародний валютний фонд, Світовий банк тощо.

Розвиток вищої юридичної освіти можна спостерігати через призму процесів гармонізації європейської освіти взагалі. Перш за все має місце чималий вплив права Європейського Союзу на зміст та розвиток національного законодавства. Причиною цього є не тільки численні директиви Європейської Комісії, а й рішення Європейського Суду.

Ще одним чинником, який впливає на юридичну освіту в Європі, що об'єднується, є посилення мобільності студентів та викладачів завдяки таким програмам Європейського Союзу, як SOCRATES, ERASMUS, TEMPUS. Програма SOCRATES, зокрема, націлена передусім на мобільність студентів. Існують і певні сумніви щодо того, наскільки глибоко студенти можуть засвоїти навчальний предмет під час зазвичай короткого перебування в іншому університеті (в середньому – три місяці). Проте студенти, що відвідують юридичний факультет іншої європейської країни, можуть вивчати і ті предмети, які їм в рідному вузі не викладаються, або вони можуть оцінити погляд на проблему інших викладачів з іншої точки зору. У цьому випадку заохочується навчання один від одного, і навіть для викладачів, які ще не подорожували за програмами академічних обмінів, корисними будуть заняття в аудиторіях зі студентами з різних країн.

Нині ми є свідками інтернаціоналізації змісту навчальних планів юридичних факультетів університетів Європи. Мобільність студентів (а також активізація мобільності юристів-професіоналів, таких, як працівників юридичних фірм та міжнародних корпорацій) свідчить про необхідність збільшити можливість взаємного порівняння європейських академічних ступенів, а це потребує певної гармонізації змісту навчальних курсів університетів Європи, а також уніфікації критеріїв оцінювання.

*Т.В. Комарова, слухачка магістратури
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

СТАНОВЛЕННЯ СУДОВОЇ СИСТЕМИ ЄВРОПЕЙСЬКИХ СПІВТОВАРИСТВ

Стаття 7 Договору про заснування Європейського Співтовариства (далі – Договір) передбачає основні інститути Союзу: Європейський Парламент, Раду, Комісію, Суд Європейських Співтовариств (далі – Суд ЄС) та Рахункову Палату. Крім названих інститутів у рамках ЄС були утворені нові органи, які не увійшли до інституційної системи ЄС, – Суд першої інстанції (далі – СПІ), Суд аудиторів, Європейський інвестиційний банк та деякі інші.

Дослідження еволюції інституційної системи ЄС є важливими як з точки зору історичних аспектів її вивчення, так і перспектив розвитку. Вони свідчать, що Суд ЄС в цій системі виконував і виконує надполітичні, суто правові функції і забезпечує завдяки своїй діяльності формування правових засад європейської інтеграції. Якщо статус Європарламенту та Комісії певним чином змінювався у процесі розвитку європейської інтеграції, то статус Суду як інструмента посилення правових засад залишався незмінним.

Історично статус судових органів ЄС пов'язаний з трьома угодами: Договором про заснування Європейського об'єднання вугілля та сталі 1951 р. (Паризький договір), Договором про заснування Європейського економічного співтовариства 1957 р. (I Римський договір) та Договором про заснування Європейського співтовариства по атомній енергетиці (II Римський договір). У період існування трьох співтовариств статус і функції Суду були єдиними, хоча й діяли три статuti Суду як додатки до зазначених договорів.

Певний час Суд ЄС функціонував як єдина судова установа. На підставі Єдиного європейського акта 1986 р. як другий орган правосуддя ЄС, що діє при Суді ЄС, був створений Суд першої інстанції. СПІ не отримав статусу окремого інституту ЄС, але, виходячи з того, що його рішення мають обов'язковий характер, *de facto* він є таким.

Суд ЄС безпосередньо впливає на формування інтеграційного правопорядку та європейську інтеграцію. Згідно зі ст.230 Договору Суд розглядає законність актів, прийнятих Європейським Парламентом і Радою, актів Ради, Комісії, що не належать до рекомендацій чи висновків і актів Європейського Парламенту і мають наслідки для третіх сторін. З цією метою він має юрисдикцію по розгляду позовів, з якими звертаються

країни-члени, Рада чи Комісія з причини недостатності компетенції, порушення істотних процедурних вимог. За ст. 234 Договору Суд також має юрисдикцію виносити преюдиціальні рішення щодо дійсності і тлумачення рішень інститутів Співтовариства, тлумачення статутів органів, створених за рішенням Ради.

Юрисдикція СПІ визначається не Договором, а спеціальним рішенням Ради ЄС від 24 жовт. 1988 р. “Про створення Суду першої інстанції”. СПІ має власний регламент, який застосовується щодо процедур СПІ і який відрізняється від регламенту Суду ЄС. Відповідно до ст.1 рішення Ради від 24 жовт. 1988 р. СПІ створюється як орган, підпорядкований та доповнюючий Суд ЄС. Суд ЄС у традиційному значенні є касаційною інстанцією стосовно СПІ, чий рішення є остаточними на відміну від рішень СПІ. Юрисдикція СПІ обмежується справами, що передані з-під юрисдикції Суду ЄС. Йому підсудні спори між інститутами Союзу та його службовцями, спори з конкурентного права ЄС.

Отже, Суд ЄС – важливіший інструмент західноєвропейської інтеграції та побудови єдиної Європи. Він є своєрідним гарантом динамічності та стійкості правової системи ЄС. У рішеннях Суду можна чітко простежити цілі всього Союзу, спроби підсилити значення та авторитет органів ЄС.

Процес подальшої інтеграції у ЄС вимагає ще інтенсивнішого зближення та уніфікації різних національних правових систем. І саме Суд ЄС поєднує велику кількість держав-членів, які мають різні правові системи. Це поєднання правових систем можливе завдяки єдиному тлумаченню установчих договорів та вторинного законодавства ЄС, що здійснює Суд. Також маємо зазначити, що саме Суд заповнює прогалини в праві ЄС, створюючи судові прецеденти, які є обов’язковими для національних судів держав-членів.

Нову хвилю інтеграційних відносин і впливу на розвиток судової системи Європейських співтовариств викликав Ніццький договір, підписаний у лютому 2001 р., і який є епохальним явищем для Європейського Союзу. Ніццький договір передбачив принципові зміни до установчих документів ЄС, що спрямовані на подальше розширення Союзу та модифікацію його існуючої структури. Договір набрав чинності 1 трав. 2003 р. після тривалої

ратифікації державами-членами. Одним із аспектів цього договору є зміни судової системи ЄС та юрисдикції судових органів ЄС. Низка нововведень Ніщцького договору стосується Суду ЄС та СПІ.

Оскільки зростання популярності Суду ЄС і вступ нових держав-членів до Союзу призвели до збільшення позовів і перевантаженості Суду ЄС та СПІ, Ніщцький договір більш виважено розподіляє повноваження між Судом ЄС та СПІ. За Ніщцьким договором СПІ тепер розглядає усі прямі позови, позови про нежиття необхідних заходів, позови про відшкодування шкоди, що підпадають під право ЄС. Новим є і те, що Суд ЄС зможе передавати СПІ право приймати преюдиціальні рішення з окремих питань.

Ніщцький договір передбачає зміни й у структурі Суду. Так, можуть створюватися спеціалізовані палати в окремих сферах права. Нині існують дві такі палати: по охороні промислової власності та у справах міжнародного співробітництва. Відповідно збільшилась і кількість суддів у зв'язку з прийняттям десяти нових країн-членів – кожна державу-члена представляє один суддя. Необов'язковим стало скликання пленарних засідань у складі усіх суддів, Суд ЄС може засідати Великою палатою. Як бачимо, положення Ніщцького договору свідчать про глибоку реконструкцію судової системи ЄС та юрисдикції його судових органів.

В.Г. Гуцель, аспірант
*НДІ державного будівництва
та місцевого самоврядування*

СУБСИДАРНІСТЬ ЯК ПРИНЦИП ФУНКЦІОНУВАННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Принцип субсидіарності є важливим елементом політичної культури Заходу, основним розробником і популяризатором якого є Католицька церква. Значний внесок у його розвиток зробив також Іоан Альтузіус, який розглядав його як принцип федералізму. Однак після утвердження лібералізму в економічній та політичній сферах даний принцип, який

спирається на теорію солідаризму, занепадає. Відновлення інтересу до субсидіарності спостерігається наприкінці ХХ ст., що пов'язано із теорією демократичної, соціальної державності, яка розглядає її як один з фундаментальних своїх принципів. Проте справжньому ренесансу субсидіарність має завдячувати європейській інтеграції, яка обумовила її включення до системи принципів, відповідно до яких здійснюється розвиток та функціонування ЄС і держав, що його утворюють.

Визнання субсидіарності ЄС – процес складний і тривалий. З моменту започаткування і до середини 70-х рр. ХХ ст. даний принцип в зародковому стані існував у Договорі про європейське об'єднання вугілля і сталі (ст. 5) та нечітко викладався у Римських Договорах. І лише з середини 80-х рр. через необхідність вирішення питання стосовно уточнення предметів ведення, повноважень та функцій держав-членів і Євросоюзу він починає розглядатися як принцип Європейського Співтовариства. Це було пов'язано з тим, що ЄС за згодою держав-членів зробив суттєві кроки в напрямку до перетворення на наднаціональну організацію, яка має низку повноважень, що складають виключну компетенцію ЄС і забезпечують легітимність його функціонування, а деякі повноваження реалізує спільно з національними урядами.

Розповсюдження інтеграційних ініціатив на політичну сферу підвищило значущість принципу субсидіарності та обумовило необхідність його нормативного закріплення. Вперше його закріплення на рівні установчих договорів відбувається при підписанні Єдиного Європейського Акта (ст. 130r). Набагато змістовніше його викладено у Маастрихтському договорі, де він згадується двічі – в Преамбулі та в ст. 2, яка відсилає до ст. 5 Договору про Європейське Співтовариство, де і розкривається зміст субсидіарності: в областях, які не підпадають під його виключну компетенцію, Співтовариство діє у відповідності з принципом субсидіарності, якщо і оскільки цілі не можуть бути досягнуті в достатній мірі державами-членами і тому можуть бути більш успішно здійснені Співтовариством. Однак закріплення субсидіарності на рівні установчих договорів не припинило дискусії навколо неї. Уточнення її змісту відбулося при підписанні Амстердамського договору, який супроводжувався протоколом “Про застосування принципів

субсидіарності та пропорційності” і Декларацією ФРН, Австрії та Бельгії про субсидіарність. Аналіз цих документів свідчить, що субсидіарність є динамічною концепцією. Це означає, що субсидіарність дозволяє розширювати сферу діяльності Співтовариства в рамках його юрисдикції в тих випадках, коли обставини того вимагають, і, навпаки, обмежувати цю діяльність або навіть її зупиняти тоді, коли вона більше не виправдана. Розглянемо, що означає таке розуміння субсидіарності.

1. Реалізація принципу субсидіарності не обов’язково породжує децентралізацію влади. Насправді він може діяти в обох напрямках, а тому за певних обставин субсидіарність може призводити до фактичного розширення діяльності Союзу в межах його юрисдикції.

2. Вважається, що субсидіарність адресується інститутам ЄС, а не державам-членам. Однак такий підхід має обмежувальний характер, бо ігнорує відповідні положення Декларації про субсидіарність та ст. 14 Хартії регіоналізації Співтовариства, у якій сказано, що згідно з принципом субсидіарності регіони займають місце між центральним і муніципальним урядами в державі. Отже, оскільки принцип субсидіарності пронизує всі рівні влади, то він має адресуватися як інститутам ЄС, так і центральним та регіональним органам влади держав-членів.

3. Реалізація даного принципу пов’язана з правотворчою діяльністю, що породжує проблему визначення правомірності видання правових актів ЄС. Виданню певного акта ЄС має передувати процедура перевірки, в результаті проведення якої необхідно з’ясувати, чи має держава необхідні засоби для вирішення існуючої проблеми. Позитивна відповідь означає, що Союз має утриматися від видання правового акта. Негативна відповідь надає підстав для запитання: наскільки ефективнішими за діяльність держави можуть виявитися заходи Союзу? Союз має відмовитися від втручання у вирішення проблеми, якщо не зможе довести, що його дії дозволять більш ефективно вирішити проблему. Якщо ж Комісія прийде до висновку про доцільність видання правового акта, вона має також вирішити питання щодо вибору виду нормативного акта. Протокол (п. 6) надає перевагу рамочному законодавству, бо воно гарантує державам-членам більший простір для вибору форм і методів власної діяльності. В

подальшій роботі над проектом правового акта Комісія має враховувати зауваження Ради, Європарламенту і національних парламентів щодо дотримання принципу субсидіарності. Визнання того факту, що рішення в ЄС приймаються відповідно до принципу субсидіарності, обумовлює необхідність у виробленні механізму проведення попередніх консультацій із національними урядами та регіональними владами цих країн.

4. Керуючись принципом верховенства права ЄС, держави-члени ЄС не можуть не виконувати рішення Союзу, навіть якщо вважають, що були здатні вирішити проблему самостійно або краще, ніж це зробили інститути ЄС. У разі незгоди з рішенням ЄС національні уряди мають право звернутися до Суду Європейських Співтовариств з позовом про анулювання такого акта, посилаючись на порушення ст. 5 Договору про Європейське Співтовариство.

Підсумовуючи сказане вище, зазначимо, що не виправданими є побоювання стосовно можливості використання принципу субсидіарності ЄС для розширення меж своєї діяльності, оскільки найбільш важливі питання, які стосуються функціонування як держав-членів, так і ЄС, не можуть вирішуватись без згоди національних урядів.

А.В. Мазур, викладач

Дніпропетровська митна академія

СУЧАСНА ІДЕОЛОГІЯ ФОРМУВАННЯ МИТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Українська держава зацікавлена розвивати митне законодавство. Про це свідчить системне, стабільне визначення правових, економічних і організаційних основ митної справи. Тому без утворення повноцінної системи митного регулювання всього комплексу митних відносин неможливо забезпечити захист митного суверенітету й економічної безпеки держави, активізувати розвиток економіки в умовах її глобалізації, захистити права громадян, суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, органів державної влади, а також забезпечити режим законності у галузі митної справи.

Відповідно до вимог Митного кодексу України митна справа є складовою зовнішньополітичної і зовнішньоекономічної діяльності. У процесі її здійснення держава додержується визнаних у міжнародних відносинах систем класифікації та кодування товарів, єдиної форми декларування експорту та імпорту товарів, порядку збирання й обміну митною інформацією, інших загальновизнаних міжнародних норм і стандартів. Отже, нормам митного законодавства, чи не найменше поміж інших галузей законодавства, характерні “консерватизм” і “закритість”, обумовлені специфікою становлення й розвитку національної системи права.

На рівні основного кодифікованого акта в галузі митної діяльності чітко визначено основні повноваження парламенту, вищого органу виконавчої влади, Держмитслужби щодо: а) законодавчих підвалин митного регулювання; б) організації й забезпечення здійснення митної справи; в) безпосереднього керівництва митною справою.

Стратегія дій Кабінету Міністрів України щодо організаційно-правового забезпечення митної та супутньої їй державної діяльності на найближчу перспективу знайшла своє відображення у Програмі діяльності Уряду. Це такі положення:

- недопущення зловмисного використання транзитних можливостей митної території України;
- боротьба з найменшими проявами корупції у митній службі;
- реорганізація Держмитслужби України в напрямку чіткого окреслення її повноважень як органу реалізації державної політики у галузі митної справи (повноваження органу формування митної політики перебирає Мінфін України);
- реальна, а не номінальна участь громадськості у роботі щодо реалізації державної політики у галузі митної справи (віднедавна триває активна співпраця Держмитслужби України з членами Європейської Бізнес Асоціації – учасниками зовнішньоекономічної діяльності);
- приведення законодавства про митний тариф у відповідність до стандартів Світової організації торгівлі з урахуванням інтересів внутрішнього ринку на етапі двосторонніх переговорів з приводу вступу;
- реформування митної служби України, а також інших

фіскальних органів з метою: а) ліквідації міжвідомчої конкуренції; б) усунення можливостей для посадових зловживань та корупції; в) зменшення видатків платників податків на утримання адміністративного апарату;

- створення економічних, політичних і правових передумов для створення зони вільної торгівлі з ЄС;

- вступ до СОТ на правах повноправного члена й завершення, таким чином, процесу трансформації Митного тарифу України у відповідності до загальновизнаної середньозваженої ставки мита;

- скасування невиправданих тарифних і нетарифних обмежень та адміністративних бар'єрів у зовнішньоекономічній діяльності;

- розширення транскордонного співробітництва (що цілком відповідає новелі МК України, у ст. 38 якого митним органам надано право на взаємодію з митними органами суміжних іноземних держав);

- визначення ступеня співробітництва України в рамках Єдиного економічного простору (з урахуванням очевидного факту неможливості участі одночасно у двох митних союзах – ЄС та СЕП);

- реалізація спільних проектів за рахунок програм технічної допомоги ЄС (наразі відновлено фінансування чергової програми ТАСІС).

Відповіді на питання, якою мірою кореспондують стратегічні завдання Кабінету Міністрів України й сучасна ідеологія формування митного законодавства можна, на нашу думку, з'ясувавши сутність категорії “митна ідеологія”. Під цим поняттям варто розуміти систему політичних та правових поглядів держави на певному етапі її розвитку щодо забезпечення економічної безпеки держави за допомогою заходів митно-тарифного й нетарифного регулювання. Отже, ідеологія формування митного законодавства на сучасному етапі являє собою систему політико-правових поглядів держави відносно нормативного забезпечення впровадження й практичного застосування митно-тарифних і нетарифних заходів реалізації її митної політики.

У сконцентрованому вигляді комплекс принципів засад, на основі яких базується модерна митна діяльність,

унормовано у ст. 4 МК України: виключна юрисдикція держави на її митній території, виключна компетенція митних органів щодо здійснення митної справи, законності, єдиного порядку переміщення товарів і транспортних засобів через митний кордон, системності, ефективності, додержання прав та охоронюваних законом інтересів суб'єктів транскордонного переміщення, гласності та прозорості.

Варто зауважити, що стратегічні програмні завдання відповідають принципам митного регулювання. Таким чином, органічне поєднання базових засад нормативно-правового регулювання митної діяльності на основних напрямках, визначених Кабінетом Міністрів України, – запорука успішної реалізації Програми Уряду згідно з принциповими положеннями основного кодифікованого акта в галузі митної справи.

С.Г. Христенко, здобувач
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ПИТАННЯ ОБМЕЖЕННЯ ПРИ ЗАРАХУВАННІ ТА ПРОХОДЖЕННІ СЛУЖБИ В ОРГАНАХ ДЕРЖМИТСЛУЖБИ УКРАЇНИ

При розгляді цього питання треба мати на увазі, що йдеться про правообмеження, яке є одним з найбільш вагомих елементів правового становища державних митних службовців, бо вони визначають правовий статус шляхом усунення ознак негативного впливу на діяльність, що характеризується як державна служба.

Установлення правообмеження міститься в основному в ряді заборон і формальностей для державних митних службовців. Їх призначення: забезпечити ефективне функціонування митної служби, встановити перепони можливому зловживанню державних митних службовців, створити умови для незалежної службової діяльності й разом з тим гарантувати здійснення цивільних прав державним митним службовцям.

Розглянемо правообмеження державних митних службовців при зарахуванні на службу.

Відповідно до ст. 12 Закону України “Про державну службу” не можуть бути обраними або призначеними на посаду в державному органі та його апараті особи, які:

а) визнані у встановленому порядку недієздатними, тобто відсутня правова передумова щодо можливості громадянина бути дієздатним;

б) мають судимість, що є несумісним із зайняттям посади;

в) у разі прийняття на службу будуть безпосередньо підпорядковані або підлеглі особам, які є їх близькими родичами чи свояками. В той же час діюче законодавство чітко не окреслює коло посад, обіймання яких близькими родичами може стати перепорою для працевлаштування особи в митному органі.

При проходженні служби державний митний службовець не має права:

а) займатися підприємницькою діяльністю безпосередньо чи через посередників або бути повіреним третіх осіб у справах державного органу, де він працює, а також виконувати роботу на умовах сумісництва (крім наукової, викладацької, творчої діяльності, а також медичної практики).

На умовах сумісництва державному митному службовцю дозволяється здійснювати наукову, викладацьку, творчу діяльність та медичну практику.

Така заборона пов’язана з тим, що державний митний службовець покликаний служити народу, тому він повинен повністю присвятити себе державній службі й дбати про її ефективність, не відвертаючи себе на інші види діяльності;

б) сприяти, використовуючи своє службове становище, фізичним і юридичним особам у здійсненні ними підприємницької діяльності з метою одержання за це винагороди у грошовому чи іншому вигляді, послуг, пільг. Сприяння – допомога, підтримка в якій-небудь діяльності. Так, у результаті сприяння підприємницькій діяльності робиться позитивний вплив на її здійснення;

в) входити самостійно, через представника або підставних осіб до складу правління чи інших виконавчих органів підприємств, кредитно-фінансових установ, господарюючих товариств тощо, організацій, спілок, об’єднань, кооперативів, що

здійснюють підприємницьку діяльність;

г) відмовляти фізичним та юридичним особам в інформації, надання якої передбачено правовими актами, умисно затримувати її, надавати недостовірну чи неповну інформацію. Державні митні службовці володіють, перш за все, адміністративною інформацією (даними), під якою розуміються офіційні документовані дані, що дають кількісну і якісну характеристику подій, процесів, що відбуваються в сфері митної справи, та збираються, використовуються і зберігаються митними органами, спеціалізованими митними установами і організаціями з метою виконання своїх функцій.

У певних випадках державні митні службовці мають право на підставі закону відмовити в інформації або надати неповну інформацію. Законом України “Про інформацію” (ст. 28-38, 46) встановлено, що це можливо, коли інформація є: державною таємницею; конфіденційною; власністю організації; а також коли її розголошення зашкодить оперативним заходам, розслідуванню чи дізнанню;

д) приймати подарунки чи послуги від фізичних або юридичних осіб у зв'язку із своєю службовою діяльністю. Це обмеження спрямоване на те, щоб державні митні службовці не опинялись в ситуаціях, в яких вони можуть набути будь-яких обов'язків щодо організацій або особи, що бажають отримати вигоду від особливого ставлення державного митного службовця до них.

У ст. 5 Закону України “Про боротьбу з корупцією” окремо виділені обмеження відносно державних службовців, які є посадовими особами. Зокрема, вони (державні митні службовці) не мають права:

а) сприяти, використовуючи своє посадове становище, фізичним та юридичним особам у здійсненні ними зовнішньоекономічної, кредитно-банківської та іншої діяльності з метою незаконного одержання за це матеріальних благ, послуг, пільг або інших переваг;

б) неправомірно втручатися, використовуючи своє посадове становище, у діяльність інших державних органів чи посадових осіб з метою перешкоджання виконанню ними своїх повноважень;

в) бути повіреним третіх осіб у справах органу державної

влади, діяльність якого він контролює;

г) надавати незаконні переваги фізичним та юридичним особам під час підготовки й прийняття нормативно-правових актів чи рішень.

Державний митний службовець не може брати участі у страйках, та вчиняти інші дії, що перешкоджають нормальному функціонуванню державного органу, а також брати участь у діях, що суперечать національним інтересам України.

Державний митний службовець не може використовувати своє службове становище в інтересах політичних партій, що впливає із сутності та принципів самої державної митної служби.

А.П. Ткачук,

*Луганська академія внутрішніх справ МВС
ім. 10-річчя незалежності України*

ПРО ДОСВІД ВИРІШЕННЯ ПРОБЛЕМИ ОБМЕЖЕННЯ СИЛОВИХ ФУНКЦІЙ ДЕРЖАВИ В ІСТОРІЇ ПОЛІТИКО-ПРАВОВОЇ ДУМКИ

Перед будь-якою державою постає коло завдань, на вирішення яких вона спрямовує свої матеріальні ресурси, ідеологічні та політичні зусилля. З усієї сукупності цих завдань можна виділити такі, що виражають сутність держави. Ці основні напрямки діяльності держави називаються її функціями. Серед внутрішніх функцій у теорії виділяють блок охоронних функцій – охорони існуючих форм власності, забезпечення (охорони) правопорядку, охорони і захисту прав і свобод громадян, іншими словами силові функції держави. Охорона правопорядку – найважливіша і найнеобхідніша функція будь-якої держави, що впливає з потреб суспільства. У демократичній державі на перший план висувається охорона прав і свобод громадян, без чого неможливий справжній правопорядок.

Трансформація правової системи України, як і суспільства та держави взагалі, відбувається від репресивно-тоталітарної у бік ліберальних демократій західного типу. Історія

ж вказує нам на переважно дві лінії у визначенні напрямків, цілей та методів здійснення силових функцій держави залежно від конкретно взятого періоду, епохи, країни або навіть окремої політичної ситуації. Перша – це пріоритетність захисту державних інтересів, коли правоохоронні органи виступають лише силовим знаряддям у руках влади. Право ж визнається як “право сильнішого”, яким (“сильнішим”) у цьому випадку є саме той шар суспільства, який допущений до влади, і саме це право захищають правоохоронні органи. Така позиція була домінантою протягом розвитку майже усіх держав Стародавнього світу та Середньовіччя. Другий напрямок полягає в переорієнтації силової діяльності на особистість, невід’ємні та незаперечні права індивіда. Лише в епоху Нового часу з’являються додаткові функції в діяльності правоохоронних органів. Це пов’язано з процесами становлення тієї системи, яку ми називаємо правовою державою. Відбувається перегляд ставлення до держави – до уваги береться фактор не тільки придушення, але й служіння народу та окремій особистості як представнику всього населення. Джерела таких кардинальних змін слід вбачати у великому впливі природно-правових доктрин епохи Нового часу. Ці ідеї знайшли своє відображення у вченнях Гоббса, Спінози, Локка, Канта, Гегеля, Константа, що стали підґрунтям зародження і розвитку ідеї правової держави, де домінантою здійснення будь-яких (в тому числі й силових) функцій держави вже були права та свободи людини. У теорії суспільного договору з’являються взаємні права та обов’язки між державою та народом і окремою людиною, гарантом яких і мають виступати правоохоронні органи. На відміну від теорій попередніх періодів, захист прав і свобод громадян тут має вже конкретне втілення у вигляді певних функцій правоохоронної системи.

Виходячи з цього, визначаються і пріоритети діяльності правоохоронних органів. Починаючи з Нового часу, у вченнях ліберального напрямку завдання правоохоронних органів можна об’єднати загальним принципом „сила держави на службі людини”. Ця формула знайшла своє відображення у вченні Б.Спінози, де мислитель визначає межі сили держави, які встановлюються вимогами розуму. Згідно з його вченням неможливість творити свавілля та насильство, а здійснення того, що здоровий розум вважає корисним для усіх людей („розум взагалі

вчить шукати миру”)), визначає межі моці й права держави. Таким є і вчення Т. Гоббса про відповідність громадянських законів вічним та незмінним законам природи, де держава також виступає гарантом миру шляхом здійснення поліцейсько-охоронних функцій. Подальшу еволюцію цих поглядів знаходимо в Дж. Локка, у його ствердженні про те, що верховна влада завжди має свої межі в правах громадян. Тобто йдеться вже про обмеження силових функцій держави саме правами людини. Слід звернути увагу на тезу про взаємну відповідальність держави (в особі її правоохоронних органів) та особи як представника всього населення, яку ми знаходимо в ідеї суспільного договору. Так, Г. Гегель у вченні про громадянське суспільство майже прямо вказує на необхідність обмеження силових функцій держави (зокрема, це стосується поліції) за рахунок розширення функцій соціальних, що для нас є особливо актуальним. Як головну ціль поліції мислитель визначає надання індивіду всезагальної наявної свободи для досягнення своїх цілей. Поліція повинна турбуватися крім охоронних (охорона свободи) функцій, про вуличне освітлення будівель, мостів і т. ін., а також про здоров'я людей. А звідси, виходячи з необхідності обмеження силових функцій держави, він вказує на необхідність підвищення рівня відповідальності всього населення й окремої особистості як його представника.

Тож, європейський вектор реформування політичної, економічної та правової систем України означає орієнтир на вказані загальноєвропейські принципи організації функціонування держави і, зокрема, її правоохоронної системи. Одним із таких принципів є обмеження силових функцій держави. Відносно процесів реформування сучасної України це означатиме спрямування „силової діяльності” держави не на захист її як окремих владних структур, а через більш широке розуміння правозахисної (силової) діяльності держави, тобто більш широке не позитивістське, а природно-правове розуміння права, на захист прав і свобод окремої людини. Йдеться, передусім, про переформування функцій держави, зміну функціонального вектора силових структур у соціальний бік. Це, в свою чергу, має означати і розуміння відповідного підвищення рівня відповідальності громадян за дії у суспільному житті. Отже, вирішення цієї проблеми (обмеження силових функцій держави)

та відповідних завдань полягатиме не тільки у реформуванні правоохоронної системи держави в особі її правоохоронних органів, а й у підвищенні персональної відповідальності.

І.П. Сафонов, *здобувач*
ДП “Ліси оборони”, м. Київ

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ДЕРЖАВНОЇ ПІДТРИМКИ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКИХ ТОВАРОВИРОБНИКІВ АПК

У сучасних умовах переходу до ринкових аграрних відносин основним і найважливішим засобом стимулювання виробничо-господарської діяльності сільськогосподарських підприємств має стати їх державна підтримка шляхом використання різноманітних економічних методів регулювання, але обов’язково у певних правових формах.

На виконання цих завдань направлене чинне законодавство. Законом України “Про державну підтримку сільського господарства України” від 22 верес. 2004 р. передбачені основи державної політики підтримки сільськогосподарських товаровиробників у бюджетній, кредитній, ціновій, страховій, регулятивній та інших сферах державного управління, а також стимулювання виробництва сільськогосподарської продукції та розвитку аграрного ринку, забезпечення продовольчої безпеки населення. Проте деякі важливі заходи державної підтримки сільськогосподарських товаровиробників АПК у вказаному законі не знайшли належного відображення.

Серед заходів щодо подолання негативних явищ в аграрному секторі економіки провідне місце, на нашу думку, повинні займати правові заходи фінансово-економічної підтримки сільськогосподарських виробників і відновлення та зміцнення матеріально-технічної бази АПК. Обстеження та інвентаризація виробничого потенціалу окремих сільськогосподарських виробників свідчить про те, що знос основних засобів, будівель і споруд, машин та обладнання є таким, що їх використання ще протягом 2-4-х років без

реноваційних заходів призведе до повного руйнування матеріально-технічної бази АПК. Рівень технічного забезпечення сільськогосподарських товаровиробників не досягає і 40% від потреби в тракторах, комбайнах як зернових, так і кормозбиральних, а також в інших видах сільськогосподарських машин та обладнання.

Для підвищення технічної оснащеності сільського господарства до повної технологічної норми необхідні щорічні вкладення. Державної підтримки потребують і галузі, що випускають засоби виробництва для підприємств АПК. Для подальшого фінансування виробництва комплексів машин і обладнання доцільно залучати кошти як національних, так й іноземних інвесторів, а також створювати спільні виробництва конкурентноспроможної техніки. Врешті-решт це не тільки дасть найбільший результат для сільськогосподарських товаровиробників, але й дозволить відновити сільськогосподарське машинобудування.

Для належного функціонування сільськогосподарських товаровиробників АПК необхідно задіяти також такі економічно-правові важелі, як надання субсидій, дотацій безпосередньо сільськогосподарським виробникам, удосконалення податкової політики, позбавлення її конфіскаційного характеру, захист потенційно конкурентноспроможної продукції вітчизняного виробництва.

Треба передбачити в чинному законодавстві правові заходи, відповідно до яких сільськогосподарську продукцію та вироблені з неї продовольчі товари, що в достатній кількості можуть виготовляти вітчизняні виробники, слід імпортувати в обмежених обсягах, визначених відповідними квотами, ліцензуванням, розмірами ввізного мита зі створенням належного контролю за дотриманням цих правил.

У правовій системі захисту конкурентноспроможної продукції слід відобразити зовнішній захист на кордоні шляхом застосування експортно-імпортного мита; захист всередині держави: а) компенсаційні збори, акцизи, податки, неподаткові обмеження, квоти, адміністративне регулювання; б) субсидії, та інші правові заходи.

Створення такого механізму підтримки сільськогосподарських товаровиробників в АПК завдання не

тільки державних органів, але і всіх інших структур, які представляють інтереси цієї галузі.

Доречно відмітити, що важливе значення в комплексі заходів державної підтримки сільськогосподарських товаровиробників у відтворенні основних засобів виробництва має амортизаційна підтримка, здійснювана як на державному рівні, так і на рівні кожного окремого сільськогосподарського підприємства. Слід зазначити, що нині амортизаційна політика не відповідає потребам розвитку сільськогосподарського виробництва, не дозволяє накопичувати за рахунок амортизаційних відрахувань кошти, створення реального ресурсу для фінансування капітальних вкладень і не сприяє активізації інвестиційної діяльності АПК.

Для вирішення цих та інших проблем із надання державної підтримки сільськогосподарських товаровиробників АПК необхідно розробити Програму технічного і технологічного оснащення і переоснащення АПК. У програмі слід чітко визначити:

- 1) законодавчо-адміністративні форми державної підтримки сільськогосподарських товаровиробників АПК;
- 2) цивільно-правові форми державної підтримки сільськогосподарських товаровиробників АПК;
- 3) соціально-політичні форми підтримки сільськогосподарських товаровиробників АПК;
- 4) фінансово-економічні форми державної підтримки сільськогосподарських товаровиробників АПК;
- 5) відповідальність суб'єктів за порушення законодавства державної підтримки сільськогосподарських товаровиробників АПК.

О.М. Ващенко, здобувач
*Національний університет внутрішніх справ
МВС України*

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СТАТУСУ ГОЛІВ РАЙОННИХ ТА ОБЛАСНИХ РАД

Активне реформування конституційного ладу України, одним із напрямків якого є удосконалення територіальної

організації влади, з необхідністю ставить на порядок денний оптимізацію правового статусу не тільки обласних та районних рад, але й їхніх голів. На жаль, ця тема не отримала широкого обговорення у вітчизняній юридичній літературі, що явно не узгоджується з тією роллю, яку відіграють голови районних та обласних рад у здійсненні місцевого самоврядування на регіональному рівні.

Конституція України згадує про голів районних та обласних рад тільки одного разу – в ч. 4 ст.141, визначаючи, що вони обираються відповідними радами й очолюють виконавчий апарат ради. Лише однією статтею визначається правовий статус голів районних та обласних рад і в Законі „Про місцеве самоврядування в Україні” (ст.55). Більше того, за цим Законом голови районних та обласних рад навіть не визнаються самостійними суб’єктами системи місцевого самоврядування, хоча обсяг тих повноважень, які прямо передбачені для них законодавством, дають підстави стверджувати про значну автономію даних посадових осіб від місцевих рад, депутатського корпусу. У багатьох правовідносинах голови районних та обласних рад виступають від власного імені як самостійні суб’єкти, що мають власні права та обов’язки.

У випадку здійснення конституційної реформи у тому обсязі, який передбачений законопроектом 3207-1, попередньо схваленим Верховною Радою України 8 груд. 2004 р., роль голів районних та обласних рад ще більше зросте. Насамперед постане питання про загальний статус означених посадових осіб: чи залишаться вони тільки головами рад, чи за аналогією зі статусом сільських, селищних, міських голів поєднуюватимуть головування в раді з головуванням у виконавчому комітеті? Законопроект на це питання відповіді не дає, надаючи законодавцеві можливість вирішити його на рівні Закону „Про місцеве самоврядування в Україні”. На наш погляд, доцільно уніфікувати систему місцевого самоврядування в Україні, забезпечивши поєднання посад голови ради і голови виконавчого комітету. Такий підхід унеможливіє „двовладдя” на місцевому й регіональному рівнях, забезпечує цілісність системи місцевого самоврядування, органічний зв’язок між представницькими та виконавчими органами, а в підсумку – більш оперативне й ефективне виконання прийнятих рішень. Водночас слід було б переглянути й порядок формування голів

районних та обласних рад. З метою надання їм більшої самостійності у відносинах із депутатським корпусом доцільно було б обирати їх безпосередньо населенням районів чи областей.

За умов крайньої лаконічності законодавчої основи щодо голів районних та обласних рад, їхній статус деталізується на локальному рівні: у регламенті відповідної місцевої ради, положенні про постійні комісії місцевої ради, положенні про президію (колегію) ради тощо. Для таких актів характерним є особливості регулювання окремих аспектів статусу та порядку роботи голів районних чи обласних рад. Зокрема, ч. 5 ст. 2.7 Регламенту Луганської обласної ради XXIV скликання покладає на голову ради обов'язок під час головування на сесії ради сприяти духу співробітництва, зближенню позицій сторін із питань, що розглядаються, досягненню взаємо погоджених рішень, а ст. 46 Регламенту Львівської обласної ради передбачає, що головуєчий на засіданні на свій розсуд може оголосити проведення рейтингового, альтернативного або квалітативного голосування з тієї чи іншої пропозиції, щоб з'ясувати, скільки депутатів її підтримують або мають заперечення, та спрогнозувати хід пленарного засідання і розгляду питань. Звісно, певні відмінності цілком узгоджуються з принципом правової та організаційної самостійності місцевого самоврядування, однак вони не повинні бути суттєвими, не можуть виходити за межі Конституції та чинного законодавства.

На наш погляд, сучасному муніципальному праву України не вистачає повноти й цілісності правової регламентації найважливіших аспектів організації й діяльності органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб. Особливо це стосується саме обласного та районного рівнів місцевого самоврядування. У науковій літературі, на сесіях районних та обласних рад вже кілька років поспіль акцентується увага на необхідності розробки і прийнятті спеціального законодавства щодо статусу обласних і районних рад. Зокрема, Харківська обласна рада ініціювала це питання перед Верховною Радою України ще в 2001 р. Однак й досі такий законопроект не розроблений і не представлений на розгляд Верховної Ради України ні депутатами в ініціативному порядку, ні профільним парламентським комітетом.

Вважаємо, що з огляду на наявні істотні відмінності

правового статусу сільських, селищних, міських голів і голів обласних та районних рад, їхній статус має регулюватися різними законами, але по можливості уніфіковано, щоб після конституційної реформи об'єднати їх в один закон. При цьому слід орієнтуватися й на перспективу створення у подальшому Муніципального кодексу України, необхідність і прогресивність якого визнається багатьма фахівцями в галузі муніципального права.

У пропонованому Законі „Про статус голів районних та обласних рад” треба визначити: 1) детальний порядок обрання голови (у тому числі порядок висунення кандидатур та порядок голосування); 2) порядок вступу на посаду новообраного голови; 3) функції та повноваження голови в раді та у відносинах з іншими суб'єктами; 4) правові, організаційні, матеріально-фінансові та соціально-побутові гарантії діяльності голови; 5) підстави та порядок тимчасового зупинення та припинення його повноважень. Прийняття такого закону сприятиме утвердженню принципів верховенства права та законності на муніципальному рівні, стане запорукою ефективної діяльності голів районних та обласних рад, зміцненню правових основ місцевого самоврядування в цілому.

IV. ПРАВОВІ ЗАСАДИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ, ЗМІЦНЕННЯ ЗАКОННОСТІ ТА ПРАВОПОРЯDKУ

Ю.А. Пономаренко, канд. юрид. наук, доцент
*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

АНАЛОГІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ ЯК ЗАСІБ ПОДОЛАННЯ ПРОГАЛИН У НЬОМУ

У науці кримінального права під застосуванням кримінального закону за аналогією традиційно розумілося раніше і розуміється досі застосування до суспільно небезпечного діяння, відповідальність за яке не була передбачена на момент його вчинення, тих статей КК України, які передбачають

відповідальність за найбільш схожий злочин. Саме таким її розумінням, очевидно, керувався і законодавець, визначивши в ч. 4 ст. 3 КК України 2001 р., що “застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено”. Цей припис дістав у цілому схвальну оцінку вітчизняних криміналістів, і лише В.О. Навроцький засумнівався в тому, “чи не має тут місце підміна понять, коли під аналогією в кримінальному праві прийнято вважати не зовсім те, чим вона є насправді, і чи насправді несумісні кримінальне право і аналогія?”.

В загальній теорії права застосування закону за аналогією (аналогія закону) розуміється як один із засобів подолання прогалин у ньому. З цього випливає те, що єдиною підставою застосування закону за аналогією є наявність у ньому прогалин. І навпаки, якщо у законі немає прогалин, то й питання про застосування його за аналогією не може поставати. Відомо, що прогалини в законі – це “повна або часткова відсутність нормативних настанов, необхідність яких зумовлена розвитком суспільних відносин і потребами практичного вирішення справ, основними принципами, політикою, сенсом і змістом чинного законодавства” (В.В. Лазарев). У разі її виявлення, прогалин в законі може бути або усунена законодавцем шляхом формулювання припису, якого недостає, або подолана судом, зокрема, шляхом застосування закону за аналогією.

Заборона застосування кримінального закону за аналогією може ґрунтуватися на одній із двох наступних посилок: або в кримінальному законі немає і не може бути прогалин, або, якщо вони виявлені, кожного разу необхідно чекати, поки законодавець сам їх усуне, залишаючи кримінальне право відношення, яке вже склалося, у такому “правовому вакуумі”. Уявляється, що перша посилка є хибною, оскільки закон перш ніж стати регулятором суспільних відносин, повинен не лише пройти всі стадії законодавчого процесу, а й до цього зародитися у свідомості законодавця. Через інертність суспільної свідомості закон завжди тією чи іншою мірою відстає від рівня розвитку суспільних відносин. Саме тому об’єктивно у ньому можуть час від часу з’являтися прогалини стосовно регулювання абсолютно нових чи модифікованих суспільних відносин. Не можна виключати і можливість існування помилок законодавця,

які також можуть призводити до прогалин у кримінальному законі. Таким чином, прогалини у кримінальному законі теоретично мислимі, що вимагає визначення його потенційно прогальних положень.

Регулювання кримінальним законом суспільних відносин здійснюється шляхом визначення двох соціальних явищ: діянь, які є злочинами (тобто, юридичних фактів, що породжують кримінальні правовідносини) та кримінальної відповідальності, якій підлягають особи, що вчинили злочини. Тому про наявність прогалин у кримінальному законі можна говорити лише тоді, коли не визначена злочинність чи незлочинність певного діяння або не визначена кримінальна відповідальність за певні діяння.

На наш погляд, у питанні визначення злочинності діянь прогалин у кримінальному законі немає і бути не може. Сказане впливає зі змісту ч. 1 ст. 11 КК України, відповідно до якого злочином є лише таке суспільно небезпечне діяння, яке “передбачене цим кодексом”. У цьому випадку законодавцем створена логічна конструкція суперечливих понять, при яких кожне конкретне явище може відноситися лише до одного класу А і не може відноситися до іншого не А класу. Тобто, певне діяння особи може бути або злочином, якщо воно передбачене КК України (клас А), або незлочином, якщо воно ним не передбачене (клас не А). Ніякої невизначеності в злочинності конкретного діяння закон не передбачає, а тому прогалин у визначенні злочинності немає, у зв’язку з цим і немає необхідності її подолання, в тому числі з використанням такого засобу як аналогія закону.

Разом з тим, прогалини можуть мати місце в питаннях визначення кримінальної відповідальності за злочин. Зокрема, вони мислимі щодо правил призначення чи заміни покарання, які для окремих ситуацій можуть бути встановлені, а для інших подібних – ні. Наприклад, правила ст. 72 КК розраховані лише на випадки призначення покарання за сукупністю злочинів і сукупністю вироків, хоча необхідність переведення одного покарання в інше може виникнути і при заміні покарання на підставі ч. 3 ст. 74 КК, і при пом’якшенні покарання судом вищої інстанції, і в деяких інших випадках. Щодо подібних ситуацій уявляється хибною друга з наведених вище посилок, оскільки ґрунтуючись на ній, суд відмовляв би у вирішенні кримінальної

справи, тим самим відмовляючи у правосудді особі, яка обвинувачується у вчиненні злочину. Крім того, якщо стати на ту позицію, що суд повинен чекати законодавчого усунення прогалин в кримінальному законі, виникнуть відомі проблеми, пов'язані зі зворотною дією нового закону в часі, за строками давності, строками попереднього ув'язнення тощо.

Відомо, що в якості основної мети припису, який міститься в ч. 4 ст. 3 КК, передбачалося унеможливлення визнання певного діяння злочином “за аналогією”. Однак, як виявляється, в даних випадках взагалі не можна говорити про аналогію закону, оскільки для її застосування немає підстави – прогалини в законі. Таким чином, всупереч намірам законодавця заборона застосування кримінального закону за аналогією отримала зовсім не той зміст, який до неї намагалися вкласти. Благий намір обернувся створенням проблеми застосування кримінального закону в тих випадках, коли в ньому дійсно мають місце прогалини, які повинні бути подолані судом.

И.В. Самощенко, канд. юрид. наук, доцент
*Национальная юридическая академия Украины
им. Ярослава Мудрого*

ПРИЗНАК РЕАЛЬНОСТИ УГРОЗЫ ПО УГОЛОВНОМУ КОДЕКСУ УКРАИНЫ 2001 г.

Реальность угрозы как одного из ее обязательных объективных признаков представляет собой определенную законом совокупность слагаемых элементов, которая закреплена в действующем УК Украины 2001 г. соответствующей законодательной формой – “наличие реальных оснований опасаться исполнения угрозы” (ст. 129, 195, а также ст.266 УК). Этот признак угрозы законодательно закреплён не только в УК Украины, но и в ряде УК зарубежных стран (например, Норвегии 1902 г., Швейцарии 1937 г., России 1996 г. и др.).

Однако в некоторых УК таких стран, как Германия 1871 г. (ст.241), Нидерланды 1881 г. (ст.285), Япония 1907 г. (ст.222), Франция 1992 г. (ст.222-17, 322-12), признак реальности угрозы

прямо не предусмотрен. Отчасти под их влиянием среди криминалистов высказывалось мнение о необходимости исключения его из тех УК, где он есть, так как наличие его в законе будет иметь результат ненаказуемости большинства угроз. Такое указание в законе оставляет без защиты граждан, потерявших спокойствие от угрозы, если, по мнению судебных и следственных работников, эта угроза не давала достаточных оснований опасаться приведения ее в исполнение. С другой стороны, следственные и судебные органы поставлены в весьма затруднительное положение, ибо получить объективные доказательства приведения угрозы в исполнение, как правило, очень трудно. Поэтому не только практически, но и теоретически истолковать исследуемый признак угрозы представляется сложным. Это влечет за собой снижение профилактической значимости самой уголовно-правовой нормы.

Разделяя в целом оценку объективно существующей проблемы эффективности уголовно-правовой нормы об угрозе, нельзя в то же время признать удачным предлагаемое решение. Трудность в трактовке реальной угрозы на практике можно объяснить как сложностью предмета исследования, так и возможными недостатками в самой правоприменительной деятельности, устранение которых находится в непосредственной зависимости от эффективности данной нормы права. Поэтому, чтобы повысить эффективность ее действия, необязательно изменять закон. И дело не в том, целесообразно ли оставлять в ст. 129, 195 УК прямое указание на необходимость определения при квалификации содеянного “наличия реальных оснований опасаться исполнения этой угрозы”. Такой подход к проблеме эффективности уголовно-правовой нормы об угрозе не решает ее в принципе. Текстуально закрепленная в законе либо вытекающая из его смысла реальность угрозы подлежит обязательному установлению. Без признака реальности нет угрозы в уголовном праве. Рассматриваемый признак является неотъемлемым ее элементом даже тогда, когда это прямо (буквально) в законе не предусмотрено. Подобный взгляд на реальность угрозы отражен в литературе и находит свое отражение в судебной практике. Так, согласно Постановлению Пленума Верховного Суда Украины № 4 от 27 марта 1992 г. “О судебной практике по делам об изнасиловании и другим половым

преступлениям” при рассмотрении судами данной категории дел следует установить, что угроза в виде средства преодоления сопротивления потерпевшей должна восприниматься последней как реальная.

Отсутствие же буквального указания на реальность угрозы в упомянутых и сходных им ситуациях объясняется причинами двоякого свойства. В тех случаях, когда угроза выступает способом совершения преступления (например, в составе разбоя, насильственного грабежа, изнасилования и т.д.), ее реальность обусловлена целью, преследуемой угрожающим, которая и выступает показателем реальности угрозы. В других случаях, там, где она закреплена в виде самостоятельного преступления (например, в ч.1 ст.345, ч.1 ст.346, ч.1 ст.350, ч.1 ст.377, ч.1 ст.398, ч.1 ст.405 УК), реальность угрозы предопределена особым характером взаимоотношений виновного и угрожаемого, зависимостью ее выражения от действий последнего.

Поэтому, когда предлагается исключить из закона упоминание о ”наличии реальных оснований опасаться”, то тем самым ставится под сомнение само требование о реальности угрозы вообще. В итоге получается, что всякая угроза, даже шуточная, легкомысленная, должна оцениваться как преступная. Это может повлечь за собой расширение действия уголовного закона об угрозе, так как будет утрачен тот критерий деления уголовно наказуемых угроз от угроз не преступных. Именно реальность угрозы как обязательный ее признак и есть мерило, позволяющее дать верную правовую оценку содеянного виновным. Угрозы же нереальные, которые не способны возбудить беспокойство, страх у потерпевшего, не могут представлять интерес для уголовного права. Подобного рода угрозы выступают ничтожным средством посягательства на личную безопасность угрожаемого, и потому ими нельзя причинить вред данному правоохраняемому благу, либо причиненный вред настолько незначителен, что нет оснований говорить о применении уголовного закона “*De minimis non curat praetor*” (мелочи не заботят претора-судью).

Обоснованность опасений потерпевшего должна подтверждаться собранными по делу доказательствами. Это означает, что субъективное мнение потерпевшего относительно

действий виновного должно находить свое подкрепление в сложившейся объективной ситуации. Уверенность правоохранительных органов в реальности угрозы может быть построена на выяснении обстоятельств, относящихся к:

- объективной стороне: содержание и форма угрозы; обстоятельства совершения преступления (место, время, обстановка и др.); возможность осуществления угрозы в данных условиях; наличие каких-либо подкрепляющих угрозу действий, как правомерных, так и противоправных (слежка за потерпевшим, преследование его “по пятам”, подложные письма, демонстрация оружия и т.п.); кому конкретно адресована угроза; когда виновный обещает реализовать ее; интенсивность проявления виновным своих угрожающих действий;

- содержанию и обстоятельствам взаимоотношений между виновным и потерпевшим до выражения угрозы: причины возникновения конфликта; крайне неприязненные, длительно непрекращающиеся выяснения отношений и т.п.;

- характеристике личности угрожающего (субъекта угрозы): возраст, пол, спортивная подготовка, наличие прежней судимости, устойчивая антиобщественная установка, приводы в милицию, склонность к алкоголизму, наркомании, токсикомании и т.п., наличие неврозов, сексуальных отклонений, подверженность к жестокости и садистским влечениям, повышенная агрессивность, озлобленность, развязность в поведении и т.п.

Только полное и всестороннее исследование этих и подобных им обстоятельств рассматриваемого дела об угрозе создает возможность определить ее реальность. В случае несоответствия между объективными обстоятельствами и субъективным мнением потерпевшего необходимо руководствоваться объективным критерием. Приоритет объективного над субъективным объясняется тем, что угрожаемый в силу, например чрезмерной возбудимости, впечатлительности натуры и др. не всегда способен адекватно реагировать на происходящее. И его подчас ошибочные представления о факте угрозы нельзя брать за основу квалификации содеянного.

Таким образом, реальность угрозы является одной из ключевых ее характеристик. Данный признак выражает

качественные свойства угрозы, т.е. показывает ее пригодность к воздействию на сознание, волю, эмоции угрожаемого. Отсутствие реальной способности возбудить обоснованные опасения в осуществлении угрозы не позволяет оценивать ее в качестве преступной.

П.В. Олійник, *ад'юнкт*
Національний університет внутрішніх справ
МВС України

“ЧУЖЕ МАЙНО” ЯК ПРЕДМЕТ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ

Обов'язковою ознакою злочинів проти власності є предмет посягання. В диспозиціях ст. 185 – 187, 189 – 191, 193 – 197 КК України 2001 р. в якості такого предмета називається “чуже майно”.

Поняття майна по-різному трактується в цивільному та кримінальному праві. В якості майна у цивільному праві в основному виступають речі, під якими відповідно до ст.179 ЦК України розуміються предмети матеріального світу, до яких можуть виникати цивільні права та обов'язки, а також різновиди речей – гроші та цінні папери (ст. 192, 194 ЦК). Крім речей, в цивільному праві до майна відносяться також майнові права та обов'язки (ст.190 ЦК). Зокрема, про майно в такому значенні йде мова у нормах, які визначають об'єкти права власності (ст. 324 – 327 ЦК), склад спадку (ст.1218 ЦК), предмет договорів дарування (ст.718 ЦК), майнового найму (ст.760 ЦК), результати реорганізації юридичних осіб (ст.104 ЦК) тощо.

Проте у кримінальному праві термін “майно” трактується у вузькому значенні слова – тільки як предмети матеріального світу (речі). Майнові ж права позначаються поняттям “право на майно” і розглядаються в якості самостійних предметів (поряд з майном) таких злочинів проти власності, як вимагання (ст.189 КК) та шахрайство (ст.190 КК). У науці кримінального права більшість учених виділяє три ознаки майна як предмета злочинів проти власності: фізичну, економічну й юридичну. Н.О. Лопашенко також виділяє вказані три ознаки майна, але вважає,

що дві з них (економічна й юридична) об'єднують у собі відразу декілька ознак, і тому називає їх відповідно комплексом юридичних та економічних ознак. А.О. Пінаєв, С.М. Кочої, Л.Д. Гаухман, С.В. Максимов називають ще й четверту ознаку – соціальну, відповідно до якої предметом злочинів проти власності можуть бути лише предмети, в які вкладена людська праця. На наш погляд, більш обґрунтованою представляється точка зору про виділення чотирьох ознак майна як предмета злочинів проти власності: соціальної, фізичної, економічної та юридичної, але поняття соціальної ознаки будуть розглядатися в іншому значенні.

Соціальна ознака майна (за С.І. Ожеговим: “соціальний” – суспільний, що відноситься до життя людей та їх відносин в суспільстві) вказує на те, що воно повинне представляти певну цінність, важливість, значущість як для всього людства, суспільства, народу, класу, соціальної групи, так і для окремої особи. Так, у соціології розрізняють загальнолюдські, національні, класові, групові та особисті цінності. Тому, при кваліфікації злочинів проти власності враховується не тільки економічна, господарська складова майна, але й у ряді випадків історична, наукова, художня, культурна й інша його цінність.

Фізична ознака майна вказує на те, що до нього відносяться предмети матеріального світу (речі), які можуть бути вилучені з володіння власника або іншого володільця, привласнені, спожиті, пошкоджені або знищені. В.О. Владимиров, розкриваючи фізичну ознаку майна, відзначав: “... майно характеризується тим, що воно втілене у матеріальних, речовинних предметах об'єктивного світу, які можуть знаходитись у будь-якому фізичному стані, бути неживими або живими, мати самостійне значення або виконувати роль приналежності іншої, головної речі тощо”. Предметом злочинів проти власності можуть бути також гроші, цінні папери.

Економічна ознака майна вказує на те, що воно має мінову (грошову оцінку, ціну) і споживчу вартість (господарсько-економічну або культурну цінність, корисність), здатне задовольняти матеріальні і пов'язані з ними потреби людини; відокремлене від природного середовища за допомогою вкладеної людської праці або створене заново. Виразом вартості майна є його грошова оцінка, тобто ціна.

Отже, предметом злочинів проти власності, що полягають у вилученні майна з володіння іншої особи, признаються також документи, що виконують роль грошового еквівалента і надають майнові права без будь-якого додаткового оформлення, так звані сурогати цінних паперів (талони на паливно-мастильні матеріали, квитки і абонементи на відвідини театральних спектаклів, концертів, кіносеансів, знаки поштової оплати та ін.).

Вартість даних предметів складає сума, яку за них би заплатили при звичному їх придбанні. Не вважаються предметом таких злочинів так звані легітимаційні знаки (жетони камери схову, гардеробні номерки тощо), а також різноманітні накладні, квитанції, чеки, довіреності, інші документи, що самі по собі не мають вартості, а лише надають право на отримання майна. До таких документів, що не є еквівалентом вартості, відносяться також квитки на проїзд авіаційним, автомобільним, водним і залізничним транспортом, які можуть бути використані за призначенням лише після додаткового оформлення (внесення прізвища власника, заповнення іншого тексту, скріплення печаткою, компостування тощо).

Заволодіння такими предметами створює приготування до таких злочинів проти власності, як крадіжка (ст.185 КК), шахрайство (ст.190 КК) та ін. Через відсутність вказаних ознак не можуть бути предметами даних злочинів природні багатства в їх природному стані (ліс на корені, риба та інші водні тварини в природних водоймищах, звірі в лісі тощо).

Протиправне звернення таких предметів в свою власність за наявності підстав може розглядатися як злочини проти довкілля (розд. VIII Особливої частини КК).

Проте, якщо ці природні об'єкти вже вилучені із природного стану за допомогою людської праці або вирощуються людиною в спеціальних розплідниках, ставках тощо, то вони стають предметом посягань на власність. Так, в п.9 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 10.12.2004 р. № 17 "Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля" вказано, що порубка дерев і чагарників на територіях, не віднесених до лісового фонду (ст.4 Лісового кодексу України), не тягне відповідальності за ст.246 КК. За наявності відповідних підстав такі дії можуть бути кваліфіковані як крадіжка, самоправство тощо.

Заволодіння деревами, зрубаними та підготовленими до складування або вивезення, залежно від обставин справи слід кваліфікувати за відповідними частинами ст.185 КК або іншими статтями, якими передбачено відповідальність за вчинення злочинів проти власності.

Юридична ознака майна як предмета злочину проти власності означає:

1. Таке майно повинно бути чужим для винного – винному повинно бути відомо, що він не має ні дійсного, ні передбачуваного права на поводження з таким майном як зі своїм власним. Якщо ж особа самовільно, всупереч встановленому порядку, в цілях здійснення свого передбачуваного права (обґрунтованість якого оспорується) незаконно вилучає майно, будучи переконана в правомірності своїх домагань, – таке діяння слід кваліфікувати, за наявності підстав, як самоправство (ст.356 КК).

2. Майно повинно належати на праві власності або знаходитись у володінні іншої особи. При цьому не має значення в законному або незаконному володінні знаходиться таке майно в момент здійснення посягання на нього.

Тому розглядається як злочин протиправне вилучення чужого майна не тільки у його власника і не тільки у законного його володільця, але й у незаконного володаря, наприклад, у особи, що раніше викрала це майно.

На підставі викладеного зробимо висновок, що власне майно особи, так само й те, що знаходиться в спільній сумісній або частковій власності, не може бути предметом злочинів проти власності. Так, відповідно до чинного законодавства право спільної сумісної власності встановлюється відносно майна, набутого подружжям за час шлюбу (ч.3 ст.368 ЦК), набутого в результаті спільної праці та за спільні грошові кошти членів сім'ї (ч.4 ст.368 ЦК), отриманого внаслідок приватизації житла – квартири чи будинку (ч.2 ст.8 Закону України “Про приватизацію державного житлового фонду” від 19 черв. 1992 р. № 2482-ХІІ), що використовується для ведення особистого селянського господарства його членами (ч.2 ст.6 Закону України “Про особисте селянське господарство” від 15 трав. 2003 р. № 742-ІV) та ін. Слід зазначити, що згідно з ч.1 ст.74 Сімейного кодексу України: “Якщо жінка і чоловік проживають однією сім'єю, але

не перебувають у шлюбі між собою, майно, набуте ними за час спільного проживання, належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлене письмовим договором між ними”.

Частина 2 ст.369 ЦК встановлює, що розпорядження майном, яке знаходиться у спільній сумісній власності, здійснюється за згодою всіх співвласників. Тому порушення співвласниками порядку розпорядження таким майном може за наявності для цього підстав тягти за собою відповідальність для винних в цьому осіб за ст. 356 КК (самоправство).

3. Воно не повинне виступати предметом злочинів, відповідальність за які передбачена іншими розділами Особливої частини КК. Тому не є предметами злочинів проти власності вогнепальна зброя (окрім гладкоствольної мисливської), бойові припаси, вибухові речовини, вибухові пристрої, радіоактивні матеріали, наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги, прекурсори, військова та спеціальна техніка, інше військове майно тощо. Посягання на вказане майно утворюють склади злочинів, що передбачені в інших розділах Особливої частини КК.

О.І. Моїсєєв, аспірант
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ЩОДО ПОШИРЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ УКРАЇНИ НА ОСІБ БЕЗ ГРОМАДЯНСТВА, ЯКІ ВЧИНИЛИ ЗЛОЧИНИ ЗА МЕЖАМИ УКРАЇНИ

Обґрунтування права держави на притягнення до кримінальної відповідальності за своїми кримінальними законами осіб, що вчинили злочини за її межами, є першим питанням, яке постає при розгляді кримінальної юрисдикції держави за принципом громадянства. Чи не є це порушенням прав людини і міжнародного права, адже загально визнано, що держава лише в межах своєї території здійснює верховну владу (суверенітет)? Якщо по відношенню до громадян України це питання вже було

предметом наукового дослідження, то стосовно осіб без громадянства, що постійно проживають в Україні, уваги йому практично не приділялось.

Відомо, що Конституція України гарантує піклування і захист лише громадянам України, які перебувають за її межами (ч. 3 ст. 25), і не містить таких соціальних зобов'язань щодо осіб без громадянства. Разом з тим, існує звичаєва норма міжнародного права, згідно з якою держави забезпечують захист осіб без громадянства, що постійно проживають на їх території.

Аналіз положень Закону України “Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства”, які стосуються правового статусу осіб без громадянства, що постійно проживають в Україні, призведе до висновку, що Україна надає їм права, які за своїм обсягом є практично однаковими з правами, що надаються громадянам України (за винятком деяких політичних прав).

Так, згідно з ч. 1 ст. 68 Конституції України кожний, у тому числі особа без громадянства, що постійно проживає в Україні, зобов'язаний неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей. Відповідно до цієї норми держава має право вимагати від осіб без громадянства, що постійно проживають в Україні, дотримуватися вимог українського законодавства і за її межами, а в разі їх злочинного порушення – притягати винних до кримінальної відповідальності на підставі КК України.

Отже, особи без громадянства, що постійно проживають в Україні, та Українська держава мають взаємні права, обов'язки і відповідальність один перед одним. Ця сукупність прав, обов'язків і відповідальності зберігається і при виїзді особи за межі держави свого постійного проживання. Особа без громадянства, що постійно проживає в Україні, підкоряється юрисдикції України, в тому числі кримінальній, як в межах її території, так і поза, навіть якщо вона відмовляється користуватися належними їй правами або нести свої обов'язки.

Поширення кримінальної юрисдикції України згідно з принципом громадянства на осіб без громадянства, що постійно проживають в Україні, базується на вимогах міжнародного права.

Так, загальновізнана звичаєва норма міжнародного права “aut dedere, aut judicare” (або видай, або суди) вимагає від

держави, до якої звернулась інша держава з вимогою видачі особи, яка вчинила злочин, що підпадає під її юрисдикцію, або видати цю особу, або (у випадку неможливості видачі) притягнути її до кримінальної відповідальності за своїми законами.

Відомо, що згідно з ч. 1 ст. 10 КК України особа без громадянства, що постійно проживає в Україні, не може бути видана іноземній державі для притягнення до кримінальної відповідальності та віддання до суду. Разом з тим саме звернення до принципу громадянства дозволяє Українській державі виконувати зазначені вище вимоги міжнародного права, а саме притягати осіб без громадянства, що постійно проживають в Україні, до кримінальної відповідальності за злочини, вчинені за її межами.

Якщо в Україні були б відсутні положення про можливість поширення кримінальної юрисдикції України на осіб без громадянства, що постійно проживають в Україні, це означало б фактичне надання санкції на вчинення зазначеними особами злочинів за її межами.

Поширення кримінальної юрисдикції згідно з принципом громадянства на осіб без громадянства, що постійно проживають на їх території, є характерним для кримінального законодавства країн Скандинавії та Балтії, що застосовують принцип громадянства не лише до громадян цієї держави, а й до осіб, які постійно проживають на її території, незалежно від того, чи є вони особами без громадянства, чи іноземцями. Обґрунтовується таке положення тим, що нерідко зв'язок між такою особою і країною її проживання навіть ближчий, ніж з будь-якою іншою.

Н.В. Лісова, доцент
*Академія прокуратури України
при Генеральній прокуратурі України,
Інститут держави і права
ім. В.М. Корецького НАН України*

**КРАЙНЯ НЕОБХІДНІСТЬ ЧИ ЗЛОВЖИВАННЯ
СЛУЖБОВИМ СТАНОВИЩЕМ?
(ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ)**

Кримінальне законодавство не тільки встановлює відповідальність за вчинення суспільно небезпечних діянь, передбачених КК України як злочини, але й регулює випадки виключення кримінальної відповідальності при вчиненні діянь, які за зовнішніми своїми ознаками збігаються з ознаками певного складу злочину, однак є соціально допустимими і правомірними вчинками.

Відмежування злочинної поведінки від незлочинної є фундаментальною проблемою кримінально-правового регулювання, вирішення якої можливо шляхом встановлення заборони на вчинення тих чи інших суспільно небезпечних діянь, а також виключення злочинності через вчинене за певних умов діяння, яке за інших рівних умов є кримінально караним.

Сучасна держава, яким би потужним правоохоронним апаратом не володіла, на жаль, не в змозі у будь-яку мить захистити громадянина від певної небезпеки, тому вона і створює законодавчі гарантії права особи на відвернення шкоди охоронюваним законом правам та інтересам за певних умов.

Крайня необхідність як обставина, що виключає злочинність діяння, виникає при зіткненні двох інтересів, які рівною мірою охороняються законом, проте задля збереження більш важливого інтересу заподіюється шкода менш важливому інтересу.

Незважаючи на той факт, що крайня необхідність поряд з необхідною обороною є найбільш розробленою обставиною, що виключає злочинність діяння в науці кримінального права (на відміну від деяких інших, закріплених кримінальним законодавством лише у 2001 р.), її дослідження залишається актуальним і на даний час. Зокрема, це обумовлюється і нинішніми умовами стану економіки в нашій країні, і розвитком господарських правовідносин. На практиці досить часто виникають ситуації, коли існує необхідність застосування цієї норми у податкових відносинах, пов'язаних із несвоєчасною сплатою податків або реалізацією майна, що знаходиться у податковій заставі. Однак відсутність науково-практичних розробок даного напрямку кримінального законодавства призводить до того, що особи, які заподіяли шкоду правоохоронюваним інтересам у стані крайньої необхідності,

притягуються до кримінальної відповідальності.

Статтею 364 КК України передбачена відповідальність за зловживання владою або службовим становищем, під яким розуміється умисне, з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах, або інтересах третіх осіб, використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби, якщо воно заподіяло істотну шкоду охоронюваним законом правам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб.

Відсутність роз'яснень Верховного Суду України щодо тлумачення понять “всупереч інтересам служби”, “істотна шкода”, “тяжкі наслідки”, якщо вони не виявляються у матеріальних збитках, а також зміст зазначених у ст.364 КК України 2001 р. (у КК 1960 р. – ст.165 КК) мотивів вчинення призводить до різного тлумачення практичними працівниками змісту окремих ознак службового злочину.

Так, під поняттям “всупереч інтересам служби” треба розуміти вчинення службовою особою таких порушень своїх службових обов'язків, які заподіюють істотну шкоду охоронюваним законом інтересам окремих громадян, державним, громадським інтересам або інтересам юридичних осіб.

Інтереси служби не можна розглядати як “вузьковідомчі”, оскільки на практиці, як правило, може мати місце колізія інтересів. Інтереси конкретного підприємства можуть не співпадати з інтересами окремих громадян. Тому, при розв'язанні такого роду колізій, слід враховувати положення щодо крайньої необхідності. Зокрема треба з'ясувати: яка шкода заподіяна конкретним законним інтересам; яка шкода могла бути заподіяна іншим конкретним законним інтересам, на користь яких вчинені дії службовою особою, у разі їх вчинення; яка шкода могла бути заподіяна конкретним законним інтересам, зокрема інтересам підприємства, установи, організації, у випадку невчинення інших дій в інтересах держави, суспільства, інших юридичних чи фізичних осіб, чи навпаки.

Такий підхід узгоджується із п.15 постанови Пленуму Верховного Суду України “Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень” від 26 груд. 2003 р. № 15 щодо заподіяння шкоди при перевищенні службовою особою службових повноважень: “коли службова

особа перевищила владу або службові повноваження з метою запобігти шкідливим наслідкам, більш значним, ніж фактично заподіяна шкода, і їх не можна було відвернути іншими засобами, її дії, які вчинені в стані крайньої необхідності відповідно до ст.39 КК, не можуть бути визнані злочинними”.

Зокрема, не можна визнавати керівника сільськогосподарського підприємства (службову особу) винним у зловживанні своїм службовим становищем всупереч інтересам служби з корисливих мотивів в інтересах третіх осіб, який без згоди податкового органу використав на розрахунки за земельні паї та виплату заробітної плати працівникам, описаних під податкову заставу для погашення недоїмки по податкових та інших обов’язкових платежах, зерно жита та озиму пшеницю.

У даному випадку, виходячи з вимог ч.3 ст.15 Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення своєчасної виплати заробітної плати” від 21 жовт. 2004 р., яким законодавець надав пріоритет оплаті праці працівників підприємства по відношенню до виконання підприємствами зобов’язань перед бюджетом та державними цільовими фондами по оплаті податків, зборів, інших обов’язкових платежів, дії службової особи щодо використання майна, яке знаходилося у податковій заставі, без узгодження з податковим органом, слід вважати не злочинними, а правомірними соціально допустимими, тобто такими, що вчинені в стані крайньої необхідності.

Таким чином, на практиці виникають певні складності при вирішенні питання про винність або невинність особи у зловживанні владою або службовим становищем. Тому, при відмежуванні злочинної поведінки від незлочинної, правозастосовчим органам слід ретельно з’ясувати мету, обставини вчиненого діяння, розмір заподіяної шкоди по відношенню до відвернутої, тобто умови, передбачені ст.39 КК України.

Н.О. Антонюк, аспірант
Львівський національний університет
ім. Івана Франка

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА КВАЛІФІКАЦІЯ ЗАПОДІЯННЯ СЛУЖБОВОЮ ОСОБОЮ МАЙНОВОЇ ШКОДИ ШЛЯХОМ ОБМАНУ АБО ЗЛОВЖИВАННЯ ДОВІРОЮ

У теорії кримінального права до сьогодні залишається дискусійним питання кримінально-правової кваліфікації заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою, вчиненого службовою особою. Так, А.І. Бойцов, А.Н. Ігнатов, С.М. Кочої, Г.А. Кригер, Ю.І. Ляпунов, М.І. Панов, В.А. Романцов вважають, що заподіяння майнової шкоди службовою особою кваліфікується як зловживання владою або службовим становищем і не потребує додаткової кваліфікації, як заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою. Н.А. Лопашенко, Е.С. Тенчов з вказаною позицією не погоджуються і обґрунтовують необхідність кваліфікації цих діянь за сукупністю злочинів.

Для правильного вирішення зазначеного питання слід з'ясувати, чи має місце сукупність злочинів, чи статті, які претендують на застосування, перебувають у конкуренції. Сукупність злочинів можуть утворювати суспільно-небезпечні посягання за умови, що жодне з них не є ознакою (складовою) іншого злочину. Формулювання диспозиції ст. 364 КК України дає змогу констатувати, що до обов'язкових ознак об'єктивної сторони даного злочину належить настання суспільно-небезпечних наслідків у вигляді істотної шкоди, яка може полягати у заподіянні матеріальної шкоди або/та шкоди нематеріального характеру. Очевидно, що заподіяння майнової шкоди виступає можливим наслідком зловживання владою або службовим становищем, тобто є складовою частиною злочину, передбаченого ст. 364 КК України.

За умови, коли один склад злочину є наслідком вчинення іншого, сукупність злочинів неможлива. Вбачається, що саме цей випадок відображає співвідношення між ст. 192 і ст. 364 КК України. Ідеальна сукупність злочинів відсутня, і має місце конкуренція кримінально-правових норм. Цей підхід забезпечує реалізацію принципу недопущення подвійного інкримінування, який означає, що посягання не може кваліфікуватися за нормою Особливої частини кримінального закону, якщо інша норма з

числа інкримінованих цій же особі повністю охоплює вчинене діяння.

Правильний вибір кримінально-правової норми, яка застосовується при їх конкуренції, має своєю передумовою використання розроблених наукою кримінального права правил кваліфікації залежно від виду конкуренції. Видається, що ст. 192 та ст. 364 КК України співвідносяться за змістом, тобто має місце конкуренція частини і цілого. До характерних ознак заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою додаються інші ознаки, які не конкретизують ні одну із них (зловживання владою або службовим становищем, нематеріальні наслідки). Поява нових ознак призводить до утворення цілого – норми про зловживання владою або службовим становищем.

Конкуренція норми-цілого (ст. 364 КК України) та норми-частини (ст. 192 КК України) відбувається за об'єктивними ознаками складу злочину. Так, за об'єктом злочину конкуренція частини і цілого полягає в тому, що власність – основний безпосередній об'єкт заподіяння майнової шкоди, є додатковим об'єктом при зловживанні владою або службовим становищем. Заподіяння майнової шкоди виступає можливим наслідком злочину, передбаченого ст. 364 КК України, тобто має місце співвідношення по об'єктивній стороні. Спосіб вчинення злочину при зловживанні владою або службовим становищем в диспозиції статті прямо не вказано. Н.А. Лопашенко вважає, що не можна не дати правову оцінку способам вчинення злочину, які прямо визначені у диспозиції ст. 192 КК України, а тому має місце сукупність ст. 192 та 364 КК України. Видається, що слід виходити із того, що ст. 364 КК України не виключає обману або зловживання довірою як можливих способів вчинення цього злочину і повністю охоплює їх.

Істотна шкода при зловживанні владою або службовим становищем може полягати у заподіянні шкоди нематеріального характеру. Однак поряд із нематеріальною шкодою діяннями винного може бути заподіяно майнову шкоду у розмірі до сто неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Виникає питання: охоплюється заподіяння майнової шкоди у такому випадку ст. 364 КК України чи потрібна додаткова кваліфікація вчиненого за ст. 192 КК України? Відповідно до абз. 5 п. 6 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 26.12.2003 р.

№ 15 “Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень” у разі заподіяння поряд із матеріальними збитками шкоди нематеріального характеру, загальна шкода від злочину може визнаватись істотною навіть у випадку, коли зазначені збитки не перевищують сто неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Звідси витікає, що заподіяння поряд із шкодою нематеріального характеру майнової шкоди охоплюється оціночним поняттям “істотна шкода”. Кваліфікація злочинних діянь за ст. 364 КК України повністю включає в себе заподіяння майнової шкоди у розмірі до сто неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою службовою особою у випадку відсутності у діях останньої складу зловживання владою, необхідно кваліфікувати за ст. 192 КК України. Проте у літературі висловлюється позиція, за якою суб’єктом заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою є лише “приватні особи”. Такий підхід веде до залишення діянь службових осіб, які підпадають під ознаки ст. 192 КК України, поза кримінально-правовою оцінкою. Фактично службові особи в такому випадку ставляться у привілейоване становище порівняно із “неслужбовими”. Видається, що такий підхід є неправильним, оскільки порушує принцип повноти кримінально-правової кваліфікації, що полягає в забезпеченні кримінально-правової оцінки всіх діянь, вчинених особою, використання всіх чинних кримінально-правових норм.

Виходячи з викладеного, вважаємо, що вчинення службовою особою майнової шкоди, яка не охоплюється „істотною шкодою” при зловживанні владою або службовим становищем, при наявності всіх ознак складу злочину, необхідно кваліфікувати за ст. 192 КК України. Разом з тим слід пам’ятати, що при кваліфікації діянь винного за ст. 364 КК України додаткова кваліфікація за ст. 192 КК України не потрібна.

М.М. Панов, молодший науковий співробітник
Інститут вивчення проблем злочинності
АПРН України

ВИКОРИСТАННЯ ПІДРОБЛЕНИХ ПЛАТІЖНИХ ЗАСОБІВ ДОСТУПУ ДО БАНКІВСЬКИХ РАХУНКІВ ЯК ОЗНАКА ОБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 200 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

У ст. 200 Кримінального кодексу України (далі – КК України) встановлена кримінальна відповідальність за незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків. Зазначений злочин знаходить своє вираження в підробці документів на переказ, платіжних карток чи інших засобів доступу до банківських рахунків, а також у придбанні, зберіганні, перевезенні, пересиланні з метою збуту підроблених документів на переказ чи платіжних карток або у їх використанні чи збуті. Суспільна небезпека досліджуваного злочину полягає в тому, що вказані дії посягають на суспільні відносини, які забезпечують нормальне (відповідаюче законодавству України) функціонування кредитно-фінансової, банківської й бюджетної систем України (видовий об'єкт) і безпосередньо причиняють шкоду суспільним відносинам у сфері забезпечення безпеки нормального функціонування банківської і кредитно-фінансової систем щодо емісії й обігу платіжних засобів, а також майнових прав суб'єктів цієї системи (безпосередній об'єкт).

Серед дій, окреслених в альтернативі у ст. 200 КК України, які утворюють об'єктивну сторону складу незаконних дій з документами на переказ та іншими засобами доступу до банківських рахунків, найбільш небезпечними є, безумовно, використання підроблених документів на переказ чи платіжних карток.

Використання згаданих платіжних засобів полягає у пред'явленні підроблених засобів як справжніх у банківській установи чи їх підрозділи з метою переказу грошових коштів. Унаслідок цих дій ініціюється переказ грошей у готівковій чи безготівковій формі. Тут відзначимо наступне.

По-перше, ці дії завжди пов'язані з використанням певних предметів: а) підроблених документів на переказ чи б) підроблених платіжних карток – платіжних засобів (родове поняття). У даному випадку платіжні засоби виступають засобами вчинення злочину. Під останніми розуміють (у широкій трактовці) знаряддя, речі, механізми, пристрої, документи та інші

предмети матеріального світу, шляхом використання яких винний здійснює суспільно небезпечне діяння (дію чи бездіяльність), передбачене кримінальним законом як злочин. Засоби завжди підсилюють „уражувачий ефект” злочинного діяння, створюють необхідні умови для спричинення значної, великої чи особливо великої шкоди (тяжкої) об’єкту кримінально-правової охорони, а іноді виступають єдиною можливою умовою вчинення злочину.

У розглядуваному злочині підроблені документи на переказ і платіжні картки можуть виступати також не тільки як засоби вчинення злочину, а й як предмети злочину. Це має місце в ситуаціях, коли особа спочатку сама підробляє вказані предмети, а потім їх сама й використовує. У даному випадку вони спочатку виступають предметом злочину (матеріальним предметом чи іншим утворенням матеріального світу, безпосередньо пов’язаним з об’єктом злочину, шляхом впливу на який чи стосовно якого особа вчиняє злочин), а вже потім при їх використанні трансформуються в засоби вчинення злочину. У зв’язку із виявленим співвідношенням засобів і предмета досліджуваного злочину заслуговує бути відзначена та обставина, що згідно зі змістом ст. 200 КК України предметом підроблення, а також придбання, зберігання, пересилання з метою збуту виступають: підроблені документи на переказ, платіжні картки чи інші засоби доступу до банківських рахунків. На відміну від цього засобами вчинення злочину при використанні (як і при збуті) визнаються лише підроблені документи на переказ чи платіжні картки і не визнаються інші засоби доступу до банківських рахунків (інші платіжні засоби). Між тим інші використані підроблені платіжні засоби, які не охоплюються поняттями „документи на переказ” і „платіжні картки” (наприклад, дорожні, іменні чеки та ін.) також (і не меншою мірою), як і підроблені документи на переказ і платіжні картки, спроможні не тільки помилково ідентифікувати користувача (пред’явника) цього платіжного засобу, а й безпідставно ініціювати переказ грошей унаслідок наданих ним підроблених платіжних засобів. Отже, засобами вчинення злочину, передбаченого ст. 200 КК України, поряд з підробленими документами на переказ і платіжними картками, при їх використанні слід визнати, на наш погляд, і інші засоби доступу

до банківських рахунків (інші платіжні засоби). Тому є всі підстави для внесення відповідних змін до ст. 200 КК України в порядку *de lege ferenda*, вказавши на “використання платіжних засобів” (з урахуванням підвищеної суспільної небезпеки цих дій) у кваліфікованому складі злочину у частині другій цієї статті.

По-друге, для наявності об’єктивної сторони розглядуваного злочину платіжні засоби (документи на переказ, платіжні картки та інші засоби доступу до банківських рахунків) при їх використанні повинні бути підробленими. Підробка (підроблення) згідно з загально визначеного змісту цього терміна – це те, що виготовлено як подоба чого-небудь природного; виготовлення фальшивої подоби чого-небудь; виробляти мовби подібне до чого-небудь природного. У такому ж значенні термін “підробка” слід розглядати й стосовно даного злочину. Причому сутність цих дій становить обман, тобто перекручення певної інформації й фіксування її на відповідних носіях: документах на переказ (як у паперовій, так й у електронній формі), платіжних картках чи на інших засобах доступу до банківських рахунків. Суспільна небезпека підробки полягає в тому, що через таке фальсифікування створюються платіжні документи, тобто засоби доступу до банківських рахунків. Підроблені платіжні засоби можуть використовуватися як одноразово, так і багаторазово, дають можливість втручатися в діяльність банків по перерахуванню на користь винних чи третіх осіб грошових сум, які можуть сягати значних, великих чи особливо великих розмірів. Таким чином, для майнових інтересів банків, а також їх клієнтів створюється загроза порушення нормального функціонування банківської системи, спричинення значної майнової шкоди як безпосередньо банкам, так і їх клієнтам. Підроблення засобів доступу до банківських рахунків може знайти вираження у їх фальсифікації на рівні як інтелектуальної їх ознаки (номер рахунку, прізвище контрагента або сума грошей), так і імперативної (виконання припису, що міститься у сфальсифікованому платіжному засобі щодо перерахування грошей), і функціональної ознаки (створення сфальсифікованого платіжного документа, призначеного для пред’явлення банківській установі як дійсного, прийняття його до виконання). Підробка може бути повною (коли виготовляється повністю

сфальсифікований документ) і частковою (підробка деяких реквізитів і підпису, переробка цифр – суми грошей, які ініціюються на переказ). Способи підробки можуть бути різними і на кваліфікацію злочину не впливають, хоча мають значення для оцінки суспільної небезпеки злочину. Підроблюватися можуть письмовий, електронний документи, платіжні картки. Ознака „підробленість” використовуваних платіжних засобів досить чітко обмежує обсяг поняття цієї дії – “використання” і дає можливість відокремлювати дії, які підпадають під ознаки складу передбаченого ст. 200 КК України злочину, від дій які не містять даного складу злочину, наприклад використання справжньої, але чужої платіжної картки, іншого платіжного засобу, які знайдені або навіть викрадені. Тут можлива кваліфікація вчиненого як шахрайство за ст. 190 КК України.

Злочин, передбачений ст. 200 КК України при використанні підроблених платіжних засобів, є закінченим з моменту пред’явлення цих засобів банківським установам для ініціювання переказу грошей. Фактичний переказ грошей і навіть їх отримання готівкою лежить за межами досліджуваного злочину й потребує додаткової кваліфікації за ст. 190 КК України при наявності всіх ознак останнього. Тому, вважаємо, не можна погодитися з тими науковцями, які визначають використання підроблених платіжних засобів як незаконне здійснення переказу грошей неналежним ініціатором, одержання грошей у готівковій формі, проведення оплати за придбані товари.

Г.Є. Болдарь, викладач

*Луганська академія внутрішніх справ МВС
ім.10-річчя незалежності України*

ЩОДО УДОСКОНАЛЕННЯ ДИСПОЗИЦІЇ СТ. 219 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Неспроможність є обов’язковим інститутом ринкової економіки. Однак банкрутство господарюючих суб’єктів порушує економічну стабільність у здійсненні майнового обороту, тягне безліч негативних соціальних наслідків: зменшення кількості робочих місць, безробіття, зниження рівня матеріального

благополуччя громадян, скорочення надходжень до бюджетів усіх рівнів та ін. Крім того, банкрутство одного суб'єкта господарювання може істотно вплинути на господарську діяльність його ділових партнерів.

У кримінально-правовій доктрині загально визнано, що суспільна небезпека злочину визначається сукупністю його об'єктивних і суб'єктивних ознак. На наш погляд, доведення до банкрутства банків та інших кредитних установ має підвищену суспільну небезпеку. Ці злочини підривають довіру в господарських взаємовідносинах та активність вкладників, чим відштовхують потенційних інвесторів, у результаті чого зменшується приплив капіталовкладень у вітчизняне виробництво, в цілому загрожують таким базовим інструментам ринкової економіки, як інститути позики та кредиту.

Також вважається, що підвищений ступінь суспільної небезпеки має доведення до банкрутства містоутворюючих, стратегічних та особливо небезпечних підприємств. Згідно з п. 1 ст. 42 Закону України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом” містоутворюючими підприємствами є юридичні особи, число працівників яких з урахуванням членів їх сімей складає не менше половини чисельності населення адміністративно-територіальної одиниці, в якій розташована така юридична особа. До містоутворюючих відносяться й підприємства, число працівників яких перевищує 5 тис. Природно, що ці підприємства впливають на всю систему населеного пункту, забезпечують робочими місцями велику кількість людей, вирішують важливі соціальні та культурні завдання в рамках адміністративно-територіальної одиниці (наприклад, Холдингова компанія “Луганськтепловоз”, ВАТ “Лінос”, ВАТ “Алчевський металургійний комбінат”, ЗАТ “Новокраматорський машинобудівний завод”).

Особливо небезпечними визначаються підприємства відповідними постановами Кабінету Міністрів України. Згідно з п. 1 ст. 43 Закону України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом” до них відносяться підприємства вугільної, гірничої, атомної, хімічної, хіміко-металургійної, нафтопереробної та інших галузей. Припинення діяльності цих підприємств потребує проведення спеціальних заходів щодо запобігання шкоди життю та здоров'ю громадян,

майну, спорудам, навколишньому природному середовищу.

Не викликає сумніву, що нормальне здійснення господарської діяльності неможливе без належної охорони з боку держави права власності, його законної реалізації. Слід погодитися з Є.Л. Стрельцовим, який вказує, що злочини проти власності та господарські злочини є близькими, перетинаються між собою за так званими вторинними суспільно небезпечними наслідками, коли злочини проти власності призводять до негативних наслідків у господарській діяльності, а останні можуть заподіяти шкоду майну. Очевидно, що при доведенні підприємства до банкрутства посадовою особою, яка не є власником або засновником юридичної особи, шкода заподіюється не тільки державі та кредиторам, а також власнику або засновнику суб'єкта господарювання. Вважаємо, що при вчиненні доведення до банкрутства службовою особою суб'єкта господарювання суспільні відносини власності є додатковим безпосереднім об'єктом цього злочину.

Поділяємо зауваження О.О. Дудорова, що формулювання “вчинення дій” у диспозиції ст. 219 КК України доцільно замінити на словосполучення “вчинення діянь”, оскільки доведення до банкрутства може бути вчинено не лише діями, а й бездіяльністю теж.

Враховуючи викладене вище, пропонуємо ст. 219 КК України законодавчо уточнити та переробити для надання нормі більшої юридичної потужності та посилення її захисного потенціалу.

По-перше, вважаємо за доцільне змінити диспозицію ч. 1 ст. 219 КК України, виклавши її у такій редакції: “Доведення до банкрутства, тобто умисне, з корисливих мотивів, іншої заінтересованості або в інтересах третіх осіб вчинення власником, засновником або службовою особою суб'єкта господарської діяльності діянь, що призвели до стійкої фінансової неспроможності суб'єкта господарської діяльності, якщо це завдало великої матеріальної шкоди державі, кредитору, власнику чи засновнику суб'єкта господарської діяльності”.

По-друге, пропонуємо доповнити ст. 219 КК України частиною другою у наступній редакції: “якщо діяння, передбачені частиною першою цієї статті, призвели до стійкої фінансової неспроможності містоутворюючого, особливо

небезпечного чи стратегічного підприємства, кредитної установи або завдали особливо великої шкоди державі, кредитору, власнику чи засновнику суб'єкта господарської діяльності”.

В.Є. Ясеницький, аспірант
*Львівський національний університет
ім. Івана Франка*

ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕНАДАННЯ ДОПОМОГИ ХВОРОМУ

Питання кримінальної відповідальності за ненадання допомоги хворому медичним працівником в основному досліджувалося ще в період дії КК України 1960 р. у працях таких вчених, як Ф.Ю. Бердичевський, В.А. Глушков, П.С. Дагель, С.Я. Улицький. Під час дії КК України 2001 р. ці питання піднімалися А.Найдою, О.Маликом, А.Завальнюком та ін.

У цілому регламентація кримінальної відповідальності за ненадання допомоги хворому є недосконалою і потребує наступних законодавчих уточнень:

– передбачити у спеціальній нормі кримінальну відповідальність за ненадання допомоги хворому фармацевтичним працівником;

– по-новому сформулювати диспозиції ст. 139 КК України “Ненадання допомоги хворому медичним працівником” та ст. 140 КК України “Неналежне виконання професійних обов’язків медичним або фармацевтичним працівником”.

Свого часу П.С.Дагель та С.Я. Улицький ставили під сумнів закріплення у Кримінального кодексу відповідальності за ненадання допомоги хворому лише медичних працівників та вносили пропозицію закріплення відповідальності за вчинення такого діяння й фармацевтичними працівниками. Видається, що такі твердження є обґрунтованими. По-перше, відповідний обов’язок на фармацевтичних працівників покладають Основи законодавства України про охорону здоров’я. По-друге, фармацевтичний працівник є фахівцем, обізнаним із застосуванням медичних препаратів та їх впливом на здоров’я особи, тому, наприклад, відмова від надання допомоги хворому

фармацевтом при такій можливості, якщо йому наперед відомо, що це може мати тяжкі наслідки для хворого, є діянням не менш суспільно небезпечним, ніж таке саме діяння медичного працівника. Відповідно до цього воно повинно отримати належну кримінально-правову оцінку. А відповідальність фармацевтичного працівника має наставати нарівні з відповідальністю медичного працівника.

Існуюча на сьогодні редакція ст. 139 та 140 КК України створює труднощі при кваліфікації відмови від надання медичної допомоги хворому в медичному закладі, що спричиняє тяжкі наслідки для хворого, оскільки таке діяння містить ознаки як ненадання допомоги хворому медичним працівником (ч. 2 ст. 139 КК України), так і невиконання медичним або фармацевтичним працівником своїх професійних обов'язків (ч. 1 або 2 ст. 140 КК України). Це може викликати труднощі у кваліфікації відповідних діянь.

У диспозиції ч. 1 ст. 140 КК України вказано, що злочинне діяння медичних або фармацевтичних працівників проявляється у невиконанні чи неналежному виконанні своїх професійних обов'язків. Аналіз чинного законодавства, актів Конституційного Суду України і кримінально-правової літератури дозволяє зробити висновок, що в даному контексті термін “професійні обов'язки” означає виконання медичним працівником своїх обов'язків по службі тих, які він, по-перше, зобов'язаний виконувати, перебуваючи на робочому місці, по-друге, тих, які потрібні при наданні хворому медичної допомоги. Вказівка ж у ч. 1 ст. 139 КК України на те, що медичному працівнику наперед відомо про можливість настання тяжких наслідків для хворого, свідчить про те, що хворий перебуває в екстремальній ситуації й потребує негайної медичної допомоги. Крім того, Основи законодавства України про охорону здоров'я оперують поняттями “надання медичної допомоги при нещасному випадку” та “надання допомоги в екстремальних ситуаціях”. Видасться, що саме з урахуванням цих законодавчих термінів і слід конструювати диспозицію ч. 1 ст. 139 КК України.

Відмову лікаря, який не перебуває при безпосередньому виконанні своїх обов'язків по роботі, від лікування хворого, який перебуває в небезпечному для життя стані, якщо це спричиняє тяжкі наслідки чи смерть, необхідно кваліфікувати за ч. 2 ст. 139

КК України, а невиконання відповідних професійних обов'язків, коли лікар перебуває безпосередньо на робочому місці, або виконує свої обов'язки по роботі знаходячись за межами лікувального закладу (наприклад, працівником швидкої медичної допомоги, який прибув до хворого додому за викликом), – за ч. 1 ст. 140 КК України, а за наявності такої кваліфікуючої ознаки, як неповнолітній потерпілий, – за ч. 2 ст. 140 КК України.

У зв'язку з цим доцільно сформулювати диспозицію ч.1 ст.139 КК України наступним чином: “Ненадання без поважних причин медичної допомоги хворому у разі нещасного випадку чи в інших екстремальних ситуаціях медичним чи фармацевтичним працівником, який не перебуває на робочому місці, якщо йому за відомо відомо, що це може мати тяжкі наслідки для хворого”. Диспозицію ч.1 ст.140 КК України слід після слів “професійних обов'язків” доповнити словами “за виконуваною роботою, пов'язаною із наданням медичної (фармацевтичної) допомоги”. Видається, що такий виклад диспозицій дозволить чітко розмежовувати склади злочинів, передбачені ч.2 ст.139 КК України та ч.1 ст.140 КК України, і уникнути можливих проблем при їх кваліфікації.

О.С.Четверикова, здобувач
*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ВТОРИННА КЛАСИФІКАЦІЯ ЗАСУДЖЕНИХ ДО ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ ЗА ХАРАКТЕРОМ ВЧИНЕНОГО ЗЛОЧИНУ

Виходячи із загальних положень про необхідність індивідуалізації кримінальної відповідальності, закріпленої у нормах і кримінального, і кримінально-виконавчого права, можна стверджувати, що вона має місце як при призначенні покарання, так і при його виконанні. При цьому слід відмітити, що індивідуалізація покарання на стадії його виконання полягає в індивідуалізації карально-виховного процесу, тобто визначення оптимальних засобів виховного характеру для досягнення позитивних змін в особистості засудженого, розробці сучасних

науково обґрунтованих програм комплексної психолого-педагогічної переорієнтації осіб, які відбувають покарання для подальшої їхньої ресоціалізації.

Вимога індивідуалізації процесу виконання покарань впливає не тільки із закону, а й з багаторічних досліджень питань боротьби зі злочинністю, результатом яких стала поява терміну „соціальний захист”, який означає введення в дію засобів безпеки, що повинні застосовуватися до окремих індивідів, виключно в силу і відповідно до їх особистісної небезпеки. Раціональна політика в сфері виконання покарань у тому сенсі, який ми маємо на увазі, повинна керуватися при досягненні своїх завдань головним чином міркуваннями про ефективність тих чи інших засобів виправлення та ресоціалізації відносно особи, яка є її об'єктом, або групи осіб, до якої вона належить.

Застосування покарання лише тоді буде виправдано, коли воно буде впливати на моральне виправлення злочинця або покладе початок виправленню, а в ліпшому випадку – ресоціалізації, призведе до викорінення з його характеру негативних рис, зробить вчорашнього правопорушника корисним членом суспільства. Це стане можливим лише в тому випадку, якщо буде застосовуватися глибока, науково обґрунтована індивідуалізація покарання і, безперечно, його виконання.

Якщо забезпечується відповідно до закону ізоляція та встановлений для засуджених режим, організовується їх праця, навчання, виконуються у широкому значенні виправні функції, то установи та органи виконання покарань у виді позбавлення волі повинні коректувати риси засудженого, поліпшувати їх, робити більш позитивною соціальну сутність людини. Індивідуалізація покарання обумовлює й індивідуалізацію відбування покарання, що має надзвичайно велике значення для виправлення та ресоціалізації злочинця. Чим даліше і глибше йде процес індивідуалізації, тим успішніше вирішується задача виправлення засуджених. При індивідуалізації покарання на перший план висувається не вчинене діяння, а особистість засудженого, бо необхідно обрати такий режим і такі засоби виховання, які швидше та краще приведуть до виправлення та ресоціалізації засудженого.

З огляду на викладене є вельми актуальною проблема класифікації осіб, засуджених до позбавлення волі, яка менш

усього розроблена серед інших проблем науки кримінально-виконавчого права. Тому наукова й практична значущість дослідження проблеми класифікації засуджених у різних аспектах не викликає сумніву. Вторинна класифікація впливає із первинної і проводиться під час перебування засуджених у відділеннях карантину, діагностики та розподілу за підсумками їх вивчення перед розподілом до відділень соціально-психологічної служби.

Сукупність ознак, відповідно до яких проводиться розподіл засуджених на групи, називають критеріями класифікації, до яких відносять характер і ступінь суспільної небезпеки злочину та суспільну небезпеку особи злочинця. Зазвичай поняття суспільної небезпечності особи включає до себе дані про особу засудженого, характер і тяжкість вчиненого злочину. Характер вчиненого злочину – більш ємна ознака, ніж його тяжкість. У характері злочину відображається його направленість і тяжкість (у сенсі реально причинених злочином наслідків або можливість їх спричинення, засіб скоєння злочину, місце і час, особливі обставини вчинення злочину) й мотив злочину.

Існують різноманітні класифікації злочинців залежно від характеру їх вчинення. Пропонуємо виділити декілька категорій.

1. Насильницькі злочини, які можуть вчинятися з корисних та інших спонукань. Головне, що обумовлює виділення їх в окрему групу, – це спрямованість проти особи, її життя та здоров'я; проти статевої свободи та статевої недоторканності; посягання на представника влади, співробітника правоохоронних органів та громадськості; розбій; грабїж; військові злочини з посяганням на життя та здоров'я громадян.

2. Злочини проти основ національної безпеки України. Сюди ж можливо віднести й злочини проти громадської безпеки.

3. Корисливі злочини: одержання хабара, привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем, злочини у сфері господарської діяльності, крадіжка, шахрайство тощо.

4. Некорисливі злочини: злочини з необережності, злочини у сфері громадського порядку, проти руху та експлуатації транспорту, проти безпеки виробництва, проти довілля (крім тих, що вчинені з корисливих мотивів), проти

виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина, злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин та комп'ютерних мереж, злочини проти встановленого порядку несення військової служби.

Ми не бачимо труднощів у поєднанні вже закріплених правил розподілу засуджених при надходженні до установи виконання покарань з урахуванням запропонованої нами класифікації. У той же час це надасть змогу поділити засуджених на більш-менш однорідні категорії для покращання процесу здійснення виховної роботи.

О.А. Платонов, ад'юнкт

*Луганська академія внутрішніх справ МВС
ім. 10-річчя незалежності України*

ПРОФЕСІЙНА ЗЛОЧИННА ДІЯЛЬНІСТЬ: ПОНЯТТЯ, ОЗНАКИ ТА ЗНАЧЕННЯ

Однією з найбільш важливих і складних проблем науки кримінального права в інституті множинності злочинів є проблема кримінальної відповідальності за вчинення повторних злочинів. Скоєння декількох злочинів однією особою заподіює значно більшу шкоду правоохоронним інтересам, ніж одиничний злочин, створюючи підвищену суспільну небезпеку. Найбільшою суспільною небезпекою є багаторазове вчинення злочинів на висококваліфікованому рівні, коли така злочинна діяльність набуває стійких ознак професії та перетворюється у промисел.

Проблема ефективної боротьби з професійною злочинною діяльністю винних осіб стала б виразнішою, якщо б в офіційній статистиці були присутні дані про злочини, вчинені професійними злочинцями. Часткову інформацію про стан професійної злочинності в Україні можна одержати з аналізу показників рецидивної злочинності, однак варто враховувати високу латентність професійної злочинної діяльності.

Пошук ефективних заходів, спрямованих на боротьбу з професійною злочинною діяльністю, має багатомісячну історію. Це свідчить про наявність достатнього законодавчого досвіду для подальшого розроблення й удосконалення кримінально-правових

норм у цьому напрямку.

Незважаючи на численні дослідження в юридичній науці, офіційного закріплення визначення професійної злочинної діяльності в чинному кримінальному законі України не знайшло.

На наш погляд, на сучасному етапі розвитку Української держави було б доцільним запровадження такого кримінально-правового поняття, як “професійна злочинна діяльність”, під яким слід розуміти систематичне вчинення злочинів особою, яка має необхідні спеціальні знання, уміння та навички для отримання незаконного доходу або для задоволення незаконним шляхом тієї чи іншої потреби.

Аналізуючи це визначення, можна виокремити основні ознаки вказаного кримінально-правового поняття, до яких відносяться: 1) постійність злочинної діяльності (систематична діяльність); 2) кримінальна кваліфікація; 3) кримінальна спеціалізація; 4) отримання незаконного доходу.

Розглянемо детальніше ці ознаки.

Про постійність злочинної діяльності свідчить багаторазове вчинення злочинів у визначений період часу. Мова йде про систематичність протиправного діяння, під яким розуміється вчинення трьох і більше злочинів, коли можна зробити висновок про наявність визначеної системи в діях винної особи.

Кримінальна кваліфікація передбачає набуття суб'єктом злочину спеціальних знань, практичних навичок для підвищення злочинної майстерності, а також розроблення відповідних рекомендацій, що спрямовані на якісну підготовку, вчинення та приховування злочинів. Постійне вдосконалення професійними злочинцями кримінальних прийомів та способів зумовлюється прагненням забезпечити найбільш оптимальне досягнення злочинної мети за найменшого ризику викриття злочинної діяльності правоохоронними органами.

Професійні злочинці, як правило, мають кримінальну спеціалізацію. Про наявність ознаки “кримінальна спеціалізація” свідчить вчинення винною особою виключно тотожних злочинів. Професійний злочинець, як правило, дотримується обраної ним спеціалізації, оскільки перехід до іншої вимагає набуття нових навичок, для чого необхідні значні втрати.

Систематичне вчинення тотожних злочинів для

задоволення тих чи інших потреб формує у злочинців орієнтацію на обрану протиправну діяльність. Їх відзначає систематичність вчинення злочинів, кожний новий факт яких вказує на зростання злочинної кваліфікації, визначає спеціалізацію протиправних діянь.

Загальновідомо, що більшість злочинів вчиняється з корисливих мотивів для отримання незаконного доходу, який для професійних злочинців є джерелом існування. Але серед них є злочини, які можуть бути скоєні з іншої особистої зацікавленості для задоволення незаконним шляхом тієї чи іншої потреби винної особи.

Вказівка про відповідальність за здійснення професійної злочинної діяльності також міститься у кримінальному законодавстві деяких зарубіжних країн. Зокрема за ч. 2 ст. 146 КК Швейцарії більш суворе покарання призначається особі, що „діє у вигляді промислу”. На наш погляд, треба доповнити Загальну частину Кримінального кодексу України спеціальною нормою, яка б містила визначення поняття “професійна злочинна діяльність”, у такій редакції: „Професійною злочинною діяльністю визнається систематичне вчинення злочинів особою, яка має необхідні спеціальні знання та навички для отримання незаконного доходу або задоволення незаконним шляхом тієї чи іншої потреби”.

А.І. Гуров вважав, що ознаки професійного злочинця необхідно визначити в нормах Загальної частини Кримінального кодексу. Аналогічної думки дотримувався М. Гродзинський: „...виокремлення ж в Особливій частині тих чи інших злочинів, вчинених у вигляді промислу або за звичкою, виявиться зовсім зайвим, або знайде місце лише у виняткових випадках”.

Доповнення чинного кримінального законодавства України поняттям “професійна злочинна діяльність” підвищать ефективність у боротьбі з професійною злочинністю на законодавчому рівні, висловлюючи негативну оцінку даної діяльності винних осіб від імені держави в обвинувальному вирокі суду.

А.В. Пшонка, здобувач

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ПРОКУРОРІВ

За статистичними даними тільки за 2003 р. від злочинів потерпіло 352 тис. громадян. Сума збитків, завданих при цьому громадянам, становила близько 100 млн. грн. І хоча у багатьох випадках потерпілі можуть за рішенням суду отримати відшкодування шкоди, заподіяної вчиненим злочином, проте в повному обсязі це рідко буває на практиці, а у випадках, коли збитки спричинені незаконними або помилковими діями працівників прокуратури, – взагалі не здійснюється.

Таку ситуацію значною мірою спричинено відсутністю ефективного механізму відшкодування громадянам майнової та моральної шкоди, заподіяної незаконними або помилковими діями та рішеннями працівників прокуратури, невизначеність у питаннях матеріальної відповідальності прокурорів.

Над питаннями прав, обов'язків та відповідальності прокурорів працювали Каркач П., Давиденко Л., Сухонос В., Косю-та М., Зінуров Р. та ін.

Проблема майнової відповідальності прокурорів тісно пов'язана з вирішенням питання імунітету та незалежності прокурора, тому необхідне додаткове правове регулювання, засноване на вивченні історії виникнення та розвитку механізму відповідальності прокурорів, міжнародної практики. Згідно зі Стандартами професійної відповідальності, основних прав та обов'язків прокурорів останні повинні мати право здійснювати свої професійні функції без страху, завад, загроз, втручання чи незаконного притягнення до цивільної, кримінальної чи іншої відповідальності. Але це не виключає права громадян на оскарження дій чи рішень працівників прокуратури та на компенсацію збитків, які були спричинені відповідно до ст. 5 Конвенції про захист прав і основних свобод людини. Цивільно-правова відповідальність, маючи майновий характер, спрямована на захист майнових інтересів фізичних та юридичних осіб.

Згідно зі ст. 56 Конституції України кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого

самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень.

Відносини щодо відповідальності держави перед громадянином втілені також в Законі України “Про відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду” та в Цивільному кодексі України (*далі* – ЦК). Так, ст. 1176 ЦК передбачає випадки відповідальності держави за дії органу дізнання, досудового слідства, прокуратури або суду, якщо ними були прийняті незаконні рішення, вчинені незаконні дії чи внаслідок їх бездіяльності. В якості випадків компенсації шкоди норма визначає: незаконне засудження особи, незаконне притягнення до кримінальної відповідальності, незаконне застосування як запобіжного заходу тримання під вартою або підписки про невиїзд, незаконне затримання, незаконне накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт, незаконне рішення в цивільній справі. В інших випадках шкода, завдана незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю працівників прокуратури, відшкодовується на загальних підставах.

Підставою для відшкодування шкоди, завданої фізичній особі незаконними діями органу дізнання, досудового слідства, прокуратури або суду, може бути постановлення судом виправдувального вироку, скасування незаконного вироку суду, закриття кримінальної справи органом досудового слідства, а також у разі закриття провадження у справі про адміністративне правопорушення.

Коли мова йде про компенсацію шкоди, завданої жертвам злочину, чинне законодавство передбачає обов’язок винного у скоєнні злочину відшкодувати шкоду, але, як вирішити питання компенсації у разі, коли матеріальна шкода особі була спричинена посадовими особами, у нашому випадку – працівником прокуратури?

Особливість вказаних норм у тому, що відповідальність за помилки, або навіть порушення закону цілком конкретних осіб органів досудового розслідування та дізнання держава бере на себе, оскільки вона завжди виступає гарантом відшкодування

шкоди. Автор вважає, що держава повинна мати право пред'явлення регресних вимог до прокурорів з вини яких було заподіяно майнову шкоду фізичним або юридичним особам. Але така відповідальність повинна наставати тільки у випадках серйозного нехтування обов'язками, явних зловживань і грубої недбалості. Тому необхідно закріпити в Законі України "Про прокуратуру" та Дисциплінарному статуті працівників прокуратури України Положення щодо відповідальності прокурорів у порядку регресу перед державою за шкоду, завдану громадянам та юридичним особам під час виконання професійних обов'язків. На думку автора, це буде сприяти належному виконанню прокурорами своїх обов'язків, і в значній мірі зменшить кількість правопорушень, які тягнуть за собою застосування заходів цивільно-правової відповідальності.

Т.В. Лактіонова, здобувач
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ВІКТИМОЛОГІЧНА ПРОФІЛАКТИКА СТАТЕВИХ ЗЛОЧИНІВ

У сучасній віктимології певною мірою вивчена роль віктимної поведінки потерпілих при вчиненні статевиx злочинів проти них, що створює науковий базис для розробки відповідних заходів віктимологічної профілактики, їх конкретизації й ефективної реалізації, відповідно дозволяє досягти одну з основних цілей віктимології.

На загально кримінологічному рівні створюються умови для збереження моралі, ресурсних можливостей підвищення захищеності населення від злочинних зазіхань, в тому числі на статеvu свободу і недоторканність.

На спеціально-кримінологічному рівні віктимологічна превенція статевиx злочинів здійснюється відносно широкого кола осіб, які відрізняються підвищеною схильністю стати жертвами злочинних посягань статевого характеру. Найбільш уразливими є молоді жінки у віці від 18 до 27 років, що пояснюється їх привабливістю, підсвідомим бажанням подобатися, активним інтересом до представників протилежної

статі. Особливого значення набувають заходи, адресовані певним соціальним групам, належність до яких відрізняється високим ступенем віктимності за низкою обставин, зокрема, неповнолітніх (у силу фізичної слабкості, довірливості, некритичності та інших рис, обумовлених віком), повій (спосіб життя та протиправність дій яких є часткою криміногенного середовища) тощо. Така робота повинна проводитися з урахуванням специфіки категорії потенційних жертв.

Не визиває сумніву необхідність грамотного духовного і статевого виховання, прищеплення навичок поведінки з оточуючими, виховання обачності. Традиційними є питання освітлення та патрулювання вулиць, у тому числі із залученням громадськості, в першу чергу, з числа зацікавлених осіб, наприклад, батьків, що зменшить вірогідність сексуального нападу. Ведеться мова, але мало враховується на практиці необхідність урахування віктимогенних чинників у містобудівництві, архітектурі та ланд-шафтному дизайні.

При плануванні та проведенні віктимологічної профілактики статевого злочинів необхідно враховувати зміст гендерної ролі та виробляти психологічні алгоритми по обходженню “пасток” у разі їх деформованого або гіпертрофірованого сприйняття. За вказаної умови, а також з розкриттям психоаналітичних джерел вчинків гвалтівників у відповідь на віктимну поведінку потенційної жертви лекції, бесіди, інші спеціальні заходи можуть досягти своєї безпосередньої цілі. Дівчата і жінки мають отримувати не на віктимному досвіді – своєму або близьких, а від підготовлених спеціалістів знання про алгоритм дій у разі загрози сексуального насильства, про конкретні прийоми активізації власних фізичних і сексуальних ресурсів протидії злочинцю.

Необхідно сприяти діяльності асоціацій, що спеціалізуються на наданні допомоги жінкам і підліткам; створити й пропагувати діяльність тренінгів – як психологічних, так і з навчання прийомам самооборони. На державному рівні слід вирішити питання про їх пільгове та інше стимулювання для забезпечення доступності широкому колу.

Потребує свого вдосконалення законодавство в сфері боротьби з проституцією. Дискусійним залишається питання про легалізацію цього брудного явища, але, як показує історичний і

перспективний дискурс, знешкодити його неможливо. Його упорядкованість, безумовно, за умови великих обмежень може сприяти і захисту від насильства і, навіть, вбивств повій. Необхідно проводити облік осіб, що затримувалися співробітниками міліції за зайняттям проституцією, з подальшим контролем їх поведінки та проведенням профілактичної роботи.

Важливо розповсюджувати матеріали, пам'ятки “Як не стати жертвою злочину (згвалтування)” та ін., у тому числі за державні та благодійні кошти.

На індивідуальному рівні віктимологічна профілактика статевого злочинів має починатися з виявлення конкретних персоналій, особистісні якості яких свідчать про підвищену можливість стати жертвою сексуального насильства, повинна здійснюватися з урахуванням типізації віктимної поведінки. У першу чергу корегуючому впливу підлягають особи з негативною – аморальною та провокуючою поведінкою. При цьому застосовується в основному метод переконання, а інколи – стосовно неповнолітніх – можна застосовувати примусові заходи, систему заборон з наступним контролем, але при обов'язковому дотриманні законних прав і свобод. У деяких випадках відповідні суб'єкти віктимологічної превенції мусять здійснювати вплив на мікросередовище, у першу чергу – родину, що актуально для всіх аморально-віктимних категорій.

Необхідно активізувати служби у справах неповнолітніх, у тому числі відповідні відділи кримінальної міліції по виявленню неблагополучних родин та інших контингентів, де може відбуватися сексуальне насильство щодо дітей і підлітків, оскільки ці підрозділи фактично займаються виявленням неповнолітніх правопорушників. Корисним може бути створення за досвідом розвинутих держав спеціальної соціальної служби та проведення програм “старший брат” на основі довіри до соціальних співробітників, представників правоохоронних органів та їх громадських помічників (волонтерів), причому при стимулюванні (наприклад, квотовому зарахуванні до вузів тощо). Доцільним буде створення віктимологічної служби у підрозділах міліції або в інших органах.

Важливе місце займає проблема попередження вторинної віктимізації від статевого злочину. Необхідне створення не поодиноких центрів допомоги жертвам сексуального насильства,

а чисельних, доступних, про існування і місцезнаходження яких населення має бути постійно інформованим.

Нагальною проблемою є термінова необхідність у складанні міжвідомчих інструкцій з надання комплексної допомоги жертвам статевих злочинів. Важливо розвивати їх кримінально-правові, кримінально-процесуальні та цивільні права.

Н. Федорчук, аспірант

*Львівський національний університет
ім. Івана Франка*

КОМПЕНСАЦІЙНІ ВИПЛАТИ З ДЕРЖАВНОГО БЮДЖЕТУ ПОТЕРПІЛИМ ВІД ЗЛОЧИНУ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

Відомо, що виплати жертвам злочинів є прерогативою соціально-орієнтованих держав. Тоталітарні країни не проводили виплат жертвам злочинів; в СРСР інституту відшкодування шкоди з державних фондів жертвам злочинів не існувало. В Україні, де людина визнана найвищою соціальною цінністю (з часу прийняття Конституції), але подібний інститут було запроваджено тільки в 2001 р. з прийняттям Цивільного кодексу України. Норми ст. 1177 та 1207 ЦК України є, без перебільшення, революційними, оскільки започатковують раніше не існуючий інститут в українському праві, закладають основу для об'ємних досліджень у цій галузі, передбачають прийняття окремих законів і підзаконних актів, стають на захист потерпілого від злочину, роль якого давно ігнорувалася у вітчизняному кримінальному судочинстві.

Стаття 1207 ЦК України запроваджує обов'язок держави відшкодувати потерпілим від злочину шкоду, завдану здоров'ю: каліцтво, інші ушкодження або смерть. Проводячи паралелі з аналогічним інститутом, що функціонує у Великій Британії вже більш як 30 років, розуміємо, що злочинна шкода відшкодуватиметься всім потерпілим (в разі смерті – непрацездатним особам, що знаходилися на його утриманні – ст.

1200 ЦК України), які звернулися (з заявою) до компетентного органу держави в сфері виплати компенсації. Однак компенсація виплачується тільки в двох випадках: коли не встановлено особи, яка вчинила злочин і якщо винний є неплатоспроможним. Потрібно розуміти, що перше обмеження матиме місце на стадії досудового слідства: відповідна постанова слідчого про визнання потерпілим і оголошення в розшук підозрюваного повинна бути достатньою підставою для звернення у відповідний орган для отримання компенсації. Встановити ж неплатоспроможність винного зобов'язаний суд, оскільки цьому передуватиме його обвинувальний вирок з визнанням підсудного винним у вчиненні злочину. Такі обмеження є суттєвими, але водночас необхідними гарантіями відшкодування шкоди тим потерпілим, які заслуговують і потребують її отримання, але в силу об'єктивних обставин позбавлені такої можливості. Через реалізацію цього інституту безпосередньо знаходить свій вияв принцип охорони прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб як базовий принцип кримінального процесу.

Іншим дискусійним питанням може стати проблема компенсації моральної шкоди, на отримання якої потерпіла особа має право згідно зі ст. 23 ЦК України. Чи буде держава відшкодовувати й моральну шкоду при відповідних зверненнях потерпілих? У всякому випадку, беззаперечною також є актуальність теми державної компенсації фізичної шкоди в контексті наукових досліджень щодо підвищення статусу жертви злочину в кримінальному судочинстві, які тривають в Україні вже не перший рік.

Інститут державної компенсації жертвам злочинів за шкоду, заподіяну здоров'ю, існує у багатьох розвинутих країнах світу. У Великій Британії працює "Схема компенсації за шкоду здоров'ю, завдану злочиним" (*далі* – схема), яка об'єднує в собі законодавчі напрацювання (Criminal Injuries Compensation Act 1995); акти уряду Великої Британії і Міністерства внутрішніх справ (Criminal injuries Compensation Scheme and Tariff of Injuries); включає до себе роботу Ради з компенсації та ін. Основним суб'єктом відносин щодо компенсації шкоди в даному випадку виступає Міністерство внутрішніх справ Великої Британії. При розробці схеми принциповими були кілька питань: 1) делегувати право, призначати компенсацію спеціально

створеному органу – Раді по компенсації, забрати ці повноваження у судів; 2) в основу відшкодування покласти тариф, згідно з яким оцінка шкоди мала б фіксований характер у кожному випадку заподіяння шкоди. Основним джерелом компенсації є державний бюджет.

Очевидно, досвід Великої Британії, США, які були першими серед країн, що почали проводити виплату компенсації жертвам злочинів, міг би послужити добрим прикладом для України у питаннях процедури звернення за компенсацією, критеріїв і умов для надання компенсації, категорій “кваліфікуючих” ушкоджень здоров’ю, критеріїв оцінки шкоди.

Стаття 1177 ЦК України встановлює обов’язок держави відшкодувати майнову шкоду жертвам злочинів у тих випадках, що й при учиненні ушкодження здоров’ю, коли не встановлено особу, що вчинила злочин, або остання є неплатоспроможною. Відразу потрібно зазначити, що така норма є сміливою спробою взяти на плечі держави фактично повне покриття збитків (за винятком хіба що моральної шкоди) від злочину, що в контексті положень Конституції України про соціальну і правову орієнтованість держави виглядає логічним. Однак викликає певний сумнів реалістичність цих намірів. Як відомо, майже кожен злочин в Україні супроводжується нанесенням матеріальної шкоди, а при відносних високих загальних рівнях злочинності і низькому рівні розкриття злочинів (як це є в Україні) завдання відшкодувати шкоду всім бажаючим жертвам буде для держави непомірним тягарем.

У випадку відшкодування шкоди жертвам державою варто також пам’ятати, що кошти на відшкодування в основному йтимуть з державного бюджету, тобто за рахунок платників податків. Припустимо, що в справі про крадіжку з проникненням у житло (інше володіння) вартість викрадених матеріальних цінностей людини з високими доходами становить 100 тис. грн (автомобіль, домашня апаратура, комп’ютери, срібний посуд інші цінні речі), а вартість викраденого у людини з відносно низькими доходами – 3 тис. грн. Чи справедливо буде провести відшкодування з державного бюджету (за рахунок платників податків) за викрадені матеріальні цінності (наприклад, домашній кінотеатр, який є розкішно) дуже заможних людей? З іншого боку, несправедливо стосовно потерпілого буде не

відшкодувати їх взагалі. Тому важливо, як видасться, при розробці закону втримати баланс, за якого відшкодування одержують усі, але згідно фіксованої шкали відшкодування за окремі види злочинів проти власності, а не згідно заявлених (встановлених) матеріальних втрат.

Отже, якщо з відшкодуванням за тілесні ушкодження, заподіяні злочинними діями, питання виглядає ясним і, крім усього, на допомогу може прийти багаторічний іноземний досвід подібних схем відшкодування, то відшкодування майнової шкоди з державного бюджету ставить багато питань до його вирішення.

В.В. Навроцька, аспірантка
*Львівський національний університет
ім. Івана Франка*

НАЛЕЖНІСТЬ ПРАВА НА ПРИВАТНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПЕРЕСЛІДУВАННЯ

За загальним правилом право на приватне кримінальне переслідування належить особі, що безпосередньо постраждала від злочину, але тут правильним повинен бути диференційований підхід залежно від категорії постраждалого, від обсягу його дієздатності.

Якщо постраждалий володіє повною дієздатністю, то, незважаючи на участь у справі його представника, саме він повинен висловити своє бажання щодо реалізації права на приватне кримінальне переслідування. Зробити це він може або безпосередньо сам і усно (з наступним процесуальним оформленням), або через свого представника (але уже в письмовій формі шляхом складання відповідного документа).

Цілком зрозуміло, що право приватного кримінального переслідування зовсім не має недієздатна особа. У такому випадку це здійснює її законний представник.

Якщо процесуальна дієздатність особи обмежена через її фізичні недоліки (коли вона є німою, глухою, сліпою тощо), і саме через це вона потребує допомоги представника, то в цьому разі потрібно, щоб згоду на реалізацію права на приватне кримінальне

переслідування висловлював сам постраждалий (оскільки фізичні недоліки, як правило, не впливають на здатність особи правильно оцінювати ситуацію, розуміти свої вчинки і керувати ними).

Так само має бути вирішене питання і що до особи, яка хоч і страждає на психічні розлади, які, проте, не впливають на її здатність усвідомлювати те, що відбувається, та керувати своїми діями.

Також, якщо дієздатність обмежена через зловживання алкогольними напоями, наркотичними засобами, психотропними чи токсичними речовинами, але особа здатна розуміти характер свого права, то вона може самостійно його реалізувати.

Аналізуючи питання про право особи, що безпосередньо постраждала від злочину, на приватне кримінальне переслідування, слід звернути увагу ще й на таку обставину. Частина 3 ст.27 КПК України передбачає, що “коли потерпілий у справі про будь-який з зазначених у ч. 1 цієї статті злочинів, чи в справі про злочин, зазначений у ч. 2 цієї статті, через свій безпорадний стан, залежність від обвинуваченого чи з інших причин не може захистити свої законні інтереси, прокурор порушує справу і при відсутності скарги потерпілого”. Це положення окремими науковцями піддавалося критиці. Так, І.Л. Петрухін вважає, що закон у такому випадку дуже обмежує диспозитивну засаду, а публічну засаду необґрунтовано розширює. Він зазначає, що вказівка на “інші причини”, що спонукають прокурора порушувати кримінальну справу, роблять його компетенцію надто широкою. А.В. Сумачьов, аналізуючи наведену думку, стверджує, що справді не виключається можливість необґрунтованого (навіть з точки зору самих потерпілих) втручання в конфлікт з боку прокурора. З іншої сторони, не виключені також випадки залежності постраждалої особи від винного. Тому, враховуючи саме цю обставину, надання прокурору права порушувати кримінальне переслідування у випадках, коли діяння переслідується виключно у приватному порядку, але потерпілий через залежний стан чи з інших причин не має можливості реалізувати право приватного кримінального переслідування, є обґрунтованим. Однак КПК України слід доповнити положенням: якщо дієздатна особа постраждала від злочину, то вона через безпомічний стан не може захищати свої права й інтереси, але в повній мірі розуміє

своє процесуальне становище і здатна чітко визначити своє ставлення до питання про порушення такої справи, її волевиявлення повинно мати вирішальне значення для суду і прокурора. Отже неможливість особи самостійно захищати свої права і законні інтереси зовсім не рівнозначна її нездатності висловлювати свою волю. В протилежному випадку захист прав постраждалої від злочину особи прокурором переростає у свою протилежність – ігнорування законних інтересів психічно здорового дієздатного потерпілого.

А.В. Озерська, ад'юнкт

Київський юридичний інститут МВС України

ВДОСКОНАЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ЗАТРИМАННЯ Й АРЕШТУ

З'ясування сутності затримання передбачає розкриття його юридичної природи, тобто призначення цієї дії в кримінальному судочинстві. Затримання регулюється адміністративним, кримінально-процесуальним, кримінально-виконавчим і кримінальним законодавством.

Кримінально-процесуальний аспект затримання включає до себе складання на протязі трьох годин після доставки у відділ ОВС протоколу затримання з зазначенням підстав та мотивів затримання й оголошення його затриманому, звернення протоколу затримання до виконання, повідомлення прокурора і родичів про затримання. Ця діяльність слідчого спрямована на досягнення завдань кримінального процесу, а тому носить процесуально-правовий характер. У цьому випадку процесуальна й адміністративна діяльність перетинаються між собою.

Однак кримінально-процесуальна діяльність не вичерпана даними діями. Виконання низки правил режиму в місцях тримання затриманих залежить від внутрішнього переконання слідчого чи особи, що здійснює дізнання, в провадженні яких знаходяться матеріали про затримання. Так виникає потреба дозволу на побачення затриманого з родичами, вказівка на роздільне тримання осіб, затриманих за підозрою в

скоєнні одного й того ж злочину.

Адміністративно-правовий аспект затримання складається із діяльності адміністрації по забезпеченню режиму в місцях тримання затриманих. Вона включає до себе: прийом в ізолятор для тимчасового утримання затриманих, взятих під варту осіб і роздільне розміщення їх по камерах, здійснення належної охорони установ виконання покарань, проведення особистого обшуку, а при необхідності, дактилоскопування і фотографування затриманих, огляд їх речей та інші дії.

Затримання підозрюваної особи у вчиненні злочину слід відрізнити від затримання громадян в адміністративному порядку. Підставою для адміністративного затримання слугує вчинення особою правопорушення, яке тягне за собою адміністративну відповідальність.

Адміністративне затримання не регламентовано кримінально-процесуальним законодавством і не повинно супроводжуватись будь-якими процесуальними діями.

Для практичних працівників важливим є визначення критеріїв відмінності процесуального затримання від адміністративного. Так, за результатами анкетування працівників органу дізнання та досудового слідства з'ясувалось, що 52 % слідчих і 48 % дізнавачів вважають за необхідне розмежувати процесуальне і адміністративне затримання. Через це подекуди відбувається певна трансформація затриманої особи з адміністративного заходу в процесуальний.

Вважаємо, що доречно було б розділити в проекті КПК України, терміни “доставлення” і “затримання”, що це сприяло б поліпшенню процесуально-пізнавальної роботи органів слідства та дізнання і значно зменшило б кількість незаконних затримань. Кримінально-процесуальне затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, за який може бути призначено покарання у вигляді позбавлення волі, можливе лише за наявності однієї з вичерпних підстав (ст. 106, 115 КПК України).

На нашу думку, до такого переліку доцільно було б додати і таку підставу затримання, як явка з повинною (ст. 96 КПК України). Більше того її слід визначити як самостійну підставу затримання, оскільки особа особисто повідомляє органам досудового розслідування, прокурору, суду чи судді про вчинений чи підготований нею злочин. Саме тут від ступеня

тяжкості злочину може вирішуватись питання про затримання особи, а це може бути підставою для затримання.

Слід зазначити, що не у всіх випадках вирішенню питання про взяття під варту повинно передувати затримання. Необхідність в його проведенні виникає тоді, коли є потреба в досудовому ув'язненні підозрюваного, а негайне застосування цього заходу по тим чи іншим причинам нездійсненом.

Можливі випадки, коли досягнення безпосередніх цілей затримання робить непотрібним застосування до затриманого досудового ув'язнення, оскільки в результаті затримання відпали обставини, які викликають необхідність у цьому запобіжному заході.

Безпосередня ціль затримання досягається переведенням підозрюваного в місця тримання затриманих і додержання там необхідного режиму. Забезпечення успішного розслідування при застосуванні заходів процесуального примусу, пов'язаних із ізоляцією особи, припустиме лише через запобігання деяким конкретним видам неналежної поведінки. Такі цілі затримання сформульовані в ст. 148 КПК України, якими, відповідно до наведеного, можна визнати забезпечення перебування особи в місцях тримання затриманих і запобігання спробам ухилитися від слідства і суду тощо. Такі цілі нададуть органам слідства можливість провести затримання лише у випадках, коли ізоляція особи справді необхідна.

Отже, законним буде лише таке затримання, яке проведене за наявності неспростованих доказів вчинення підозрюваним злочину, за який може бути призначено покарання у вигляді позбавлення волі.

С.О. Ковальчук, аспірант
Юридичний інститут
Прикарпатського національного університету
ім. Василя Стефаника

**РОЗШИРЕННЯ УЧАСТІ ЗАХИСНИКА-АДВОКАТА
ПРИ ПРОВАДЖЕННІ СЛІДЧИХ ДІЙ
У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ**

Право захисника з моменту допуску до участі у кримінальній справі бути присутнім при виконанні слідчих дій, які відбуваються за участю підозрюваного, обвинуваченого, за їх клопотанням або за клопотанням захисника, а при виконанні інших слідчих дій – з дозволу особи, що провадить дізнання, слідчого закріплено п. 4 ч. 2 ст. 48 Кримінально-процесуального кодексу України (*далі* – КПК України). Додатковою гарантією захисту прав підозрюваного, обвинуваченого при провадженні щодо них слідчих дій є норма ч. 5 ст. 47 КПК України, яка передбачає, що у випадку, коли є потреба у проведенні невідкладних слідчих чи інших процесуальних дій з участю захисника, а підозрюваний або обвинувачений ще не встиг запросити захисника чи явка обраного захисника неможлива, особа, що провадить дізнання, слідчий своєю постановою вправі призначити захисника тимчасово до явки обраного захисника.

Питання участі захисника в провадженні слідчих дій досліджувалось більшістю вчених, які вивчали здійснення захисту у кримінальних справах, зокрема, Т.В. Варфоломеєвою, Ю.І. Гловацьким, П.С. Елькінд, Я.П. Зейканом, А.С. Кобліковим, Г.П. Саркісянцем, А.Л. Ципкіним та ін.

Проте у правозастосовчій практиці у сфері кримінального судочинства існує необхідність у запровадженні участі захисника і в інших слідчих діях, окрім передбачених чинним КПК України. Мова йде про провадження невідкладних слідчих дій на початковому етапі досудового слідства, коли у справі ще немає процесуальної фігури підозрюваного чи обвинуваченого, а виконання слідчої дії при подальшому провадженні у справі унеможливується в силу її неповторюваності. Наприклад, проведення допиту особи, щодо якої порушено кримінальну справу за ст. 286 Кримінального кодексу України (*далі* – КК України) (недодержання правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами) і котра знаходиться в лікарні в тяжкому стані.

Нині слідчі дії у таких випадках провадяться за загальними правилами, передбаченими КПК України, у зв'язку з чим участь захисника в них неможлива до появи у справі підозрюваного чи обвинуваченого. Тому доцільно розглянути ймовірність доповнення КПК України нормою, яка закріпила б обов'язкову участь захисника при проведенні неповторюваних

слідчих дій. Постановка даного питання обумовлена двома чинниками: 1) необхідністю забезпечення прав особи, щодо якої провадяться слідчі дії і яка в подальшому може бути притягнута до участі у кримінальній справі як підозрюваний або обвинувачений; 2) потребою отримання допустимих і достовірних доказів, зокрема у випадках, коли джерело їх походження при подальшому провадженні у справі не може бути перевірене.

Зазначене вище вимагає дослідження цілої низки проблемних питань. Перш за все необхідно визначити саме поняття “неповторювані слідчі дії”. Уявляється, що під ними потрібно розуміти слідчі дії (тобто регламентовані кримінально-процесуальним законом дії, безпосередньо спрямовані на виявлення, закріплення і перевірку доказів), повторне провадження яких при подальшому розслідуванні кримінальної справи неможливе у силу тих чи інших обставин (хвороба або тілесні ушкодження, які можуть потягнути за собою смерть особи, тощо).

Крім того, слід звернути увагу на те, що в даному випадку не йдеться про захист як кримінально-процесуальну функцію, спрямовану на захист прав і законних інтересів підозрюваного чи обвинуваченого. Діяльність захисника спрямовується на надання юридичної допомоги особі, щодо якої провадяться неповторювані слідчі дії, та забезпечення дотримання законності при виконанні даних слідчих дій. Захисник з'ясовує: чи були дотримані вимоги закону, які регламентують процесуальний порядок провадження тієї або іншої слідчої дії; чи не були допущені порушення прав особи, щодо якої провадилась слідча дія; чи були дотримані вимоги закону щодо форми та змісту протоколу даної слідчої дії.

Участь адвоката в неповторюваних слідчих діях має бути обов'язковою. Він може брати участь у таких слідчих діях як за ініціативи особи, щодо якої провадиться слідча дія, чи її близьких родичів, коло яких визначене п. 11 ст. 32 КПК України, так і за ініціативи особи, що провадить дізнання, або слідчого. При цьому необхідно зазначити, що участь даного адвоката при провадженні тієї або іншої неповторюваної слідчої дії не повинна тягнути за собою обов'язок брати участь в якості захисника при подальшому провадженні в цій справі.

Викладене дає можливість сформулювати пропозиції щодо внесення доповнень до чинного КПК України шляхом закріплення норми, яка б передбачала обов'язковість участі захисника при провадженні неповторюваних слідчих дій. Видається за доцільне доповнити ст. 47 КПК України частиною 7 наступного змісту: “У випадку, коли є потреба у проведенні неповторюваних слідчих дій, особа, що провадить дізнання, слідчий за власною ініціативою або за ініціативою особи, щодо якої провадяться такі дії, чи її близьких родичів своєю постановою вправі призначити захисника тимчасово, на час проведення таких дій.”

У зв'язку з тим, що при подальшому провадженні у кримінальній справі результати неповторюваних слідчих дій не можуть бути перевірені або доповнені (як не може бути перевірене передбачене кримінально-процесуальним законом джерело походження відомостей), запровадження такої норми сприяло б забезпеченню прав осіб, щодо яких провадяться такі слідчі дії, та дозволило б запобігти можливості визнання доказів, отриманих у результаті їх проведення, недопустимими чи недостовірними.

У подальшому досліджені вище проблемні питання повинні розроблятися в таких напрямках: 1) вивчення можливості законодавчого закріплення норм, які визначали б поняття “неповторювані слідчі дії” та допускали б захисника до участі в їх провадженні; 2) проведення опитування практичних працівників (слідчих, прокурорів, адвокатів, суддів) з метою вивчення їх думки з приводу доцільності запровадження таких змін до кримінально-процесуального законодавства України.

*Л.Б. Ісмаїлова, аспірант
Академія адвокатури України*

СИСТЕМА ФУНКЦІЙ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

Не можна розв'язати жодне теоретично чи практично значуще питання кримінального процесу, не торкаючись проблеми розподілу кримінально-процесуальної діяльності на функції, що виконуються суб'єктами судочинства. Досконала

розробка проблеми кримінально-процесуальних функцій, взаємодія яких відбиває сутність кримінального судочинства, була розпочата у зв'язку з обґрунтуванням і впровадженням у судочинство демократичного принципу змагальності (ст. 16¹ Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК України), що остаточно закріпилося прийняттям Закону “Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України” від 21 черв. 2001 р.

Розподіл на функції полягає в тому, що напрям діяльності кожного суб'єкта процесу повинен визначитися його об'єктивною потребою в задоволенні конкретного інтересу, наданні йому прав і покладанні на нього обов'язків.

Поняття “процесуальні функції” має правовий зміст, оскільки мета, що визначає їх спрямування, є процесуально-правовою.

Панівним положенням, існуючим у науці кримінального процесу, вважається виділення трьох основних кримінально-процесуальних функцій: обвинувачення, захисту та здійснення правосуддя. Кожна з цих функцій заслуговує на самостійне дослідження.

У системі функцій ядром, детермінантою виступає функція обвинувачення. І це об'єктивно, тому що без докору, висловленого від імені держави або потерпілого, не може виникнути процес взагалі. Саме з висунення обвинувачення (адресне чи гіпотетичне в постанові про порушення кримінальної справи або заява потерпілого у справах приватного обвинувачення) починається кримінальний процес і повною мірою функціонує обвинувачення. Воно так чи інакше обов'язково повинно бути розв'язане, підсудний має бути засуджений або виправданий, а тому неодмінно виникає функція здійснення правосуддя.

Функція здійснення правосуддя (її ще називають функцією вирішення справи по суті) виникає з появою обвинувачення і завершується прийняттям підсумкового рішення по суті обвинувачення. Важливо зазначити, що ця функція повинна припинятися з відмовою обвинувача від своїх претензій (публічних чи приватних). Правило, яке існувало донедавна, коли суд продовжував слухання справи після відмови обвинувача від обвинувачення, слід розглядати як несумісне з доктриною

процесуальних функцій.

Не менш вразливою є можливість направлення судом справи на додаткове розслідування, що наділяє суд невластивою його функцією обвинувачення.

Функція захисту (неодмінна складова кримінального процесу) прямо детермінується появою обвинувачення, її призначення полягає в забезпеченні непорушності прав людини. Ця функція постійно зміцнюється, але її роль у кримінальному процесі України ще багато в чому не відповідає європейським стандартам.

Важливо, що дана функція має своєрідну перевагу перед функцією обвинувачення, бо на обвинувачеві лежить увесь тягар доказування вини, яка повинна бути встановлена неспростовно, у той час, як захист має право, а не обов'язок спростування вини, а будь-який сумнівний доказ обвинувачення однозначно тлумачиться на користь обвинуваченого.

У чинному законодавстві поняття “процесуальні функції” законодавець не вживає, але є вказівки на них. Так, функції обвинувачення, захисту та правосуддя досить чітко розмежовані у КПК України, де зазначено, що “правосуддя по кримінальних справах здійснюється тільки судом” (ст. 15 КПК України); “прокурор підтримує перед судом державне обвинувачення” (ст. 264 КПК України), а “на захисника покладений обов'язок з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного, обвинуваченого” (ст. 48 КПК України). Це абсолютно чітко висвітлює концепцію трьох основних функцій у нашому кримінальному процесі.

Є всі підстави вважати, що КПК України необхідно доповнити визначенням поняття “процесуальні функції”.

І.Л. Зінченко, аспірант

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ПРОБЛЕМИ ВЗАЄМОБУМОВЛЕНOSTІ ТИПОЛОГІЇ ТА ЗАВДАНЬ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

До ключових понять у кримінально-процесуальному

праві належать “завдання” й “типологія”, які були та залишаються предметом пильної уваги як загальної теорії права, так і галузевих наукових дисциплін. Проблематика цих питань широко розглядалась такими видатними вченими, як Смірнов А.В., Нажимов В.П., Петрухін І.Л. Багато що в постановці цих питань у науці кримінального процесу вимагає розробки нових позицій.

Завдання кримінального процесу сформульовані в Кримінально-процесуальному кодексі України (ст.2). Ці завдання є такими:

- охорона прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, які беруть участь у кримінальній справі;
- швидке і повне розкриття злочинів;
- викриття винних і забезпечення правильного застосування закону з тим, щоб кожен, хто вчинив злочин, був притягнений до відповідальності і жоден невинний не був покараний.

Кожному типу кримінального процесу притаманні свої завдання. Тому, щоб встановити завдання кримінального процесу України, нам необхідно визначити типологію національного судочинства. Поняття “тип” у сучасній науці тісно пов’язане з поняттям “типологія” (метод наукового пізнання, в основу якого покладено розподіл систем об’єктів та їх наступне угруповання за допомогою загальної, ідеалізованої моделі або типу). Типологія є одним із найважливіших засобів пізнання об’єкта. На даному етапі розвитку суспільства виділяють англо-американську та романо-германську правові системи в якості типології кримінального процесу. У кримінально-процесуальній літературі класифікація типів кримінального судочинства здійснюється залежно від завдань кримінально-процесуальної діяльності. Проте ця класифікація більш повно відображала б сутність класифікаційних груп процесів, якби в якості підстав поряд із завданнями кримінального процесу встановлювався порядок формування та вирішення обвинувачення.

Для континентального права притаманна функція державного обвинувачення, завданням якої є захист усього права. Завданням кримінального процесу, наприклад, для дореволюційної Росії було встановлення наявності та об’єму права держави на покарання. Слушною є точка зору Полянського

Н.Н., відповідно до якої випадки, коли історичні умови, при яких у діяльності суду на перший план ставиться завдання прийняти обвинувальний вирок та застосувати покарання, слід вважати недопустимими, тому що у такому разі ми маємо справу з порушенням самої ідеї правосуддя. Уся кримінально-процесуальна діяльність у континентальному кримінальному процесі розглядається як діяльність держави. Вважається, що встановити правопорядок та справедливість у державному розумінні є достатнім завданням правосуддя, і тому другорядна роль відводиться інтересам потерпілого. Починаючи зі справ приватного обвинувачення, здійснюється розширення прав потерпілого та вводиться можливість процедури примирення. На даному етапі розвитку суспільства завданням кримінального судочинства континентальної системи права є встановлення об'єктивної істини. Натомість для країн загального права завданням буде усунення конфлікту між членами суспільства, який виник у результаті злочину.

Кримінальне судочинство України, з одного боку, за способом досягнення завдань процесу можна віднести до змагального. Змагальність, відповідно до статті 16¹ КПК України, передбачає, що "при розгляді справи в суді функції обвинувачення, захисту і вирішення справи не можуть покладатися на один і той же орган чи на одну і ту ж особу". Державне обвинувачення в суді, відповідно до ст.121 Конституції України, а також Закону України "Про прокуратуру", здійснює прокурор. У випадках, передбачених законом, обвинувачення здійснює потерпілий або його представник. Захист підсудного виконує сам підсудний, його захисник чи законний представник. Функція розгляду справи покладається на об'єктивний та неупереджений суд (ст. 15 КПК України).

З другого боку, державне обвинувачення в кримінальному процесі України займає першочергове місце, а виконання функції обвинувачення покладається державою на органи прокуратури, що дає підстави характеризувати кримінальний процес України як обвинувальний. Проте в кримінальному процесі України існує також обвинувачення приватне. Так, ст. 27 КПК України передбачає випадки притягнення до кримінальної відповідальності не інакше, як за скаргою потерпілого. Для кримінального судочинства України

притаманне те, що воно не містить у собі позовної сутності, оскільки визначає обвинувачення як особливу діяльність державних органів. Відповідно до ст. 267 ч.2 КПК України: “У разі відмови прокурора від обвинувачення потерпілий вправі вимагати продовження розгляду справи. У цьому випадку він підтримує обвинувачення”.

Якщо ми вважаємо, що український кримінальний процес належить до континентального типу кримінального судочинства, де державне обвинувачення займає головне місце, то основним методом нормативно-правового регулювання повинен бути імперативний. У цьому разі метод влади – підкорення, який полягає в тому, що правовідносини між особами, які приймають участь у кримінальній справі, виникають лише у випадках, передбачених законом. Хоча в ст. 16¹ ч.5 КПК України передбачається, що кримінальний процес в Україні здійснюється відповідно до принципу диспозитивності, згідно з яким сторони наділяються правом вільно вступати між собою у правовідносини. Кримінальний процес України передбачає процедуру примирення у кримінальній справі. Стаття 8 КПК України проголошує можливість звільнення від кримінальної відповідальності у зв’язку з примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим. Тому доречно було б зазначити, що український кримінальний процес містить у собі елементи як континентального, так і загального типів процесу, тобто є змішаним. Приймаючи це до уваги, необхідно було б провести диференціацію провадження в певних категоріях кримінальних справ, що забезпечувало б гармонізацію процедури провадження у кримінальній справі відповідно до поставлених завдань та методів кримінального процесу. Щодо справ, у яких не були яскраво виражені публічні інтереси, першочерговим завданням кримінального процесу України є усунення соціального конфлікту. А у справах, у яких в результаті вчинення злочину були порушені публічні інтереси, основним завданням, відповідно, являється встановлення об’єктивної істини.

Не можна з’ясувати істину за рахунок безпідставного обмеження прав особи, але не можна й нехтувати встановленням істини, черезмірно захищаючи інтереси тих чи інших учасників процесу. Баланс цих двох цінностей встановлюється законом. Тому доцільно було б ст. 2 проекту КПК України викласти в

наступній редакції: “Завданнями кримінального законодавства є:

- визначення порядку провадження у кримінальних справах, викриття осіб, винних у вчиненні злочину, притягнення до відповідальності та справедливе їх покарання;
- захист особи від безпідставного притягнення до кримінальної відповідальності;
- охорона прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві;
- усунення соціальних негараздів, які виникли в результаті вчинення злочину”.

В.В. Хомінець, аспірант

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ВІДНОВНОГО ПРАВОСУДДЯ

Законом України „Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України” від 12 лип. 2001 р. законодавець затвердив ще одну форму вирішення кримінальних справ, яка надає сторонам можливість ініціювати процедуру закриття справи через примирення винного з потерпілим. Використання відновного правосуддя – це така форма вирішення кримінального спору, яка відповідає потребам сучасного суспільства, як-то:

- економія часу;
- скорочення матеріальних витрат;
- створення оптимальних умов для розгляду більш складних справ;
- швидке відшкодування шкоди, заподіяної злочинцем;
- усунення конфлікту між потерпілим та обвинуваченим, підсудним;
- виховне значення;
- зниження кількості засуджених в суспільстві;
- підвищення авторитету правоохоронних органів та кримінального судочинства в цілому, оскільки справедливість поновлюється в найкоротший термін.

Згідно зі ст. 46 КК України звільнення від кримінальної

відповідальності у зв'язку з примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим можливо за певних умов: вчинення злочину вперше, вчинення злочину невеликої тяжкості, примирення з потерпілим, відшкодування збитків або усунення заподіяної шкоди. Цей інститут був раніше невідомий вітчизняному законодавству, тому існує немало проблем, пов'язаних з регламентацією цієї процедури.

По-перше, при винесенні постанови про визнання особи потерпілим необхідно роз'яснювати йому право на примирення з обвинуваченим, підсудним, яке передбачене ст. 8 КПК України. Для цього необхідно доповнити ст. 49 КПК України ще однією частиною, котра повинна бути викладена наступним чином: „Потерпілий має право примиритися з обвинуваченим, підсудним особисто або через свого представника, у випадках передбачених ст. 8 КПК України”.

По-друге, ст. 125, ч. 1 ст. 126 та ст. 356 КПК України передбачають відповідальність за злочини невеликої тяжкості, в яких є потерпілий та заподіяна шкода. Тому треба виключити в останньому реченні ч.4 ст.27 КПК України наступне: „ ... але справа в цих випадках за примиренням з обвинуваченим, підсудним закриттю не підлягає”, тому що вона суперечить вимогам, зазначеним у ст.8 КПК України.

По-третє, примирення повинно фіксуватися у письмовій формі. Такий документ має законодавчо визначені вимоги до нього та реквізити, як це зроблено по відношенню до інших процесуальних документів (постанов, протоколів та ін.). В залежності від стадії процесу цей документ можна назвати „Угодою про примирення обвинуваченого з потерпілим” або „Угодою про примирення підсудного з потерпілим”.

Потрібно привести у відповідність назви ст. 46 КК та ст. 8 КПК України. Тому що особа, яка скоїла злочин, має різні назви в цих кодексах: в КПК – „обвинувачений, підсудний”, а в КК – „винний”. Згідно зі ст. 62 Конституції України „особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено у законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду”. В нашому випадку вирок суду відсутній, тому ст.46 КК України треба назвати „Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням обвинуваченого,

підсудного з потерпілим”.

Враховуючи те, що більше ніж по ста злочинам невеликої тяжкості можливо застосування відновного правосуддя, необхідно якомога детальніше досліджувати процедуру примирення сторін у кримінальному судочинстві. Крім того, необхідно розглянути перспективу використання відновного правосуддя по деяких злочинах середньої тяжкості та тяжких злочинах. Це, наприклад, злочини проти життя та здоров'я, злочини проти волі, честі та гідності, злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності, злочини проти власності, злочини у сфері господарської діяльності.

Б.Л. Ващук, *аспірант*
Львівський національний університет
ім. Івана Франка

НЕОБХІДНІСТЬ УТОЧНЕННЯ ПРАВА ЦИВІЛЬНОГО ВІДПОВІДАЧА НА ОЗНАЙОМЛЕННЯ З МАТЕРІАЛАМИ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ

Чинне кримінально-процесуальне законодавство України одним із невід'ємних прав цивільного відповідача вважає ознайомлення з матеріалами кримінальної справи в частині, що стосується заявленого цивільного позову. Без такої можливості весь широкий спектр наданих йому процесуальних прав буде позбавлений реального сенсу, а його активна участь у процесі буде зведена нанівець, оскільки не знаючи обставин справи, що стосуються цивільного позову, цивільний відповідач посправжньому не зможе реалізувати інші процесуальні права, зокрема, заперечувати проти позову тощо. Тому ч. 2 ст. 51 Кримінально-процесуального кодексу України (*далі* – КПК України) надає можливість цивільному відповідачу реалізувати це право з моменту закінчення досудового слідства, а у справах, щодо яких досудове слідство не провадилося, – після призначення справи до судового розгляду. Не вдаючись до дискусії з приводу того, в якому обсязі цивільному відповідачу слід надати можливість ознайомлюватися з матеріалами справи, а

також інших важливих аспектів, пов'язаних з реалізацією вищезазначеного права, перш за все спробуємо з'ясувати, чи у всіх випадках залучення цивільного відповідача до участі у справі закон надає йому реальну процесуальну змогу ознайомитися з матеріалами кримінальної справи, хай навіть у частині, що стосується цивільного позову.

Отож, відповідно до ч. 3 ст. 28 КПК України цивільний позов у кримінальній справі може бути пред'явлений як під час досудового слідства і дізнання, так і під час судового розгляду справи, але до початку судового слідства. А це фактично означає, що ймовірна ситуація, коли до початку судового розгляду справи цивільного відповідача як учасника процесу ще взагалі може не існувати, оскільки цивільний позов не був заявлений. Якщо ж цивільний позов заявляється після початку судового розгляду, то, відповідно, за таких обставин цілком логічним є те, що цивільний відповідач з'являється лише після початку судового розгляду у справі. Однак кінцевим моментом, коли ще дозволяється ознайомитися з матеріалами кримінальної справи учасникам процесу, у тому числі і цивільному відповідачу, являється період після призначення справи до судового розгляду (ст. 255 КПК України). Із початком безпосереднього судового розгляду у справі, виходячи з аналізу відповідних норм КПК України, цивільний відповідач, як і інші учасники процесу, втрачає процесуальне право й можливість ознайомитися з матеріалами кримінальної справи. Таке право він разом з іншими учасниками процесу одержить лише після розгляду справи по суті й постановлення вироку (ч. 4 ст. 349 КПК України). Отож, у даний час маємо доволі складну та неординарну ситуацію: з одного боку, закон забезпечує цивільному відповідачу право знати матеріали кримінальної справи, що стосуються цивільного позову, а з другого – не надає процесуальної можливості реалізувати це право у всіх (без винятку) випадках залучення його до участі у справі. Це, зокрема, стосується ситуацій, коли цивільний відповідач як учасник процесу з'являється лише після початку судового розгляду у справі. У таких випадках право цивільного відповідача, що розглядається, залишається лише декларацією.

Так, можна зробити висновок: чинний КПК України ставить можливість реалізації права цивільного відповідача на

ознайомлення з матеріалами кримінальної справи в частині цивільного позову в залежність від моменту його (цивільного позову) заявлення, тобто від суб'єктивної волі іншого учасника процесу (потерпілої від злочину особи) розпорядитися своїм правом на пред'явлення цивільного позову. Такий стан речей, коли цивільний відповідач позбавлений можливості реалізувати одне з невід'ємних своїх прав, ще й коли в одних випадках цивільний відповідач реально має значно більший обсяг прав, ніж в інших, обумовлених лише людським фактором (суб'єктивним чинником), не вільно визнати відповідним засадам кримінального судочинства, а, отже, і правовій державі, якою проголошена Україна в ст. 1 Конституції.

Вирішення вищезокресленої проблеми ймовірно тільки за умови перегляду кінцевого строку можливості заявлення цивільного позову в кримінальній справі в бік його зменшення і надання права заявляти цивільний позов лише до закінчення досудового слідства у справі. Тому пропонуємо відповідне положення кримінально-процесуального законодавства, вміщене в ч. 3 ст. 28 КПК України, викласти в наступній редакції: “цивільний позов у кримінальній справі може бути пред'явлений під час дізнання та досудового слідства, але до моменту його закінчення”. Подібне правове регулювання здатне забезпечити реальну рівність правових статусів сторін у кримінальному процесі у стадії судового розгляду (ст. 261 КПК України), а отже, і принципів змагальності та диспозитивності (ст. 16¹ КПК України), і відповідно, неухильне виконання і додержання закону.

Н.С. Малихіна, аспірант

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

СИСТЕМА ФУНКЦІЙ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Україна, поставивши за мету розбудову демократичної правової держави, на конституційному рівні відтворила один з

основних її принципів – поділ державної влади на законодавчу, виконавчу і судову. Існування і функціонування судової влади взагалі та її інститутів зокрема регулюються цілим законодавчим масивом, який в останні роки значно змінився і доповнився новими нормативно-правовими актами. На зміну колишній, більш ніж десятирічній біцентричній моделі організації судової влади прийшов моноцентризм, тобто Верховний Суд України було проголошено найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції. Це знайшло своє відбиття в ч. 3 ст. 124, ч. 2 ст. 125 Конституції України і було розвинуто в базовому Законі „Про судоустрій України”.

Повноваження Верховного Суду визначаються тим, що він, по-перше, є органом судової влади, як і всі суди, а, по-друге, очолює систему судів загальної юрисдикції. Тобто сукупність повноважень даного органу, їх здійснення обумовлені певним колом функцій, які він виконує не тільки в механізмі організації судової, а й в цілому державної влади. Якщо виходити з розуміння функції як основного напрямку діяльності, то на підставі аналізу чинного законодавства можна окреслити наступну систему функцій Верховного Суду України.

Правосудна функція – генеральна, оскільки правосуддя (у його традиційному розумінні), тобто вирішення судом усіх правових конфліктів у державі, є його головним і ексклюзивним правом-обов'язком. У даному випадку Верховний Суд у сукупності з усіма судами загальної юрисдикції вирішує усі спори, за винятком тих, рішення за якими являються компетенцією Конституційного Суду України. У межах реалізації цієї функції Верховний Суд уповноважен розглядати:

- у касаційному порядку рішення загальних судів у справах, віднесених до його підсудності процесуальним законом;
- у порядку повторної касації усі інші справи, досліджені судами загальної юрисдикції (тобто спеціалізованими судами);
- інші справи, пов'язані з виключними обставинами у випадках, передбачених законом;
- справи за скаргами на рішення, дії чи бездіяльність Центральної виборчої комісії (*далі* – ЦВК), а також заяви про скасування реєстрації відповідної особи як кандидата у Президенти України (ст. 243⁶, 243¹⁶ Цивільно-процесуального кодексу України (*далі* – ЦПК України) та скарги на рішення

державного органу України у справах релігії, прийняті щодо релігійних організацій (ст. 248¹² ЦПК України).

Також він вирішує деякі питання, що охоплюються поняттям „судовий контроль”, наприклад, клопотання відповідних посадових осіб відносно продовження строків тримання обвинувачених під вартою – від 9 до 18 місяців у випадках надзвичайної складності справи про особливо тяжкий злочин.

Функція забезпечення єдності судової практики впливає з необхідності забезпечення конституційного принципу рівності громадян у своїх правах (ст. 21, 24 Конституції України) та їх захисту, який реалізується в площині судової влади як принцип рівності перед законом і судом (ст. 7 Закону України „Про судоустрій України”). Ця мета стоїть і перед Верховним Судом при виконанні своїх касаційних повноважень, а також при здійсненні ним обов’язків щодо організації ведення й аналізу судової статистики, вивчення та узагальнення судової практики. Проведення такої роботи виступає підґрунтям для здійснення правороз’яснювальних повноважень. Окрім права роз’яснювати судам законодавство, Верховний Суд також може в разі необхідності визнавати нечинними роз’яснення Пленуму вищого спеціалізованого суду.

Виокремлення функції і забезпечення принципу верховенства права обумовлене наступним: людина, її права і свободи визнані найвищою державною цінністю; у державі діє Конституція, яка є Основним законом та має вищу юридичну силу і в якій формально закріплено принцип верховенства права (ст. 8); цей принцип виступає однією із засад, на котрих суди здійснюють свою діяльність (ст. 2 Закону „Про судоустрій України”). Отже, на виконання положення щодо обмеження державою невідчужуваних права і свобод особи, прямої дії норм Конституції, а також гарантування звернення громадян до суду за захистом своїх конституційних прав і свобод Верховний Суд України має право звернутися до Конституційного Суду України у випадку виникнення в суді загальної юрисдикції (при здійсненні ними правосуддя) сумнівів щодо конституційності законів, інших правових актів, а також щодо офіційного тлумачення Конституції України.

Функція організаційного контролю є проявом однієї з

визначальних ознак судової влади – самостійності (автономності). Її виділення обумовлене тим, що Верховний Суд України як вищий судовий орган організовує гармонічне функціонування усіх ланок судової системи і вчасно реагує на ті процеси, що в ній відбуваються.

Посвідчувальна функція вважається виключною, тобто, крім Верховного Суду України, її не має права виконувати жоден державний орган чи посадова особа (ч. 6 ст. 111 Конституції, п. 3 ч. 2 ст. 47, п. 8 ч. 2 ст. 55 Закону України „Про судоустрій України”). Вона обумовлена існуванням кола питань, що мають велике значення і можуть певним чином вплинути на державні процеси, і тут потрібні додаткові гарантії неупередженого та справедливого їх вирішення. Саме тому Верховний Суд України наділений повноваженням надавати висновок щодо наявності чи відсутності в діяннях, у яких звинувачується Президент України, ознак державної зради або іншого злочину, а також за зверненням Верховної Ради України – письмове подання про неможливість виконання Президентом України своїх повноважень за станом здоров'я.

Представницька функція притаманна Верховному Суду України, оскільки саме він як найвищий орган у системі судів загальної юрисдикції є представником у зовнішніх зносинах цієї системи. Ці повноваження Верховний Суд України здійснює на двох рівнях: внутрішньому (контактує з усіма центральними органами законодавчої і виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, а також із Конституційним Судом України у визначених законом випадках) і зовнішньому (вирішує питання, що впливають з міжнародних договорів України, представляє суди загальної юрисдикції у зносинах із судами інших держав та міжнародними організаціями).

Виявлення природи функцій Верховного Суду України, аналіз їх змісту та структури має стати теоретичним підґрунтям визначення системи і обсягу його повноважень як найвищого судового органу в системі судів загальної юрисдикції.

О.В. Острогляд, асистент

Юридичний інститут

Прикарпатський національний університет

ім. Василя Стефаника

ПИТАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ САМОСТІЙНОСТІ ЗАХИСНИКА ПРИ ОСКАРЖЕННІ ВИРОКІВ СУДУ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ В АПЕЛЯЦІЙНОМУ ПОРЯДКУ

Після того, як адвокат впевнився, що строки апеляційного оскарження дотримано, а рішення підлягає оскарженню, виникають питання узгодження з підзахисним позиції щодо оскарження: чи зобов'язаний захисник оскаржувати вирок (якщо він вважає, що наявні апеляційні підстави) при відсутності на те згоди підзахисного, а також чи зобов'язаний захисник подавати скаргу, якщо він вважає, що апеляційні підстави відсутні, а підзахисний наполягає на оскарженні?

Щодо даного питання у кримінально-процесуальній літературі існує декілька протилежних думок.

Науковці Є.Сосон і Г.Гальперін пропонують вирішувати наступним чином: якщо, на думку адвоката, оскарження вироку в подальшому не приведе до погіршення становища підзахисного, а навпаки може полегшити його долю, то подання скарги потрібно визнати необхідним. За такими ж підставами ймовірно принесення скарги адвокатом, якщо немає прямо вираженої відмови підзахисного.

Учений Мартинчик Є.Г., досліджуючи дане питання, зазначає, що в науці кримінального процесу існує дві протилежні думки. По-перше, захисник не зв'язаний волею підзахисного й може оскаржувати вирок і в тих випадках, коли проти цього заперечує підзахисний. По-друге, говорить про відсутність у захисника права на принесення скарги у випадку незгоди засудженого на апеляційне оскарження. Практиці відомі випадки оскарження вироку адвокатами всупереч волі підзахисного і в разі відмови від оскарження, якщо підсудний заперечував проти подання скарги. Автор вважає більш обгрунтованою першу позицію і наводить на її підсилення наступні аргументи: підсудний і захисник за законом є самостійними учасниками процесу і наділені рівними правами, які можуть реалізовувати на власний розсуд; захисник зобов'язаний використовувати всі передбачені законом засоби і способи захисту обвинуваченого, надавати йому необхідну юридичну допомогу (одним із таких

засобів захисту і виступає право принести апеляційну скаргу на вирок, якщо захисник сумнівається в правосудності останнього); немає підстав ставити обов'язок захисника оскаржувати неправосудний вирок залежно від того, за призначенням чи за угодою бере участь захисник у справі. Очевидно, що в першому і другому випадку процесуальний статус захисника однаковий, а це обумовлює і єдність обов'язків, у тому числі й на оскарження вироку.

І тому, як стверджує Мартинчик Є.Г., теоретичне обґрунтування відсутності в захисника права на оскарження вироку, якщо проти цього заперечує його підзахисний, не тільки суперечить закону, але й виправдовує бездіяльність багатьох захисників-адвокатів, їх безпринципність і непослідовність при здійсненні функції захисту. А у випадку, коли підзахисний переконає адвоката в непотрібності подання скарги, його відмова продовжувати оскарження повинна бути викладена в письмовій формі, що убереже адвоката від непорозумінь і скарг на неправильну дію (бездію).

Науковець А.Г.Торянников зазначає, що у разі категоричної відмови обвинуваченого від заявлення клопотання чи подання апеляційної скарги адвокат не може цього зробити за нього, пам'ятаючи, що закон наділив захисника повноваженнями на надання юридичної допомоги в реалізації аналогічного права обвинуваченого, а не для демонстрації адвокатом „незалежності” від бажань (вказівок) обвинуваченого. Останнє слово все одно залишається за обвинуваченим, інакше таке гуманне правило, як можливість користуватися допомогою адвоката, перетворилося б на свою протилежність.

Заперечення обвинуваченого проти подання скарги обумовлюється різними причинами. Основна причина їх полягає в тому, що підзахисний, як правило, у більшій мірі, чим захисник, володіє інформацією стосовно того, які несприятливі обставини можуть бути виявлені при повторному розгляді справи.

Подібну позицію підтримує і Ципкін А.Л. Зокрема, він зазначає, що не можна визнати за захисником право на подання апеляційної скарги без згоди і всупереч волі підзахисного навіть тоді, коли захисник вважає мотиви такої відмови від оскарження безпідставними.

На основі проведеного аналізу вищенаведених думок

учених-процесуалістів вбачається вихід, який, так би мовити, влаштовує і захисника, і підзахисного. Слід зобов'язати адвоката:

1) роз'яснити підзахисному всі позитивні й негативні моменти подання і неподання скарги;

2) скласти апеляційну скаргу та ознайомити з нею клієнта;

3) стримати від підзахисного письмову заяву про небажання подавати апеляційну скаргу (на випадок виникнення сумніву в бездіяльності чи непрофесійності адвоката).

У процесуальній літературі спірним являється також питання, чи має право захисник відмовитись від подання апеляційної скарги у випадку, коли на цьому наполягає підзахисний. А.Л. Ципкін вважає таку відмову взагалі недопустимою, оскільки гарантоване Конституцією право обвинуваченого на захист забезпечує участь захисника не тільки в судовому засіданні чи на досудовому слідстві, але й в усіх інших випадках, коли процесуальне законодавство передбачає і допускає участь захисника. Тому, виходячи з того, що право на подання скарги являється невід'ємною частиною права обвинуваченого на захист, адвокат не може всупереч бажанню підсудного відмовитись від подання апеляційної скарги (наприклад, він може допомогти в її складанні і подати її від імені підзахисного). Проте даний обов'язок (подання скарги) не означає, що захисник у цій скарзі повинен підтримувати ту лінію захисту, яку в цій справі проводить його підзахисний. Якщо обвинувачений не згоден із позицією захисника, що проводиться ним в апеляційній скарзі, він може відмовитись від апеляційної скарги захисника (шляхом відкликання останньої або поданням паралельно із захисником і своєї скарги).

*В.М. Шевчук, канд. юрид. наук, доцент
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

**ПРОБЛЕМИ ПОБУДОВИ І ВИКОРИСТАННЯ
ТАКТИЧНИХ ОПЕРАЦІЙ У ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИЦІ
РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ**

Однією з основних тенденцій сучасного розвитку криміналістики і слідчої практики є комплексність слідчих дій, оперативно-розшукових, організаційно-технічних і превентивних заходів з метою вирішення окремих тактичних завдань розслідування в певній слідчій ситуації. Ця тенденція одержала своє відбиття у криміналістичній науці у вигляді концепції тактичних операцій. Тому на сучасному етапі розвитку криміналістики досить актуальною й важливою стає проблема розробки теоретичних засад побудови й використання типових тактичних операцій при розслідуванні окремих видів злочинів.

На сьогодні у криміналістичних дослідженнях і рекомендаціях, які в них містяться, немає єдиного підходу до формування тактичних операцій у криміналістиці, чітко не визначені принципи їх побудови та моделювання. Правильно, на нашу думку, зазначав Р.С. Белкін (2001): приблизний набір тактичних операцій досить бідний, містяться в ньому нерідко зовсім не тактичні операції, а простий перелік дій, за допомогою яких може бути вирішено одне й те ж завдання.

Аналіз криміналістичної літератури і слідчої практики показує, що часто тактичними операціями називають окремі дії, заходи тощо, які в реальності такими не є. Так, у роботах В.О. Образцова, І.М. Комарова, Н.А. Марочкіна, В.Я. Решетнякова, С.В. Лаврухіна та інших називаються наступні тактичні операції: “контрольна закупка”, “контрольне обмірювання”, “виявлення”, “знешкодження взривотехнічних об’єктів”, “зняття залишків”, “реставрація особи і голови невпізаного трупа”, “контрольна перевірка”, “огляд місця події”, “обшук” та ін.

У таких випадках, на думку авторів, мова йде про дії по підготовці й виконанню планованого заходу. Однак вони не є тактичними операціями. Підготовка до проведення слідчої дії чи оперативно-розшукового заходу, як правило, розглядається як частина, елемент його тактики, а складові організаційно-технічних заходів не вважаються тактичними. Інакше кажучи, будь-який допит, обшук, огляд місця події, пред’явлення для впізнання тощо перетворюються на тактичну або оперативно-тактичну операцію. Названі дії можуть стати й елементом тактичної операції, коли вони провадяться не самі по собі, а тактично тісно пов’язані з іншими діями або оперативними заходами. Контрольна закупка в цьому випадку стане елементом

операції із затримання злочинця по “гарячих слідах”, і вона буде мати вже іншу назву, приміром, “затримання злочинця по гарячих слідах”. Крім того, контрольна закупка, зазвичай, здійснюється як оперативно-розшуковий захід (а в деяких випадках – як оперативно-розшукова операція) і не становить собою предмет вивчення криміналістики.

Не можна змішувати тактичну операцію з чисто технічними заходами (наприклад, по знешкодженню вибухових пристроїв) або з організаційно-технічними діями (пов’язаними, наприклад, з реставрацією особи чи голови невідомого трупа), з окремими розшуковими заходами, тактичними прийомами (зокрема, з використанням фактору раптовості тощо). Більше того, виникає сумнів стосовно пропозиції по формуванню тактичних операцій, які іменуються деякими вченими як “огляд місця події”, “обшук” та ін. Відомо, що огляд місця події (обшук) – це слідчі дії. Однак це зовсім не означає, що вони проводяться у формі тактичних операцій. Одиночна дія не може утворити тактичну операцію, оскільки операція – це завжди взаємозалежний і взаємозумовлений комплекс дій, заходів. У зв’язку з цим справедливим, на наш погляд, є зауваження І.В. Борисенка (2001), що тактична операція являє собою комплексне утворення, до якого, крім огляду місця події, входять також дії непроцесуального характеру. До того ж у назві тієї чи іншої тактичної операції мають бути відображені й завдання, що вирішуються за допомогою її проведення на конкретному етапі розслідування.

З урахуванням наведеного можна констатувати, що назріла необхідність розробки єдиних критеріїв формування тактичних операцій у криміналістиці. Вбачається за доцільне при розробці й побудові тактичних операцій урахувати нижчевикладені положення.

По-перше, побудова типових тактичних операцій при розслідуванні деяких видів злочинів зумовлена окремими (проміжними) тактичними завданнями розслідування. Спостерігається досить тісний взаємозв’язок тактичних завдань розслідування злочинів і тактичних операцій. З одного боку, метою тактичної операції завжди є вирішення конкретного завдання розслідування, з другого – окремі проміжні завдання розслідування визначають засоби його вирішення, тобто

зумовлюють певну тактичну операцію. Розробка й побудова типових тактичних операцій тісно пов'язана з визначенням типових тактичних завдань при розслідуванні злочинів. Так, при розслідуванні злочинів проти особи типовими тактичними операціями, як правило, виступають: “розшук та затримання підозрюваного”, “встановлення особи загиблого” та ін. Зрозуміло, що немає необхідності планувати і проводити багато операцій при розслідуванні кожної кримінальної справи. Дійсно, для чого проводити тактичну операцію “встановлення особи загиблого”, якщо його особа була встановлена ще на початку розслідування, чи тактичну операцію “розшук та затримання підозрюваного”, якщо злочинця затримано на місці вчинення злочину. Урахування окремих тактичних завдань дає змогу встановити напрямок розслідування, окреслити коло обставин, які треба з'ясувати, встановити типові засоби їх вирішення.

По-друге, розробка й застосування тактичних операцій ситуаційно зумовлені. При плануванні та проведенні тактичних операцій потрібно враховувати слідчу ситуацію, яка склалася на певний момент розслідування. Аналіз слідчих ситуацій свідчить, що в кожній із них передбачається застосування різноманітних тактичних операцій, а необхідність їх планування та проведення зумовлюється залежно від наявності доказової та орієнтовної інформації. Слідча ситуація, що виникла в процесі розслідування, диктує певний комплекс слідчих і організаційних дій та оперативно-розшукових заходів.

По-третє, розробка типових тактичних операцій потребує врахування виду й категорії злочину. Виникнення та постановка тактичних завдань розслідування зумовлені вчиненням злочином, характером інформації про особу злочинця, спосіб вчинення та приховування злочину, механізм слідоутворення тощо. Певний вид злочинів чи їх група вимагають конкретних тактичних засобів, які можуть бути використані для вирішення окремих тактичних завдань розслідування. При цьому слід мати на увазі криміналістичну характеристику злочину, яка розглядається в теорії криміналістики як узагальнена інформаційна модель (графічна й описова), що становить собою систематизований опис типових криміналістично значущих ознак певної категорії (групи) злочинів, які мають суттєве значення для їх виявлення, розкриття й розслідування. Таким чином, криміналістична

характеристика виступає інформаційним підґрунтям для побудови й формування типових тактичних операцій і використання їх у процесі розслідування.

Отже, оптимізація та підвищення ефективності розслідування злочинів значною мірою залежать від того, наскільки глибоко розроблені теоретичні проблеми формування тактичних операцій, як практика проведення таких операцій забезпечена відповідними методичними розробками. У зв'язку з цим теоретичні засади побудови тактичних операцій і використання їх у теорії криміналістики та практиці розслідування окремих видів злочинів вимагають подальших фундаментальних досліджень і комплексних розробок.

Я.А. Соколова, асистент
*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ТИПІЗАЦІЯ СЛІДЧИХ СИТУАЦІЙ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ ВИКРАДЕННЯ ЛЮДИНИ

Процес розслідування викрадення людини відрізняється складною пошуковою діяльністю по виявленню різного роду доказів, які мають важливе значення та знаходяться, залежно від вірного визначення слідчим тієї слідчої ситуації, яка має місце, на початковому етапі розслідування. Вивченню й розробці слідчої ситуації у криміналістиці приділяється велика увага. Ця проблема розглянута в працях Р.С. Белкіна, Л.Я. Драпкіна, І.Ф. Герасімова, В.Г. Танасевича, В.І. Шиканова, М.О. Селіванова, М.П. Яблокова та ін. Уперше термін “слідча ситуація” ввів у 1967 р. О.Н. Колісниченко. Нині він може розглядатись у двох аспектах, один з яких охоплює стан самого розслідування на даному етапі і має внутрішній характер, другий охоплює сукупність умов, у яких відбувається в даний момент процес розслідування, та носить визначений зовнішній характер.

Слідчі ситуації, що виникають при розслідуванні викрадення людини, відрізняються різнобарвністю, але стійка повторюваність деяких факторів дає можливість типізувати їх. Типові слідчі ситуації злочинів, які розглядаються, залежать від:

– характеру первісних фактичних даних, що стали приводом для порушення кримінальної справи, їх повноти та достовірності;

– відрізка часу, який пройшов з моменту безвісного зникнення потерпілого до початку його розшуку та розслідування обставин події, яка відбулася;

– ступеня збереження первісної обстановки в помешканні, на робочому місці або останньому місці перебування зниклого.

Спираючись на результати узагальнення слідчої та судової практики, залежно від наявності даних про обставини та особу, яка вчинила викрадення людини, можна виділити наступні типові слідчі ситуації.

1. Наявне викрадення людини, слідство має достатньо повні дані про обставини вчинення злочину та про особу, яка його вчинила; злочинець затриманий по “гарячих слідах”.

2. У слідчого є відомості про обставини вчиненого викрадення, але відсутні дані про особу, яка його вчинила.

3. Має місце викрадення людини, слідчий володіє відомостями про обставини вчинення злочину та про особу, яка його вчинила, але місцезнаходження останньої не встановлено.

4. Відомі обставини викрадення та особа, яка його вчинила; злочинця не затримано, але встановлено його місцезнаходження.

5. Слідчий має відомості про обставини вчинення злочину та про особу, яка його вчинила, але відсутня інформація про місцезнаходження викраденої людини.

6. З’ясовано особу злочинця, встановлено місцезнаходження викраденої людини.

Також усі слідчі ситуації при розслідуванні викрадення людини можна типізувати залежно від наявності:

– інформації про виконання або невиконання вимог злочинців та звільнення або не звільнення викраденої особи. Розрізняють наступні слідчі ситуації: а) вимоги злочинців виконані в повному обсязі та жертва злочину визволена; б) вимоги злочинців не виконані або виконані частково, жертва визволена з метою виконання вимог, пов’язаних із вимаганням матеріальних цінностей; в) вимоги викрадачів не виконані та жертва продовжує утримуватись;

– обсягу відомостей про злочинців, які вчинили

викрадення людини. Виділяють такі слідчі ситуації: а) слідчий має конкретні установчі дані про злочинців; б) існують окремі відомості про злочинців; в) відсутня інформація про злочинців;

– наявності інформації про вимоги злочинців: а) зміст вимог злочинців відомий; б) зміст їх вимог невідомий;

– інформації про результати затримання злочинців, які вчинили викрадення людини: а) усі злочинці, які вчинили викрадення людини, затримані; б) затримана лише частина злочинної групи; в) затримати злочинців не вдалося.

Характерною особливістю слідчої ситуації є те, що уявлення про неї охоплює оцінку слідчим ступеня своєї обізнаності про сутність події, шляхи отримання доказів, можливу протидію з боку зацікавлених осіб та способи її подолання. При визначенні послідовності слідчих дій слід урахувувати необхідність початкового проведення тих із них, внаслідок яких має бути отримана інформація, без якої неможливе проведення наступних дій, оцінка зібраних на даному етапі доказів та прийняття певних процесуальних рішень. При виникненні вищевказаних ситуацій дії слідчого повинні бути спрямовані на: перевірку отриманої заяви про факт викрадення людини та роботу з особою, у якої вимагається викуп; розшук викраденої особи шляхом проведення оперативно-розшукових заходів, встановлення місцезнаходження викраденого й виявлення викрадачів; розробку та проведення операції по визволенню викраденої людини; здійснення операції по затриманню викрадачів.

С.В. Томин, аспірант

Юридичний інститут

Прикарпатського національного університету

ім. Василя Стефаника

**“ДЖЕРЕЛО ІНФОРМАЦІЇ” ТА “ДЖЕРЕЛО ДОКАЗУ”
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ТА КРИМІНАЛІСТИЦІ:
РОЗМЕЖУВАННЯ ПОНЯТЬ**

В юридичній літературі джерела, з яких слідство і суд

отримують фактичні дані, що набувають значення судових доказів, отримали назву “джерела доказів”. Однак не будь-які фактичні дані набувають значення доказів, тому не всі джерела фактичних даних отримують статус джерела доказів.

На потребу визначення цього поняття звертав увагу М.В. Салтєвський. Він зазначав: “Якщо фактичні дані – це відомості про факти, що містяться у встановленому законом джерелі, то чому останні не названо в законодавчому визначенні доказів?” Відповідно, немає наукових праць, присвячених висвітленню поняття “джерело інформації”, однак у криміналістичній літературі кінця ХХ ст. – поч. ХХІ ст. все частіше зустрічається поняття “джерела криміналістичної інформації” поряд з терміном “джерело доказів”.

Частково дане питання розглядалось у підручнику з криміналістики за редакцією М.В. Салтєвського і П.Д. Біленчука та в ряді монографічних праць вітчизняних криміналістів.

Основним у визначенні “джерела криміналістичної (криміналістично значущої) інформації” є відмежування його від джерела доказів. Основні відмінності, на нашу думку, полягають у наступному:

1. Джерело інформації – це об’єкт, на якому в результаті відображення події виникають та містяться сліди.

2. Під поняттям “джерело криміналістично значущої інформації” розуміють об’єкти, існування яких (на відміну від джерел доказів) не залежить від законодавчого їх закріплення в чинному законодавстві.

3. Джерела криміналістично значущої інформації містять відомості, що мають значення для розкриття й розслідування злочину.

4. Джерела криміналістично значущої інформації виникають та існують у результаті матеріального або ідеального відображення події злочину в навколишньому середовищі.

5. Джерела криміналістично значущої інформації – це поняття первинне стосовно доказів та їх джерел. Доказ – це інформація, отримана з джерела, допустимість якого обумовлена Кримінально-процесуальним кодексом України (далі – КПК України), за допомогою процесуальних дій, передбачених цим кодексом. Як зазначає Кіпніс Н.М., одним із критеріїв такої властивості є належний порядок проведення процесуальної дії, що

використовується як засіб одержання доказів.

б. Джерела інформації існують в основному для збереження й перенесення у просторі та часі відомостей, які в них містяться. Щодо доказів та їх джерел, то основне їх призначення – сприяти доведенню існування події злочину або ж її відсутності.

Отже, докази та їх джерела завжди повинні перебувати у сфері кримінального процесу, мати встановлену процесуальну форму. Вони виникають і існують лише після певної розумової та практичної діяльності оперативного працівника, слідчого чи судді, які повинні здійснити відповідну роботу щодо перевірки та оцінки джерел інформації згідно із законодавством. Лише тоді джерела інформації можна визнати такими, що введені у сферу кримінального процесу, отримали процесуальну форму та набули статусу доказів у даній кримінальній справі.

Таке розмежування має не тільки теоретичне, але й практичне значення, бо у своїй діяльності органи слідства, суд чи інші суб'єкти кримінального процесу повинні оперувати поняттями “доказ” та “джерело доказів”. Оскільки порядок проведення оперативно-розшукових заходів не врегульований КПК України, визнати їх процесуальними діями було б, на нашу думку, невірним. Тому абсолютно справедливим є твердження С.А. Шейфера про те, що оперативно-розшукова діяльність дозволяє отримати цінні вказівки на об'єкти – можливі носії цієї інформації, з'ясувати їх характер, місцезнаходження, найдоцільніші прийоми отримання і використання фактичних даних, вибрати найефективніші способи доказування, визначити тактичні й технічні прийоми збирання доказів. Отже, ця діяльність (як непроцесуальна) лежить за межами збирання доказів і не може розглядатись як його складовий елемент.

В.Д. Юрчишин, аспірант

Юридичний інститут

Прикарпатського національного університету

ім. Василя Стефаника

**ЄВРОПЕЙСЬКА АКАДЕМІЯ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ
ЯК ВАЖЛИВА МІЖНАРОДНА ОРГАНІЗАЦІЯ**

В ГАЛУЗІ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ

На розвиток експертизи і розширення її можливостей позитивно впливає діяльність судово-експертних установ по здійсненню міжнародних контактів із зарубіжними колегами, що активізується. Викликана вона появою в Україні міжнародної злочинності. Форми контактів можуть бути надзвичайно різноманітними: участь у міжнародних конференціях, обмін експертним досвідом із зарубіжними колегами під час проведення семінарів, прийом делегацій експертів інших країн, їх навчання і стажування в судово-експертних установах, виконання експертиз за завданнями іноземних організацій і громадян, телекомунікації із зарубіжними експертними установами в галузі судової експертизи.

Упорядкуванню міжнародних відносин у галузі судової експертизи може сприяти і участь експертних установ країни в міжнародних експертних організаціях. На початок ХХІ ст. такої організації не існує. Подібну роль у масштабі Європи могла б узяти на себе ENFSI (Європейська Академія судової експертизи), яка існує понад 10 років і є, мабуть, найбільш авторитетною ланкою, що об'єднує судових експертів Західної і Східної Європи. До її складу входять судово-експертні установи більшості країн Європи, і число учасників організації постійно зростає. Керівництво Європейською Академією судової експертизи здійснює Рада директорів.

Історія ENFSI бере початок у 90-х рр. ХХ ст. У рамках ENFSI один раз на 3 роки проводяться Всеєвропейські конференції установ судової експертизи (EAFS). У вересні 1997 р. в роботі першої такої конференції (Лозанна, Швейцарія) брали участь 19 країн, а у вересні 2000 року на другій такій конференції (Краків, Польща) були представлені вже 34 країни Європи, а також США, Австралії, Азербайджану, Росії, Кіпру, Єгипту. Крім пленарних засідань, робота конференції була організована по 18 секціях, що охоплюють увесь спектр сучасної судової експертизи. У роботі третьої конференції Європейської Академії судової експертизи (Стамбул, Туреччина), яка відбулася у 2003 р., взяло участь понад 1500 учасників – представників різноманітних правоохоронних структур Європи, Азії, Америки, Африки й Австралії.

У ході проведення таких конференцій обговорюються

перспективи розвитку судових наук, аспекти теоретичного, інформаційно-методичного й технічного забезпечення проведення різних родів і видів судових експертиз, проблеми застосування сучасних інформаційних технологій в експертній практиці, питання підготовки спеціалістів і підвищення кваліфікації експертів, розвиток нових напрямків експертної діяльності тощо.

Однак Україна не представлена в цій міжнародній організації своїми експертними установами. У той же час Росія представлена в ENFSI Експертно-криміналістичним центром МВС РФ, Російським федеральним центром судової експертизи МЮ РФ та Північно-Західним регіональним центром судової експертизи МЮ РФ. На наш погляд, Україну представляти в даній організації можуть: Координаційна Рада з проблем судової експертизи, науково-консультативна та методична рада з проблем судової експертизи при МЮ України, Державний експертно-криміналістичний центр МВС України і науково-дослідні інститути судової експертизи. На вказані вище організації нормативно-правовими актами, які регулюють питання експертної діяльності в Україні, покладено завдання міжнародного співробітництва в галузі судової експертизи.

Результати діяльності ENFSI високо цінуються як зарубіжними, так і українськими експертами, що підтверджує нашу думку про перспективність розвитку міжнародних контактів у галузі судової експертизи саме через дану організацію. Значення такого роду заходів важко переоцінити, адже саме такі форуми дають можливість встановлювати тісні міжнародні зв'язки між спеціалістами в галузі судової експертизи різних держав з метою протидії злочинності. У перспективі міжнародні контакти в галузі судової експертизи зможуть сприяти: більш ефективній боротьбі із злочинністю як в Україні, так і за її межами; розвитку нових і вже існуючих видів судової експертизи; збільшенню напрямків науково-дослідної та методичної роботи з судово-експертними установами і правоохоронними органами України.

Л.І. Керик, здобувач

Інститут вивчення проблем злочинності

ДОВЕДЕННЯ ДО САМОГУБСТВА: СУТНІСТЬ ТА СОЦІАЛЬНО-ПСИХОЛОГІЧНІ ХАРАКТЕРИСТИКИ

Конституція України визначає життя і здоров'я людини найвищою соціальною цінністю. Стаття 27 Конституції України проголошує невід'ємне право кожної людини на життя. Сучасна теорія права виходить із загального визнання за особою права свідомо розпоряджатися своїм життям. Проте доведення до самогубства (ст. 120 Кримінального кодексу (*далі* – КК України) – це злочин проти особи, що являє собою значну суспільну небезпечність, оскільки він посягає на життя людини, суперечить моральним принципам людського співіснування.

У доповіді Всесвітньої організації охорони здоров'я (ВООЗ) “Про стан охорони здоров'я у світі у 2001 р.” йдеться про те, що самогубство – це результат свідомих дій зі сторони певної особи, яка повністю усвідомлює або очікує летальний кінець, і є на сьогодні однією з основних проблем охорони здоров'я суспільства.

Самогубство являє собою смертельний випадок, який безпосередньо чи опосередковано стає результатом позитивного чи негативного вчинку, котрий був вчинений потерпілим за умови, що останній передбачав такий результат. Виділяють три типи самогубств: егоїстичні – в осіб, недостатньо інтегрованих із соціальною групою; альтруїстичні – повна інтеграція з соціальною групою й аномічні – реакція особистості на тяжкі зміни в соціальних порядках, що призводять до порушення взаємних зв'язків індивідуума і соціальної групи (Е.Дюркгейм). На думку деяких дослідників, статистичними константами даного феномену є: виключна вікова стійкість (від 19-20 років до 35-40 років – найбільш суїцидальний вік), час у добі (з ранку до полудня), сезон (весна), стать (чоловіче явище), заразливий і, як наслідок, колективний характер, переважно це явище великих міст. Якщо вік, час у добі, сезон і стать – чинники асоціального ряду, то масовість, заразливість, міська природа суїциду, безумовно мають соціальний характер.

У сучасному світі смертність від самогубств більш ніж у три рази перевищує смертність від автомобільних катастроф (за

дослідженнями М.І.Ковальова). Вікова ось суїциду змістилась у сторону 24-х і навіть 15-річних уже з кінця 60-х р. нашого століття, причому в найбільш благополучних з економічної точки зору країнах, таких як США, Австрія, Швейцарія, Німеччина, Англія, Голландія, Австралія і Японія. Кожен рік у світі намагаються звести рахунки з життям біля мільйона людей: 280 тис. китайців, 30 тис. американців, 25 тис. японців, 20 тис. французів, 51 тис. росіян (за дослідженнями М.Шевченко). Щорічна кількість завершених самогубств в Україні складає 38 осіб на 100 тис. населення, це один із найвищих показників у світі. Ця статистика показує, що у понеділок вдвоє більше самогубств, ніж у вівторок, у сільській місцевості більше, ніж у міській (у Росії у 1,6 рази більше, а в Україні навпаки в 1,8 рази частіше у містах, ніж у сільській місцевості – дослідження Л. Шестопалової). Серед самогубств чоловіків більше, ніж жінок. Найгірше становище щодо суїциду в Україні останні роки спостерігається в промислових районах: на першому місці Донецька область, далі Дніпропетровська, Луганська, Харківська області (за дослідженнями В.В.Сулицького).

Причинами самогубств у деяких випадках виступає доведення до самогубства. Згідно з кримінальним законодавством, тільки доведення до самогубства (із числа усіх причин, що призводять до самогубства) є кримінально караним злочином проти особи. З точки зору психологів причини суїцидів – це комплекс життєвих криз, які переживає людина (тобто певний психологічний стан). Більше половини самогубств приймають рішення у стані афекту або фрустрації.

Розкриття і розслідування доведення до самогубства передбачає необхідність чіткого діагностування ознак даного злочину. Мова йде про криміналістично значущі ознаки, які дозволяють відрізнити самогубство від навмисного вбивства певної людини. Оптимізація розслідування даної категорії злочинів передбачає розробку її криміналістичної характеристики, встановлення взаємозалежностей між її окремими елементами.

Нині фактично відсутня окрема криміналістична методика, пов'язана із розслідуванням доведення до самогубства. Практика ж розслідування зазначеної категорії злочинів має певні складнощі. Це пов'язане з особливостями доведення по

даний категорії справ, потребою залучення спеціальних психологічних знань, особливостями проведення слідчих дій.

А.М. Домашенко, аспірант
Національна юридическа академия України
им. Ярослава Мудрого

ПРОБЛЕМА ПРИНЯТИЯ ТАКТИЧЕСКОГО РЕШЕНИЯ И ТАКТИЧЕСКИЕ ОШИБКИ

Дефицит информации при расследовании преступлений приводит к усложнению деятельности следователя по принятию решений. Такая деятельность связана с избранием альтернативных решений той или иной задачи расследования, при которой существует вероятность недостижения намеченной цели. Одной из причин этого могут быть ошибки следователя, допущенные при избрании и реализации тактического решения.

Особую сложность представляют собой решения следователя, принимаемые в условиях тактического риска. Избирая оптимальные средства влияния на следственную ситуацию, следователь осознает, что решение, которое он принимает, может быть как верным, так и ошибочным. В этом и состоит особенность принятия решения в ситуации тактического риска.

Выбор цели тактического решения во многом зависит от количества и качества собранного исходного материала, а поэтому степень риска при избрании адекватных, рациональных и эффективных приемов и средств воздействия на следственную ситуацию обратнопропорциональна степени достоверности такого материала.

К числу недостатков, связанных с принятием тактического решения, следует отнести: невыполнение (ненадлежащее выполнение) действий, направленных на собирания информации о расследуемом событии (в частности, непроведение осмотра места происшествия по некоторым категориям дел). Несвоевременность (поспешность либо запоздалость) проведения неотложных следственных действий влечет за собой возможность утраты криминалистически значимой (доказательственной) информации как вследствие

активного противодействия лиц, заинтересованных в сокрытии (уничтожении) следов преступления, так и по причине “противодействия” со стороны сил природы.

Недостатки, связанные с оценкой воспринятой информации, ведут к выдвиганию необоснованных версий. Это зачастую сопровождается завышением со стороны следователя ценности первой, “бросающейся в глаза”, версии, а как следствие – игнорирование фактических данных, которые не всегда укладываются в рамки представляющейся очевидной версии.

Тактические ошибки следователя могут быть связаны с нарушением правил проведения отдельных действий по фиксации и изъятию следов преступления (например, следователь, не имея должной квалификации, снимает отпечатки пальцев, повреждая при этом след). Сюда же следует отнести неправильную очередность их проведения. Так, нередко в распоряжении следователя находится объект, по которому необходимо назначить разного рода экспертизы для анализа именуемых следов. Игнорирование тактической рекомендации, при которой в первую очередь назначаются исследования по следам, менее подверженным изменению, может привести к утрате и невозможности доказательства информации.

Одним из видов существенных недостатков при выборе того или иного тактического решения являются неточное прогнозирование перспектив развития следственной ситуации, характера и времени наступления негативных последствий, а также прогнозирование возможного противодействия со стороны участников процесса. Нередко это сопровождается выбором альтернатив, сулящих немедленные результаты. Однако следователь должен осознавать, что от верности принятого решения в прошлом будет зависеть исход расследования. Прогнозирование позволяет предусмотреть все возможные варианты тактических решений и, при необходимости, отказаться от рискованных, если вероятность успеха в ситуации минимальна, а величина сил и затрат максимальна.

Изучение природы тактических ошибок и путей их устранения и недопущения позволит поднять на новый качественный уровень не только принимаемые следователем тактические решения, но и плодотворно отразится на всем процессе расследования по уголовному делу.