

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

**НОВЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ
ТА ПИТАННЯ ЙОГО
ЗАСТОСУВАННЯ**

**ХАРКІВ
2004**

Нове законодавство України та питання його застосування: Тези доп. та наук. повідом. учасників наук. конф. молодих учених та здобувачів (м. Харків, 26-27 груд. 2003 р.) / За ред. М.І. Панова. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2004. – 166 с.

Редакційна колегія: д-р юрид. наук М.І. Панов (відп.ред.); д-р юрид. наук Ю.В. Баулін, канд. юрид. наук Ю.П. Битяк, канд. юрид. наук В.І. Борисова, д-р юрид. наук М.В. Буроменський, канд. юрид. наук М.П. Воронов, д-р юрид. наук А.П. Гетьман, д-р юрид. наук В.В. Голіна, д-р юрид. наук В.Д. Гончаренко, д-р юрид. наук Ю.М. Грошевой, канд. юрид. наук В.В. Жернаков, канд. юрид. наук В.П. Жушман, канд. юрид. наук Д.В. Задихайло, канд. юрид. наук В.В. Комаров, канд. юрид. наук Л.М. Кривоченко, д-р юрид. наук М.П. Кучерявенко, канд. юрид. наук О.В. Лисодєд (відп. секретар), канд. юрид. наук І.Є. Марочкін, д-р юрид. наук В.К. Попов, канд. юрид. наук В.О. Ріяка, д-р юрид. наук А.М. Статівка, д-р юрид. наук А.Х. Степанюк, канд. юрид. наук В.Д. Ткаченко, д-р юрид. наук Ю.М. Тодика, д-р юрид. наук М.В. Цвік, д-р юрид. наук В.М. Шульга, канд. юрид. наук В.Л. Яроцький.

Адреса редакційної колегії: Україна, 61024, Харків, вул. Пушкінська 77. Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

З М І С Т

І. ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ПИТАННЯ РОЗВИТКУ І ЗАСТОСУВАННЯ НОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

<u>Масвська А.А.</u>	Актуальні питання міжнародного права.....	3
<u>Стешенко В.М.</u>	Напрями адаптації законодавства України у сфері боротьби з нелегальною міграцією до відповідного законодавства Європейського Союзу.....	4
<u>Галан В.О.</u>	Інститут міжнародного правонаступництва та сучасний розвиток законодавства України.....	7
<u>Тарасов О.В.</u>	Імплементаційне законодавство України.....	9
<u>Зимовець А.В.</u>	Питання взаємної відповідальності держави і людини.....	11
<u>Зархіна С.Є.</u>	Філософсько-правові аспекти дослідження мови права.....	12
<u>Чефранов О.А.</u>	Логіко-методологічний аналіз поняття “законодавча техніка”.....	14
<u>Чуйко З.Д.</u>	Конституційно-правове регулювання питання національної безпеки в Україні.....	17
<u>Воронова І.В.</u>	Питання конституційної реформи в Україні.....	19
<u>Домащенко К.В.</u>	Внесення змін до Конституції України як невід’ємна частина політичної реформи в Україні.....	23
<u>Скібіна О.О.</u>	Виборче законодавство України та передвиборна агітація: шляхи вдосконалення.....	25
<u>Лук’янов В.Д.</u>	Зміни правового статусу народного депутата України у контексті політичної реформи.....	28
<u>Жушман М.В.</u>	Питання судового розгляду спорів по виборах народних депутатів України.....	30
<u>Дахова І.І.</u>	Проблеми законодавчого регулювання конституційно-правового статусу Кабінету Міністрів України.....	33
<u>Швачка Г.О.</u>	Особливості правового статусу органів влади Автономної Республіки Крим.....	35
<u>Онупрієнко А.М.</u>	Актуальні проблеми вдосконалення законодавства про місцеві органи влади.....	38
<u>Чапала Г.В.</u>	Місьцеве самоврядування: проблеми законодавчого регулювання.....	40
<u>Руденко М.В.</u>	Удосконалення законодавства про місцеве самоврядування: окремі питання.....	42
<u>Набока І.В.</u>	Засідання постійних комісій як організаційно-правова форма роботи місцевих рад.....	45
<u>Мірошниченко О.А.</u>	Міжнародні стандарти застосування необхідної сили та законодавство України.....	48

<u>Розумна Н.А.</u>	Регламентация і забезпечення прав дітей в Україні.....	50
<u>Качур О.А.</u>	Закон України “Про біженців”: сучасний стан і проблеми.....	52
<u>Задихайло О.А.</u>	Питання застосування нового законодавства України у сфері управління культури.....	54
<u>Татій Л.В.</u>	Взаємовідносини органів управління юстиції та адвокатури.....	55
<u>Боговский Д.Е.</u>	Особенности построения структуры органов административной юстиции.....	58
<u>Войтенко Д.А.</u>	Логічні засоби обґрунтування в судовому пізнанні.....	61
<u>Ярошенко О.М.</u>	Сфера дії трудового права України.....	63
<u>Сільченко С.О.</u>	Юридичні властивості строкового трудового договору.....	65
<u>Занфірова Т.А.</u>	Централізоване регулювання трудових відносин: деякі теоретичні аспекти.....	68
<u>Середа О.Г.</u>	Щодо правосуб’єктності роботодавця – фізичної особи, яка застосовує найману працю для задоволення побутових потреб.....	70
<u>Жоравович Д.О.</u>	Щодо питання трудової міграції.....	73
<u>Гринюк Д.О.</u>	Державне соціальне страхування материнства...	75
<u>Юровська В.В.</u>	Безробіття як соціальний ризик у соціальному страхуванні.....	78
<u>Лукашев О.А.</u>	Проблеми взаємодії інститутів фінансового законодавства.....	80
<u>Храбров А.О.</u>	Проблеми правового регулювання податкових відносин.....	82
<u>Башняк О.С.</u>	Питання прямого оподаткування у зовнішньоекономічній діяльності: принципи резидентства і територіальності.....	85

II. ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ НОВОГО ЦИВІЛЬНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА

<u>Бринцев О.В.</u>	Щодо нових способів захисту права в новому цивільному законодавстві України.....	87
<u>Крижна В.М.</u>	Право інтелектуальної власності на торговельну марку за Цивільним кодексом України.....	90
<u>Уркевич В.Ю.</u>	До питання про визначення поняття “виробничий кооператив” за новим законодавством України.....	92
<u>Первомайський О.О.</u>	Регулювання новим Цивільним кодексом України участі територіальних громад у цивільних правовідносинах.....	94

<u>Жидельова А.Ю.</u>	Речові права в новому Цивільному кодексі України.....	96
<u>Розгон О.В.</u>	Межі здійснення права власності в аспекті нового Цивільного кодексу України.....	98
<u>Герасимчук О.В.</u>	До питання про обмеження договірної свободи в деяких договорах за новим Цивільним кодексом України.....	101
<u>Міхно О.І.</u>	Припинення договору виконанням за новим законодавством України.....	103
<u>Герц А.А.</u>	Правове забезпечення іпотечних відносин в Україні.....	105
<u>Коструба А.В.</u>	Співвідношення коносаменту і договору перевезення вантажу (з огляду на положення нового Цивільного законодавства України).....	108
<u>Константа О.В.,</u>	Окремі питання застосування нового митного законодавства України.....	110
<u>Ігонін В.К.</u>	Питання використання земель при здійсненні геологічного вивчення надр.....	112
<u>Філатова В.К.</u>	Принцип повного відшкодування шкоди, заподіяної екологічним правопорушенням, за законодавством Росії.....	114

ІІІ. ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ НОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

<u>Пономаренко Ю.А.</u>	Положення Загальної частини Кримінального кодексу України, що регулюють діяльність законодавця.....	117
<u>Ус О.В.</u>	Особливості добровільної відмови підбурювача.....	119
<u>Гринчак С.В.</u>	Незаконна трансплантація: законодавчий досвід пострадянських держав.....	122
<u>Подільчак О.М.</u>	Ревнощі, як мотив при кваліфікації злочинів, учинених жінками.....	124
<u>Кушнір П.Г.</u>	Ізоляція від суспільства як ознака розмежування обмеження та позбавлення волі.....	127
<u>Четверикова О.С.</u>	Поняття та значення вторинної класифікації засуджених.....	130
<u>Яковець І.С.</u>	Порядок визначення виду режиму установи виконання покарань.....	132
<u>Ткачова А.В.</u>	Громадські роботи як вид покарання.....	135
<u>Туманянц А.Р.</u>	Актуальні питання подальшого вдосконалення кримінально-процесуального законодавства.....	138
<u>Гриненко С.О.</u>	Питання структури і нормативного змісту принципів кримінального процесу.....	140

<u>Байдін Ю.В.</u>	Щодо питання адаптації кримінально-процесуального законодавства України до європейських правових стандартів.....	142
<u>Захаров Д.О.</u>	Напрямки реформування системи перегляду судових постанов у кримінальному процесі.....	145
<u>Тищенко О.І.</u>	Судовий контроль за обранням запобіжного заходу взяття під варту.....	147
<u>Давиденко С.В.</u>	Потерпілий як суб'єкт, що здійснює функцію обвинувачення.....	150
<u>Бобечко Н.Р.</u>	Про завдання стадії перегляду судових рішень у порядку виняткового провадження.....	152
<u>Подкопась С.В.</u>	Проблеми застосування законодавства, що регулює дисциплінарну відповідальність суддів.....	155
<u>Курман О.В.</u>	Розслідування шахрайства з фінансовими ресурсами (деякі криміналістичні аспекти).....	157
<u>Калужна О.М.</u>	Окремі організаційні моменти розслідування злочинних діянь, пов'язаних з підробленими грішми, державними цінними паперами, білетами державних лотерей.....	159

I. ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ПИТАННЯ РОЗВИТКУ І ЗАСТОСУВАННЯ НОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

А.А. Маєвська, канд. юрид. наук, асистент.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

“Право ніколи не повинне пристосовуватися до політики, політика ж завжди має пристосовуватися до права”. Так вважав Імануїл Кант. Переможці над Багдадом, як бачимо, дотримуються іншої думки. Вже британський міністр іноземних справ Стро рекомендує Раді Безпеки ООН “визнати нову реальність”. Тобто Рада Безпеки ООН має санкціонувати війну проти Іраку, яка є порушенням міжнародного права, і таким чином легалізувати злочин.

Адміністрація Буша має намір відправити в архів міжнародне право, яке є по суті мирним правом, і замінити його на правило нанесення превентивних ударів. Чим визнає війну не злом, а необхідністю.

Слід зазначити, що політика війни, усунувши старі проблеми, створила нові. Так, ненависть з боку мусульман – це важкий тягар нового світового порядку. А такі країни, як Індія й Північна Корея, беруть приклад із США і теж загрожують превентивними ударами. Дійсно, на Близькому Сході може й вдасться подолати деяку закоснілість і скористатися новими шансами, якщо Вашингтон не буде вважати себе зобов'язаним дотримуватися правил гри.

Проблема ж полягає у символічному зловживанні міжнародним правом: усі учасники конфлікту посилаються на міжнародне право. Тривогу викликає не слабкість міжнародного права, а співвідношення між загальною обов'язковістю норми і її застосуванням до конкретної ситуації. В тому, що міжнародне право залишається в силі, нема ніяких сумнівів. Вони виникають тоді, коли з'являється необхідність відповісти на конкретне запитання: чи є резолюція Ради Безпеки ООН правовою основою для воєнного удару по Іраку? Бо формулювання, що міститься у ній, про “серйозні наслідки” мало відрізняється від – “про застосування усіх необхідних заходів”, що є звичним для мандатів ООН, які санкціонують застосування сили.

Цілком імовірним є те, що Генеральна Асамблея ООН доручить Міжнародному кримінальному суду провести правову експертизу питання про законність військової операції проти Іраку. Політичним стратегам і солдатам країн, що розв'язали війну, загрожує небезпека з боку міжнародних та національних судів. Німецькі суди, наприклад, до сих пір розглядають вимоги щодо компенсації, пред'явлені Югославією до Німеччини після війни в Косово. Як заявили союзи адвокатів Великої Британії та Іспанії, Міжнародному кримінальному суду доведеться зайнятися розглядом скарг проти Блера й Аснара. Та й американські діячі світової політики дуже самовпевнено вважають себе недосяжними для Міжнародного кримінального суду. Резолюція, на яку спираються американські дипломати, може слугувати правовою основою тільки в тому випадку, якщо “дії вчинялися з санкції ООН”. А, як відомо, напад на Ірак не

був санкціонований ООН.

Багато запитань викликають заяви США стосовно того, що вони володіють “суверенним правом” судити іракських лідерів за міжнародні злочини у своєму суді й не будуть передавати Саддама Хусейна і його наближених ніяким міжнародним судовим органам. Високопосадовці представники Пентагона і Держдепартаменту відкинули можливість участі Міжнародного кримінального суду в процесі над Хусейном і його оточенням. Американці вважають, що справи іракських лідерів мають розглядатися у федеральних судах США або спеціально створених військових трибуналах.

В.М. Стешенко, канд. юрид. наук, асистент.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

НАПРЯМИ АДАПТАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ У СФЕРІ БОРОТЬБИ З НЕЛЕГАЛЬНОЮ МІГРАЦІЄЮ ДО ВІДПОВІДНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Актуальність даного питання зумовлена, по-перше, тим, що проблеми нелегальної міграції у всьому світі набувають дедалі більшого значення. По-друге, досвід боротьби з нею, накопиченим у Європейському Союзі (ЄС), оскільки саме цей регіональний стандарт є найбільш ефективним. По-третє, необхідністю поетапного прийняття та впровадження нормативно-правових актів України, розроблених з урахуванням законодавства ЄС, що є складовою державної політики України, передбаченої Законом України “Про Концепцію Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу” від 21 листопада 2002 р. № 228-IV.

Законодавче регулювання ЄС щодо надання притулку громадянам третіх країн відбувається як на основі універсальних міжнародних договорів (передусім Женевської Конвенції щодо статусу біженців від 28 липня 1951 р. та Нью-Йоркського Протоколу щодо статусу біженців від 31 січня 1967 р.), так і на основі відповідних актів власне ЄС, зокрема, центральним нормативним актом у цій галузі є так звана Дублінська конвенція, укладена у Дубліні (Ірландія) 16 червня 1990 р.

Законодавством ЄС детально врегульовано питання щодо: мінімальних стандартів надання тимчасового захисту у випадку масового напливу переміщених осіб; критеріїв і механізмів встановлення держави, відповідальної за розгляд прохання про надання притулку, поданого в державі-члені; засобів запобігання зловживанням процедурою отримання статусу біженця громадянами з третіх країн; аналізу ситуації в третіх країнах.

Правове регулювання перетину зовнішніх кордонів ЄС має за мету в загальний спосіб досягти забезпечення безпеки і контролю за незаконною імміграцією, зокрема, через запровадження аеропортної транспортної візи (АТВ), яку повинні мати громадяни деяких країн (переважно країни з нестабільною центральною владою, де точиться внутрішній військовий конфлікт) для транзиту через міжнародні зони аеропортів держав-членів, як виняток за принципом вільного транзиту, викладеного у Додатку 9 до Чиказької конвенції про міжнародну цивільну авіацію. Перелік країн

може змінюватися одногосним рішенням Ради. Щодо АТВ, то вони надаються консульськими установами держав-членів.

Засобами ефективної візової політики є встановлення уніфікованих форматів для віз на термін до трьох місяців та понад трьох місяців, а також форматів транзитних віз через територію держав-членів чи через транзитні зони аеропортів. Особливі заходи стосовно візової політики покладаються на консульські установи, зокрема, відносно: обміну інформацією щодо критеріїв надання віз, ризиків для національної безпеки і публічного порядку та ризику нелегальної імміграції; організації взаємних візитів посадовців, відповідальних за надання віз, з метою поліпшення обміну інформацією; обміну інформацією з метою допомоги у перевірці сумлінності прохачів віз та їх репутації.

Регулювання міграції також здійснюється шляхом: обмеження допуску громадян третіх країн на територію держав-членів для працевлаштування; обмеження допуску громадян третіх країн на територію держав-членів із метою здійснення діяльності як самопрацевлаштовані особи; допуску громадян третіх країн на територію держав-членів для навчання; регулюванням статусу громадян третіх країн, що проживають на довгостроковій основі на території держав-членів; вжиття заходів для боротьби з фіктивними шлюбами.

Досить ефективним засобом боротьби з нелегальною міграцією є видворення, зокрема, взаємне визнання рішень щодо: видворення громадян третіх країн; єдиної практики, якої дотримуються держави-члени щодо видворення; перевірок та видворення громадян третіх країн, які проживають або працюють без дозволу; гармонізації засобів боротьби з нелегальною імміграцією і нелегальним працевлаштуванням та поліпшенням відповідних засобів контролю; боротьби з нелегальним працевлаштуванням громадян третіх країн; обміну інформацією про добровільну репатріацію.

Особливу увагу приділено формуванню і підтриманню інформаційних систем, зокрема створення “Центру інформації, обговорення й обміну інформацією щодо притулку” (CIREA), а також заснування системи “Eurodac” для порівняння відбитків пальців.

Окремим документом було створено Європейську систему архівування зображення. Система дозволить обмінюватися за допомогою комп’ютерних засобів і за короткий час інформацією, яка є у держав-членів, стосовно: зображення фальшивих або підроблених документів; зображення справжніх документів; резюме інформації щодо прийомів підробки документів; резюме інформації щодо прийомів забезпечення безпеки документів.

Отже, головний принцип політики ЄС щодо боротьби з нелегальною міграцією, який знайшов відображення у відповідних нормативно-правових документах, полягає у встановленні певних процедур для осіб, які легально перетинають кордони ЄС; відповідно всі особи, що порушують встановлені правила, визнаються нелегальними мігрантами і до них застосовуються заходи кримінального та адміністративного впливу.

Особливо слід зазначити, що реалізація Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства ЄС буде неможливою без обов’язкового врахування вимог законодавства ЄС у сфері боротьби з нелегальною міграцією при нормопроєктуванні відповідного вітчизняного законодавства.

В.О. Галан, аспірант.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ІНСТИТУТ МІЖНАРОДНОГО ПРАВОНАСТУПНИЦТВА ТА СУЧАСНИЙ РОЗВИТОК ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Більш як десятирічна практика незалежності України призвела до вирішення багатьох питань врегулювання правовідносин, які постали після розпаду Союзу РСР. Однак ще багато проблем законодавчо не вирішено.

Розглянемо питання, які були вирішені (повністю або частково) на рівні міжнародних договорів та внутрішнього законодавства.

Громадянство: дане питання було врегульовано Законом України “Про правонаступництво України” від 12.09.1991 р. (ст. 9), за основу врегулювання прийнято теорію проживання осіб на території держави-набувача та автоматичне право на набуття ними громадянства України.

Власність: ст. 14 Віденської конвенції про правонаступництво держав стосовно майна, архівів та боргів держав 1983 р. висвітлює звичайний підхід щодо розподілення власності при правонаступництві (за угодою сторін; якщо немає угоди, нерухоме майно залишається у держави – носія відповідальності за територію, на якій таке майно розташоване; рухоме майно переходить до тієї держави, з обслуговуванням діяльності якої воно пов’язане). Досі немає внутрішнього акта, який регулював би правове положення тієї власності, яка лишилася за Україною, але знаходиться на території Росії та який співвідносився б з Угодою 1992 р. про розподілення всієї власності колишнього СРСР за кордоном.

Державний архів: проблему вирішено на рівні Угоди про правонаступництво у сфері державних архівів 1992 р.

Питання, що потребують вирішення шляхом прийняття актів внутрішнього законодавства та/або укладання міжнародних договорів.

1. Зовнішній борг України: незважаючи на спробу укладення Угоди між Російською Федерацією та Україною від 9 грудня 1994 р., залишається відкритим питання відповідальності за частину зовнішнього боргу, яка визнана Україною (16,37 % від боргу СРСР) та відповідальності РФ щодо частини золотого та алмазного фондів та інших елементів “спадщини” України від Радянського Союзу. Отже, проблема законодавчого відображення факту прийняття на себе зобов’язання погасити борг, а також джерел такого погашення та механізм повернення частини “спадщини” вимагають врегулювання на рівні внутрішнього законодавства.

2. Державний кордон: детально не вирішено й досі питання державних кордонів між країнами колишнього Союзу. Дана проблема розглядалась одразу ж після розпаду СРСР, міжнародне співтовариство вимагало як найскорішого прийняття рішення та результат був таким, який може бути при такому швидкому перебігу подій. Для незалежної України значення Чорноморсько-Азовського басейну дуже зросло, особливо у політичних, економічних та оборонних аспектах. Українські морські державні кордони є одними з тих у Європі, які мають найбільший протяг, що характеризує Україну як одну з крупних морських держав. Делімітація морських просторів законодавчо не урегульована. Верховною Радою України було прийнято Закон “Про

виключну економічну зону” від 16.05.1995 р. У зв’язку з існуванням певних труднощів правового характеру стосовно застосування законодавства колишнього СРСР у цій сфері і ратифікацією Україною Конвенції про морське право 1982 р. актуальним є прийняття національного закону, який має безпосередньо встановлювати правовий режим континентального шельфу, в тому числі й юридичну основу його розмежування з сусідніми державами (нині чинні Конвенція ООН 1958 р. про континентальний шельф та Конвенція про морське право 1982 р.).

Крім цього, факт розташування Російської Чорноморської бази на території м. Севастополя не відповідає вимогам ст.17 Конституції України, якою встановлено заборону на розташування військових баз іноземних держав на території України. Тобто Угода між Урядом Російської Федерації та Урядом України про взаєморозрахунки, пов’язана з поділом Чорноморського флоту та його перебуванням на території України, є такою, що потребує подальшого та більш виваженого законодавчого врегулювання.

Культурні цінності – тут уряд України звертався до Федеральних зборів РФ відносно питання повернення культурних цінностей згідно з існуючими міжнародними нормами, а також угодами, підписаними в рамках СНД. Однак дане питання не було вирішене.

Отже, тільки у сфері зобов’язань, які виникли внаслідок правонаступництва України після розпаду колишнього СРСР, вже маємо чимало питань, що вимагають врегулювання на рівні як міжнародних договорів, так і національного законодавства.

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

ІМПЛЕМЕНТАЦІЙНЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ

У ст.9 Конституції України, ст.12 ч.1 і ст.17 ч.1 Закону “Про міжнародні договори України” від 22 грудня 1993 р. визначені основи механізму національно-правової імплементації міжнародно-правових зобов’язань України (*Див.: Рабінович П.М., Раданович Н.М. Європейська конвенція з прав людини: проблеми національної імплементації. – Львів, 2002*). У зв’язку з цим потребує свого чіткого визначення сукупність національних правових норм, спеціально призначених для забезпечення функціонування у внутрішньому правопорядку норм міжнародного права (МП). На нашу думку, найбільш точним терміном буде “імплементаційне законодавство” (ІЗ).

Імплементаційне законодавство України – це комплекс норм внутрішнього права (ВП) різної галузевої належності, призначений забезпечити нормальне функціонування механізму національно-правової імплементації міжнародно-правових зобов’язань України. Його основне завдання – усунути можливі колізії та узгодити між собою ВП і МП.

Так, ІЗ складається з норм загального та спеціального законодавства. Норми загального законодавства, що входять до складу ІЗ, можуть бути прийняті до, під час та після набуття чинності для України відповідних міжнародно-правових зобов’язань. Головне – що вони об’єктивно входять до механізму національно-правової

імплементатії і тому безпосередньо зв'язані з конкретними міжнародно-правовими зобов'язаннями. Після припинення міжнародно-правового зобов'язання норми загального законодавства, що раніше входили до складу ІЗ, продовжують діяти як звичайні норми ВП, не пов'язані безпосередньо з нормами МП. Норми спеціального законодавства, що входять до складу ІЗ, автоматично виникають, змінюються та припиняють свою дію одночасно з виникненням, зміною та припиненням чинності конкретного міжнародно-правового зобов'язання України. До цих норм відносять правила так званих самовиконуваних міжнародних договорів. Їх особливістю є те, що вони за змістом не можуть мати протиріч з міжнародним договором, який є їх джерелом. Винятком є випадки, коли переклад офіційного тексту на державній мові не відповідає змісту самого міжнародного договору або помилки при застосуванні та тлумаченні відповідних норм. У свою чергу, норми загального законодавства, що входять до складу ІЗ, можуть не мати суперечностей, частково мати їх чи, на жаль, повністю не відповідати міжнародно-правовим зобов'язанням України. В останніх двох випадках виникають колізії не тільки між нормами ВП і МП, але й у самому ВП між нормами загального і спеціального ІЗ. У цьому випадку колізія вирішується згідно з правилом "спеціальна норма відміняє дію загальної". Складніше усунути колізію між нормами ВП і МП, коли відсутня норма самовиконуваного міжнародного договору. Це вимагає вже спеціальної імплементаційної законотворчості по приведенню законодавства України у відповідність зі своїми міжнародно-правовими зобов'язаннями.

Слід також звернути увагу на те, що в світі не існує двох однакових механізмів усунення колізій між нормами ВП і МП. Кожна держава формує особливий механізм національно-правової імплементації своїх міжнародно-правових зобов'язань. Його основу традиційно складають три підходи: 1) верховенство ВП над МП; 2) верховенство МП над ВП; 3) рівність МП і ВП. У кожному з підходів можливі свої національні особливості. Наприклад, у першому визнається верховенство МП не над всім ВП, а тільки над законодавством держави. У такому випадку співвідношення МП і Конституції можливо вирішити у відповідності з другим чи третім підходом. Аналогічно вирішується питання співвідношення окремо звичаєвих та договірних норм МП з нормами ВП, співвідношення в цілому правових систем або їх окремих елементів (інститутів, галузей аж до окремих правових норм) тощо. Чинний в Україні механізм національно-правової імплементації потребує свого вдосконалення у частині більш чіткого визначення способів надання державою згоди на обов'язковість міжнародних договорів, місця міжнародно-правових звичаїв у ВП України, співвідношення міжнародно-правових норм з прав людини з конституційними нормами й усунення можливих суперечностей між часом вступу у чинність міжнародного зобов'язання згідно з МП та часом вступу у дію відповідного національного ІЗ України, вирішення питання застосування норм МП у разі відсутності офіційно опублікованого тексту міжнародного договору або його неточного перекладу на державну мову тощо.

А.В. Зимовець, аспірант.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ПИТАННЯ ВЗАЄМНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ І ЛЮДИНИ

Конституція України у ст. 3 закріпила, що права і свободи людини, їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, вона відповідає перед людиною за свою діяльність, а також, що утвердження та забезпечення прав і свобод людини є головним її обов'язком.

Ці положення Основного Закону України визначають подальший розвиток української держави на сучасному етапі і, зокрема, розвиток взаємовідносин держави і громадянського суспільства, держави і окремої людини.

На жаль, тепер, коли в державі відбуваються дуже значні трансформаційні процеси, зазначені конституційні приписи не досить ефективно втілюються в життя, відсутній юридичний механізм їх реалізації. Тому надзвичайно важливим і актуальним є розгляд питань взаємовідносин держави, з одного боку, і громадянського суспільства, людини – з іншого, як у теоретичному, так і в практичному аспекті.

Однією з провідних і базових основ взаємовідносин цих суб'єктів є принцип взаємної відповідальності держави і людини.

Конституційно-правове регулювання відповідальності у взаємовідносинах держави і людини виходить із визнання невід'ємним і основоположним принципом взаємовідносин держави і людини, конституційного ладу взагалі принцип взаємної відповідальності цих суб'єктів, а також із того, що існування, наявність інституту соціальної відповідальності і, в першу чергу, відповідальності юридичної, у відносинах між державою і людиною є об'єктивною необхідністю, більше того, гарантією нормального, правомірного розвитку взаємовідносин між ними.

Конституційно-правова регламентація взаємної відповідальності держави і людини має свої особливості, серед яких основні – це: посилення ролі права у реалізації відповідальності держави перед людиною, юридизація цієї відповідальності; зміщення акценту відповідальності з людини на державу, нині держава повинна нести основний тягар відповідальності; відхід від пріоритету колективної форми відповідальності, індивідуалізація відповідальності людини перед державою; системність конституційно-правового регулювання питань відповідальності у взаємовідносинах держави і людини; поєднання позитивного і негативного способів формулювання прав і обов'язків держави і людини у сфері реалізації їх відповідальності один перед одним; поєднання загального і конкретного нормування реалізації взаємної відповідальності держави і людини.

Взаємній відповідальності держави і людини властиві такі функції: охоронна, організуюча (регулятивна), стабілізуюча, обмежувальна, компенсаційна, штрафна, попереджувальна (превентивна), виховна та деякі інші.

С.Є. Зархіна, здобувач.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ДОСЛІДЖЕННЯ МОВИ ПРАВА

Для пострадянського періоду досліджень в Україні та інших державах СНД

характерне стрімке зростання інтересу до філософсько-правової проблематики. У її тематичному спектрі все більш значну роль відіграють питання аналізу мови права. Хоча й можна стверджувати, що вони завжди були актуальними як для вітчизняних, так і закордонних юристів, проте переважно їх розглядали і продовжують розглядати під кутом зору інструментальної юридичної техніки. Інструментальна орієнтованість юридично-лінгвістичних розвідок – це, звичайно, дуже важливий для теорії і практики, але далеко не єдиний вектор перспективних дослідницьких зусиль. Власне ж філософські аспекти стали залучатися лише останнім часом, головним чином у зв'язку з обговоренням логічного статусу термінів, удосконалювання юридичних визначень і близьких до них питань семіотичного аналізу, що, як правило, зводяться тільки до семантики природної мови, залишаючи осторонь такі семіотичні аспекти, як синтактика і прагматика мови права.

На наш погляд, заслуговують на увагу ще й такі явно філософські сюжети, як з'ясування основних соціальних, гносеологічних і праксіологічних функцій мови права; стратифікація і сегментування мови права; осмислення зв'язку мови права, правосвідомості й законодавства; з'ясування відмінностей і взаємодії мови і мовлення в сфері права; встановлення соціально-комунікативної функції мови права в єдності її діахронічного (генетичного, історичного, еволюційного) і синхронічного (структурного, типологічного, морфологічного) аспектів; парадигмальне значення мови класичних пам'ятників правової думки; вплив на мову сучасних правових доктрин; індивідуально-особистісні впливи видатних юристів на процес формування мови права; міжособистісні комунікації в юридичній практиці й відповідна їм таксономія мовленнєвих актів у дусі Дж. Остина -Дж. Сьорля; соціальні умови ефективної мовної комунікації юридично-значущого характеру; специфіка мови права як форми існування національної мови та їх взаємодія; вплив соціально-культурного контексту на форми мовної й мовленнєвої діяльності; соціально-культурні критерії комунікативної норми і аномалії в мові юриста; логічні, психологічні й риторичні умови доказовості й переконливості судової мови; можливості й обмеження логічної формалізації природних мов права; прагмалінгвістичні критерії формування і оптимальної інтерпретації правових норм тощо.

Особливий філософський інтерес викликає співвідношення мови права та мов інших відносно самостійних форм суспільної свідомості (політика, економіка, релігія, мораль) і мов спеціальних наук (зокрема, мов технології, що розуміється в самому широкому змісті, включаючи, наприклад, медицину, спорт або військову справу). У першому випадку в мовному вживанні юриста знаходяться лексеми, відносно звичні для більшості людей навіть із середньою освітою. Їхня контекстуальна звичність може служити і фактично служить формуванню “мовних пасток” при інтерпретації, а якщо застосувати аналогію з економікою засобів виробництва, може призводити до швидкого морального старіння і морального зносу правових норм, сконструйованих із застосуванням подібних ситуативно-зрозумілих “тут і тепер” слів, що викликають заперечення вже через кілька років після видання норми. Яскравим прикладом є текст Конституції України, перенасичений політико-риторичними виразами на кшталт “соціальна держава”, які не мають однозначного правового змісту. В другому випадку мова йде про відносно сталі терміни спеціальних наук (наприклад, у сфері нормативного регулювання роботи енергетичних або транспортних підприємств, інформаційних технологій і т.ін.), що, мабуть, з одного боку, не входять до

складу власне юридичної мови, з іншого – входять у мову законодавчих актів і тим самим у мову права, а, отже, зобов'язують юриста розбиратися з їхнім точним значенням і змістом для грамотного конструювання і застосування нормативного розпорядження.

В обох випадках філософсько-семіотичний аналіз мови права виводить дослідника на принципово новий рівень аналізу вже не просто універсальної юридикомовної компетентності, а на рівень профільованої мовної компетентності юриста-експерта в конкретній складній галузі правового регулювання.

Отже, докладніше. І у нас, і за кордоном традиційно склалася переважно гуманітарна модель підготовки юристів. У розвинутих країнах вона вже досить давно починає руйнуватися, поступаючи витонченому професіоналізмові у відносно вузькій сфері спеціалізації. Особливо показовий щодо цього підхід до підготовки юристів у США, де, як правило, трирічне навчання в юридичній школі можна почати тільки після закінчення університету і отримання ступеня як мінімум бакалавра з якоїсь іншої спеціальності. Таким чином, будь-який юрист має необхідну для вузької спеціалізації мовну компетентність щонайменше у двох споріднених сферах – конкретно-спеціальній і юридичній, що, на наш погляд, сприятливо позначається на функціонуванні всієї правової системи.

Подібна тенденція в останнє десятиріччя стала чітко проглядатися і в Україні разом із переходом до ринкових відносин і появою приватного підприємництва. Сам факт масового приходу до юридичних вузів і факультетів інженерів або лікарів, що стали власниками або менеджерами приватних фірм і відчували потребу в професійних юридичних знаннях, є необхідною, хоча все ще й недостатньою умовою практичного розв'язання колізій в мові права.

О.А. Чефранов, аспірант.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ЛОГІКО-МЕТОДОЛОГІЧНИЙ АНАЛІЗ ПОНЯТТЯ “ЗАКОНОДАВЧА ТЕХНІКА”

Визначення поняття “законодавча техніка” є досить актуальною проблемою, бо єдиної думки про зміст даного поняття у філософії права та в загальній теорії держави і права поки що немає.

На думку румунського теоретика права А. Нашиц, поняття “законодавча техніка” можна розуміти в широкому або вузькому значеннях.

У широкому значенні законодавча техніка – це вся діяльність щодо розробки рішень, за допомогою якої підготовляються засоби, необхідні для проведення в життя принципів та установок законодавчої політики. Законодавча техніка в широкому значенні охоплює як розробку власне рішень, так і розробку рішень, які звичайно називають рішеннями технічного порядку. Відповідно розрізняють операції з підготовки правових норм з точки зору їхньої суті, змісту та операції, за допомогою яких рішення й здобувають свою специфічну форму вираження.

У вузькому значенні – це стадія власне технічної побудови норм із власти-

вими її технічними засобами і прийомами. Думається, що неприпустимо включати в зміст даного поняття такий елемент, як праворегулюючу діяльність у її процедурних і організаційних аспектах. Так, А. Нашиц пропонує розглядати поняття “законодавча техніка” виключно щодо тих прийомів і засобів, за допомогою яких рішення здобувають здатність реалізовуватися, сприйматися громадською думкою, тобто в плані технічних засобів і прийомів, які використовує законодавець при побудові правових норм.

Погоджуючись з А. Нашиц, Д.А. Керимов у питанні про неприпустимість включення законодавчої процедури як виду родового поняття “законодавча техніка”, зазначає, що А. Нашиц ігнорує те, що законодавча техніка містить у собі прийоми й засоби систематичної (і корпоративної та кодифікаційної) обробки законодавчого матеріалу. На його думку, ця частина законодавчої техніки займає в ній значне місце. Виходячи з цього, російський вчений розуміє дане поняття як визначену систему спеціальних знань, навичок оволодіння мистецтвом формування і формулювання законодавчих актів, необхідних при створенні нормативно-правових правил, законів, підзаконних актів та їх систематизації. У своїй праці “Законодавча техніка” вчений розглядає сутність закону, способи систематизації законодавчих актів, а також логіку стиль і мову закону.

Зазначимо, що Ю.А. Тихомиров вважає, що А. Нашиц трактує дане поняття дуже широко, тому що допускається змішування змістовних аспектів розробки правових рішень і правил із прийомами їх юридичного оформлення, а Д.А. Керимова критикує за намагання відобразити в даному понятті природу закону, норми структури, логіки, стилю, що певною мірою “розчиняє” дане поняття. А, отже, під “законодавчою технікою” варто розуміти насамперед систему правил і прийомів підготовки найбільш досконалих і доцільних за формою й структурою проектів нормативних актів.

За Тихомировим, вказане поняття – це система правил, призначених і використовуваних для пізнавально-логічного і нормативно-структурного формування правового матеріалу й підготовки тексту закону. Він погоджується з тим, що включення в поняття “законодавча техніка” усього процесу правотворення є неправильним, бо це не дозволяє адекватно відбити специфіку прийомів підготовки різних правових актів.

На думку А.Ф. Черданцева, під “законодавчою технікою” слід розуміти сукупність правил, прийомів, засобів і способів підготовки складання й оформлення нормативних актів, а А.І. Рарог і Ю.В. Грачова, представляючи поняття “законодавча техніка” у вузькому значенні (як точний виклад *ratio* правової норми в словесній формі), розуміють під нею сукупність прийомів і засобів викладу норм права, що адекватно відображає її соціальний і юридичний зміст. Основними змістовними елементами цієї сукупності виступають різні способи, за допомогою яких сутність норми об’єктивується і вона набуває відповідної форми.

У свою чергу, В.В. Лазарев вважає, що “законодавча техніка” – це ряд правил щодо розробки правових норм, видання нормативних актів та їх подальшої систематизації для забезпечення досконалості законодавства.

Як відомо, слово є матеріальною дійсністю поняття, тому звернемося до етимології слів, що служать при визначенні даного поняття для найбільш точного визначення його елементів.

Підкреслимо, що поняття “законодавча техніка” включає в себе термін “техніка”. Так, Г.І. Муромцев вважає, що застосування даного терміна до права є окремим випадком його використання в нетехнічній сфері соціального життя і є свого роду “прив’язкою”, покликаною окреслити рамки застосування поняття “техніка”. Термін “техніка” (від грецьк. *technē* – мистецтво, ремесло, майстерність) вживається для сукупної характеристики навичок і прийомів, що використовуються в якій-небудь сфері діяльності людини. Прикметник “законодавча” є похідним від іменника “законодавство”, що розуміється як складання й видання законів. Тому, як бачимо, найбільш підходить таке визначення: “Законодавча техніка – це сукупність навичок, прийомів (способів) і правил формулювання, складання, систематизації законів.”

Подальші міркування щодо даного поняття потребують визначення вказаних вище прийомів, способів, правил, а також зіставлення даного поняття з іншими – спорідненими. Однак очевидно, що це поняття належить до процесу складання саме законів, а не всіх нормативно-правових або індивідуальних правових актів (як вважають деякі вчені), що, на наш погляд, повинне охоплюватися такими поняттями, як “юридична техніка” і “нормотворча техніка”.

З.Д. Чуйко, мол. наук. співроб. НДІ
державного будівництва та місцевого
самоврядування АПрН України

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПИТАННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ В УКРАЇНІ

Сучасний стан національної безпеки в Україні важко визначити як належний, а тому необхідні рішучі заходи щодо його поліпшення. Для ефективного функціонування й оптимального реформування системи забезпечення національної безпеки та її організаційного розвитку вирішальне значення має конституційно-правова база, розробка і зміни якої повинні мати предметно-цільовий характер.

Концептуальне підґрунтя національної стратегії щодо питань безпеки було закладено в Декларації про державний суверенітет України, окремі розділи якої присвячено зовнішній і внутрішній безпеці, а також міжнародним відносинам. Прийняття нової Конституції відіграло важливу роль у створенні правових засад забезпечення національної безпеки в країні та інтеграції її до міжнародної системи безпеки, а також сприяло становленню України як повноправного суб’єкта європейського і світового співтовариства. У ній знайшли відображення базові засади національної, державної, інформаційної, екологічної та економічної безпеки.

У незалежній Україні розпочалася активна розробка цілої низки державних концепцій, у тому числі Концепції (основи державної політики) національної безпеки, схваленої 16 січня 1997 р. Постановою Верховної Ради України. Прийняття такого документа виявилось непростю справою не тільки тому, що раніше її не існувало, а й тому, що в колишньому СРСР головна увага зверталась на забезпечення державної, а не національної безпеки. На цьому й ґрунтувалися структура, спрямованість і методи діяльності органів державного управління, що забезпечували державну безпеку, а також нормативна база, яка регламентувала їх роботу. У Концепції націона-

льної безпеки зроблена спроба викласти основоположні принципи й головні напрямки реалізації державної політики у цій сфері. Проте вказаний документ не слід розглядати як довготривалий політичний орієнтир, оскільки йому має бути притаманна динаміка розвитку.

Для реалізації положення ст. 107 Основного Закону Указом Президента України від 30 серпня 1996 р. № 772 було створено Раду національної безпеки і оборони України як координуючий орган при Президентові України, що координує і контролює діяльність органів виконавчої влади у сфері національної безпеки й оборони, а статус цього органу визначено Законом “Про Раду національної безпеки і оборони України” від 5 березня 1998 р. Відповідно до Указу Президента України (№ 927/2000 від 28.07.2000 р.) Радою національної безпеки і оборони України розроблено проект Закону України “Про внесення змін у Концепцію (основи державної політики) національної безпеки”, який був внесений Президентом на розгляд парламенту 13 вересня 2002 р. Однак цей законопроект ще й досі не прийнято.

Чинне законодавство України приділяє увагу правовому регулюванню питань національної безпеки. Проте в ньому є суттєві недоліки.

Так, Конституція України (ст. 17) визначає, що забезпечення економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави, а забезпечення державної безпеки покладається на відповідні військові формування та правоохоронні органи держави, організація і порядок діяльності яких визначається законом. Це конституційне положення прямо вказує на необхідність прийняття конституційного закону (законів) у галузі національної безпеки. Крім того, існує думка, що ст. 107 Конституції України порушує паритет гілок влади в єдиному механізмі державної влади, а ч. 2 ст. 102 Основного Закону підносить Раду національної безпеки й оборони України над вищим органом у системі виконавчої влади – Кабінетом Міністрів. У той же час п. 17 ст. 106 Конституції обмежує вплив органу представницької влади на формування керівного складу силових відомств і організацію контролю виконання ним законодавства у сферах оборони, охорони громадського порядку й національної безпеки. Тому зазначені проблемні питання потребують подальшого вирішення у законодавстві.

Згідно з п. 17 ст. 92 Конституції України основи національної безпеки визначаються виключно законами України. Протягом 1991 – 2002 рр. Верховною Радою України було схвалено понад 125 законодавчих актів, щодо різних аспектів у сфері національної безпеки, але в Україні й досі немає єдиного закону про національну безпеку. Потреба в ньому є і тому робота над його проектом має стати першочерговою, оскільки все частіше з’являються нові закони або зміни та доповнення до вже чинних, які стосуються національної безпеки. І в них, на жаль, є чимало суперечностей, а іноді вони навіть потребують офіційного тлумачення. Тому для встановлення відповідного взаємоузгодження й усунення правових колізій необхідна чітка послідовність у розробленні нормативно-правової системи забезпечення національної безпеки – зверху донизу, тобто від вищого рівня до нижчого.

Закон має: стати правовою основою розбудови, організації і функціонування системи забезпечення національної безпеки України; визначити механізм взаємодії елементів цієї системи і координації їх зусиль по вертикалі та горизонталі, форми і методи використання сил, засобів і ресурсів, які залучаються для забезпечення національної безпеки; встановити механізм управління системою забезпечення національ-

ної безпеки, форми контролю за нею та ефективний зворотний зв'язок між керівними та виконавчими структурами; визначити правові засади взаємодії з іншими державами при вирішенні довгострокових, поточних і першочергових завдань безпеки України. Отже, розробка й прийняття Закону України “Про національну безпеку” дозволили б створити надійне підґрунтя для нормативно-правового регулювання в цій сфері. При розробці ж і реалізації державної політики щодо національної безпеки не можна відходити від основної лінії, яку визначає Конституція – розбудови і подальшого розвитку України як суверенної і незалежної, демократичної держави.

І.В. Воронова мол. наук. співроб.

НДІ державного управління та місцевого самоврядування АПРн України

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

В епіцентрі нинішнього політичного життя України знаходяться ініціативи Президента щодо зміни моделі управління державою. Активне всенародне обговорення проекту Закону України “Про внесення змін до Конституції України” свідчить про безсумнівний інтерес громадськості до цієї теми. Уявляється, що пропозиції Л. Кучми є прозорими та зрозумілими. Президент пропонує сформувати таку систему влади, яка б відповідала вимогам світового співтовариства, була б адекватною існуючим політичним та економічним реаліям нашої країни. Зміни до Конституції – це крок до Європи, до системи плюралістичної демократії європейського зразка.

Так, насамперед акцентується увага на необхідності підвищення ролі всеукраїнського референдуму у забезпеченні прямого народовладдя, який у тексті законопроекту розглядається в тісному зв'язку з питаннями підвищення ефективності функціонування вищих органів державної влади, передусім парламенту.

Відповідно до ч.2 ст.5 Конституції України народ – єдине джерело влади. Однак чинна модель Конституції така, що рішення народу мають бути затверджені парламентом, тобто воля громадян може бути поставлена під сумнів рішенням Верховної Ради України, що й відбулось після всеукраїнського референдуму 2000 р.

Тому глава держави досить обґрунтовано вважає за потрібне доповнити ст. 74 Основного Закону положенням, що закони та інші рішення, які прийняті на всеукраїнському референдумі, мають вищу юридичну силу і не потребують затвердження органами державної влади, посадовими особами. Тобто рішення референдумів проголошуються нормами прямої дії. По суті пропонується запровадити дійовий механізм втілення волі народу, який він висловив на референдумі.

Існує проблема проведення референдумів у державах, які тільки стали на шлях демократичного розвитку. Йдеться про прийняття такого закону про референдум, у якому буде чітко визначено предмет референдуму (які питання вирішуються шляхом референдуму) та механізм його здійснення. Або в Конституції потрібно чітко визначити предмет референдуму, суб'єкти його ініціювання та призначення, а механізм – у відповідному законі про референдум, можливо, в одному пакеті з конституційною реформою.

Перехід до парламентсько-президентської республіки – це крок уперед, до

європейської моделі державного управління. Її необхідність та ефективність ні у кого не викликає сумнівів, бо вона пройшла перевірку часом у європейських державах. Одним з елементів такої республіки є перерозподіл владних повноважень між різними органами державної влади, посилення ролі парламенту та підвищення взаємної політичної відповідальності уряду, парламенту та Президента України. У цьому зв'язку дуже логічним буде посилення ролі Кабінету Міністрів України та його керівника – Прем'єр-міністра України.

Для того, щоб політична сила, яка обрана у Верховну Раду, могла реалізувати свою програму, їй треба дати можливість формувати виконавчу владу, а тому слушною є пропозиція щодо призначення парламентом Прем'єр-міністра України. Тут варто підкреслити, що посилення ролі Кабінету Міністрів України, Прем'єр-міністра є дуже важливим моментом для підвищення політичної відповідальності органів державної влади. При цьому саме Прем'єр-міністр як представник більшості або коаліційної більшості повинен одноособово повністю формувати уряд. Отже, саме такий підхід сприятиме створенню сильного, дієздатного та відповідального перед парламентом уряду.

Зауважимо, що із запропонованого законопроекту випливає, що спочатку Державні збори формують уряд, а потім затверджується його програма дій. Уряд відразу має заявити про свою програму. Крім цього, законодавчо необхідно передбачити, що прийняття Державними зборами відставки Кабінету Міністрів можливо тільки у випадку затвердження програми нового уряду (так звана конструктивна відставка). Така ідея втілена у деяких європейських державах, зокрема у ФРН, ми ж маємо можливість врахувати досвід світової державно-правової практики та запозичити те, що буде корисним для нашої країни.

Важливішим питанням, що порушується у законопроекті, є формування двопалатного парламенту, тобто Палати Регіонів і Державних зборів. Одна з палат (нижня), як передбачається, буде формуватись від партій та блоків, що перемогли на виборах за пропорційною системою; друга (верхня) – на основі рівного представництва всіх регіонів.

Питання двопалатності парламенту є самим дискусійним як в теорії, так і в практиці конституціоналізму. Створення двопалатного парламенту в Україні, зокрема Палати Регіонів, викликано необхідністю забезпечення всебічного представництва регіонів України. Ми розглядаємо бікамералізм як механізм відходу від надмірної централізації влади, механізм її перерозподілу на користь регіонів та місцевого самоврядування. А як наслідок усунення зацентралізованості стане більш швидкий розвиток регіонів у країні.

Згідно із законопроектом пропонується до Палати Регіонів обирати по три представники від Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва і Севастополя. Таким чином, в цю Палату буде обраний 81 депутат, що представлятимуть інтереси населення регіонів. Водночас не встановлюється, на якій основі буде обиратися Палата Регіонів.

На наш погляд, вибори до палати територіального представництва необхідно проводити на основі демократичних принципів, на засадах мажоритарної системи. При цьому можливо, що склад Палати Регіонів повинен змінюватися на засадах ротації – одна третина представників переобирається кожні два роки. Такий принцип формування дозволить зробити діяльність цієї Палати більш стабільною.

У нижню палату (Державні збори), за пропозицією Президента, депутати будуть обиратись за партійними списками. Причому систему партійного представництва буде “зцементовано” заборонаю переходу депутатів з фракції у фракцію. Таким чином парламентські партії посилять свій вплив, що стане значним кроком до становлення партійної системи європейського зразка, до стабільної політичної системи.

Крім цього, пропонується скорочення кількості парламентаріїв у Верховній Раді (пропонується обирати 300 депутатів до нижньої палати та 81 представника від регіонів – до верхньої). Вважаємо, що їх кількість не має принципового значення. Вирішальним є питання децентралізації влади та політичного представництва регіонів у всіх вертикалях влади.

Логічним здається формування Палати Регіонів таким чином, щоб кількість представників була пропорційна чисельності населення відповідного регіону, чий інтерес представляються. Це дозволить враховувати специфіку політичного, економічного та культурного розвитку різних регіонів.

Отже, доцільно зберегти склад Верховної Ради у кількості 450 парламентаріїв, з яких 225 депутатів будуть обиратися до Державних зборів, а 225 – до Палати Регіонів. Зазначений склад парламенту буде повною мірою враховувати та відстоювати регіональні інтереси, вирішувати їх проблеми.

Будь-які зміни до Основного Закону покликані поліпшувати ситуацію в державі, працювати на добробут наших співгромадян нинішнього та прийдешніх поколінь. Тоді відбудеться конституційна реформа, а всі позитивні напрацювання буде втілено у добротному документі, який з повним правом стане органічною частиною нової Конституції України.

К.В. Домашенко, мол. наук. співроб.

НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПРН України

ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ ЯК НЕВІД’ЄМНА ЧАСТИНА ПОЛІТИЧНОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

У умовах ефективних трансформаційних процесів, які відбуваються в Україні, дедалі більше актуалізується проблема реформування політичної системи. Так, 24 серпня 2002 р. у зверненні президента Л.Кучми до українського народу було висловлено бажання здійснити політичну реформу в нашій державі. Тому постало питання щодо внесення відповідних змін і доповнень до Основного Закону України. Процес їх обговорення вже розпочався. У квітні 2003 р. Президент передав до Верховної Ради проект Закону “Про внесення змін до Конституції України”, а також підписав Указ про винесення його на всенародне обговорення. Запропоновані зміни є закономірним етапом розвитку української державності. Вони спрямовані на подальшу демократизацію і перерозподіл конституційних повноважень між центральними державними органами, зміну порядку їх утворення. Головна їх ідея – перехід від президентсько-парламентської до парламентсько-президентської форми правління. Це повинно проявитися в підвищенні й розширенні прав парламенту та уряду, проведенні

певної децентралізації влади. Однак підвищення ролі Верховної Ради має базуватися не на обмеженні повноважень Президента, а на зростанні організованості, консолідації самого парламенту, прийнятті ним відповідальності на себе.

Запорукою ефективної роботи парламенту є створення та функціонування постійно діючої парламентської більшості. Основа більшості – партії та блоки, що перемогли на виборах або утворили коаліцію після завершення кампанії. Важливо, що утворення депутатської більшості має надати гарантії для існування парламентської меншості з її впливом на керівництво комітетами з питань бюджету, регламенту та свободи слова. При цьому коаліційна більшість матиме право безпосередньої участі у формуванні уряду та буде відповідальною за його дії.

За Президентом залишається вирішення принципових питань внутрішньої і зовнішньої політики. Це зумовлює збереження нормальної повноцінної влади і всієї управлінської вертикалі. Насамперед на рівні Конституції необхідно чітко закріпити процедуру призначення Прем'єр-міністра. Перелік же тих міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, керівників яких призначає Президент, доцільніше врегулювати конкретними законодавчими актами.

Президент має отримати право достроково розпускати нижню палату парламенту – Державні збори. Це право він може застосувати тільки у таких чітко визначених випадках, якщо: депутати неспроможні протягом визначеного Конституцією часу сформувати більшість; більшість неспроможна сформувати уряд; парламент не може прийняти державний бюджет на наступний рік. Це є певним розширенням повноважень Президента порівняно з положеннями чинної Конституції, що повинно стабілізувати та підвищити ефективність функціонування всього парламенту.

Законопроектом також передбачається формування Верховної Ради України як двопалатного парламенту.

Депутати обиратимуться до нижньої палати (Державних зборів) відповідно до закону на пропорційній основі. В ідеалі впровадження такої структури парламенту, де одна палата формується за пропорційною системою, має призвести до виникнення якісно нових суб'єктів виборчого процесу, які витіснять химерні виборчі блоки без ідеології, програм і, зрозуміло, без відповідальності перед виборцями. Щоб не стикатися з такою парадоксальною ситуацією, коли виборці голосують за блоки, а в парламенті з'являються зовсім інші фракції, слід запровадити норму, згідно з якою у випадку переходу до іншої фракції народний депутат втрачатиме свій мандат.

Верхня палата (Палата регіонів) формується на основі рівного представництва АРК, областей, міст Києва і Севастополя. Поки що інтереси регіонів у парламенті не представлені належним чином, немає чіткої державної політики взаємовідносин центру і регіонів. Отже, ці зміни повинні поліпшити ситуацію з реальним представництвом інтересів регіонів України у законодавчому органі.

Наслідком запровадження двопалатного парламенту може стати підвищення якості прийнятих законів, оскільки кожний закон проходитиме своєрідну перевірку двічі – у нижній та у верхній палатах.

Проведення чергових виборів Президента України, виборів до парламенту, Верховної Ради АРК та органів місцевого самоврядування протягом одного календарного року, а також збільшення терміну повноважень парламенту та органів місцевого самоврядування до п'яти років передусім покликано стабілізувати соціально-економічну і політичну сфери, зменшити "симптоми" передвиборчої лихоманки як

супутниці виборчого процесу в країні.

У розвиток ст.5 Конституції України, де визначено, що народ є носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в державі та може здійснювати владу безпосередньо, пропонується запровадити прийняття законів всеукраїнським референдумом. Такі закони мають вищу юридичну силу, не потребують затвердження органами державної влади чи посадовими особами, підписуються Президентом України, щодо них не може бути застосовано право вето. Таким чином, зміни до Конституції спрямовані на те, щоб воля народу дійсно була основою прийняття найважливіших рішень у нашій державі.

Як бачимо, цей законопроект непростий, чимало суттєвих моментів потребують уточнення або зміни. Виникає дуже багато суперечок та дискусій з приводу положень, викладених в ньому. Так, за чинною Конституцією Президент формує уряд й інші органи виконавчої влади, а за проектом змін ця функція переходить до парламенту. Тут виникає колізія: глава держави, залишаючись гарантом прав і свобод людини, територіальної цілісності, національної безпеки, втрачає можливість впливу на виконавчу владу. Інше, не менш важливе питання, – якщо Президент буде виконувати лише представницькі функції, то чи доцільно його обирати на всенародних виборах? Тому проект змін потребує доопрацювання.

Президент вирішив винести цей законопроект на всенародне обговорення для з'ясування найбільш принципових позицій всього народу з найбільш актуальних питань державотворення та вдосконалення його з урахуванням пропозицій громадян, що дозволить розробити гармонічний проект, який би задовольнив і Президента, і парламент.

О.О. Скібіна, аспірант.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ВИБОРЧЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ ТА ПЕРЕДВИБОРНА АГІТАЦІЯ: ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ

Виборче законодавство України є динамічним і відображає світові тенденції нормативно-правового регулювання виборчого процесу. При цьому в системі виборчого законодавства Закон “Про вибори народних депутатів України” є модельним, стереотипним, системооб’єднуючим. Характерно, що за період незалежності в Україні склалася практика, згідно з якою під кожні вибори приймається новий виборчий закон.

Чинний Закон “Про вибори народних депутатів України” від 18 жовтня 2001 р. (зі змінами від 17 січня 2002 р.) в порівнянні з попереднім виписаний більш чітко, детально, на належному юридико-технічному рівні. Він містить багато суттєвих новел, серед них: вперше чітко окреслено коло суб’єктів виборчого процесу; скорочений термін початку виборчого процесу до 90 днів; виписаний порядок фінансування виборів з Державного бюджету та обов’язок (а не право, як раніше) відкриття рахунків власного виборчого фонду; з переліку осіб, які можуть робити добровільні внески до власних виборчих фондів, виключені юридичні особи (для уникнення впливу се-

реднього і великого бізнесу, тіньового капіталу); вперше окреслена гранична сума власних виборчих фондів.

Крім того, введений інститут грошової застави, який хоча і обмежує можливості незабезпечених кандидатів, але покликаний обмежити або усунути зловживання пасивним виборчим правом; розширений перелік підстав для скасування рішення про реєстрацію кандидата у депутати (зокрема, це одночасне балотування по багатомандатному та одномандатному округам, включення до кількох виборчих списків партій; встановлення судом факту підкупу виборців або членів виборчих комісій тощо); розширений перелік підстав для притягнення особи до кримінальної, адміністративної або іншої відповідальності “в порядку, встановленому законом” (згідно зі ст. 85 Закону новими підставами є, наприклад, використання свого посадового або службового становища з метою бути обраним депутатом; порушення порядку фінансування виборчого процесу та ін.) тощо.

Навіть якщо з прийняттям іншого виборчого закону буде замінена виборча система зі змішаної, наприклад, на пропорційну (що зараз наполегливо пропонується), усі досягнення (юридико-технічного, процесуально-процедурного плану) чинного виборчого закону мають бути враховані за принципом наступності.

Чинний Закон “Про вибори народних депутатів України” у процесуально-процедурному аспекті виписаний більш детально, ніж попередній. Однак при всіх перевагах він потребує подальшого вдосконалення.

Так, у законі про вибори народних депутатів багато формулювань типу “...забороняється” (не встановлюючи конкретної відповідальності, наприклад, ч.11 ст. 66), “...несе відповідальність, встановлену законом”. Тому актуальною є конкретизація важелів впливу на порушників, досягнення синхронності законів про вибори, референдуми із законодавством про кримінальну та адміністративну відповідальність.

Важливий етап виборчого процесу – передвиборна агітація. Вона є впливовим засобом політичної структуризації суспільства, а також формування свідомості й поведінки виборців. Від її ефективності залежать результати голосування та виборів у цілому. Чинне виборче законодавство надає рівні умови всім учасникам виборчого процесу для здійснення передвиборної агітації у будь-яких формах і будь-якими засобами, що не суперечать Конституції України. Законодавець намагається мінімально регламентувати питання передвиборної агітації, надаючи можливість великого простору учасникам виборчого процесу для самостійної творчої діяльності. Проте нечітке формулювання в Законі про вибори певних норм ведення передвиборної агітації призводить до неадекватного їх розуміння учасниками виборчого процесу. Тому деякі ключові поняття потребують чіткого законодавчого визначення. Зокрема, це поняття “передвиборна агітація”, “політична реклама”, “політична інформація”, “прихована політична реклама”, “оціночне судження”, “новинні матеріали ЗМІ” тощо.

Так, юридичного визначення поняття “політична реклама” ні у виборчому законодавстві, ні в Законі “Про рекламу” немає. Стосовно вимоги про відокремлення та означення політичної реклами, то, як показує досвід виборчих кампаній, не завжди можливо роз’єднати інформацію про виконання певною посадовою особою її службових повноважень і власне політичну рекламу. Проблема полягає у визначенні, як розмежувати просвітницькі, офіційно-інформаційні матеріали та матеріали, які містять (можуть містити) приховану агітацію. Оскільки будь-яка інформація про учас-

ників виборчих змагань, тиражована через ЗМІ під час виборчої кампанії, з функціональної точки зору об'єктивно є агітаційною. Тобто вона спонукає споживачів цієї інформації до тих чи інших політичних оцінок, висновків і дій, у тому числі до конкретного волевиявлення під час голосування.

Невирішеною залишається і проблема відповідальності суб'єктів виборчого процесу і ЗМІ за порушення виборчого законодавства у частині ведення передвиборчої агітації. Її невизначеність створює як підстави для порушень, так і певну безпорадність працівників виборчих структур усіх рівнів.

Процес використання коштів під час підготовки і проведення виборчої кампанії чи всеукраїнського референдуму будь-якою політичною партією чи блоком партій має бути прозорим, легальним і контрольованим з боку держави і суспільства. Норми виборчого законодавства повинні забезпечити прозорість використання коштів на агітаційні заходи політичних партій, бо це одна з головних ознак здорового і демократичного суспільства, шлях до прозорих і справедливих виборів.

Д.В. Лук'янов, канд. юрид. наук.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ЗМІНИ ПРАВОВОГО СТАТУСУ НАРОДНОГО ДЕПУТАТА УКРАЇНИ У КОНТЕКСТІ ПОЛІТИЧНОЇ РЕФОРМИ

Серед запропонованих змін до Конституції України є і пропозиція доповнити перелік підстав для припинення повноважень народних депутатів. Пункт 6 ч.2 ст. 81 Проекту Закону України “Про внесення змін до Конституції України” передбачає припинення повноважень у разі виходу (виключення) народного депутата, обраного від політичної партії (виборчого блоку політичних партій), зі складу депутатської фракції цієї політичної партії (виборчого блоку політичних партій). Частиною 6 цієї статті також встановлено, що у такому разі повноваження народного депутата України припиняються достроково за рішенням вищого керівного органу політичної партії (виборчого блоку політичних партій).

Вихідним у обговоренні запропонованих змін є питання про мандат народного депутата – імперативний або вільний.

Імперативний мандат характеризується такими рисами: депутат є представником виборців конкретного округу, від якого він обирається, а не всього народу; депутат несе юридичну відповідальність перед своїми виборцями; виборці мають право давати депутату накази, котрі він зобов'язаний виконувати; наявність у виборців права відкликання депутата. Світовий досвід дозволяє зробити висновок, що імперативний мандат властивий країнам з тоталітарним державним режимом. Цей мандат законодавчо закріплений у КНР (ст. 77 Конституції), на Кубі (ст. 83 Конституції), колишньому СРСР (ст.ст. 103, 107 Конституції). Практика застосування імперативного мандата виявила його чисельні недоліки. Так, Б.А. Страшун узагальнює їх та робить висновок: “Імперативний мандат не відповідає системному баченню суспільства, він виходить зі сприйняття суспільства як простої суми його складових частин, а не як цілого з особливими якостями та інтересами”.

Вільний мандат характеризується такими рисами: депутат є представником

усього народу, а не виборців конкретного округу, від котрого він обирався; виборці не мають права давати депутатові обов'язкові для нього накази; у своїй діяльності депутат керується лише законодавством та своєю совістю; депутат не несе юридичної відповідальності перед своїми виборцями; відсутність у виборців права відкликання депутата. Практично в усіх демократичних державах наявність у депутата вільного мандата закріплено на конституційному рівні (ст. 27 Конституції Французької Республіки, ст. 67 Конституції Італійської республіки, ст. 38 Основного Закону ФРН, ст. 152 Конституції Португальської Республіки та ін).

У Конституції України це питання прямо не вирішене, але системний аналіз законодавства дозволяє зробити висновок, що законодавець виходив з наявності у народних депутатів України вільного мандата. Так, ст. 81 Конституції України не передбачає серед підстав дострокового припинення повноважень народного депутата України такої підстави, як відкликання його виборцями. У 2001 р. було змінено законодавство, яке прямо закріплювало імперативний депутатський мандат – Закон України “Про статус народного депутата України” та Закон України “Про відкликання народного депутата України”. Таким чином законодавство було приведено у відповідність до Конституції України.

Ситуація зі статусом була досить простою до того часу, поки депутати обиралися лише від територіальних округів, та кардинально змінилася із запровадженням виборів від політичних партій у межах мажоритарно-пропорційної або цілком пропорційної системи. Постало питання співвідношення вільного мандата з партійним мандатом. На думку К. Хессе, вільний мандат вступає у неперерборне протиріччя з дійсністю сучасної партійної держави.

Це протиріччя полягає в тому, що в межах пропорційної системи, де основним суб'єктом виборів стають політичні партії, а не окремі індивіди, депутати стають цілком залежними від своєї партії. Тільки партії мають право висувати кандидатів у депутати, вони ведуть широку агітаційну кампанію за їх підтримку. Та громадяни значною мірою голосують не за певних осіб, а за ту чи іншу політичну партію, за її програму та ідеологію. Все це покладає на обраного депутата певні обов'язки перед своєю партією: дотримуватися передвиборної програми партії та її ідеології, голосувати за позиції, які пропонує партія, дотримуватися партійної дисципліни та інші. Відмова депутата виконувати ці зобов'язання може спричинити певні міри впливу на нього з боку партії: виключення з фракції та партії, не включення його до передвиборчого списку партії на наступних виборах і т. ін., що перешкоджатиме йому бути обраним на наступних виборах до парламенту. Однак усі ці засоби є політичними за своєю суттю, тому постає питання, чи повинна політична партія мати право юридичного впливу на депутата, чи повинен депутат, обраний за партійними списками, втрачати свій мандат у разі виключення або добровільного виходу з партії. Якщо допустити втрату депутатського мандата при припиненні членства в партії, то можна говорити про наявність так званого “партійного імперативного мандата”.

На наш погляд, це суперечить суті вільного депутатського мандата, який не передбачає засобів юридичного впливу на депутата під час виконання ним своїх обов'язків як з боку виборців, так і з боку політичної партії. Надання партіям права позбавляти депутата мандата може призвести до згорання внутрішньо-партійної демократії. З урахуванням того, що сучасне законодавство не вимагає

від партій додержання демократичної внутрішньої процедури при прийнятті рішень, це може сприяти встановленню авторитарних тенденцій, через які партії не зможуть виконувати свої функції одного з головних інститутів демократії сучасної держави.

М.В. Жушман, асистент.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ПИТАННЯ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ СПОРІВ ПО ВИБОРАХ НАРОДНИХ ДЕПУТАТІВ УКРАЇНИ

Громадянам України надані широкі соціально-економічні, політичні й особисті права і свободи. Конституція України підняла їх на якісно новий рівень, особливо стосовно політичних прав громадян. Центральне місце в них займає конституційне право громадян брати участь в управлінні державними та суспільними справами, які реалізуються через можливість обирати та бути обраними (ст.38 Конституції України).

Вибори до органів державної влади та місцевого самоврядування регламентуються Конституцією, є вільними і відбуваються на засадах загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування.

Громадяни України наділені реальним правом звернення в судові органи за захистом своїх порушених виборчих прав.

Після прийняття нової Конституції України низка нормативних актів передбачає право на судовий захист виборчих прав громадян, або їх права брати участь у референдумі. Зокрема, спеціальними законами, на основі яких відбувається регламентація виборчих процедур, є: Закон України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” від 03.07.1991 р., “Про вибори народних депутатів України” від 18.10.2001 р., “Про вибори Президента України” від 05.03.1999 р., “Про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних та міських голів” від 14.01.1998 р., “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим” від 12.02.1998 р.

У зв'язку з проведенням у 2002 р. виборчої кампанії по виборах народних депутатів України та виборах органів місцевого самоврядування суди України більшою мірою вирішували виборчі спори, які виникали саме через застосування цих законодавчих актів.

Виходячи із підвищеної значущості, викликає інтерес проблема застосування закону України “Про вибори народних депутатів України” (далі Закон), особливо щодо процесуальних аспектів.

Судами вирішувались такі категорії спорів, а саме з питань: висування та реєстрації кандидатів у народні депутати України; проведення передвиборчої агітації; щодо дій чи бездіяльності виборчих комісій різних рівнів; встановлення результатів виборів народних депутатів України; офіційного оприлюднення результатів виборів народних депутатів України та реєстрації обраних народних депутатів України.

Оскільки Закон містить норми процесуального права, актуальною є проблема співвідношення цього Закону і відповідних статей ЦПК. Так, Закон передбачає

порядок подання до суду двох видів скарг: 1) на рішення, дії чи бездіяльність виборчих комісій та їх членів; 2) на рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, їх посадових і службових осіб, на акти та дії об'єднань громадян, крім тих, які віднесено законом до статуту (положення) їх внутрішньо організаційної або виключної компетенції. Законом визначені й такі питання, як: підсудність за даними скаргами (ч.4 ст.29 Закону), коло суб'єктів виборчого процесу, які мають право звернутися до суду зі скаргами (ст.11, 29 Закону), форма та зміст скарги та ін. Частина 1 ст. 243¹¹ ЦПК України, в свою чергу, передбачає порядок подання скарг: на рішення, дії чи бездіяльність виборчих комісій або їх членів; органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, їх посадових і службових осіб, кандидатів у народні депутати, об'єднань громадян. При цьому слід зазначити, що закон на відміну від ЦПК не відносить до суб'єктів, рішення, дії чи бездіяльність яких можуть бути оскаржені до суду, кандидатів в народні депутати України. Таким чином, ЦПК передбачає більше коло суб'єктів виборчого процесу, рішення, дії чи бездіяльність яких може бути оскаржено, що, безсумнівно, правильно, бо кандидати в народні депутати – це досить значна кількість суб'єктів виборчого процесу.

Вимоги до форми та змісту скарги зазначені як в Законі, так і в ч. 5 ст. 243¹¹ ЦПК України. В даному випадку має місце дублювання однієї норми другою, виходячи ж з того, що ЦПК є спеціальним нормативним актом відносно Закону, що стосується судового захисту виборчих прав, доцільним було б уникнути такого дублювання, виключивши з Закону норму, яка передбачає вимоги, що ставляться до скарги.

Відповідно до вимог ст.29 Закону скаргу до суду може бути подано у семиденний строк з дня прийняття рішення, вчинення дії чи бездіяльності. Якщо ж порушення були допущені за день до виборів, то скарга може бути подана не пізніше 24-ї години дня, що передує дню виборів, у такий же термін може бути подана скарга наступного дня за днем виборів. У ч. 4 ст. 243¹¹ ЦПК України строк оскарження не вказаний, а міститься положення, згідно з яким застосовується строк, передбачений Законом, а саме: “скарги на рішення, дії чи бездіяльність, що стосуються виборів народних депутатів України, можуть бути подані до суду у строки, передбачені законом про вибори народних депутатів України”.

Стаття 29 Закону не містить спеціальної вказівки щодо строків подання скарги на рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, їх посадових та службових осіб, активів і дій об'єднань громадян, що стосуються виборів народних депутатів. При їх розгляді суди виходять із загальної спрямованості Закону та тлумачення ст. 29, вважаючи, що і на ці скарги, а не лише на скарги на рішення, дії чи бездіяльність виборчих комісій та їх членів поширюються строки, встановлені вище вказаною нормою. Таким чином, слід визнати доцільним доповнення Закону нормою, в якій були б прямо передбачені строки, про які йдеться вище.

Треба звернути увагу на те, що ЦПК є нормативним актом, на підставі якого суди розглядають справи в порядку цивільного судочинства, до яких належать і спори, які виникають із застосування виборчого законодавства, тому цілком зрозумілим є той факт, що ЦПК, порівняно з Законом, передбачає процесуальний порядок розгляду та вирішення іншої категорії справ. Так, ЦПК передбачає такі суто процесуальні питання, як: порядок судового розгляду (ст. 243¹³ ЦПК України); склад осіб, які

викликаються в судові засідання (ст. 243¹⁴ ЦПК України); порядок постановлення та оскарження рішення.

Отже, існує дублювання норм одного закону в іншому, тому доцільно було б закріпити в ЦПК усі норми, що стосуються процедури судового захисту виборчих прав, без дублювання їх у Законі, який, у свою чергу, має містити норми, котрі регулюють сам порядок виборів, без втручання в судову процедуру захисту відповідних прав.

І.І. Дахова, аспірант.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ КАБІНЕТУ МІНІСТРІВ УКРАЇНИ

Конституція України 1996 р. закріпила ряд важливіших принципів демократичної правової суверенної держави, серед яких провідне місце посідає принцип поділу державної влади на законодавчу, виконавчу і судову гілки. Виконавчу владу в Україні здійснюють Кабінет Міністрів, центральні та місцеві органи виконавчої влади, у регулюванні правового статусу і діяльності яких існує багато проблем. І найголовнішою з них є недостатня законодавча регламентація статусу виконавчих органів і, зокрема, Кабінету Міністрів України. Правове становище багатьох цих органів закріплене лише в Основному Законі. Слід зазначити також, що конституційне регулювання системи органів виконавчої влади України за своєю повнотою й конкретністю є нерівномірним стосовно різних органів та аспектів їх організації і функціонування. Якщо, наприклад, питання статусу й діяльності Президента регулюються Конституцією майже вичерпно, то стосовно уряду найбільш детально висвітлюються питання його формування та процедури взаємовідносин із парламентом. Дається також перелік основних повноважень. Тільки сім статей Конституції України присвячено правовому становищу всіх органів виконавчої влади, що дає підстави стверджувати про необхідність деталізації питань їх статусу в поточному законодавстві. Верховною Радою прийнято закон лише про місцеві державні адміністрації, а регламентація органів вищого рівня або ще не проведена, або є недостатньою. Першочерговим завданням для розвитку виконавчої гілки влади є підписання Президентом прийнятого Верховною Радою України Закону “Про Кабінет Міністрів України” та прийняття Закону “Про центральні органи виконавчої влади України”, без яких неможливе нормальне функціонування всієї системи виконавчої влади.

Досить складним та актуальним є питання компетенції Кабінету Міністрів України. Поки що ні в чинному законодавстві щодо органів виконавчої влади, ні в проектах законів про Кабінет Міністрів, центральні органи виконавчої влади не містяться поняття компетенції даних органів, хоча в нормативно-правових актах досить часто зустрічаються вказівки на неї. Тому було б доцільним закріплення визначення даної категорії на законодавчому рівні.

Згідно з принципом поділу влади органи однієї гілки влади не можуть вико-

нувати повноваження, що складають компетенцію інших гілок. Проте на практиці нерідко виникають ситуації, коли одні органи державної влади втручаються або дублюють діяльність інших органів, виконують “чужі” повноваження. Особливо це стосується компетенції Кабінету Міністрів і Президента України та його Адміністрації. Згідно зі ст. 113 Конституції Кабінет Міністрів є вищим органом у системі органів виконавчої влади. Однак очевидним є той факт, що в Україні уряд не володіє виключним правом на реалізацію владних повноважень стосовно системи органів виконавчої влади. Конституція 1996 р. зберегла те положення, коли виконавча влада складається з президентської та урядової складових. Хоча Президент і не входить до структури виконавчої влади, він володіє значними повноваженнями в управлінській сфері, деякі з них доцільно було б передати Кабінету Міністрів (наприклад, створення, реорганізація і ліквідація міністерств, інших центральних органів виконавчої влади). На це спрямована нинішня конституційна реформа.

Порушення вимог законодавства спостерігається тому, що в Україні не існує чіткого механізму розподілу повноважень між Президентом України, Верховною Радою та Кабінетом Міністрів. Тому в законах “Про Президента України” (Закон 1991 р. не відповідає нинішнім реаліям), “Про Кабінет Міністрів України” в новій редакції має бути ретельно розподілена компетенція кожного з цих органів.

Повноваження Кабінету Міністрів України знайшли законодавче закріплення лише в десяти пунктах ст. 116 Конституції. Цей невеликий список важко назвати повноваженнями, в Основному Законі йдеться про перелік основних функціональних напрямків діяльності Кабінету Міністрів України, що видно вже з самої статті, де у п. 10 законодавець зазначає, що Кабінет Міністрів виконує інші функції, визначені Конституцією й законами України, актами Президента України. Очевидно, що цього недостатньо для регулювання діяльності одного з вищих органів державної влади. Тому необхідним є детальне закріплення повноважень уряду в поточному законодавстві, а саме в Законі про Кабінет Міністрів України. В Законі передбачене досить широке коло повноважень цього органу, але не дається розмежування між повноваженнями й функціями. Ці категорії включаються законодавцем до структури компетенції Кабінету Міністрів, що є наслідком відсутності єдиної концепції розуміння терміна та елементів компетенції. Разом з цим цей Закон не діє, оскільки не підписаний Президентом України.

Стаття 22 Закону має назву “Основні функції та повноваження Кабінету Міністрів України” і входить до розділу, присвяченому компетенції Кабінету Міністрів. Проте функції й повноваження – це різні категорії й не слід їх отожднювати.

Під функціями розуміють основні напрямки діяльності органу, а повноваження – це сукупність певних правообов’язків. Тому краще було б закріпити їх в окремих статтях Закону.

Г.О. Швачка, аспірант.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

**ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ОРГАНІВ ВЛАДИ
АВТОНОМНОЇ РЕСПУБЛІКИ КРИМ**

Відповідно до ст.133 Конституції України одним із адміністративно-територіальних утворень в Україні є Автономна Республіка Крим (АРК). Її специфіка полягає в більш широкому, порівняно з іншими адміністративно-територіальними одиницями, колі повноважень, в особливому порядку відміни нормативно-правових актів автономії, а також в наявності специфічних органів влади – Верховної Ради і Ради міністрів АРК, правовий статус яких відрізняється від статусу відповідно обласної ради народних депутатів та обласної державної адміністрації.

Згідно з ч.5 ст.1 Основного закону України народ здійснює владу безпосередньо або через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Яке ж саме місце займають у цій дворівневій структурі органи влади АРК? Інакше кажучи, Верховна Рада та Рада міністрів АРК за своєю природою належать до державних органів влади чи до органів місцевого самоврядування?

Слід зазначити, що невизначеність правового статусу кримських органів влади обумовлена насамперед відсутністю його закріплення на нормативному рівні.

Так, розд. 6 Конституції України має назву – “Кабінет Міністрів України. Інші органи виконавчої влади”, тобто саме в цьому розділі мав би бути окреслений правовий статус державних органів виконавчої влади загальної компетенції. Однак серед конституційних органів виконавчої влади місця Раді міністрів АРК не знайшлося. Розділ X Основного Закону, присвячений АРК, також не встановлює статусу Ради міністрів, ч.3 ст.136 лише визначає її як уряд Автономної Республіки Крим. Формулювання “виконавчий орган” щодо Ради міністрів зустрічається тільки в Конституції автономії (ч.3 ст.1), однак воно не знімає питання щодо належності кримського уряду чи до органів державної влади, чи до органу місцевого самоврядування, бо визначає його як “виконавчий орган автономії”.

Тому вважаємо доцільним погодитися з положенням Концепції адміністративної реформи в Україні, назва другого розділу якої – “Система органів виконавчої влади” – містить посилання: “органи виконавчої влади Автономної Республіки Крим входять в єдину систему органів виконавчої влади України, мають особливості, що визначаються спеціальним законодавством України”. Отже, за своєю природою Рада міністрів автономії – державний орган. На користь цього свідчить його функціональне призначення – здійснення виконавчих повноважень як з питань відання АРК, так і з питань виконання делегованих державних виконавчих повноважень.

Специфіка правового статусу кримського уряду відносно інших органів державної виконавчої влади на місцях (місцевих державних адміністрацій) полягає в особливому порядку його формування, відповідальності, підзвітності та підконтрольності. Якщо голова обласної державної адміністрації призначається на посаду та звільняється з посади Президентом України за поданням Кабінету Міністрів України (ч. 4 ст.118 Конституції України), то Голова Ради міністрів АРК призначається на посаду та звільняється з посади Верховною Радою АРК за узгодженням з Президентом України (ч.3 ст.136 Конституції України). Склад обласної державної адміністрації формується її головою (ч.3 ст.118 Конституції України), а склад Ради міністрів – Верховною Радою автономії. Обласні державні адміністрації підзвітні та підконтрольні органам виконавчої влади вищого рівня (ч.7 ст.118 Конституції України), а Рада міністрів – Верховній Раді АРК (ч.2 ст.35 Конституції АРК).

Результатом порівняння стає висновок, що формування та діяльність Ради

міністрів АРК як місцевого органу державної виконавчої влади залежить від представницького органу влади автономії. Ця теза істотно впливає на визначення правового статусу Верховної Ради АРК.

Розглянемо особливості правового статусу Верховної Ради АРК. Обласна рада є органом місцевого самоврядування, що представляє спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ та міст (ч.4 ст.140 Конституції України), тоді як Верховна Рада АРК – “представницький орган” (ч.1 ст.136 Конституції України), що “представляє інтереси громадян, спільні інтереси населення, територіальних громад, місцевого самоврядування, Автономної Республіки Крим у цілому і здійснює свої повноваження з метою сприяння і забезпечення реалізації їх прав і законних інтересів, а також вирішення питань збалансованого соціально-економічного, культурного та іншого розвитку Автономної Республіки Крим” (ст.21 Конституції АРК).

У порівнянні з обласною радою Верховна Рада має більш широке коло нормотворчих та установчих повноважень. Як зазначалося, вона приймає Конституцію АРК, формує склад кримського уряду, призначає на посаду та звільняє з посади Голову Ради міністрів АРК. Зауважимо, що Верховна Рада визначає організацію, порядок виконання делегованих Раді міністрів АРК державних виконавчих повноважень (ч.3 ст.35 Конституції АРК).

Наведені повноваження мають похідний від держави характер, тому, на наш погляд, Верховну Раду АРК слід розглядати саме як орган державної влади.

А.М. Онупрієнко, мол. наук. співроб.

НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПРн України

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО МІСЦЕВІ ОРГАНИ ВЛАДИ

Цілком очевидним вже стає те, що система місцевих органів влади має відродитися на новій основі й стати одним із фундаментальних принципів будівництва вітчизняних інститутів демократії.

Проте чинне законодавство не забезпечує повною мірою можливостей регіонів самостійно, відповідно до чинного законодавства, розв’язувати найважливіші та складні соціально-економічні проблеми, які гальмують процес реформ у цілому. Територіальні громади поки ще не мають достатньої змоги визначати пріоритети власного розвитку, розбудови системи місцевого самоврядування. Саме тому слід активізувати законодавче забезпечення правової самостійності регіонів у соціально-економічній, організаційній сфері, гармонізацію їх відносин з центральною владою, перенесення ваги при реалізації конкретних економічно-соціальних програм на регіональний рівень, реальне забезпечення прав територіальних громад на основі рівності, паритетності та економічної доцільності.

Важливим заходом у контексті демократизації, наближення до людей місцевої влади має стати запровадження в Україні двопалатного парламенту (до чого безпосередньо зобов’язують результати Всеукраїнського референдуму за народною ініціативою від 16 квітня 2000 р., а також внесення на розгляд Президентом України 5

березня 2003 р. проекту Закону України “Про внесення змін до Конституції України”). Це питання потребує законодавчого врегулювання. Реалізація ідеї двопалатного парламенту має служити більшому залученню людей до участі у політиці, державних справах через піднесення ролі місцевого самоврядування. Двопалатний парламент дасть можливість будувати державну політику щодо регіонів із врахуванням їх інтересів, проводячи в життя курс на збагачення держави через посилення економічної могутності регіонів, надання їм для цього максимальних прав. Верхня палата – Палата регіонів – двопалатної Верховної Ради України зможе гарантувати представництво та захист прав регіонів у парламенті.

Місцеве самоврядування у будь-якій країні неможливе за відсутності законодавчого забезпечення умов ефективного функціонування органів місцевого самоврядування. Тому для поліпшення їх роботи потрібне подальше удосконалення нормативної бази місцевих органів влади. Передусім необхідно усунути розбіжності у частині розподілу повноважень між державними адміністраціями та органами місцевого самоврядування, між сільськими, селищними, міськими головами та відповідними радами, їх виконавчими органами. Потребують більш чіткого закріплення права районних і обласних рад, визначення обсягу повноважень, делегованих відповідним державним адміністраціям, слід також законодавчо визначити механізм делегування повноважень.

Має бути законодавчо забезпечена реалізація системи гарантій місцевого самоврядування, встановлених Конституцією і законами України, таких, як заборона на обмеження прав місцевого самоврядування, обов’язковість рішень, прийнятих громадянами шляхом прямого волевиявлення, органами і посадовими особами місцевого самоврядування, а також судовий захист місцевого самоврядування. Чекають на своє вирішення такі важливі проблеми, як урегулювання порядку припинення повноважень органів місцевого самоврядування і виборних посадових осіб місцевого самоврядування, дострокового припинення повноважень виборних посадових осіб чи представницьких органів місцевого самоврядування у випадку порушення ними норм законодавства, встановленому в судовому порядку.

Відомо, що місцеве самоврядування ефективно функціонує там, де існує економічна і фінансова база, тому конче важливим є врегулювання питань комунальної власності, бюджету, матеріально-технічного та фінансового забезпечення органів місцевого самоврядування. Слід законодавчо закріпити за місцевими бюджетами розміри відрахувань від загальнодержавних податків, зборів та інших обов’язкових платежів, вжити заходів щодо вирівнювання бюджетів, які не забезпечені належними бюджетними надходженнями. Функції, законодавчо закріплені за органами місцевого самоврядування, однаково належать як до фінансово благополучних муніципальних утворень, здатних здійснювати їх у повному обсязі, так і до слабких, які спроможні виконувати лише незначну їх частину. Тому доцільно включити статтю, яка б захищала слабкі у фінансовому відношенні територіальні громади через невідповідність фінансово-економічної бази об’єктивним потребам територіальних утворень. Удосконалення потребують і повноваження місцевих органів самоврядування у сфері бюджетів і фінансів, їх структури, доходів і видатків, нормативів відрахувань, складання, розгляду, затвердження, виконання та звітності міжбюджетних відносин, розмежувань, забезпечення виконання як власних, так і делегованих повноважень.

У рекомендаціях Конгресу місцевих і регіональних влад Європи щодо Укра-

їни, зокрема, зазначається, що на обласному і районному рівнях необхідно мати власні бюджети, а також про те, що депутати не повинні поєднувати виконання своїх обов'язків із посадами у відповідних місцевих адміністраціях. Щодо статусу органів місцевого самоврядування на рівні області і району, то необхідно передбачити створення виконавчих структур обласних, районних рад.

Процес реформування інституту місцевого самоврядування вимагає законодавчого забезпечення умов ефективного функціонування органів місцевої влади, що потребує внесення змін до Законів України, насамперед “Про місцеве самоврядування в Україні”, “Про місцеві державні адміністрації”, “Про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів”, “Про власність”, до інших актів законодавства.

На черзі розроблення низки важливих законопроектів, а саме: “Про адміністративно-територіальний устрій”; “Про місцевий бюджет”; “Про державну підтримку розвитку регіонів”, “Про право комунальної власності та управління об'єктами права комунальної власності” та інші.

Г.В. Чапала, аспірант.
НДІ державного будівництва та місцевого
самоврядування АПрН України

МІСЦЕВЕ САМОВРЯДУВАННЯ: ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ

За період розвитку інституту місцевого самоврядування в Україні зроблено відчутні кроки на шляху його нормативно-правового закріплення та забезпечення. На рівні Конституції проголошено та гарантовано право на місцеве самоврядування, визначено його поняття та принципи, форми здійснення. Створено діючу систему його органів, окреслено передумови матеріально-фінансової та правової основ місцевого самоврядування. Однак у законодавчому регулюванні цього інституту продовжує спостерігатися суперечливість, дискусійність, а подекуди і теоретична необґрунтованість окремих норм, що обумовлено відсутністю єдиного підходу до розуміння природи місцевого самоврядування.

Так, згідно зі ст. 8 Закону України “Про статус депутатів місцевих рад” від 11.07.2002 р. депутат місцевої ради як представник інтересів територіальної громади “повинен керуватися загальнодержавними інтересами”. Здається, намагаючись “примирити” державну та муніципальну владу, законодавець необережно захопився закріпленням у законі декларативних положень, прагнень та побажань, що деякою мірою підтверджує назва статті – “депутатська етика”, але це не зменшує юридичної сили зазначеної норми, яка тим часом вступає у суттєве протиріччя із нормами, що конституують взагалі статус місцевого самоврядування як право територіальної громади самостійно вирішувати питання місцевого значення.

Власне реалізація інтересів територіальної громади – мешканців кожного окремого села, селища, міста, інтересів, які відрізняються від загальнодержавних, є тим підґрунтям, що обумовлює необхідність запровадження місцевого самоврядування. Інакше незрозумілим виглядає одночасне існування на місцевому рівні двох

паралельних структур – місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, якщо кожен з них має на меті реалізацію загальнодержавних інтересів. Безумовно, конфронтація підсистем публічної влади є негативним явищем, однак шлях, обраний у цьому випадку законодавцем для усунення зазначеного явища, уявляється теоретично помилковим.

Не більш обґрунтованою виглядає і норма ст. 10 зазначеного Закону, за якою депутат місцевої ради зобов'язаний підтримувати зв'язок із місцевими органами виконавчої влади. По-перше, не зовсім зрозуміло, на чому ґрунтується такий обов'язок, а по-друге, використання законодавцем гранично абстрактного словосполучення “підтримувати зв'язок” дозволяє як занадто широке тлумачення з боку представників органів виконавчої влади, так й ігнорування цього обов'язку депутатами місцевих рад.

Закріплення як первинного носія прав місцевого самоврядування територіальної громади також характеризує недостатня конкретизованість. Стаття 1 Закону “Про місцеве самоврядування в Україні” від 21.05.1997 р., визначаючи територіальну громаду, відносить до неї жителів, об'єднаних лише за ознакою постійного проживання у межах населеного пункту. Однак у літературі при визначенні характерних ознак місцевого співтовариства вказується не лише на постійність проживання осіб, що його утворюють на певній території, але і на взаємопов'язаність цих суб'єктів територіально-особистісними зв'язками системного характеру. Натомість відповідно до ст. 13 Закону України “Про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” від 14.01.1998 р. у стаціонарних лікувальних, санаторно-оздоровчих закладах та інших місцях тимчасового перебування виборців утворюються виборчі дільниці, які входять до виборчих округів за місцем їх розташування. При цьому закономірно виникає питання про ступінь ставлення цих виборців до інтересів територіальної громади, у формуванні органів якої вони беруть участь. Отже, необхідний більш детальний підхід до визначення ознак належності особи до конкретної територіальної громади, від чого залежить її право брати участь у здійсненні місцевого самоврядування.

Настав час для дискусії стосовно теоретичної обґрунтованості й, відповідно, доцільності участі у місцевому самоврядуванні політичних партій, які за ст. 2 Закону України “Про об'єднання громадян” від 16.06.1992 р., об'єднуючи прихильників певної загальнонаціональної програми суспільного розвитку, головним завданням вважають участь у виробленні державної політики. Чи мають органи місцевого самоврядування стати “плацдармом” реалізації державної політики та загальнонаціональних програм суспільного розвитку, дублюючи за призначенням органи державної влади, або маємо справу лише з недбалістю, коли законодавство, зокрема Закон “Про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів”, йде шляхом закріплення форм участі політичних партій у виборах до органів місцевого самоврядування.

Законодавче регулювання місцевого самоврядування потребує єдиного теоретичного підходу, адже внутрішня суперечливість та неузгодженість будь-якої системи не сприяє її ефективному функціонуванню.

УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО МІСЦЕВЕ САМОВРЯДУВАННЯ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ

Підготовлена нова редакція Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, де вперше зафіксовано, що первинним суб’єктом місцевого самоврядування, основним носієм його функцій і повноважень є територіальна громада села, міста, вона також є складовою частиною місцевого самоврядування. Попередній закон на перше місце ставив Ради та їх органи. Перелік основних засад, на яких здійснюється місцеве самоврядування, доповнився двома дуже важливими – це державна підтримка і гарантія місцевого самоврядування та судовий захист прав місцевого самоврядування.

Розширено права членів територіальної громади у частині, що стосується їх безпосередньої участі у вирішенні питань місцевого самоврядування – шляхом запровадження місцевих ініціатив та громадських слухань. Позитивним і новим є положення, яке передбачає можливість прийняття статуту територіальної громади. У законі чітко й однозначно визначено, що обмеження прав територіальної громади на місцеве самоврядування може бути застосовано лише в двох конкретних випадках – в умовах воєнного чи надзвичайного стану.

З урахуванням того, що готується новий законопроект “Про адміністративно-територіальний устрій України” та зміни до Бюджетного кодексу України, необхідна подальша оптимізація територіальних громад шляхом їх добровільного об’єднання як за принципами муніципального унітаризму, так і муніципального федералізму. Важливим чинником, який могла б використовувати територіальна громада та відповідні органи місцевого самоврядування при створенні належних умов для нормального функціонування, є передбачений ст. 142 Конституції України інститут об’єднання на добровільних засадах об’єктів комунальної власності (спільна комунальна власність територіальних громад), а також коштів бюджетів для виконання спільних проєктів або для спільного фінансування (утримання) комунальних підприємств, організацій і установ. Потребує уточнення механізм делегування окремих повноважень сільських, селищних і невеликих міських рад районним радам, а також об’єднання коштів місцевих бюджетів радами для фінансування відповідних програм економічного і соціального розвитку району. Всі делегування повноважень повинні мати достатнє матеріально-технічне забезпечення. Пропонується при цьому заключити відповідний контракт на виконання делегованих повноважень, в якому передбачити жорстку відповідальність як державного органу, так і самоврядної організації.

Процес об’єднання територіальних громад має бути пов’язаний із процесом вдосконалення адміністративно-територіального устрою України на первинному його рівні, тобто в разі об’єднання територіальних громад сіл, селищ, міст в одну територіальну громаду має бути укрупнена і відповідна адміністративно-територіальна одиниця – село, селище, місто.

Потребує вдосконалення інститут дострокового припинення повноважень ради сільського, селищного, міського голови. Необхідно більш чітко визначити підстави дострокового припинення повноважень, а також механізм вирішення цього пи-

тання. В новій редакції Закону нарешті вирішиться питання розмежування повноважень ради, її виконавчих органів та голови, а також те, що повноваження ради є власними (самоврядними), тоді як повноваження її виконавчих органів поділяються на власні (самоврядні) та делеговані.

Конституція України (ст. 119) унеможливило створення повноцінного виконавчого органу районної, обласної ради, як того вимагає від України Рада Європи. Що ж стосується створення у складі виконавчого апарату цих рад управління справами, яке б взяло на себе функцію оперативного управління об'єктами спільної власності територіальних громад, то ця ідея знайшла підтримку в даному законопроекті. Делегування районною і обласною радою своїх повноважень районній і обласній державній адміністрації є правом ради, а не її обов'язком. Тому слід переглянути принципи, закладені в ст. 44 чинного Закону "Про місцеве самоврядування в Україні", яка має яскраво виражений імперативний характер, а отже, порушує принцип місцевого самоврядування, зокрема його правову та організаційну автономію.

Повноваження районної, обласної ради не є первинними, оскільки первинні повноваження належать територіальним громадам. За Конституцією України місцеве самоврядування є правом, а не обов'язком територіальних громад. Таким чином, територіальна громада може здійснювати своє право на самоврядування, об'єднавши його з іншою територіальною громадою, або ж здійснювати частково, передавши деякі свої повноваження районній раді, обласній раді.

Відсутність нової законодавчої бази суттєво ускладнює процес формування територіальної громади, обумовлює певною мірою декларативний характер місцевого самоврядування в Україні. Тому, безперечно, необхідна активізація законопроектних розробок у цій сфері, подальше втілення в життя муніципальної реформи.

І.В. Набока, мол. наук. співроб.

НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПРН України

ЗАСІДАННЯ ПОСТІЙНИХ КОМІСІЙ ЯК ОРГАНІЗАЦІЙНО ПРАВОВА ФОРМА РОБОТИ МІСЦЕВИХ РАД

Постійні комісії місцевих рад здійснюють свою діяльність у різноманітних формах, основною серед яких є підготовка і проведення засідань комісій, оскільки саме на них вирішуються всі важливі та принципові питання, а саме: затвердження плану роботи, заслуховування доповідей і повідомлень керівників відділів і управлінь виконавчого комітету місцевої Ради, підприємств, установ, організацій, обговорення і вирішення основних питань організації та діяльності, обговорення звітів членів комісії та підсумків роботи.

Для повного та всебічного вивчення стану справ у підвідомчій галузі проводиться підготовка засідань постійних комісій, яка складається з комплексу організаційно-технічних заходів. Практикою вироблено декілька етапів підготовки засідань: проведення підготовчих заходів (вибір питання для обговорення, визначення виду перевірки, вибір джерела отримання необхідної інформації та ін.), проведення робочої наради з учасниками перевірки, перевірка, обробка зібраного матеріалу. Під-

готовоча робота покладається на голову постійної комісії, її заступника та секретаря, також на членів комісії, яким були поставлені відповідні завдання.

Відповідно до Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні” від 21 травня 1997 р., Положень про постійні комісії місцевих рад, які приймаються радами, засідання комісій проводяться відкрито і гласно, крім випадків, коли за рішенням комісії проводяться закриті засідання для розгляду конкретно визначених питань. Принцип гласності діяльності постійних комісій забезпечується шляхом публікування інформації про їх діяльність у виданнях місцевої ради, у присутності на засіданнях представників місцевої виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, об’єднань громадян, трудових колективів.

На відміну від Закону Української РСР “Про місцеві Ради народних депутатів Української РСР та місцеве самоврядування” від 26 березня 1992 р., в якому було встановлено правомочність засідань постійних комісій при наявності не менш як двох третин від її загального складу, Закон “Про місцеве самоврядування в Україні” знизив кворум засідань постійних комісій та зазначив, що засідання постійних комісій є правомочними, якщо в них беруть участь не менше половини депутатів від загального складу комісії (п.9 ст. 47).

У засіданнях постійних комісій беруть участь особи, яких можна поділити на дві групи: а) особи, які зобов’язані брати участь у засіданнях; б) особи, які мають право брати участь у засіданнях.

При цьому до першої групи належать депутати ради – члени даної комісії, фахівці, знання та досвід яких покладені в основу думки постійної комісії з певного питання. До другої – депутати ради, які не є членами даної комісії, депутати вищестоящих рад, представники ЗМІ тощо.

Провідну роль має перше організаційне засідання, на якому проводиться внутрішньо-організаційна робота, спрямована на забезпечення постійного і нормального функціонування постійної комісії. На таких засіданнях депутати знайомляться зі своїми правами та обов’язками, з колом питань, які потрібно опрацювати, розподіляють між собою обов’язки, заслуховують звіт про діяльність комісії попереднього скликання. Виступи попередніх голів постійних комісій сприяють встановленню правонаступності в роботі комісій двох скликань.

На першому організаційному засіданні комісії приймається план роботи, який є засобом координації взаємодії комісії з радою у цілому та з її органами, з якого й починається робота комісії. Від якості, своєчасності прийняття такого плану в основному залежить успіх діяльності комісії. В практиці мають місце поточні та перспективні плани роботи, структура яких визначається поставленими перед комісією завданнями.

Практикою визначено декілька видів засідань постійних комісій у залежності від кількості членів, що беруть у них участь, від місця проведення засідання та інших чинників. Можна виділити п’ять таких видів: звичайні, розширені, сумісні, об’єднані, виїзні.

Основною формою роботи постійних комісій є звичайні засідання, що проводяться при наявності повного складу комісії, на яких розподіляються обов’язки її членів, спільно обговорюються виконання намічених заходів, приймаються рішення і рекомендації з обговорення питань.

Поряд із звичайними практикуються розширені засідання з запрошенням

представників державної адміністрації, керівників підприємств і установ, фахівців певних галузей тощо. Останні не здійснюють попередньої роботи по підготовці до слухання питання, але беруть участь як зацікавлені особи у вирішенні певного питання. Сумісні засідання постійних комісій проводяться у випадках, коли вирішення питань однієї комісії тісно пов'язані з роботою іншої при наявності спільних проблем. Це дозволяє комплексно та повно вивчити певне питання, використати досвід фахівців різних сфер. Для цього виду засідань характерне проведення сумісних перевірок, внесення пропозицій до ради, виступи із співдоповідями на сесії місцевої ради тощо.

Для проведення об'єднаних засідань постійні комісії об'єднуються з суспільними організаціями, профспілками, органами самоорганізації населення.

Заслугує на увагу практика проведення виїзних засідань постійних комісій на підприємствах, установах, будовах, в інших організаціях та закладах. Звичайно такі засідання проводяться в присутності керівників відповідних організацій, закладів, установ. Позитивним моментом є те, що виїзне засідання дає можливість усім членам комісії безпосередньо на місці глибше і конкретніше ознайомитись із проблемами.

Розгляд питання на засіданні комісії починається з інформації або доповіді керівника організації або установи, діяльність якого обговорюється. Після цього виступають із доповідями члени комісії, фахівці, які брали участь у підготовці питання. По закінченні обговорення голова комісії оголошує проект рішення, який обговорюється і приймається простою більшістю голосів від загального складу комісії, засвідчується підписом голови комісії, а в разі його відсутності – заступником голови або секретарем комісії.

Висновки, пропозиції постійних комісій мають бути своєчасно доведені до виконавців, зацікавлених установ, організацій.

Таким чином, основна мета засідань постійних комісій – надавати всебічну допомогу радам та їх виконавчим органам у проведенні господарських та соціально-культурних заходів, задоволення потреб населення. Значна частина рішень ради є результатом пропозицій постійних комісій, місцеві ради та їх виконавчі комітети, в свою чергу, сприяють ефективному функціонуванню постійних комісій.

О.А. Мірошніченко, аспірантка.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ ЗАСТОСУВАННЯ НЕОБХІДНОЇ СИЛИ ТА ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ

У відповідності зі ст. 2 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод позбавлення життя не порушує право людини на життя, якщо воно є результатом застосування не більш як абсолютно необхідної сили.

У п. 2 цієї ж статті визначено випадки абсолютної необхідності застосування сили – це захист будь-якої особи від незаконного насильства, здійснення законного арешту чи запобігання втечі особи, затриманої на законних підставах, а також дії, пе-

редбачені законом, для придушення бунту чи заколоту.

У справі Мак-Канн та інших проти Великобританії Європейський суд із прав людини (рішення від 27 вересня 1995 р.) указав, що п. 2 ст. 2 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод визначає ситуації, у яких допускається застосування сили з можливістю позбавлення життя як ненавмисного результату, але таке застосування сили не повинно перевищувати межі абсолютної необхідності для досягнення однієї з визначених цілей і, насамперед, має строго відповідати цим цілям.

Далі в цій же справі щодо дій правоохоронних органів держави вказується, що застосування сили, яке спричинило позбавлення життя, обґрунтоване ширим переконанням у правомірності своїх дій (недостовірна інформація), ціллю яких був захист життя інших людей, і яке надалі виявилось помилковим, може бути виправдане на підставі положень зазначеного вище п. 2 ст. 2.

Стаття 9 з “Основних принципів застосування сили і вогнепальної зброї посадовими особами по підтримці правопорядку” (виданих у збірнику стандартів і норм ООН у сфері попередження злочинності й карного правосуддя) передбачає, що посадові особи по підтримці правопорядку не застосовують вогнепальної зброї проти людей, за винятком випадків самооборони чи захисту інших осіб від неминучої загрози смерті або серйозного поранення, або з метою запобігання здійснення особливо тяжкого злочину, наслідком якого може бути загроза життю, або з метою арешту особи, що представляє таку небезпеку та чинить опір, чи з метою запобігання її втечі і лише в тих випадках, коли менш рішучі заходи недостатні для досягнення цих цілей. У будь-якому випадку навмисне застосування сили зі смертельним результатом може мати місце лише тоді, коли воно абсолютно необхідне для захисту життя.

Кримінально-правова теорія допускає, що шкода, заподіяна особою, яка діє в стані необхідної оборони, може бути і більш значною у порівнянні з тією шкодою, яка була відвернена актом необхідної оборони. Важливо, щоб ця шкода не була явно несумірною у порівнянні зі шкодою відверненою.

Стаття 15 закону України “Про міліцію” передбачає, що працівники міліції як крайній захід мають право застосовувати вогнепальну зброю у таких випадках: 1) для захисту громадян від нападу, що загрожує їх життю і здоров’ю, а також звільнення заручників; 2) для відбиття нападу на працівника міліції або членів його сім’ї, якщо їх життю або здоров’ю загрожує небезпека; 3) для відбиття нападу на охоронювані об’єкти, конвої, житлові приміщення громадян, приміщення державних і громадських підприємств, установ і організацій, а також звільнення їх у разі захоплення; 4) для затримання особи, яку застали при вчиненні тяжкого злочину і яка намагається втекти; 5) для затримання особи, яка чинить збройний опір, намагається втекти з-під варти, а також озброєної особи, яка погрожує застосуванням зброї та інших предметів, що загрожує життю і здоров’ю працівника міліції; 6) для зупинки транспортного засобу шляхом його пошкодження, якщо водій своїми діями створює загрозу життю чи здоров’ю громадян або працівникові міліції. Однак забороняється застосовувати і використовувати вогнепальну зброю при значному скупченні людей, якщо від цього можуть постраждати сторонні особи. Працівники міліції мають право використовувати зброю для подання сигналу тривоги або виклику допомоги, для знешкодження тварини, яка загрожує життю і здоров’ю громадян або працівника міліції.

У п. 8 Постанови про “Правила застосування спеціальних засобів при охо-

роні громадського порядку” забороняється застосування спеціальних засобів: а) до жінок з явними ознаками вагітності, осіб похилого віку або з вираженими ознаками інвалідності та малолітніх, крім випадків вчинення ними групового нападу, що реально загрожує життю і здоров'ю людей, працівників міліції, або збройного нападу чи збройного опору; б) у приміщеннях і на земельних ділянках, які закріплено за дипломатичними, консульськими та іншими представництвами іноземних держав, за винятком випадків, коли від глави дипломатичного або глави іншого відповідного представництва надійде прохання застосувати вказані засоби проти правопорушників; в) у приміщеннях або виробництвах, пов'язаних з виготовленням вибухових чи легкозаймистих речовин, у дитячих і лікувальних закладах.

Таким чином, в українському законодавстві передбачено значно ширше коло ситуацій, коли можливе використання вогнепальної зброї, що автоматично збільшує можливості застосування абсолютно необхідної сили, наслідком якої може бути позбавлення особи життя. З іншого боку, більшість передбачених ситуацій дублюють міжнародні документи з цього приводу.

А.Н. Розумна, мол. наук. співроб.

НДІ державного будівництва та місцевого
самоврядування АПРн України

РЕГЛАМЕНТАЦІЯ І ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ДІТЕЙ В УКРАЇНІ

Створення нормального, здорового, розвинутого суспільства неможливо без турботи про підростаюче покоління. Особливо це актуально для України як молодой держави, що переживає період становлення.

У Женевській декларації прав дитини 1924 р. уперше було зазначено, що діти внаслідок їх фізичної і розумової незрілості вимагають спеціальної охорони і турботи, включаючи відповідний правовий захист, як до, так і після народження.

У Загальній декларації прав людини також було підтверджено дане положення. Однак найбільш повним міжнародним нормативним актом, що стосується прав дітей, слід вважати Декларацію прав дитини, у преамбулі якої сказано, що цей правовий акт проголошується з метою забезпечення дітям щасливого дитинства, для їх власного блага і блага суспільства. Декларація визначила, що обов'язком усіх національних урядів є визнання і дотримання прав дітей шляхом законодавчого закріплення цих прав у кожній окремо взятій державі й неухильне їх дотримання.

У Конституції України в ст. 51 визначений обов'язок батьків утримувати дітей до їх повноліття, а також закріплено, що дитинство охороняється державою; у ст. 52 Основного Закону України закріплюється рівність усіх дітей, забороняється насильство над дитиною, будь-яка експлуатація дитини; передбачено положення про те, що виховання дітей-сиріт покладається на державу.

Розглянемо, як реально забезпечується охорона особистих прав дітей в Україні. Насамперед необхідно зазначити, що в нашій державі існує розвинута система органів, що забезпечують захист прав дітей.

Коротко проаналізуємо, як деталізуються положення Декларації прав дітей і Конституції України, що стосуються прав дітей, у законодавстві України.

Наприклад, Сімейний кодекс закріплює такі права дітей:

- право на ім'я;
- право на соціальний захист;
- права дітей, що народилися в незареєстрованому шлюбі;
- права дітей, що залишилися без батьківського піклування.

Там же закріплені основні обов'язки батьків по забезпеченню особистих прав дітей:

- обов'язок по захисту прав та інтересів дітей;
- обов'язок виховання і навчання дітей.

Право на житло визначається Житловим кодексом, Цивільним кодексом й іншими нормативними актами.

Слід зазначити, що права дитини законодавчо закріплені, розроблений механізм їхньої охорони і реалізації. Проте у законодавстві, у частині, що стосується прав дитини, є деякі огріхи.

Наприклад, восьмий принцип Декларації прав дитини вказує, що дитина при всіх обставинах повинна бути серед тих, хто першими одержують захист і допомогу. На жаль, він не знайшов належного відображення у законодавстві. Існує багато “білих плям”, які так чи інакше стосуються забезпечення і реалізації особистих прав дітей.

Вирішення цієї проблеми реально можливе за умови доповнення і деталізації законодавства різної галузевої належності в частині, що стосується особистих прав дитини, або прийняття спеціального закону про права дитини в Україні. Доцільно було б прийняти саме спеціальний закон. Тоді з'явилася б реальна можливість сконцентрувати увагу на захисті прав дитини, а також усунути протиріччя нашого законодавства, що стосуються захисту особистих прав дітей.

Крім того, на практиці, у ситуаціях, зв'язаних з охороною прав дитини, виникають моменти, коли органи, що забезпечують захист прав дітей, дублюють у деяких питаннях свої функції.

Вважаємо, що права дитини можуть стати дійсно пріоритетною цінністю лише у випадку, коли вони будуть законодавчо закріплені. Декларація прав дитини відобразила основні права дітей, Конституція відобразила лише деякі особисті права, однак у жодному галузевому нормативному акті немає докладного переліку прав дітей і розробленого механізму їх охорони.

Отже, необхідно прийняти закон, що безпосередньо стосується регламентації і забезпечення прав дітей у нашій державі. Це тим більше потрібно в умовах економічної нестабільності, коли зростає дитяча бездоглядність, підліткова злочинність і діти вимагають посиленої охорони і забезпечення своїх прав як з боку держави, так і з боку окремих громадян.

О.А. Качур, аспірант.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ЗАКОН УКРАЇНИ “ПРО БІЖЕНЦІВ”: СУЧАСНИЙ СТАН І ПРОБЛЕМИ

В останні роки для України досить актуальною залишається проблема біженців, що зумовлює необхідність удосконалення її законодавчого регулювання.

Перший Закон України “Про біженців” було ухвалено наприкінці 1993 р. під впливом подій у Молдові, коли на території України опинилося понад 60 тис. осіб із сусідньої країни. За час, що минув від моменту прийняття цього Закону, Україна зазнала ще кілька “хвиль” біженців (щоправда не таких численних), зокрема з Абхазії, а також зіткнулася з проблемою нелегальної міграції, яка вже вийшла далеко за національні рамки і набула справді міжнародного масштабу.

Стало очевидним, що чинний Закон не відповідає рівню тих проблем, розв’язанню яких він покликаний сприяти.

Новий Закон України “Про біженців” був прийнятий Верховною Радою 21 червня 2001 р. На відміну від попереднього Закону він поширив та вніс уточнення в права біженців. Зокрема, в ньому містяться норми, згідно з якими особи, які набули статусу біженців, користуються тими ж правами і свободами і виконують ті ж обов’язки, як і громадяни України, за винятками, які встановлені Конституцією та законами України. До того ж скасовано обмежені строки, на які надавався статус біженця, встановлено, що цей статус надається на строк дії обставин, через які особа стала біженцем. Крім цього, Закон визначає правове становище дитини, яка визнана біженцем. Таким дітям надається доступ до процедури визначення статусу біженця, в тому числі й у випадках, коли діти прибувають в Україну без батьків або інших законних представників. Закон містить і норми, що сприяють єдності сімей біженців.

Однак немає ідеальних законів і згодом усі вони потребують свого вдосконалення. Насамперед треба визначитися з принциповими питаннями, які надають “індивідуальність” кожному закону. У Законі України “Про біженців” таким питанням є визначення поняття “біженець”. Закон містить “класичне” формулювання поняття, абсолютно ідентичне тому, що закріплене в Конвенції 1951 р., тобто в основу правового статусу біженця покладено факт переслідування з політичних мотивів або загрозу подібного переслідування. Проте прибічники ширшого підходу вважають, що коли життя, свободі чи безпеці людини загрожує небезпека, не має значення, чи є ця загроза наслідком переслідування чи іншої форми небезпеки, наприклад, збройного конфлікту. Як приклад саме такого підходу можна назвати Конвенцію Організації Африканської Єдності 1969 р., що тлумачить біженців як жертв не тільки переслідувань, а й “зовнішньої агресії, окупації, іноземного домінування або подій, що серйозно порушують громадську безпеку”.

В Україні також були спроби запровадити розширене поняття терміна “біженець” у Закон “Про біженців”. Коли проект нового закону розглядався у Верховній Раді, деякі народні депутати вносили пропозиції щодо розширення визначення поняття “біженець” і зачислення до категорії біженців також “жертв збройних конфліктів, великого стихійного лиха та значних катастроф техногенного характеру”. Проте Верховна Рада відхилила ці пропозиції через проблеми економічного характеру, які неодмінно супроводжують це нововведення.

З урахуванням реалій сучасності географічного положення України, розширення кола осіб, яким може бути наданий статус біженця, вельми потрібно.

О.А. Задихайло, здобувач.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ НОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ У СФЕРІ УПРАВЛІННЯ КУЛЬТУРИ

Реалізація державної політики щодо культури вимагає чіткого законодавчого регулювання цієї важливої галузі суспільного життя країни. Міцний законодавчий фундамент є однією з головних умов ефективної організації управління у будь-якій сфері життєдіяльності суспільства, а особливо – культурного життя.

В Україні відбувається процес реформування організаційно-правових форм управління культурою і нове законодавство відіграє у цьому процесі дуже важливу роль. Порівняно із законодавством інших країн, українське в галузі культури є досить широким і специфікованим у різних її сферах. В Україні чинні понад 300 нормативно-правових актів, що стосуються питань культурного життя. Серед них закони “Про музеї та музейну справу” (1995 р.), “Про бібліотеки і бібліотечну справу” (1995 р.), “Про професійних творчих працівників та творчі спілки” (1997 р.), “Про кінематографію” (1998 р.), “Про охорону культурної спадщини” (2000 р.). Однак у багатьох випадках законодавчі акти мають неузгоджений та суперечливий характер. Як наслідок – окремі сфери культурного життя суспільства взагалі перебувають поза межами законодавчого регулювання. Так, і досі відсутні закони про гастрольно-концертну діяльність, соціальний захист митців тощо.

При цьому слід зазначити, що і деякі з прийнятих законодавчих актів у сфері культури, які стосуються фінансування галузі або соціального захисту працівників культури, не виконуються або ігноруються органами державної виконавчої влади. Така ситуація обумовлюється передусім тим, що багато з правових норм цих законів мають суто декларативний характер і не передбачають реальних механізмів втілення їх у життя.

Ще одним проявом недосконалості вітчизняного законодавства у сфері культури є його невідповідність міжнародно-правовим зобов'язанням у частині гарантованого доступу до культурних цінностей, що знаходить свій прояв у скороченні мережі закладів культури, зниженні якості культурних послуг. Так, на Міжнародній конференції з питань політики в галузі культури (Стокгольм, 1998 р.) 140 країн (до яких приєдналась і Україна) ухвалили План дій відносно політики в галузі культури. Цей план містить зокрема й рекомендації державам-членам щодо нарощування зусиль по збереженню і підвищенню ролі матеріальної і нематеріальної, рухомої і нерухомої культурної спадщини та сприяння розвитку індустрії культури, перетворення політики в галузі культури в один із ключових елементів стратегії розвитку (культура політика має стати головним елементом соціальної та економічної політики).

Тому інтереси культури повинні знаходити своє відображення також у законах, що регулюють суспільно-економічні сфери життя. Насамперед це стосується податкового і фінансово-бюджетного законодавства, у якому необхідно передбачити пільговий податковий режим для неприбуткових організацій культурної сфери, механізми заохочення недержавних інвестицій у цю галузь тощо.

Отже, надзвичайно важливим є реформування у відповідності з сучасними

світовими стандартами існуючої законодавчої бази у сфері культури шляхом внесення змін та доповнень до чинних законів, які забезпечили б сприятливі умови для розвитку культури в Україні.

Л.В. Тацій, адвокат.
Колегія адвокатів
Харківського району

ВЗАЄМОВІДНОСИНИ ОРГАНІВ УПРАВЛІННЯ ЮСТИЦІЇ ТА АДВОКАТУРИ

Особливістю юстиції є багатооб'єктність цієї галузі управління. До інституцій юстиції належать судові та судово-експертні установи, нотаріат, адвокатура, органи реєстрації актів громадського стану. Всі вони мають різне призначення, відповідний правовий статус, обсяг і характер компетенції. Одні з них діють на державних засадах, інші на державних та недержавних, треті лише на громадських. До останніх належить адвокатура, специфіка відносин якої з органами управління юстицією визначається тим, що вона діє на засадах самоврядування, самостійно вирішує свої внутрішні питання.

Місце відповідних інститутів у системі держави і суспільства обумовлює різноманітність форм і методів управління, які застосовуються органами юстиції – безпосереднього управління, організаційного та матеріального забезпечення, регулювання. Щодо адвокатури застосовується метод регулювання, керуючий вплив має рекомендаційний характер, оскільки вона є самостійною і незалежною в своїй практичній діяльності. Головною рисою взаємовідносин Міністерства юстиції, його галузевих та функціональних департаментів, управлінь, відділів, обласних і районних управлінь юстиції є співробітництво.

Відповідно до ст. 1 Закону України “Про адвокатуру” адвокатура України є добровільним професійним громадським об'єднанням, покликаним згідно з Конституцією України сприяти захисту прав, свобод та представляти законні інтереси громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства, юридичних осіб, надавати їм іншу юридичну допомогу. Адвокатура здійснює свою діяльність на принципах верховенства закону, незалежності, демократизму, гуманізму і конфіденційності (ст. 4 Закону).

Адвокати мають право давати консультації та роз'яснення з юридичних питань, усні та письмові довідки щодо законодавства; складати заяви, скарги та інші документи правового характеру; посвідчувати копії документів у справах, які вони ведуть; здійснювати представництво в суді, інших державних органах, перед громадянами та юридичними особами; надавати юридичну допомогу підприємствам, установам, організаціям; здійснювати правове забезпечення підприємницької та зовнішньоекономічної діяльності громадян та юридичних осіб; виконувати свої обов'язки відповідно до кримінально-процесуального законодавства у процесі дізнання та досудового слідства.

Порядок утворення, діяльності, реорганізації та ліквідації адвокатських об'єднань, структура, штати, функції, порядок витрачання коштів, права та обов'язки

керівних органів, порядок їх обрання та інші питання, що стосуються їх діяльності, регулюються Законом України “Про адвокатуру” та статутом відповідного об’єднання.

Адвокатура є громадським об’єднанням, але особливого характеру. Це спілка професіоналів-юристів, їх організацій, які складають правозахисний інститут, що відповідає вимогам міжнародних угод, ратифікованих Україною, зокрема Резолюції Комітету Міністрів Ради Європи від 25 жовтня 2000 р. “Щодо свободи здійснення професії юриста”.

Характер діяльності адвокатури спрямований на захист громадян в першу чергу певної держави, тому відрізняє адвокатуру від громадських об’єднань за своєю суттю. Можливо, було б доцільним у Конституції України, не дивлячись на громадські засади функціонування адвокатури, зафіксувати, що головна її функція полягає у здійсненні захисту прав і свобод людини і громадянина, чим підкреслити чільне місце адвокатури в системі об’єднань громадян, її значимість серед таких інституцій, як суд та прокуратура, інші правоохоронні органи в державі та суспільстві в цілому.

Тільки за такого незалежного статусу адвокатури та адвокатів можлива ефективна полеміка з державним обвинуваченням, виявлення помилок слідства та суду. Тому висловлювання про створення так званої муніципальної адвокатури є надто дискусійними і такими, що протирічать світовим стандартам у галузі захисту прав людини, які передбачають незалежність адвокатури від органів державної влади, а також від будь-якого “недоречного втручання”.

Разом з тим, певний організуючий вплив на адвокатську діяльність справляють державні органи, в тому числі й органи управління юстиції. Держава, по-перше, законодавчо визначає статус, функції та компетенцію адвокатури. По-друге, відповідно до п. 27 Положення про Міністерство юстиції України на останнє покладається обов’язок щодо реєстрації адвокатських об’єднань, забезпечення оплати праці адвокатів за рахунок коштів державного бюджету в разі участі адвоката у кримінальній справі за призначенням та звільненням громадян від оплати юридичної допомоги, ведення реєстру адвокатських об’єднань. Обов’язок щодо реєстрації адвокатських колегій, фірм, контор та інших адвокатських об’єднань також покладається на Міністерство юстиції України ст. 4 Закону України “Про адвокатуру” та п. 1 Положення про порядок реєстрації адвокатських об’єднань, яке затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 27 квітня 1993 р. По-третє, представники державних органів беруть участь у проведенні атестації адвокатів, визначенні їх кваліфікаційного рівня.

Таким чином, аналіз повноважень органів управління юстиції щодо адвокатури дає можливість зробити висновок, що дані відносини базуються на засадах співробітництва, дотримання принципів незалежності та поваги до адвокатських об’єднань як професійних громадських утворень виконання органами управління певних функцій по організаційному та матеріально-технічному забезпеченню діяльності адвокатури, пов’язаних із захистом прав, свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб.

Д.Е. Боговский, соискатель.

Национальная юридическая академия Украины

им. Ярослава Мудрого

ОСОБЕННОСТИ ПОСТРОЕНИЯ СТРУКТУРЫ ОРГАНОВ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ

В юридической литературе последних лет допускается как расширенное, так и слишком узкое толкование понятия административной юстиции. Преобладает же точка зрения, согласно которой под административной юстицией понимают вид правосудия, осуществляемого с целью рассмотрения жалоб граждан, их объединений, юридических лиц на незаконные действия или бездействие органов государственной исполнительной власти и органов местного самоуправления (административных органов).

Институт административной юстиции характеризуется наличием специальных административных судов. Некоторые исследователи считают, что “наличие специальных административных судов – главный признак административной юстиции”.

Так, Ю.А. Тихомиров характеризует административную юстицию как отдельную ветвь правосудия. Ее объект – ненадлежащая управленческая деятельность, выраженная в форме действия или бездействия властного субъекта. От других ветвей власти ее отличают в основном три элемента: кадры (административные судьи), акты (решения об отмене управленческих решений) и процедуры.

Предметом судебного рассмотрения административными судами должны стать конфликты публично-правового характера, которые теперь разрешают общие суды (частично – хозяйственные суды).

Построение административной юстиции по существу включает в себя два основных этапа:

- создание специализированных административных судов;
- формирование административного процесса как отдельного вида судопроизводства.

Эти этапы тесно взаимосвязаны между собой: без четкого определения системы и устройства административных судов невозможно определить сферу административно-процессуальных правоотношений, последовательно разграничить подсудность отдельных категорий дел между судебными инстанциями, определить особенности судебной процедуры, продумать механизм апелляционного и кассационного обжалования.

После принятия Закона Украины “О судостроительстве” 07.02.2003 г. решение задачи построения административной юстиции перешло в плоскость создания системы административных судов.

Закон предусматривает формирование административных судов как специализированных в пределах единой судебной системы Украины (ч.2 ст. 19 Закона). В соответствии с ч.2 ст. 21 Закона местными административными судами являются окружные суды, которые образуются в округах Указом Президента Украины. Статья 25 Закона устанавливает виды и состав апелляционных административных судов. Ими являются апелляционные административные суды, создаваемые в местных округах в соответствии с Указом Президента Украины.

Будут ли соответствовать округи местных и апелляционных администра-

тивных судов существующему административно-территориальному делению либо за основу при создании этих судов будет взят другой подход – этот вопрос остается открытым.

В соответствии с ч.1 ст.38 Закона высший судебный орган в системе административных судов – Высший административный суд Украины, который образуется в соответствии с Указом Президента Украины. Статья 39 Закона в общем виде закрепляет основные полномочия Высшего административного суда и указывает на коллегиальное рассмотрение в нем дел. Пункт 4 ч.2 ст.48 Закона говорит о том, что в составе Верховного Суда Украины действует палата по административным делам.

Таким образом, базовый Закон “О судоустройстве” дает достаточно четкий ответ на вопрос о системе административных судов. Однако детали законодательного оформления этой системы остаются не совсем понятными, например, вопрос о том, необходимо ли принимать отдельный закон об административных судах или нормы Закона “О судоустройстве” следует интерпретировать так, что все аспекты формирования административных судов являются прерогативой Президента Украины, и норм базового законодательства для этого достаточно.

В соответствии с п.3 Разд. 7 Закона районные, районные в городах, городские суды, а также военные суды гарнизонов продолжают функционировать как местные суды. Они осуществляют правосудие по делам, возникающим из административных правоотношений, отнесенным процессуальным законом (в настоящее время ГПК) к их подсудности до введения в действие нового процессуального законодательства, устанавливающего иной порядок судопроизводства по административным делам.

Опыт других стран указывает на одно из важнейших условий законодательного оформления нового вида судопроизводства. В большинстве стран практика рассмотрения административных дел специализированными судебными органами опирается на систематизированное административное законодательство. Именно оно подробно регулирует процесс принятия решений, их реализацию, процедуру обжалования в вышестоящие судебные инстанции, права субъектов административного судопроизводства и т.д.

Верховным судом Российской Федерации совместно с группой ученых был подготовлен проект Кодекса административного судопроизводства, предусматривающего создание в РФ 500 судов первой инстанции, так называемых “межрайонных судов”. Каждый из этих судов должен охватывать территорию приблизительно от 4 до 6–8 и более районов. Будет образован 21 окружной суд, то есть из расчета от 2 до 6–7 субъектов федерации на 1 окружной суд. Таким образом, произойдет географическое разъединение административных судов с местными органами власти, чьи решения и действия обжалуются в эти суды.

В Украине подготовлены и внесены на рассмотрение Верховной Рады два альтернативных проекта Административно-процессуального кодекса. Следует отметить ряд расхождений в концептуальном видении нормативного наполнения Кодекса. Это вызвано, в первую очередь, отсутствием системы административных судов. Несогласованность процессов формирования системы административных судов и наделения их определенными процессуальными полномочиями, асин-

хронність цих процесів об'єктивно ускладнюють чітке визначення територіальної і предметної підсудності адміністративних дел.

Наработки в сфері побудови оптимальної національної моделі адміністративної юстиції ще далеко як від совершенства, так і від завершення. Однак необхідно учести, що по суті були зроблені лише перші кроки. Трех-літній перехідний період, відведений на створення системи адміністративних судів, необхідно використати для фундаментальних досліджень і плідних дискусій при розв'язанні проблеми в відповідності з вимогами часу і формуванням нового правового інституту – адміністративної юстиції, – призначеного на більш високому рівні захищати права громадянина перед державою.

Д. А. Войтенко, аспірант.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ЛОГІЧНІ ЗАСОБИ ОБҐРУНТУВАННЯ В СУДОВОМУ ПІЗНАННІ

Політичні й економічні реформи, що відбуваються в Україні, та формування правової держави визначили необхідність корінного перетворення національної правової системи, у тому числі цивільного, кримінального і процесуального законодавства. Вже чинні новий Кримінальний і Земельний, наближається до завершення розробка Цивільно-процесуального і Кримінально-процесуального та інших кодексів України. У цих законах відбита нова система пріоритетів серед правоохоронних цінностей, тобто визнання того, що вищою цінністю є людина, його права і воля. Правовий захист цих цінностей істотно залежить від логічності та продуктивності рішень, прийнятих на всіх рівнях функціонування правової системи.

Як відзначає академік АПРН України Ю.М. Грошевой, щоб суддівське переконання було визнано достовірним, а вирок законним і обґрунтованим, необхідно, щоб мотивування, яке приводиться в ньому, було послідовним і не містило внутрішніх протиріччя, а розуміння, викладені у вирокі з усіх розглянутих питань, цілком відповідали матеріалам кримінальної справи і впливали з них. Логічні помилки, протиріччя між даними судового слідства і фактами, що суд визнав у вирокі встановленими між мотивуванням і резолютивною частиною вирокі, роблять мотивування помилковим і позбавляють суддівське переконання об'єктивності.

Необхідність закріплення в законодавстві чіткої процедури обґрунтування визначається специфікою пізнавальної діяльності в судочинстві, що виявляється в різних формах судового розгляду. Пізнання, підлегле загальним гносеологічним закономірностям, здійснюється за законами матеріалістичної теорії відображення. Однак, як справедливо зауважує А.А. Ейсман, судові доведення не зводяться тільки до пізнання. Доведення в більш широкому розумінні являє собою повідомлення, передачу відомостей від одного суб'єкта до іншого. Знову ж таки при цьому йдеться не лише про те, що щось просто повідомляється, але й наводяться підстави, докази того, що відомості правдоподібні, адекватні дійсності. Тому отримані суб'єктом процесу фактичні дані про обставини події, що відбувалися, мають бути зафіксовані в такій про-

цесуальній формі, яка б забезпечувала можливість доступу до неї всім суб'єктам процесу і створювала б гарантії вірогідності отриманих даних, тобто мусить містити обґрунтування припустимості доказів.

Ще в античні часи аргументація розглядалася як складова частина процесу переконання. Дійсним фактом цього є висловлення Аристотеля про риторику як уміння “знаходити можливі переконання щодо кожного даного предмета”. Способи переконання Аристотель не обмежував логічними і раціональними засобами, а пропонував детально розглядати і використовувати емоційні, соціально-психологічні, моральні, стилістичні, ораторські прийоми і методи переконання. Разом із своїм учителем Платоном він критикував софістичну риторику тому, що вона не приділяла достатньої уваги головній умові будь-якої переконливої промови: доказовості, обґрунтованості й логічній послідовності міркувань. Древні греки добре усвідомлювали, що процес переконання нерозривно пов'язаний із комунікативною діяльністю, передачею почуттів і думок одними особами іншим, з їхнім взаєморозумінням і взаємодією. При цьому вирішального значення вони надавали багатозначному логосові, що одночасно уособлював для них думку і слово.

Розглядаючи більш детально природу обґрунтування, варто наголосити, що вона є специфічною формою комунікативної діяльності, нерозривно й органічно пов'язаною з процесом переконання. Тому обґрунтування варто розглядати в першу чергу в плані діяльнісного підходу. Відповідно до такого підходу у будь-якому процесі обґрунтування необхідно розрізнати, по-перше, суб'єкт аргументації, тобто особу або групу осіб, що намагаються впливати на інших людей, і переконати їх в істинності або, принаймні, обґрунтованості своїх стверджень, припущень і висновків; по-друге, об'єкт або адресат аргументації, якому вона призначена; по-третє, схему або структуру діяльності, що включає у свій склад мету аргументації і можливі способи її реалізації; також засоби, методи і прийоми впливу на об'єкт аргументації, за допомогою яких досягається переконання аудиторії та її згода з висунутими твердженнями, тезами або рішеннями. При комунікативному підході підкреслюється саме діяльність суб'єкта, орієнтована на зміну поглядів, думок і переконань інших людей. У сфері пізнання і духовної діяльності аргументація спрямована на перебудову свідомості, зміну уявлень, понять і суджень людей. При прийнятті рішень у практичній діяльності аргументація орієнтована на таку зміну поглядів і суджень людей, що можуть спонукати їх до здійснення тих або інших дій, вчинків або поведінки.

Характерною рисою обґрунтування є використання різних способів міркування, які мають різну логічну структуру. Найчастішими формами таких міркувань, особливо в суді, є дедуктивні умовиводи, у яких теза випливає із засновків із логічною необхідністю. Виходячи з цього, аргументація, заснована на істинних засновках і правилах дедуктивного виводу, має особливу чіткість і переконливість. Тому не випадково довгий час аргументацію ототожнювали або зводили до доказового, або демонстративного міркування. Інший тип відносин між деяким твердженням і аргументами називають відношенням логічного підтвердження, що охоплює індукцію, аналогію, статистичні висновки і деякі інші види міркувань. У цьому випадку аргументи лише з тим або іншим ступенем правдоподібності або ймовірності підтверджують висунуте твердження, гіпотезу або узагальнення. Однак не слід забувати, що оцінка й обґрунтування конкретних переконань це не така проста справа, як здається з першого погляду, оскільки при цьому слід враховувати не тільки логічні й фактичні вимо-

ги, але й обставини психологічного, ціннісного і соціально-політичного характеру. Тому будь-які факти, приклади, випадки і дані, що йдуть у розріз із науковими, соціальними, етичними та іншими ціннісними установками суспільства, будуть сприйматися негативно.

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

СФЕРА ДІЇ ТРУДОВОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Природа трудового права як галузі права – дуалістична. Подвійний характер цієї галузі права визначається її історичним походженням. З одного боку, трудове право регулює взаємовідносини між працівником та роботодавцем як двома приватними особами, які, отже, не мають відносно один одного ніяких владних повноважень, а тому вони взаємодіють на засадах рівності (тобто договірних засадах). Стаття 1 Цивільного кодексу України, прийнятого 16 січня 2003 р., закріплює положення, згідно з яким цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Відповідно трудове право як галузь права у цій своїй частині вийшла із надр цивільного права по мірі усвідомлення суспільством особливої соціальної, економічної і правової природи трудового договору. Трудовий договір має своїм предметом здатність людини до праці як особливу властивість людської особистості, що є невід’ємною від цієї особистості. Отже, цей предмет і договір, який його оформляє, володіють особливою природою, що виділяє їх із звичайного майнового обігу та звичайних майнових угод, тому що сучасна правова свідомість не допускає зведення людини в цілому, окремих властивостей її особистості до категорії речей.

З іншого боку, з розвитком відносин найманої праці, перетворенням трудового найму в суспільно значиме явище з’ясувалося, що регулювання цих відносин тільки засобами приватного права (індивідуально-договірними методами) є явно недостатнім. Більше того, не забезпечує соціальної справедливості через те, що учасники трудового договору, рівні формально (юридично), але не рівні фактично – при укладенні трудового договору, і нерівні формально та фактично – при його реалізації. В результаті створюється доволі широке законодавство, а у сфері адміністративного (поліцейського), тобто публічного права – великий розділ, який визначає правові форми втручання держави у взаємовідносини праці та капіталу. Внаслідок специфіки предмета законодавства та адміністративного регулювання в сфері публічного права виділилася специфічна галузь, що орієнтована на регулювання трудових відносин. У подальшому вона одержала назву “Трудове право”.

Нині галузь трудового права функціонує як результат синтезу приватноправового та публічноправового регулювання особливої сфери суспільних відносин, які опосередковують людську працю. Нарешті, вже в межах самого трудового права як галузі та правової науки був сформульований та практично реалізований принцип соціального партнерства, невідомий ні для галузей публічного, ні для галузей прива-

тного права, – як системи правових засобів взаємодії суб'єктів, котрі уособлюють як публічний, так і приватний інтереси, що забезпечує облік та компроміс цих інтересів. Таким є загальне розуміння сучасного трудового права, до якого з врахуванням наших національних особливостей має прийти Україна.

Із вказаного випливають дві основні тенденції у змінах, що відбуваються в правовому регулюванні праці.

Перша тенденція полягає в тому, що, оскільки трудове право втілює в собі не тільки публічноправову, а й приватноправову природу, воно повинно все більше втілювати в собі загальні приватноправові методи правового регулювання. Суть першої тенденції – у розширенні договірної свободи сторін трудових відносин, тобто якщо не преваліювання, то істотне посилення індивідуально-договірного регулювання трудових відносин.

Друга – в уніфікації правового регулювання несамостійної праці без залежності від сфери її застосування.

Ці тенденції мають свої конкретні прояви, які можуть бути зведені до двох груп: по-перше, спостерігається стирання межі між різними галузями приватного права, взаємне проникнення загальних приватноправових методів у структуру всіх галузей приватного права, включаючи також і сферу правового регулювання праці; по-друге, розширення сфери дії трудового права на основі поширення загальних принципів правового регулювання праці на всі види несамостійної праці.

Указаний процес означає включення до числа суб'єктів трудового права осіб, які раніше або взагалі не вважалися суб'єктами трудового права, або їх відносили до них із великими виключеннями та пересторогами.

Нині назріла нагальна необхідність чіткого визначення в трудовому законодавстві України кола суб'єктів, на яких розповсюджуються норми трудового права.

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

ЮРИДИЧНІ ВЛАСТИВОСТІ СТРОКОВОГО ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ

Процес праці протікає не лише у просторі, але й у часі. Тому трудові відносини не існують поза часом. Залежно від строку дії трудовий договір, на підставі якого вони виникають, може бути: 1) безстроковим, що укладається на невизначений строк; 2) на визначений строк, встановлений за погодженням сторін; 3) таким, що укладається на час виконання певної роботи. Хоча ст. 23 КЗпП розрізняє три види договорів про працю, але аналіз інших норм Кодексу, наприклад, ст.ст. 36, 39, 39-1, 40 дає змогу зробити висновок, що залежно від строку дії існують два види трудового договору – безстроковий та строковий.

Говорити про безстроковий трудовий договір з точки зору термінології не зовсім правильно. Можна припустити, що строк є умовою договору, але тоді важко збагнути його природу. Існування будь-якого строку обмежене, щонайменше, двома моментами – встановленням або початком плин timer та датою закінчення або настання.

Тому строк (проміжок часу) є необхідною умовою строкового трудового договору. Стосовно ж договору безстрокового зазначимо, що період його дії не є строком у повному розумінні цього поняття. Так, дійсно, він починає плинути та обчислюватись з моменту, встановленого сторонами трудового договору. Однак його кінцева межа не визначається. Вона виникає внаслідок вольових дій суб'єктів трудових правовідносин, спрямованих на їх припинення, одночасно з цими діями. Заздалегідь при укладенні трудового договору її не встановлюють. Невизначеність кінцевої межі терміну безстрокового трудового договору не дозволяє говорити про нього як про строк чинності договору.

Термін “строковий трудовий договір” законодавство використовує часто, тому слід з'ясувати зміст, який вкладено в цю форму. В науковій літературі з даного питання не сформовано єдиної позиції. Деякі вчені, наприклад, П.І. Жигалкін, вважають застосування вказаного терміна не зовсім вдалим. Більшість фахівців з трудового права, такі, як В.М. Артеменко, Є.О. Голованова, О.М. Прудинський, часто вживають зазначений термін, але вкладають у нього різний зміст.

Визначимо своє ставлення до цієї проблеми. Законодавець застосовує категорію “строковий трудовий договір” як загальну, що характеризує будь-який трудовий договір з обмеженим терміном дії. Саме тому, що їх чинність обмежується визначеним періодом часу, збігання котрого є самостійною підставою для припинення трудових правовідносин – строковість є головною ознакою відмежування вказаних трудових договорів від безстрокових. Крім того, дійсність існування строкових трудових договорів не викликає сумніву. Це підтверджується практикою широкого застосування всіх видів даного договору, особливо трудового контракту.

Зазначимо, які договори належать до складу строкових:

- трудовий договір, укладений на визначений строк, встановлений за погодженням сторін (п. 2 ст. 23 КЗпП);
- трудовий договір, що укладається на час виконання певної роботи (п. 3 ст. 23 КЗпП);
- трудовий договір із тимчасовим працівником;
- трудовий договір із сезонним працівником;
- трудовий контракт, хоча деякі фахівці визнають можливість укладення його на невизначений строк.

На наш погляд, контракт є особливим видом строкового трудового договору. Його строковий характер впливає передусім із такої важливої ознаки, як індивідуалізація змісту трудових правовідносин, що виникають на підставі контракту. Норма права як форма лише виражає зовні цей аспект його правової природи.

У сучасній юридичній літературі зазначається, що правовий статус працівників, які уклали строковий трудовий договір, майже зовсім не відрізняється від становища працюючих на підставі трудового договору на невизначений строк, але, в той же час, деякі фахівці підкреслюють, що строкові трудові договори не є типовими. Можна визначити такі особливості строкових трудових відносин.

1. Обов'язковим елементом змісту трудового договору, що їх породжує, є строк його чинності; тривалість цього строку визначається узгодженими діями суб'єктів трудових правовідносин.

2. Працівник, який уклав строковий трудовий договір, за загальним правилом не має права розірвати його достроково за власним бажанням. Це породжує спе-

ціальну процедуру його розірвання при наявності поважних причин для цього.

3. Будь-яка зі сторін (а не лише роботодавець, як вказується в більшості праць, присвячених трудовому договору) має право припинити трудові відносини у зв'язку із закінченням строку дії трудового договору без наведення жодних причин для цього (п. 2 ст. 36 КЗпП України).

4. При звільненні у зв'язку із закінченням строку трудового договору працівникові не виплачується вихідна допомога, це звільнення не потребує погодження в профспілковому органі.

Останнім часом намітилась тенденція до законодавчого визначення сфери застосування строкового трудового договору. З урахуванням того, що він певною мірою обмежує право працівника на зміну місця роботи, хоча і за його згодою, законодавець прагне до чіткого визначення випадків укладання цього договору. В даному випадку виявляється також прагнення обмежити свавілля роботодавців щодо нав'язування працівникам строкових трудових договорів, адже в момент його закінчення ніхто не цікавиться, чи прагне працівник продовжувати трудові відносини; за наявності бажання звільнити працівника по закінченні строку роботодавцю ніщо не може завадити це зробити.

Т.А. Занфірова, пошукувач.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ЦЕНТРАЛІЗОВАНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН: ДЕЯКІ ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

При використанні праці між людьми виникає безліч різних відносин, але не всі вони є правовими, тобто органічно пов'язаними з правом. Право є особливим, офіційним державним регулятором суспільних відносин. Воно надає їм певну правову форму, внаслідок чого ці відносини набувають нової якості – стають правовими, набувають юридичної оболонки.

Правове регулювання здійснюється за допомогою системи правових засобів і є результативним, нормативно-організаційним впливом на суспільні відносини з метою їх упорядкування, охорони, розвитку відповідно до суспільних потреб. Структура правового регулювання з позицій теорії права характеризується наявністю його методів та способів. В юридичній літературі поняття “метод” та “спосіб” часто вживаються як співзвучні, такі, що збігаються за змістом. Так, М.І. Матузов під методом правового регулювання розуміє певні прийоми, способи, засоби впливу права на суспільні відносини, а С.С. Алексєєв визначає методи правового регулювання як прийоми юридичного впливу, їх поєднання, яке характеризує використання у певній області суспільних відносин того чи іншого комплексу юридичних засобів впливу. Під способами правового регулювання вчений розуміє шляхи юридичного впливу, які виражено у юридичних нормах та інших елементах правової системи.

У науці трудового права нема єдиної позиції щодо методів правового регулювання трудових відносин. На думку В.І. Прокопенка, під методом слід розуміти спосіб, спеціальний правовий процес, за допомогою якого право впливає на суспільні

відносини, встановлюючи права і обов'язки, характер взаємовідносин суб'єктів, правові засоби впливу в разі порушення прав та обов'язків. У структурі методу він виділяє три первинні способи впливу на поведінку людей: дозвіл, наказ і заборону, а самих методів у трудовому праві виділяє два: державно-нормативний і колективно-договірний (локальний). У свою чергу, Р.З. Лівшиць виділяє два методи правового регулювання – централізований і децентралізований. Такі погляди підтримує І.Я. Кисельов, вказуючи, що методу трудового права притаманне поєднання двох головних методів правового регулювання: авторитарного (централізованого) і автономного (децентралізованого).

Заперечує таке розуміння методу трудового права С.П. Маврін, вказуючи, що у сфері дії трудового права практично неможливо провести чітку межу між централізовано-нормативним і децентралізовано-договірним регулюванням, бо у багатьох актах трудового права поєднуються ознаки і нормативно-правових, і договірних джерел.

На думку О.І. Процевського, метод регулювання входить у поняття механізму правового регулювання, не втрачаючи при цьому самостійного значення. Метод розкривається через характер норм права, а не через форми їх забезпечення. Покладаючи в підгрунтя концепції методу трудового права відповідні положення теорії права, вчений визначає метод трудового права через: а) характер взаємовідносин сторін, який впливає на правове становище суб'єктів трудового правовідношення (рівність або підпорядкування); б) ступінь визначеності наданих прав, який виявляється у характері норм трудового права (імперативному або диспозитивному); в) порядок встановлення прав і юридичних обов'язків суб'єктів трудових відносин (безпосередньо законом або нормативною угодою).

Остання характеристика методу розкриває, на наш погляд, способи правотворчості у трудовому праві. Незалежно від того, яким чином приймається норма права, вона має обов'язковий характер щодо власного поля правового регулювання, певних суспільних відносин та їх учасників. Централізоване або децентралізоване встановлення умов праці стосується порядку видання норм права і співвідноситься з методом як причина і наслідок. Зміст правових норм характеризує метод регулювання, а не порядок їх прийняття.

Сутність централізованого регулювання трудових відносин за участю фізичних осіб виявляється у його завданнях і тих функціях, які воно виконує. Одним з основних завдань централізованого регулювання трудових відносин є визначення способів, за допомогою яких людина включається у процес праці. Централізоване нормативне регулювання визначає мінімальні державні стандарти у сфері праці та мінімальний рівень гарантій трудових прав суб'єктів трудових правовідносин. Зміст трудового договору, а саме він є основним у системі договорів про працю, складають умови, які встановлюються централізовано, нормативно-правовими актами про працю, а також визначені угодою сторін. Тому з моменту виникнення трудового правовідношення основу його змісту складає мінімальний обсяг прав працівника і максимальний обсяг його обов'язків. Вони визначені нормативно і сторони не можуть їх змінювати у договірному чи локальному порядку в бік погіршення трудових прав працівників.

Однією з основних функцій централізованого регулювання, яка впливає з попередньої, є забезпечення єдності у правовому регулюванні трудових правовідно-

син. Воно, як правило, стосується тих елементів системи використання праці у суспільстві, в яких знаходиться прояв публічний інтерес. Так, держава об'єктивно зацікавлена у забезпеченні здоров'я її громадян, тому за допомогою нормативних актів встановлюються основні правила у галузі охорони праці. Забезпечення законності й правопорядку у суспільстві, виконання юрисдикційної функції вимагає визначення підстав і умов юридичної відповідальності, порядку вирішення спорів між сторонами суспільно-трудових відносин. Крім того, державно-правовим регулюванням встановлюються межі (сфера) договірного регулювання, процедури, через які воно здійснюється, що, в свою чергу, є передумовою для надання регулюючим положенням договору характеру обов'язковості для його сторін.

О.Г. Серета, аспірант.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ЩОДО ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ РОБОТОДАВЦЯ – ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ, ЯКА ЗАСТОСОВУЄ НАЙМАНУ ПРАЦЮ ДЛЯ ЗАДОВОЛЕННЯ ПОБУТОВИХ ПОТРЕБ

Для виникнення правосуб'єктності роботодавця, тобто для його формування як суб'єкта права, необхідні певні умови. Їх можна поділити на матеріальні та формальні.

Усю сукупність матеріальних умов правосуб'єктності роботодавця можна описати однією формулою – це наявність у роботодавця своєї господарської сфери діяльності, тієї галузі, в якій би розгорталася трудова діяльність найманого працівника чи в зв'язку з якою вона б здійснювалася.

Призначення формальних (юридичних) умов правосуб'єктності роботодавця зводиться до того, щоб засвідчити існування даної особи як суб'єкта права. Якщо раніше допускалася можливість визнання правосуб'єктності особи зовнішнім авторитетом, яким не обов'язково може виступати держава, то нині функція визнання особи (фізичної чи юридичної) суб'єктом права належить виключно державі.

Дотепер не вирішено питання стосовно процедури визнання роботодавцем фізичної особи, що застосовує чужу працю для задоволення побутових потреб у сфері домашнього господарства. Легальна основа для такого роду процедур практично відсутня.

У колишньому СРСР допускалося використання праці по найму в особистому домашньому господарстві громадян для задоволення побутових потреб родини наймача, що не орієнтуються на отримання прибутку. Хоча офіційно визначалося, що соціалізм та наймана праця несумісні, неможливо було не визнавати найманий характер праці та відповідний характер договору, який оформляє цю працю.

Так, Постанова ЦВК і РНК УРСР від 24 липня 1930 р. “Про умови праці домашніх робітників (робітниць)” визначала, що прийом на роботу домашніх працівників відбувається наймачем безпосередньо за домовленістю з найнятим. А відповідно до ст.6 Постанови трудовий договір від імені працівника могла укласти і підписати профспілка. Наймач був зобов'язаний не пізніше семи днів із часу прийняття на ро-

боту домашнього працівника видати йому розрахункову книжку за формою, встановленою НКП УРСР. Однак ні письмові трудові договори, ні розрахункові книжки ніякій реєстрації не підлягали.

Як відомо, в СРСР в силу ст. 9 Конституції 1937 р. приватне господарство із застосуванням чужої праці не допускалося законом. Тому фізичні особи були правомочні наймати робочу силу інших осіб лише для свого особистого домашнього господарства. Особиста власність в СРСР визнавалась похідною від соціалістичної власності, оскільки основним джерелом особистої власності була праця в соціалістичному господарстві. Науковці того часу зазначали, що, обслуговуючи особисті побутові потреби працівників соціалістичного господарства, культури та управління, домашні працівники опосередковано приймають участь у соціалістичній праці та розподіленні соціалістичного продукту, отримуючи винагороду із трудових прибутків наймачів – трудящих.

Наступні за часом нормативні згадування про домашніх працівників датуються 50-ми роками минулого століття. Так, зокрема, у Положенні “Про порядок призначення і виплати допомоги по державному соціальному страхуванню”, затвердженого постановою Президії ВЦРПС від 5 лютого 1955 р., передбачався механізм надання грошової допомоги робітникам, які працюють у домашньому господарстві окремих громадян (секретарям, хатнім робітницям, шоферам). А у постанові Пленуму Верховного суду СРСР від 13 вересня 1957 р. “Про судову практику в цивільних трудових справах” зазначалось, що трудові спори домашніх робітників розв’язуються народним судом.

Протягом майже половини сторіччя було відсутнє не тільки законодавче регулювання вказаної сфери трудових відносин, але в науковій літературі даної проблеми ніби й не існувало. Нині ж сфера застосування несамостійної праці буде, безперечно, зростати і, відповідно, законодавець не зможе її обійти.

Останній за часом нормативний акт, що регламентує працю осіб, які працюють у громадян за договорами, – Положення, затверджене Держкомпраці і ВЦСПС 28 квітня 1987 р. Відповідно до Положення договір між наймачем та домашніми працівниками має бути зареєстрований у місцевому профспілковому органі не пізніше семи днів після його підписання сторонами. На домашніх працівників профспілковим органом, що зареєстрував договір, ведуться трудові книжки, а час роботи зараховується у загальний трудовий стаж.

Профспілки вже перестали бути формальними представниками держави, відділені від неї та незалежні, сформувався профспілковий плюралізм, тобто рішення питання шляхом реєстрації трудового договору з домашнім працівником у місцевому профспілковому органі не задовольняє вимоги сьогодення.

Необхідно, щоб система реєстрації всіх суб’єктів трудового права – роботодавців існувала незалежно від того, в якій сфері застосовується наймана праця. Щодо сфер домашнього господарства, то легалізація роботодавця могла б здійснюватися шляхом реєстрації трудових договорів відповідними державними службами по забезпеченню зайнятості.

ЩОДО ПИТАННЯ ТРУДОВОЇ МІГРАЦІЇ

На міжнародному рівні створена достатньо універсальна правова база для регулювання питань трудової міграції. Найбільш досконалим з усіх документів у сфері трудової міграції є Конвенція ООН про захист прав усіх трудящих-мігрантів та членів їхніх родин 1990 р. У Конвенції зроблені не тільки спроби ліквідувати протиріччя та недоліки, що були в раніше прийнятих конвенціях МОП стосовно трудової міграції, але й у більш повному обсязі закріплені права трудящих-мігрантів та, що є найголовнішим, розкрито не тільки родове визначення поняття “трудящий-мігрант”, а й визначення понять різних категорій трудящих-мігрантів. Раніше на універсально-міжнародно-правовому рівні це не робилося і щодо цього ні в доктрині міжнародного права, ні у внутрішньому законодавстві держав не існує конкретно визначеного підходу.

Багато конвенцій стосовно досліджуваного питання в практиці держав із тих чи інших причин (наприклад, неможливість виконання норм, що містяться в цих конвенціях, або протиріччя між нормами конвенцій та внутрішнім законодавством) залишаються не реалізованими. Таке становище не можна вважати виправданим, оскільки у проблемах трудової міграції на першому місці стоїть питання про права людини, які вже давно перестали бути справою внутрішньодержавною. Вони потребують уніфікованого підходу до їх нормативного закріплення в універсальних міжнародних угодах. Питання, що стосуються критеріїв допуску трудящих-мігрантів та членів їх сімей на територію будь-якої держави, закономірно (це визнається і в конвенціях) відносять до внутрішньої компетенції кожної держави.

На підставі результатів дослідження юридичного змісту понять “трудящий-мігрант” та “іноземна робоча сила” сформульовані оптимальні визначення.

“Трудящий мігрант” – це особа, яка мігрує з країни свого громадянства або постійного місця проживання в іншу країну, не будучи її громадянином, з наміром отримати роботу, та будь-яка особа, що згідно з внутрішнім законодавством або міжнародними договорами приймаючої держави допускається в країну в якості “трудящого-мігранта”. Згідно з Конвенцією ООН “Про захист прав усіх трудящих-мігрантів та членів їхніх родин” 1990 р. трудящі мігранти поділяються на різні категорії в залежності від характеру виконуваної роботи, термінів її виконання, стосунків із роботодавцем, місця проживання.

“Іноземна робоча сила” – це особа, що не є громадянином України, яка законно в’їхала на територію України для здійснення трудової діяльності або на умовах найму по трудовому контракту, або за направленням іноземних юридичних осіб, що реалізують на території України контрактні проекти.

Поняття “трудящий-мігрант” більше використовується в міжнародних договорах, а у внутрішньому законодавстві держав і в доктрині міжнародного права воно часто замінюється на інші поняття. Так, у вітчизняному законодавстві використовується поняття “іноземна робоча сила”. Проте у всіх випадках йдеться про одних і тих самих осіб, тобто тих, які мігрують до держави, громадянами якої вони не являються, з метою здійснення трудової діяльності, та їх правовий статус регулюється як норма-

ми міжнародного права, так і нормами внутрішнього законодавства держав.

З урахуванням законодавчого досвіду США щодо закріплення механізму допуску на свою територію іноземної робочої сили доцільно закріпити на законодавчому рівні:

- систему щорічних квот на допуск в Україну трудящих-мігрантів з метою захисту економічних інтересів України та національного ринку, з затвердженням цих квот Урядом України;

- диференційований підхід до запрошення трудящих-мігрантів з наданням переваги особам вищої кваліфікації або, навпаки, особам із низькою кваліфікацією для заповнення вакантних місць, які неможливо заповнити громадянами України;

- різноманітні візи, які дозволили б працівникам контролюючих органів МВС України швидко та належним чином визначати наявність чи відсутність у іноземців права на працевлаштування в Україні;

- строгу адміністративну та кримінальну відповідальність роботодавців, які запрошують трудящих-мігрантів, щодо гарантування таким трудящим-мігрантам грошового та іншого матеріального, а також медичного забезпечення під час роботи та виїзду з України після закінчення трудового контракту;

- ефективно діючий механізм державного контролю за всіма етапами притягнення та використання праці трудящих-мігрантів.

Потребує вдосконалення і міжнародно-правове регулювання співробітництва України з державами-учасниками СНД з питань притягнення та використання праці трудящих-мігрантів.

У рамках СНД створена відповідна нормативно-правова база сфери трудової міграції, але, на жаль, більшість укладених багатосторонніх та двосторонніх угод із цієї проблеми мають відсильний характер та малоефективні. Практично всі питання, що стосуються прав та обов'язків трудящих-мігрантів, продовжують регулюватися законодавством приймаючої держави.

Все більше виявляються негативні сторони режиму безвізового в'їзду, який встановлений на всіх теренах СНД для громадян держав-учасників СНД. Встановлення такого режиму, безумовно, полегшує порядок притягнення та використання праці трудящих-мігрантів із держав-учасників СНД, однак з урахуванням існуючих між даними державами багаторічних зв'язків, колишнього єдиного економічного та політичного простору розглядається і кожний можливий варіант. Даний режим, поряд з іншими чинниками, є однією з причин існування крупно масштабної нелегальної міграції робочої сили та загострення криміногенної ситуації не тільки в Україні, а й в інших державах СНД.

Для врегулювання правового становища трудящих-мігрантів корисним було б прийняття закону України "Про використання в Україні іноземної робочої сили". Проект його вже прийнятий за основу Постановою Верховної Ради України № 2279-III 22 лютого 2001 р. З цією метою необхідно ратифікувати Конвенцію ООН 1990 р. про захист прав усіх трудящих-мігрантів та членів їхніх родин.

Д.О. Гринюк, аспірант.

Інститут держави та права НАНУ

ДЕРЖАВНЕ СОЦІАЛЬНЕ СТРАХУВАННЯ МАТЕРИНСТВА

Материнство – це період життя жінки, який присвячено народженню і вихованню дітей. Він охоплює час вагітності, пологів, післяпологовий час і, щонайменше, період годування дитини до півтора року (ст. 183 КЗпП України), хоча суспільно значимим в даний час визнається період догляду за дитиною до досягнення нею трьох років (п. ж ст. 56 Закону України “Про пенсійне забезпечення”). Материнство є звичайним явищем, тим не менше воно, як і хвороба, супроводжується втратою працездатності. Безперечно, непрацездатною жінка є лише певний, досить нетривалий строк: декілька днів після пологів. В інший проміжок періоду материнства непрацездатність не має безумовного характеру, адже у разі необхідності вагітна жінка може виконувати певну роботу аж до початку пологів. Проте справа у тому, що за роботу у цей час можна сплатити завелику ціну – здоров’я і життя самої матері та її дитини. Тому держава зацікавлена, щоб протягом періоду материнства жінка утримувалася від виконання роботи. Мінімальні міжнародні стандарти з цього питання визначені Конвенцією МОП 1919 р. № 3, переглянутої у 1952 р. “Про зайнятість жінок до і після пологів” та Конвенцією 1952 р. № 103 “Про охорону материнства”.

Охорона материнства забезпечується обмеженням роботи певний період до і після пологів (акти МОП передбачають мінімальну тривалість відпустки у зв’язку з вагітністю та пологами, яка становить дванадцять тижнів і включає період обов’язкової післяпологової відпустки строком не менше ніж шість тижнів). Слід зазначити, що законодавство України з цього приводу встановлює більш високі стандарти (ст. 17 Закону України “Про відпустки”). Завдяки ж державному соціальному страхуванню вирішується завдання збереження досягнутого життєвого рівня. Це полягає у тому, щоб, по-перше, відшкодувати втрачений за цей період заробіток; по-друге, компенсувати нові витрати, які викликані народженням дитини; по-третє, за наявності бажання жінки-матері (іншому родичу) надати їй можливість самостійно здійснювати догляд за дитиною у домашніх умовах до досягнення нею трьох років. Саме це зумовлює наявність трьох основних функцій цього виду соціального страхування.

Перша функція соціального страхування материнства полягає в наданні допомоги по вагітності та пологах, яка надається застрахованій особі у формі матеріального забезпечення і, як правило, повністю компенсує втрату заробітної плати (доходу) за період відпустки у зв’язку з вагітністю та пологами.

Сутність другої важливої функції полягає у задоволенні нових потреб, які з’явилися після народження дитини і створюють додаткове фінансове навантаження на родинний бюджет. Саме ці нові потреби найчастіше породжують страх перед материнством, призводять до погіршення матеріального становища батьків. Застрахованій особі (одному з батьків дитини, усиновителю чи опікуну) при народженні дитини надається одноразова допомога, метою якої є компенсація витрат, понесених під час пологів та для придбання предметів догляду за новонародженим. У разі народження мертвої дитини додаткові витрати не виникають, тому одноразова допомога у такому разі не надається.

Третя функція зумовлена багатьма чинниками, в тому числі неспроможністю держави підтримувати високий та сталий рівень системи дошкільних закладів. Це вимагає від батьків значної уваги по забезпеченню здоров’я дитини, створенню умов

для її гармонійного розвитку. Для цього мати, батько або інші особи, коло яких визначено законом, які фактично здійснюють догляд за дитиною, можуть скористатися правом на отримання відпустки по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку. Протягом її строку надається допомога, яка має компенсувати частину заробітку у період відпустки. Поки що розмір цієї допомоги не відповідає мінімальним нормам (прожитковому мінімуму), як це передбачено Законом України “Про загальнообов’язкове державне соціальне страхування у зв’язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими народженням та похованням”.

У сучасних умовах соціальне страхування материнства поєднується із страхуванням на випадок хвороби (тимчасової втрати працездатності). Таке поєднання цілком обґрунтоване і зумовлене такими чинниками.

1. Соціальне страхування у зв’язку з тимчасовою втратою працездатності є найбільш гнучким і динамічним видом соціального страхування, яке забезпечує швидке надання допомоги у разі потреби, не вимагає складних процедур встановлення підстав і потреби у допомозі, характеризується наближеністю страхового органу до застрахованого. Ці обставини є не менш важливими і для соціального страхування материнства.

2. Існуюча система охорони здоров’я і експертизи тимчасової втрати працездатності уніфікує процедуру надання допомоги у разі тимчасової втрати працездатності й по вагітності й пологам.

3. Органи соціального страхування на випадок хвороби об’єктивно зацікавлені в охороні материнства, адже незадовільний стан здоров’я матері і дитини викликають значну кількість захворювань, а це значно обтяжує цей вид страхування.

В.В. Юровська, здобувач.

Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

БЕЗРОБІТТЯ ЯК СОЦІАЛЬНИЙ РИЗИК У СОЦІАЛЬНОМУ СТРАХУВАННІ

Соціальне становище людини передусім визначається характером занять. Важливою умовою її життєдіяльності є праця, під якою у широкому значенні розуміють діяльність людини, спрямовану на видозміну і пристосування предметів природи для задоволення власних потреб. Для більшості населення будь-якої країни праця є засобом заробляти на життя, джерелом існування та достатку. Відсутність власних засобів виробництва змушує людину найматися на роботу до їх власника. Таке поєднання забезпечує інтереси трьох сторін: працівника – він отримує джерело існування; роботодавця, який ефективно використовує свою власність для її примноження; держави, оскільки у сучасних умовах вона повинна виконувати соціальну функцію з підтримки абсолютної більшості свого населення.

Порушення вказаного зв’язку викликає матеріальну незабезпеченість. Її причини можуть бути пов’язані з фізіологією людини (хвороба, старість, що призводять до втрати працездатності); зумовлюються демографічними (народження і виховання дітей) та економічними чинниками (відсутність попиту на власну робочу силу, втрата

годувальника як джерела до існування тощо). У сучасних умовах реалізація будь-якої з названих причин для більшості працюючих з урахуванням низького рівня оплати праці створює небезпеку економічного характеру, породжує невпевненість у майбутньому. Тому перед суспільством, державними інституціями постає проблема забезпечення права на гідне людське існування (за термінологією Конституції України – на достатній життєвий рівень для кожного). Одним із напрямків її вирішення є розвиток системи державного соціального страхування.

Серед суто економічних причин соціальної незабезпеченості головною виступає безробіття. Воно є неодмінним супутником ринку, адже попит на робочу силу має об'єктивне підґрунтя. Ринкова економіка по своїй суті неодмінно припускається кризи перевиробництва, кризи незадовільної пропозиції, в тому числі й робочої сили. Як економічне явище безробіття – це притаманна суспільству з ринковою економікою наявність значної маси людей, що не мають можливості застосувати свою працю. Антиподом безробіття є зайнятість, тобто діяльність громадян, пов'язана із задоволенням особистих та суспільних потреб і така, що, як правило, приносить їм доход у грошовій або іншій формі (ст. 1 Закону України “Про зайнятість населення”).

В Україні захист від безробіття є одним із напрямків державної соціальної політики і здійснюється як на засадах соціального страхування, започаткованого Законом України “Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття”, так і через систему соціальної допомоги. Розмежування цих напрямків зумовлюється різним характером соціального ризику, пов'язаного з ними. Визначення у Законі України “Про зайнятість населення” кола осіб, які серед зайнятих (п. 3 ст. 1) не можуть бути визнані безробітними (ч. 3 ст. 2), а також розмежування у Законі України “Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття” коло застрахованих, в тому числі добровільно (п.3 ст. 1, ст. 4, п. 3, 4 ст.6), а також незастрахованих осіб (ст. 5, п. 2 ст. 6, ст.ст. 32, 33 Закону), дозволяє зробити висновок про два відносно самостійні види соціального ризику, які стосуються населення України – соціальний ризик безробіття та соціальний ризик незайнятості.

Розглянемо їхні спільні риси:

- мають об'єктивний характер, існують поза свідомістю особи і можуть реалізуватися незалежно від її волі. Тому добровільна усвідомлена незайнятість не може розглядатися як реалізований страховий ризик безробіття чи незайнятості. Проте бажання людини її припинити, прагнення до зайнятості створює умови для надання їй соціальної допомоги за рахунок держави;

- мають суспільно значущий характер, стосуються тих осіб, чия діяльність спрямована на задоволення особистих чи суспільних потреб у незаборонений спосіб. Це зумовлює віднесення певних категорій осіб до зайнятого населення;

- створюють для особи стан соціальної незабезпеченості, обмежують нормальну життєдіяльність людини;

- реалізація цих соціальних ризиків створює потребу у наданні допомоги з боку держави чи суспільства, в тому числі матеріальної, а тому законодавство визнає їх юридично значимими (юридичними фактами). Звернення за допомогою породжує у громадянина обов'язок нею скористатися; в іншому разі вони втрачають право на певні її види;

- притаманні кожній людині, але з настанням певного віку, коли людина здатна приймати усвідомлені рішення і відповідати за свої вчинки.

Основні відмінності між соціальним ризиком безробіття і незайнятості полягають у статусі відповідної особи. Соціальний ризик безробіття притаманний тим, хто вже має роботу або виконує інші види суспільно корисної діяльності, які приносять дохід і дають можливість приймати участь у державному соціальному страхуванні на випадок безробіття. Втративши роботу, людина втрачає не тільки джерело до існування, але і джерело сплати страхових внесків.

Соціальний ризик безробіття можна визначити як імовірність настання матеріальної незабезпеченості внаслідок відсутності заробітку чи іншого трудового доходу через втрату роботи або іншого заняття. Безробітними є усі застраховані особи, які припинили працювати, причина ж звільнення враховується лише під час визначення обсягу та розміру допомоги і рівня соціальних послуг.

Соціальний ризик незайнятості слід розглядати як імовірність настання соціальної незабезпеченості внаслідок відсутності можливості займатися суспільно значимою діяльністю, пов'язаною із задоволенням особистих та суспільних потреб, в тому числі отримувати певні доходи за наявності прагнення особи до такої діяльності.

О.А. Лукашев, канд. юрид. наук.

Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ПРОБЛЕМИ ВЗАЄМОДІЇ ІНСТИТУТІВ ФІНАНСОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Розвиток фінансового законодавства України на сучасному етапі характеризується формуванням інституційних нормативних масивів згідно зі структурою фінансово-правової галузі, які регулюють відповідні блоки фінансових відносин. Фінансове законодавство має низку особливостей, які відрізняють його від інших галузей законодавства. Так, окремі складні інститути, що відповідають структурі Особливої частини фінансового права (бюджетне, податкове, валютне право тощо), мають деякі об'єктивні передумови для подальшого формування в окремі галузі. Про значимість таких передумов свідчить практика кодифікації інститутів фінансового законодавства. Проте, на наш погляд, така перспектива обмежена самим предметом фінансового права, який охоплює відносини, що виникають у процесі формування, розподілу та використання публічних грошових фондів. За таких умов особливого значення набуває наукова розробка та законодавче впровадження принципів взаємодії інститутів (підгалузей) фінансового законодавства.

Дана проблема має не тільки теоретичний, а й конкретний практичний характер. Наприклад, відповідно до ч.3 ст.1 Закону України "Про систему оподаткування" "ставки, механізм справляння податків і зборів (обов'язкових платежів) ... і пільги щодо оподаткування не можуть встановлюватися або змінюватися іншими законами України, крім законів про оподаткування". Однак, незважаючи на наявність цієї норми-принципу, щорічно у проекті закону про Державний бюджет України з'являються норми, спрямовані на регулювання саме податкових відносин. Ще одним прикладом практичної значимості вказаної проблеми є механізм перерахування коштів Національним банком України (НБУ) до Державного бюджету.

Відповідно до ч.3 ст.5 Закону “Про Національний банк України” НБУ за підсумками року у разі перевищення кошторисних доходів над кошторисними витратами, затвердженими на поточний бюджетний рік, вносить до Державного бюджету України наступного за звітним року позитивну різницю на покриття дефіциту бюджету, а перевищення витрат над доходами відшкодовується за рахунок Державного бюджету України наступного за звітним року”. Необхідно звернути увагу на конструкцію цієї норми, зокрема, на підставу перерахування суми прибутку НБУ до Державного бюджету. Такою підставою є сукупність юридичних фактів: а) встановлений Законом про Державний бюджет України дефіцит; б) перевищення кошторисних доходів над кошторисними витратами за підсумками попереднього бюджетного року.

Однак під впливом фіскальних інтересів український законодавець іноді ігнорує вимоги Закону “Про Національний банк України”. Якщо Закон “Про Державний бюджет України на 2000 рік” містив норму про призупинення дії на 2000 р. ч.3 ст.5 Закону “Про Національний банк України” (у 2000 р. Державний бюджет України був бездефіцитним), то в Законі “Про Державний бюджет України на 2001 рік” подібної норми не було. З урахуванням бездефіцитності Державного бюджету в 2001 р. слід зробити висновок про відсутність легітимних підстав перерахування суми перевищення кошторисних доходів над витратами НБУ до Державного бюджету України.

З прийняттям Бюджетного кодексу України ця проблема отримала новий розвиток. Відповідно до ч.2 ст.4 Бюджетного кодексу при здійсненні бюджетного процесу в Україні положення нормативно-правових актів застосовуються лише в частині, в якій вони не суперечать положенням Конституції України, цього Кодексу та Закону про Державний бюджет України. Таким чином, при наявності в Законі про Державний бюджет України норми про перерахування коштів НБУ непряме фінансування бюджетних видатків отримує правомірну основу.

Законодавче врегулювання механізму перерахування суми перевищення кошторисних доходів над кошторисними видатками НБУ до Державного бюджету має безпосереднє значення в контексті конкуренції інтересів суб'єктів фінансової діяльності, у даному випадку – уряду та центрального банку. Незважаючи на безпосередню участь центрального банку у проведенні фінансової політики Кабінету Міністрів України, НБУ залишається незалежним центральним органом державного управління і, передусім, забезпечує реалізацію своєї конституційної функції.

Проте за умови подальшої чинності норми ч.2 ст.4 Бюджетного кодексу України у її теперішній редакції існує потенційна загроза монетарній стабільності, оскільки вказана норма закладає ієрархічний принцип вирішення колізій норм бюджетного та норм інших інститутів фінансового законодавства, а саме закріплюється домінуюча роль норм бюджетного законодавства в системі фінансового законодавства, а також домінування фіскальних інтересів над монетарними.

Отже, в умовах існуючої конкуренції інтересів суб'єктів фінансової діяльності вважаємо необхідними розробку і прийняття базисного фінансово-правового нормативного акта (Основи фінансового законодавства України), в якому мають бути закладені загальні принципи взаємодії інститутів фінансового законодавства.

А.О. Храбров, аспірант.

Національна юридична академія України

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПОДАТКОВИХ ВІДНОСИН

Нині Україна йде шляхом реформування як соціально-економічних, так і правових відносин, що регулюють фінансову діяльність держави та суспільства. Приймаються нові нормативні акти, насамперед із питань оподаткування, також значні зміни відбуваються у цивільних та господарських відносинах. Прийняті, але вступають у дію з 1 січня 2004 р. Цивільний кодекс України (Офіц. вісн. України. – 2003. – № 11. – Ст. 461) та Господарський кодекс України (Там же. – Ст. 462). Законотворчий процес та діяльність держави при регулюванні сфери оподаткування передусім ґрунтуються на нормі права, закріпленій у ст. 67 Конституції України, яка встановлює обов'язок кожного сплачувати податки і збори в порядку і розмірах, установлених законом (Відомості Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141).

Правове регулювання оподаткування здійснюється державою за допомогою норм податкового права, первинною категорією якого виступає поняття “податковий обов'язок”, складовими частинами якого є: 1) безпосередньо конституційний обов'язок по сплаті податків і зборів; 2) обов'язок по веденню податкової звітності; 3) обов'язок з надання податкової звітності. На законодавчому рівні визначення терміна “податковий обов'язок” не закріплено. Існуюча прогалина у податковому праві (податковому законодавстві), вживання некоректного в даних правовідносинах поняття “податкове зобов'язання” призводить до підміни власне податкових правовідносин, де переважає дія впевненого імператива та презумпція винності платника податків і зборів над цивільно-правовими відносинами, регульованими диспозитивними методами, що припускають рівність сторін, як це впливає з терміна “зобов'язання”. Це також підтверджується положеннями ст. 2 чинного ЦК України та ст. 1 нового ЦК України. Йдеться про те, що до відносин, заснованих на адміністративному підпорядкуванні однієї сторони іншій, а також до податкових та бюджетних відносин нинішній Кодекс не застосовується. У законодавстві України, яке діє в сфері оподаткування, вживаються два наведених вище терміни: “податкове зобов'язання” і “податковий обов'язок”, при цьому слід зазначити, що вони найчастіше вживаються в нерозривному зв'язку один з одним. На прикладі деяких законодавчих актів пропонується проаналізувати вживання і взаємозв'язок зазначених термінів. У законі України “Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами і державними цільовими фондами” податкове зобов'язання розуміється як зобов'язання платника податків сплачувати в бюджети та державні цільові фонди відповідну суму коштів у порядку та строки, визначені чинним Законом, іншими законами України (Відомості Верхов. Ради України. – 2001. – № 10. – Ст. 44). Закон України “Про податок на додану вартість” під податковим зобов'язанням передбачає загальну суму податку, одержану (нараховану) платником податку в звітному (податковому) періоді, що визначена згідно з цим Законом (Відомості Верхов. Ради України. – 1997. – № 21. – Ст.156). У законі України “Про систему оподаткування” під платниками податків розуміються платники податків і зборів (обов'язкових платежів) – юридичні й фізичні особи, на яких за законами України покладено обов'язок сплачувати податки і збори – обов'язкові платежі (Там же. – 1991. – № 39. – Ст. 510). Згідно з Законом

Україні “Про порядок погашення зобов’язань платників податків перед бюджетами і державними цільовими фондами” платниками податків і зборів є юридичні особи, їхні філії, відділення, інші відокремлені підрозділи, що не мають статусу юридичної особи, а також фізичні особи, що мають статус суб’єкта підприємницької діяльності або не мають такого статусу, на яких відповідно до законів покладений обов’язок утримувати і/або сплачувати податки і збори (обов’язкові платежі), пеню і штрафні санкції, про словосполучення “обов’язок платника податків” також ідеться у ст. 4.4.1. цього закону (Там же. – 2001. – № 10. – Ст. 44).

Отже, в основу термінів, які вживаються в основних законодавчих актах, що регулюють податкові відносини, покладено саме податковий обов’язок, який включає комплекс елементів – обов’язків, а саме: 1) безпосередню сплату визначених сум податків і зборів (обов’язкових платежів) у встановлений законом термін, тобто податкове зобов’язання (термін-поняття, яке вживається в законодавчих актах); 2) обов’язок по сплаті штрафних санкцій і пені, нарахованих на суму податкового боргу, несплаченого платником у встановлені в законі терміни; 3) обов’язок по веденню і наданню у встановлених законом випадках у контролюючі органи податкового обліку та податкової звітності для перевірки правильності, повноти, своєчасності й достовірності сплати податків і зборів (обов’язкових платежів), тобто правильності та достовірності нарахування податкового зобов’язання, також їхнього відображення в податковій звітності, податковому та бухгалтерському обліку.

Таким чином, термін “податковий обов’язок” містить у собі термін “податкове зобов’язання”, бо на платникові податків і зборів (обов’язкових платежів) покладається безумовний обов’язок платити податки і збори, встановлені законодавством. Більш точним терміном, який відображав би всю сукупність обов’язків платника податків, не вводив у податкові відносини диспозитивність, яка впливає з терміна “зобов’язання”, був би термін “податковий обов’язок” або “податковий обов’язок платника податків” – обов’язок платника податків і зборів (обов’язкових платежів) сплачувати в бюджетні і державні цільові фонди відповідну суму коштів у порядку й у терміни, встановлені законом, вести податковий облік і надавати податкову звітність відповідно до закону.

О.С. Башняк, ст. викладач.
Тернопільська академія народного
господарства

ПИТАННЯ ПРЯМОГО ОПОДАТКУВАННЯ У ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ: ПРИНЦИПИ РЕЗИДЕНСТВА І ТЕРИТОРІАЛЬНОСТІ

Міжнародне і національне право тісно пов’язані між собою. Визнання міжнародного права як активного компонента, що здійснює ефективне правове регулювання у сфері оподаткування, викликane стрімким розвитком зовнішньоекономічної діяльності України та розширенням міждержавних контактів.

При переході вітчизняної економіки на ринкові умови основним нормативним регулятором податкових відносин, поряд з національним податковим правом,

стає міжнародне податкове право, а також зі стрімким розгортанням інтеграційних об'єднань у Західній Європі, до яких намагається увійти й Україна, і європейське податкове право.

Закріплення принципів міжнародного права як загальних принципів оподаткування відповідає вимогам міжнародно-правового та економічного співробітництва держав. Розвиток даного напрямку безперечно є прогресивним. Однак існує значна кількість недоліків правової системи України, до яких належать передусім відсутність загальноприйнятого визначення загальноновизнаних принципів і норм міжнародного податкового права, чіткої кількості принципів і єдиного документа, де вони були б закріплені.

Незважаючи на відсутність на законодавчому рівні чіткості щодо питань застосування загальноновизнаних принципів міжнародного права у сфері оподаткування в Україні, на практиці ж сформульовані й діють деякі принципи міжнародного податкового права, дослідження яких у фінансово-правовому аспекті є актуальним для юридичної науки.

Особливої уваги заслуговують принципи резиденства і територіальності, оскільки саме на їх основі відбувається втілення принципу встановлення податкової юрисдикції держави.

Згідно зі змістом принципу резиденства будь-який платник податків, що визнається резидентом (постійним жителем) даної країни, підлягає оподаткуванню в ній всіх своїх доходів з усіх джерел, в тому числі й закордонних. Статус резидента встановлюється законодавством відповідної країни за нормами, що відрізняються стосовно громадян (фізичних осіб) і корпорацій (юридичних осіб).

Для визнання юридичної чи фізичної особи як платника податків резидентом розглядається критерій наявності сукупності певних ознак – податкового доміцilia (fiscal domicile), серед яких для юридичних осіб виділяють: місцезнаходження органу управління фірмою, фактичне місце управління компанією, місце реєстрації (інкорпорації), наявність у даній юрисдикції “резиденції”, тобто службового приміщення на правах власності чи законного володіння, яке використовується постійно, а для фізичних осіб – наявність житла в даній юрисдикції, місцезнаходження центру життєвих інтересів, громадянство, час перебування в даній юрисдикції (як правило, не менш як 183 дні на рік).

Також більшість країн, користуючись своїм податковим суверенітетом, застосовує при оподаткуванні принцип територіальності, який визначає національну належність джерела обкладення. Принцип територіальності встановлює, що оподаткуванню в даній країні підлягають тільки доходи, що отримані на її території, тобто об'єкт оподаткування визначає суб'єкт податку, хоча можливі й інші відмінності в оподаткуванні резидентів і нерезидентів (наприклад, порядок декларування і сплати податку). На підставі принципу територіальності стягуються податки як з резидентів, так і з нерезидентів. У багатьох країнах при оподаткуванні за основу беруть принцип територіальності (Франція, Швейцарія та ін.), інші – переважно принцип резиденства (США, Російська Федерація, а також Україна).

Використання ж обох принципів породжує різний податковий режим і нерідко призводить до проблем подвійного оподаткування. Тому у більшості країн для запобігання подвійного оподаткування звільняється від податків доход, зароблений внаслідок ведення господарської діяльності під іншою юрисдикцією, при цьому за-

стосується пільговий механізм для інвестиційного доходу, котрий зароблений та підлягає оподаткуванню в іншій юрисдикції.

На нашу думку, факт подвійного оподаткування не відповідає принципу справедливості податкового права, а також певною мірою стримує ділову активність і перешкоджає розширенню експорту капіталу. Для уникнення цього кожна країна намагається зарезервувати для себе максимально широкі права з тим, щоб захистити свої інтереси і забезпечити стійку нормативну базу при регулюванні спірних ситуацій з податковими органами інших держав.

Так, в Україні діє правило: платниками податку відповідно до Закону України “Про оподаткування прибутку підприємств” (в ред. від 22.05.1997р.) є резиденти ..., “які здійснюють діяльність, спрямовану на отримання прибутку як на території України, так і за її межами, і нерезиденти ..., які отримують доходи з джерелом їх походження з України...”.

Отже, якщо між державами, які дотримуються різних правових принципів у питаннях оподаткування, виникають розбіжності, то протиріччя вирішуються, як правило, на основі компромісів за взаємною згодою. У протилежному випадку ст. 60 Віденської конвенції про дію міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. передбачає: “якщо права країни, яка домовляється, порушені, то сторона може припинити або призупинити дію договору”.

Як бачимо, розвиток зовнішньоекономічних зв'язків між Україною та іншими державами залежить від національної податкової структури. Для більш ефективного розподілу капіталу між країнами на основі застосування єдиних принципів оподаткування необхідна міжнародна податкова координація.

II. ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ НОВОГО ЦИВІЛЬНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА

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

ЩОДО НОВИХ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ ПРАВА В НОВОМУ ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Новий Цивільний кодекс у ст. 16 поряд з універсальними способами захисту права, відомими сучасному українському законодавству, містить два нових способи. Ними є “визнання правочину недійсним” та “визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або місцевого самоврядування, їхніх посадових та службових осіб”.

На перший погляд ця новела здається прогресивною. Дійсно, самі по собі правочини, акти державних та органів місцевого самоврядування, дії службових осіб – це багато в чому специфічне явище порівняно із будь-якими іншими цивільно-правовими актами і діями. Тому зрозумілим є бажання законодавця врахувати цю специфіку у вигляді окремих способів захисту права, спеціально пристосованих до

таких правовідносин.

Та наскільки ж ця специфіка є своєрідною, щоб відмовитися від одного з основних ідеалів правового регулювання – універсальності й створити нові спеціальні способи захисту права для цих правовідносин, а така позиція обґрунтованою і виправданою при існуючій системі універсальних способів захисту права?

Дотепер не було сумнівів, що спосіб “визнання права”, відомий ще з часів Давнього Риму і закріплений у ст. 6 ЦК УРСР 1963 р., охоплює в тому числі ті права, що випливають із правочинів та з актів органів державної влади і місцевого самоврядування.

Відповіддю на ці запитання може бути порівняння основних ознак визнання права з відповідними ознаками нових способів захисту права. Такими ознаками є: зміст способів захисту права, підстави для їх застосування, а також коло осіб, компетентних їх застосовувати.

Зміст визнання права являє собою таке, що вчиняється у встановленому порядку судом, підтвердження існування певного правового становища, зокрема, наявності права, або відсутності права, підтвердження існування обов’язку, наявності правовідносин тощо.

Згідно з новим ЦК України змістом визнання правочину недійсним є підтвердження факту, що певні дії осіб не є правочином. Виходячи з того, що правочин – це дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов’язків (ст. 202 Нового ЦК України), визнання правочину недійсними можна визначити як дію особи, яка не спричиняє виникнення, зміни або припинення цивільних прав та обов’язків. Іншими словами – визнання наявності або відсутності прав та обов’язків.

Схожим зі змістом визнання правочину недійсним є зміст визнання незаконними акта державного органу або органу місцевого самоврядування та дій відповідних посадових та службових осіб. Останній полягає у встановленні того, що рішення органу, викладене в офіційному документі, або дія особи не є юридичним фактом, що породжує певні правові наслідки. Отже, тут маємо також підтвердження наявності або відсутності цивільних прав та обов’язків.

Як бачимо, і перше, і друге повністю відповідає змісту визнання права. Це ж спостерігаємо, досліджуючи підстави для застосування названих способів захисту права. Для визнання правочину недійсним і незаконними рішень чи дій відповідних органів та осіб, як і для визнання права, необхідно або порушення права, або оспорювання права, або невизнання права.

За пануючою у науці точкою зору особою, яка вправі застосовувати спосіб визнання права, в тому числі й визнавати недійсними правочини, є суд. Стосовно ж виключної компетенції суду для визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або місцевого самоврядування, їхніх посадових та службових осіб сумнівів не виникає.

Отже, названі три способи захисту права мають більше спільного, ніж відмінного – зміст, підстави та коло уповноважених на застосування осіб, що цілком логічно, оскільки визнання правочину недійсним і визнання незаконними рішень та дій є видовими категоріями відносно спільної родової – визнання права.

Таким чином, вважаємо недоцільним поділ способу захисту “визнання права” на три окремих способи, бо це може призвести до негативних наслідків – від труднощів у розмежуванні випадків застосування суміжних способів захисту до унемо-

жливлення захисту права взагалі. Адже закріплення відповідного способу лише у вигляді визнання правочину недійсним неодмінно дасть зацікавленим особам підставу заперечувати можливість визнання правочину дійсним із посиланням на те, що про це прямо не зазначено в законі, а стосовно прав, які пов'язані з правочином, передбачено лише один варіант їх захисту – визнання правочину недійсними. Насправді ж потреба у визнанні правочинів дійсними є беззаперечною. Те ж стосується і рішень відповідних органів і дій посадових чи службових осіб.

Вважаємо також нелогічним розміщення різнопорядкових (родової та видових) категорій в одному переліку. Доцільно об'єднати три названі способи захисту права в один – “визнання права” із зазначенням, того, що ним охоплюються всі можливі різновиди його реалізації, в тому числі визнання дійсними або недійсними правочинів, визнання законними або незаконними рішень державних чи інших органів, дій посадових чи службових осіб, а також визнання наявності або відсутності будь-яких інших прав чи обов'язків.

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

ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА ТОРГОВЕЛЬНУ МАРКУ ЗА ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

У ЦК України від 16.01.2003 р. правовому регулюванню об'єктів інтелектуальної власності присвячена книга четверта “Право інтелектуальної власності”, а також гл. 75 “Розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності” та гл. 76 “Комерційна концесія” книги п'ятої “Зобов'язальне право”.

Відповідно до Паризької конвенції по охороні промислової власності від 20 березня 1883 р. об'єктами охорони промислової власності є патенти на винаходи, корисні моделі, промислові зразки, товарні знаки, знаки обслуговування, фірмові найменування, зазначення походження чи найменування місця походження, а також припинення недобросовісної конкуренції. Пройшло більше століття з прийняття цього акта. Вже можна констатувати, що з права промислової власності виділилася окрема група об'єктів, які створюють окрему групу прав – правові засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг. Сюди відносять: фірмове найменування (відповідно до ЦК України – комерційне найменування), знаки для товарів та послуг (ЦК України – торговельна марка) та зазначення місця походження товару (ЦК України – географічне зазначення). Обумовлено це тим, що об'єкти патентного права і засоби індивідуалізації виконують різні функції, мають різну мету та призначення.

Засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг стійко ввійшли в повсякденне життя. Пояснюється це, зокрема, тим, що господарська діяльність пов'язана з необхідністю використання різного роду позначень, які дають можливість розрізнити як суб'єктів, так і результати цієї діяльності. Можна стверджувати, що зараз фірмові найменування і знаки для товарів та послуг – це свого роду візитні картки у світі бізнесу. За їх допомогою відбувається зв'язок між виробни-

ком і споживачем, вони є невід’ємними елементами ринкових відносин та добросовісної конкуренції.

Відповідно до ст. 492 ЦК України торговельною маркою може бути будь-яке позначення або будь-яка комбінація позначень, які придатні для вирізнення товарів (послуг), що виробляються (надаються) однією особою, від товарів (послуг), що виробляються (надаються) іншими особами. Такими позначеннями можуть бути, зокрема, слова, літери, цифри, зображувальні елементи, комбінації кольорів.

У світі існують два принципи надання правової охорони торговельній марці – реєстраційний принцип і принцип першовикористання. Україна належить до країн, які використовують реєстраційний принцип. Це означає, що отримати виключне право на торговельну марку може лише особа, яка її зареєструвала і отримала від уповноваженого органу охоронний документ. Виняток становлять лише загальновідомі знаки, яким надається правова охорона навіть без реєстрації права.

Подібне виключення передбачає і законодавство України. Набуття права інтелектуальної власності на торговельну марку, яка має міжнародну реєстрацію або визнана в установленому законом порядку добре відомою, не вимагає засвідчення свідоцтвом (ст. 494 ЦК України). Тому виникає необхідність закріплення визначення торговельної марки, яка має міжнародну реєстрацію, та критеріїв визнання торговельної марки добре відомою.

Новелою для законодавства України є закріплення права попереднього користувача на торговельну марку. Відповідно до ст. 500 ЦК України будь-яка особа, яка до дати подання заявки на торговельну марку або, якщо було заявлено пріоритет, до дати пріоритету заявки в інтересах своєї діяльності добросовісно використала торговельну марку в Україні або здійснила значну і серйозну підготовку для такого використання, має право на безоплатне продовження такого використання або використання, яке передбачалося зазначеною підготовкою. Право попереднього користувача може передаватися або переходити до іншої особи тільки разом із підприємством чи діловою практикою або з тією частиною підприємства чи ділової практики, в яких було використано торговельну марку або здійснено значну і серйозну підготовку для такого використання.

Такі положення традиційно характерні для об’єктів патентного права, де відбувається виявлення закономірностей реального світу. Що ж стосується торговельних марок, то, на наш погляд, уведення права попереднього користувача не обмежиться лише позитивними наслідками, а ускладнить на практиці реалізацію права на торговельну марку і призведе до зіткнення прав різних осіб.

Щодо суб’єктів права інтелектуальної власності на торговельну марку, то підхід до їх визначення не змінився. Ними можуть бути як фізичні, так і юридичні особи.

Оскільки основним призначенням торговельної марки є виділення товарів чи послуг певного суб’єкта серед інших однорідних товарів та послуг, нині гостро дискутується проблема можливості бути суб’єктом права на марку фізичних осіб без статусу суб’єкта підприємницької діяльності.

Такий підхід аргументується насамперед тим, що особа, яка не займається підприємницькою діяльністю і, відповідно, не бере участі у процесі виробництва товарів чи наданні послуг, не переслідує мету використання знака на ринку. Тому законодавства деяких країн, зокрема Російської Федерації, для недопущення реєстрації

марки особами, які не виробляють товари або не надають послуги, наділяють таким правом фізичних осіб за умови, що вони є суб'єктами підприємницької діяльності.

Вважаємо виправданим закріплення у ЦК України можливості отримання права на торговельну марку як фізичними, так і юридичними особами. Адже фізична особа, подаючи заявку, може і не планувати використовувати марку самостійно у підприємницькій діяльності, а переслідує в подальшому мету передати право інтелектуальної власності на марку іншій особі чи видати ліцензію на використання.

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

ДО ПИТАННЯ ПРО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ “ВИРОБНИЧИЙ КООПЕРАТИВ” ЗА НОВИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Цивільний та Господарський кодекси України, прийняті 16.01.2003 р., вперше за майже півтора десятиріччя закріпили в законодавстві України таке поняття, як “виробничий кооператив”. При цьому ЦК України відносить виробничий кооператив до підприємницьких товариств (ст. 84), а ГК України називає їх серед підприємств колективної власності (ст. 93).

Нормативний акт, норми якого містять поняття кооперативу, і який чинний в Україні, – це Закон СРСР “Про кооперацію” 1988 р. Не дивлячись на існування зазначеної форми господарювання, спеціальних законів, які б визначали поняття “кооператив” та “виробничий кооператив”, в Україні не існувало. Заради справедливості слід лише зазначити, що поняття “сільськогосподарський виробничий кооператив” містилося у Законі України “Про сільськогосподарську кооперацію” 1997 р.

Однак норми ЦК та ГК України наводять визначення дефініції “виробничий кооператив”, які дещо різняться. Так, відповідно до ст. 163 ЦК України виробничим кооперативом є добровільне об'єднання громадян на засадах членства для спільної виробничої або іншої господарської діяльності, яка базується на їхній особистій трудовій участі та об'єднанні його членами майнових пайових внесків. У цій же статті зазначено, що Статутом кооперативу та законом може бути передбачено участь у діяльності виробничого кооперативу на засадах членства також інших осіб.

На відміну від цього, норми ГК України визнають виробничим кооперативом добровільне об'єднання громадян на засадах членства з метою спільної виробничої або іншої господарської діяльності, що базується на їх особистій трудовій участі та об'єднанні майнових пайових внесків, участі в управлінні підприємством та розподілі доходу між членами кооперативу відповідно до їх участі у його діяльності (ст. 95). У кодексі також зазначено, що виробничі кооперативи можуть здійснювати виробничу, переробну, заготівельно-збутову, постачальницьку, сервісну і будь-яку іншу підприємницьку діяльність, не заборонену законом.

Як бачимо, ГК України наводить визначення поняття “виробничий кооператив”, яке є більш “повним”. Однак загальноновизнаним є той факт, що дефініція кооперативу має відповідати таким принципам кооперації, як: 1) добровільність і доступ-

ність членства без штучних обмежень або будь-якої дискримінації для всіх осіб, які можуть користуватися послугами кооперативу і згодні нести відповідальність, пов'язану з членством; 2) кооперативна демократія – діяльністю товариства керують особи, обрані його членами й підзвітні їм; для членів первісних кооперативів – рівне право у прийнятті рішень за принципом “один член – один голос”; 3) суворе обмеження відсотку на пайовий капітал; 4) належність прибутку членам товариства і розподіл його таким чином, щоб виключити можливість наживатися одному члену за рахунок іншого; 5) організація просвіти в галузі кооперації; 6) співробітництво з іншими кооперативними організаціями.

Взявши за основу перелічені принципи, Міжнародний кооперативний альянс як міжнародна організація, що об'єднує кооперативи всього світу, у своєму Статуті 1966 р. закріпив визначення кооперативу. Згідно з ним будь-яка асоціація осіб або товариств буде визнана кооперативом за умови, якщо вона ставить за мету покращання економічного й соціального становища своїх членів шляхом використання підприємства, заснованого на взаємодопомозі. Про кооператив як автономну асоціацію людей, які об'єдналися добровільно для задоволення своїх суспільно-економічних, соціальних і культурних потреб завдяки підприємству, що управляється демократично і знаходиться в спільному володінні його членів, також зазначено і в заяві Міжнародного кооперативного альянсу 1995 р. про кооперативну ідентичність (при цьому під асоціацією людей розуміються не лише окремі люди – громадяни, а й їх групи – юридичні особи).

Оскільки виробничий кооператив є різновидом кооперативу, то все наведене є справедливим і щодо визначення його поняття. На жаль, ані норми ЦК України, ані ГК України (щодо визначення поняття “виробничий кооператив”) не вміщують повною мірою усі загально визнані принципи кооперативної діяльності.

О.О. Первомайський, асистент.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

РЕГУЛЮВАННЯ НОВИМ ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ УЧАСТІ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАД У ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

З прийняттям нової Конституції України, яка закріпила існування нових учасників правовідносин – територіальні громади, виникла потреба належного регулювання участі цих суб'єктів у цивільних правовідносинах. Засади такого регулювання мав встановити новий ЦК України. Він уже прийнятий, проте у тлумаченні його окремих положень, що регулюють питання участі територіальних громад у цивільних правовідносинах, наявні спірні та нез'ясовані моменти, які потребують подальшого наукового опрацювання.

Першим і одним із найбільш складних питань щодо поняття територіальної громади є питання її статусу. У фаховій юридичній літературі висловлюються думки про необхідність зарахування територіальної громади до юридичних осіб публічного права, що, з нашої точки зору, є достатньо обґрунтованим. Проте новий ЦК України

не надає можливості стверджувати про реалізацію в його положеннях зазначеного підходу. Подібний висновок випливає з самої структурної побудови ЦК України, у якому розд. II “Особи” розподілений на три підрозділи: “Фізична особа”, “Юридична особа” та “Участь держави, Автономної Республіки Крим, територіальних громад у цивільних відносинах”. ЦК України не містить прямих вказівок щодо зарахування територіальної громади до юридичних осіб публічного права, а з огляду на неочевидність цього моменту таку вказівку обов’язково слід було б зробити. Більш суттєвим питанням є те, що диференціація між юридичними особами приватного та публічного права у відповідності до ч.2 ст.81 ЦК України відбувається в залежності від порядку їх створення. На відміну від юридичної особи приватного права, юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування. Нарешті, юридичною особою згідно з ч.1 ст.80 ЦК України є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку. У зв’язку з тим, що створення територіальної громади не пов’язано з розпорядчими актами зазначених владних суб’єктів і при цьому відсутня реєстраційна процедура, то підтвердження точки зору про територіальну громаду як юридичну особу публічного права без подальших законодавчих змін поки що не можливе.

Не менш складним є питання щодо правових форм та шляхів участі територіальної громади у цивільних відносинах. У ст.169 ЦК України прямо закріплені лише дві форми такої участі: а) право на створення юридичних осіб публічного права (комунальні підприємства, навчальні заклади тощо) у випадку та в порядку, встановлених Конституцією України та законом; б) право на створення юридичних осіб приватного права (підприємницькі товариства тощо) брати участь в їх діяльності на загальних підставах, якщо інше не встановлено законом. У свою чергу, ст.ст. 172, 173 ЦК України закріплено, що територіальні громади набувають і здійснюють цивільні права та обов’язки через органи місцевого самоврядування у межах їхньої компетенції, встановленої законом та на підставі спеціальних доручень за допомогою дій фізичних та юридичних осіб, органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим та органів місцевого самоврядування.

Уявляється, що здійснена законодавцем спроба перелічування форм та шляхів участі територіальної громади у цивільних правовідносинах не є цілком вдалою. Крім того, вона суперечить ст. 143 Конституції України та іншим положенням самого ЦК України, наприклад, ч.2 ст.327, яка зазначає, що управління майном, яке є у комунальній власності, здійснюють безпосередньо територіальна громада та утворені нею органи місцевого самоврядування. У ст.143 Основного Закону України також наголошується на тому, що територіальні громади сіл, селищ та міст мають можливість для безпосередньої участі у цивільних правовідносинах. При цьому участь територіальної громади у цивільних правовідносинах не обмежується створенням інших учасників цивільних правовідносин (підприємницьких товариств, комунальних підприємств тощо), а й пов’язана з безпосередньою участю територіальної громади у цивільних відносинах власності, зобов’язаннях зі спричинення шкоди та ін. На підставі викладеного ст.ст. 169, 172, 173 ЦК України підлягають відповідному редагуванню.

Таким чином, закріплення новим ЦК України загальних засад участі територіальних громад сіл, селищ та міст у цивільних правовідносинах не розв’язало всіх

практичних питань, що виникають на різних стадіях такої участі. Разом з тим, поняття територіальної громади ще до цього часу можна розглядати як новели вітчизняного законодавства, а тому певні труднощі, які виникають під час законодавчого врегулювання суспільних відносин за участю територіальних громад, слід розглядати як об'єктивні, що не усуває обов'язку юриспруденції досягти в найближчому майбутньому максимальної чіткості, визначеності та однозначності з цього питання.

А.Ю. Жидельова, аспірант.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

РЕЧОВІ ПРАВА В НОВОМУ ЦИВІЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ

Прийнятий 16 січня 2003 р. новий ЦК України є юридичним фундаментом громадського суспільства, бо цивільне право регулює всі сторони приватного життя. Найважливіша риса нового ЦК – його універсальність. Йдеться про регулювання ним усієї сукупності цивільних відносин незалежно від того, в яких сферах вони виникають.

Третя книга “Право власності та інші речові права” присвячена регулюванню речових прав. У чинному ЦК України речові права розглядалися дуже обмежено. Не було розвинуто право забудови, не розглядалася земля та інші природні ресурси як об'єкти цивільного права. Право застави розглядалось обмежено в кількох статтях, а інші речові права, крім права власності, не розглядалися зовсім.

Під речовими правами прийнято розуміти права, які забезпечують задоволення інтересів уповноваженої особи шляхом безпосереднього впливу на річ без сприяння інших осіб. Саме “прийнято”, тому як конкретні визначення зустрічаються лише у теоретичній літературі. Ні в чинному ЦК України, ні в новому законодавстві не приводить визначення поняття “речове право”.

Будь-яке речове право є юридичним зв'язком особи з річчю, і усі суб'єкти визнають цей зв'язок, обмежуючи тим самим особисті зазіхання на цей предмет. Тому речове право за своїм юридичним змістом має абсолютний характер. Фактичний зміст речового права полягає в конкретних формах володіння річчю.

Об'єктами речових прав є лише матеріальні речі (сукупність речей, цілісні майнові комплекси), цінні папери, гроші.

Суб'єктами речових прав є ті ж особи, які можуть бути суб'єктами цивільно-правових відносин.

Речові права встановлюються законом, рішенням суду, заповітом або договором.

Прийнятий Новий ЦК України містить правові норми, якими регулюється право користування житловим приміщенням членів сім'ї власників житлових будинків і квартир, які не є учасниками спільної сумісної або часткової власності, право члена житлобудівного або житлового кооперативу на невикуплену кооперативну квартиру.

Сформульовані також і принципові положення щодо захисту речових прав, які в разі їх порушення захищаються спеціальними речовими позовами. Посилено за-

хист прав власника. Так, наприклад, власник має право вимагати припинення сервітуту, якщо земельна ділянка, яка йому належить, не може використовуватися за своїм цільовим призначенням.

У новому ЦК України проведена диференціація речових прав на чуже майно, згідно з якою до них віднесені: право володіння, сервітутні права, право користування чужою землею для сільськогосподарських потреб (емфітевзис), право користування чужою землею для забудови (суперфіцій), а також інші речові права на чуже майно, які можуть бути встановлені законом.

Ці цивільно-правові інститути були розроблені ще у Римському праві. Усі вони мають за мету правове регулювання користування чужим майном. Вони визначають правовий статус суб'єктів цих прав, межі та умови користування чужим майном, відносини між суб'єктами цих прав та власником майна, яким користуються інші особи на підставі вказаних прав.

Перелік речових прав не є вичерпним, що дає можливість більш повно задовольняти потреби суб'єктів цивільного права.

О.В. Різгон, аспірант.

Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

МЕЖІ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ В АСПЕКТІ НОВОГО ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Зміст суб'єктивного цивільного права становлять всі можливі дії уповноваженої особи, які окреслюються законом самим загальним чином. Суб'єкт правовідносин шляхом здійснення цих дій задовольняє свої потреби та інтереси. Суб'єктивне право – не свобода в рамках закону, а гарантована законом свобода, і тому можливість самостійно діяти і приймати вольові рішення підлягає охороні з боку держави. Однак суб'єктивне цивільне право не безмежне, його межі визначаються законом і встановлюють міру можливої поведінки уповноваженої особи у правовідносинах. Крім меж суб'єктивних прав існує й можливість їх обмеження.

В Україні конституційне регулювання обмеження прав і свобод осіб ґрунтується на принципі неприпустимості свавільного їх обмеження. Згідно з ч. 1 ст. 64 Конституції України конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією, а при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. На неприпустимість свавільного обмеження прав і свобод направлені конституційні гарантії, закріплені у ч. 3 ст. 57 Конституції України, якою встановлюється, що закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є нечинними. У Конституції наголошується, що права і свободи людини і громадянина, гарантії цих прав і свобод, основні обов'язки визначаються виключно законами України (п.1 ст.92) і забороняються зміни до Конституції України, якщо вони передбачають скасування чи обмеження прав і свобод людини й громадянина (ч. 1 ст. 157).

Конституція України встановлює підстави обмеження прав і свобод, зокрема, в умовах воєнного або надзвичайного стану (ч. 2 ст. 64), з метою запобігання злочину чи його припинення; врятування життя людей та майна, здійснення безпосереднього переслідування осіб, які підозрюються у вчиненні злочину; забезпечення охорони здоров'я й моральності населення, захисту репутації або прав і свобод інших людей; з'ясування істини під час розслідування кримінальної справи; забезпечення інтересів національної безпеки, територіальної цілісності, громадського порядку, економічного добробуту; запобігання розголошенню конфіденційної інформації тощо. Конкретизацію й деталізацію зазначена конституційна норма знаходить у законах України “Про правовий режим надзвичайного стану” від 16 березня 2000 р. та “Про правовий режим воєнного стану” від 20 квітня 2000 р., якими встановлений вичерпний перелік конкретних обмежень прав і свобод на період уведення надзвичайного чи воєнного стану.

Зазначені підстави обмеження прав і свобод не викликають сумнівів, бо йдеться про захист прав та інтересів більшості людей від зловживання з боку меншості чи про створення необхідних умов для реалізації особою своїх прав і свобод. Отже, виходячи з положень ст. 64 Конституції України, умовами обмеження прав і свобод є: положення Конституції та законів України, а також у певних випадках, виходячи з сутності цих обмежень, – зазначення терміну їх дії.

Межі здійснення права власності можна розглядати в об'єктивному та суб'єктивному розумінні.

В об'єктивному розумінні ці межі є існуванням системи норм, що регулюють відносини власності, а також установленням вимог до суб'єктів по здійсненню правомочностей власника. Цією системою норм встановлюються поряд із дозволами обов'язки та заборони. Необхідність встановлення обов'язків та заборон для запобігання свавілля з боку власника обумовлюється інтересами суспільства в цілому і кожного з його членів, які також є власниками. У суб'єктивному ж розумінні ці межі є встановленням повноважень власника по володінню, користуванню, розпорядженню.

Право власності можна розглядати з позицій позитивного і природного права. Як інститут позитивного права право власності – це сукупність норм, обов'язкових для осіб, порушення яких спричиняє певні негативні наслідки. Позитивним правом особам надається можливість визначати своєю власною волею юридичні положення у відносинах, у які вони вступають, внаслідок чого за волею особи виникає її певна автономія. З огляду позитивного підходу норма закону надає власникові право або забороняє що-небудь робити, зобов'язує його утримуватися від певних дій щодо об'єкта його права власності. Природне бачення права власності розглядає його як властиве людині, і тому ним закладається врахування її потреб, що виходять із природних вимог. Однак і ним не може відкидатися врахування соціального призначення, розумності й сумлінності, охорони навколишнього середовища, моральних основ суспільства, що також є природним для людського соціуму.

Отже, в будь-якому разі осіб обмежують зобов'язувальні норми при здійсненні ними права власності, що в ч. 4 ст. 319 ЦК України позначається – “власність зобов'язує”. Конкретизація цих обов'язків, їх зміст, коло суб'єктів, які мають право вимагати виконання цих обов'язків, тощо обумовлюються сутністю відповідних правовідносин. Зрозуміло, що обов'язки власника як суб'єкта абсолютних правовідносин відрізняються від його ж обов'язків, коли він вступає у зобов'язальні правовідноси-

ни, реалізуючи свої повноваження по користуванню чи розпорядженню майном. Як абсолютному праву, праву власності притаманні передусім пасивні обов'язки власника. Проте у нього є й активні обов'язки, пов'язані із несенням тягаря утримання майна, виконання певних дій по припиненню свого права, наприклад на нерухомість.

Таким чином, юридичний обов'язок власника – це забезпечена законом необхідність його певної поведінки, спрямованої на здійснення суб'єктивного права власності. Вступаючи у різні відносини, власники здійснюють численні суб'єктивні цивільні права та виконують юридичні обов'язки, які обумовлюються сутністю цих відносин.

Як бачимо, ЦК України загальним чином регулює межі здійснення цивільних прав (ст.13) і передбачає спеціальну норму стосовно меж здійснення права власності (ст.319), які у сукупності надають можливість уявлення про сутність цих меж, що є невід'ємною характеристикою права власності. Вони зводяться до обов'язків власника утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині, не допущення дій особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах, дотримуватися моральних засад суспільства тощо.

О.В. Герасимчук, аспірант.

Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ДО ПИТАННЯ ПРО ОБМЕЖЕННЯ ДОГОВІРНОЇ СВОБОДИ В ДЕЯКИХ ДОГОВОРАХ ЗА НОВИМ ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

Новий ЦК України, прийнятий Верховною Радою України 16.01.2003 р., закріпив на законодавчому рівні основні правові пріоритети в розбудові ринкової економіки, громадянського суспільства та правової держави. Серед загальних засад цивільного законодавства поряд з такими, як неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини, неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України і законом, та ін., у ст. 3 ЦК України названо й свободу договору. Віднесення принципу свободи договору до основних засад цивільного законодавства підкреслює його значимість в регулюванні особистих немайнових та майнових відносин учасників цивільного обороту. Цей принцип логічно випливає із юридичної рівності учасників цивільних відносин.

Останнім часом принцип свободи договору зазнав великих змін і передусім щодо розширення сфери відносин, де він застосовується, крім того, деталізувався його внутрішній зміст. Так, згідно зі ст. 627 ЦК України принцип свободи договору визначено як: право сторони договірних відносин бути вільною в укладенні договору, у виборі контрагента та визначенні його умов. Близький по суті зміст вкладали в свободу договору і більшість науковців, які займалися його дослідженням (І.О. Покровський, А.В. Луць, Ю.Л. Єршов, А.М. Танага, Р.А.Тельгарін та ін.).

Поряд із загальною тенденцією щодо розширення сфери застосування принципу свободи договору, не менш гострою постає проблема визначення випадків обмеження його дії, оскільки загальновідомо, що свобода, в тому числі й договірна, не може бути безмежною. Законодавство визначає загальні засади та критерії, якими

обмежується свобода договору. Це, наприклад, відповідність вимогам закону, а також засадам справедливості, розумності та добросовісності тощо. Зупинимось на співвідношенні економічної та юридичної рівності сторін за договором і випадках обмеження дії свободи договору щодо сторони, яка займає більш вигідне економічне становище.

Протилежна тенденція щодо посилення обмеження свободи договору почала проявлятися ще в кінці XIX ст. Передусім це було пов'язано з захистом слабкішої в економічному відношенні сторони. Обмеження свободи договору можна простежити на прикладі двох самостійних договірних форм – публічному договорі та договорі приєднання.

Якщо розглядати публічний договір як складові договірної свободи, то обмеження цього принципу виявляється таким чином.

1. У суб'єкта підприємницької діяльності відсутня перша складова договірної свободи – право самостійно визначати укладати чи не укладати договір. Прийнявши рішення про продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до нього звернеться, надалі цей суб'єкт не має права відмовитись від укладення договору за наявності у нього можливостей надати товари (роботу, послуги).

2. Щодо права самостійно обирати контрагента за договором, то суб'єкт підприємницької діяльності не вправі відмовити в укладенні договору контрагенту, який має намір вступити з ним у договірні відносини, оскільки він зобов'язаний надати товари (роботу, послуги) кожному, хто до нього звернеться.

3. Свобода у визначенні договірних умов обмежується в публічному договорі у разі: по-перше, якщо спочатку суб'єкт підприємництва й має можливість визначити умови договору, то потім він вже не може їх змінювати відносно кожного суб'єкта – такі умови мають бути однаковими для всіх контрагентів; по-друге, відповідно до ч. 5 ст. 633 ЦК України актами цивільного законодавства можуть бути встановлені правила, обов'язкові для сторін при укладенні й виконанні публічного договору, тобто визначення договірних умов додатково обмежується приписами законодавства.

Обмеження свободи договору в договорі приєднання має такі особливості.

Обмеження свободи договору відбувається на стадії формулювання умов договору, сторона ж, що приєднується до договору, не може запропонувати свої умови (договір в цілому сформульований контрагентом – суб'єктом підприємницької діяльності), вона може лише приєднатися до такого договору, прийнявши всі запропоновані їй умови.

На думку інших авторів, наприклад Ю. Л. Єршова, про що він вказує у своїй роботі “Принцип свободи договору і його реалізація в цивільному праві Російської Федерації”, обмеження свободи договору в договорі приєднання відбувається не в момент його укладення, а на стадії реалізації договору, оскільки умови договору приєднання всупереч волі однієї із сторін договору можуть змінюватися або їх дія може припинитися.

З такою точкою зору важко погодитись. Її автор не враховує того, що зміна або припинення дії умов договору приєднання відбувається на підставі рішення суду. До рішення суду як акта юрисдикційного органу положення щодо принципу свободи договору не підлягають застосуванню.

О.І. Міхно, здобувач.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ПРИПИНЕННЯ ДОГОВОРУ ВИКОНАННЯ ЗА НОВИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Підстави припинення зобов'язання передбачені гл. 50 нового ЦК України. Із урахуванням того, що договір є різновидом зобов'язання, під час припинення дії договірних відносин необхідно застосовувати цю главу.

Стаття 599 ЦК України передбачає підставу припинення зобов'язання, яка водночас є підставою припинення договору, – виконання зобов'язання. Норми ЦК України, які більш детально регламентують виконання зобов'язання, передбачені гл. 48.

Проаналізувавши її, можна виділити такі ознаки належного виконання договору.

1. Умови договору повинні бути належним чином виконані (ст. 526 ЦК України). Спосіб виконання має бути передбачений нормами ЦК України, укладеним договором, або звичаями ділового обороту чи іншими вимогами, що звичайно ставляться.

2. Договір повинні виконувати належні сторони (ст. 527 ЦК України): боржник, який виконує свій обов'язок, та кредитор, який приймає виконання особисто, якщо інше не встановлено договором або законом, не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту.

Згідно зі ст. 528 ЦК України замість боржника виконати його обов'язок може інша особа у разі, якщо цей обов'язок боржник не повинен виконувати особисто.

3. Умови договору мають бути виконані в належний строк (ст. 530 ЦК України): 1) термін, який зазначений у договорі; 2) строк, який визначений вказівкою на подію, що неминуче має настати; договір у такому випадку підлягає виконанню з настанням цієї події; 3) при невстановленості виконання строку договору або визначеності його моментом пред'явлення вимоги кредитор має право вимагати виконання договору в будь-який час, а боржник повинен виконати умови договору у семиденний строк із дня пред'явлення вимоги, якщо обов'язок негайного виконання не впливає із договору або актів цивільного законодавства. Стаття 531 ЦК надає право боржникові достроково виконати умови договору;

4. Договір має бути виконаний в належному місці (ст. 532 ЦК): 1) місці, зазначеному в договорі; 2) при відсутності такої вказівки в договорі в деяких видах зобов'язань таке місце прямо передбачене ст. 532 ЦК (наприклад, за зобов'язанням про передання нерухомого майна – місцезнаходження цього майна та ін.). За всіма іншими зобов'язаннями, які окремо не зазначені в ст. 532 ЦК, місце виконання договору – це місце проживання (місцезнаходження) боржника.

5. Грошове зобов'язання повинно здійснюватися в належній валюті (ст. 533 ЦК): 1) в національній валюті України – у гривнях; 2) у разі, якщо в договорі зазначений грошовий еквівалент в іноземній валюті, боржник також виплачує суму грошей в гривнях, але за офіційним курсом відповідної валюти на день платежу, якщо

інше не передбачено договором, законом чи нормативно-правовим актом; 3) виплата грошового зобов'язання в іноземній валюті можлива тільки у випадках, прямо встановлених законом.

Окремим випадком припинення договору виконанням за ст. 537 ЦК є внесення боржником боргу (грошей або цінних паперів) в депозит нотаріуса. Таке право виникає у боржника у разі, якщо: 1) кредитор або уповноважена ним особа відсутні у місці виконання договору; 2) ці особи ухиляються від прийняття виконання договору або в разі іншого прострочення зобов'язання з їхнього боку, а також, якщо: 3) відсутній представник недієздатного кредитора.

Про внесення боргу в депозит нотаріус повідомляє кредитора.

Договір слід вважати припиненим виконанням лише за наявності всіх наведених вище ознак належного виконання умов договору з урахуванням останнього положення. Відсутність хоча б однієї ознаки призведе до неможливості припинення договору виконанням та до визнання неналежним виконання чи невиконання умов договору однією або обома сторонами договору.

Крім загального виконання договору, можна виділити спеціальні види виконання зобов'язання (в тому числі договору):

– зустрічне виконання зобов'язання (ст. 538 ЦК) – це таке виконання обов'язку однією стороною, яке згідно з договором обумовлене виконанням другою стороною свого обов'язку. Такі обов'язки повинні виконуватися сторонами одночасно;

– виконання альтернативного зобов'язання (ст. 539 ЦК) – вчинення боржником на свій вибір однієї з двох або кількох дій, кожна з яких є окремим предметом зобов'язання;

– виконання зобов'язання, в якому беруть участь кілька кредиторів або кілька боржників (ст. 540 ЦК). В такому разі кожний з кредиторів має право вимагати виконання, а кожний з боржників повинен виконати обов'язок у рівній частці;

– виконання солідарного зобов'язання: солідарна вимога кредиторів (ст. 542 ЦК) – право кожного кредитора вимагати виконання договору від боржника в повному обсязі та солідарний обов'язок боржників (ст. 543 ЦК) – право кредитора вимагати виконання умов договору частково або в повному обсязі від усіх боржників чи від кожного окремо.

Крім необхідних ознак належного виконання договору та спеціальних видів виконання договору, гл. 48 ЦК передбачені деякі елементи механізму виконання договору: за ст. 545 ЦК боржник має право на отримання розписки від кредитора про належне виконання умов договору частково або в повному обсязі. Якщо боржник видав кредиторowi борговий документ, під час виконання умов договору кредитор повинен повернути назад його боржникові або вказати в розписці про неможливість повернення боргового документа боржникові. Наявність боргового документа у боржника є доказом належного виконання умов договору боржником та припинення договору.

А.А. Герц, викладач.
Технологічний університет Поділля

ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ІПОТЕЧНИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ

У ринковій економіці важливу роль відіграє іпотечний кредит. Однією з головних банківських операцій завжди було надання позик під нерухомість. Кредитна діяльність, яка пов'язана з іпотечною, здійснюється відповідними банківськими установами – іпотечними банками. У розвинутих країнах світу сформовані цілісні системи іпотечного кредитування, які відпрацьовувалися протягом багатьох десятиліть і навіть століть.

В Україні операції з іпотечного кредитування перебувають у зародковому стані. В майбутньому іпотечне кредитування має стати одним із головних засобів забезпечення зобов'язань, пов'язаних із довгостроковими інвестиціями.

На практиці в процесі іпотечного кредитування є проблеми з реалізацією нерухомості, оскільки вона не належить до розряду високоліквідних активів. Також є багато проблем, що стосуються визначення вартості нерухомого майна. У багатьох країнах існують досить жорсткі правила продажу нерухомості (за рішенням судових органів), що важливо для захисту прав власника, на майно якого накладений арешт.

Необхідним заходом для підтримки розвитку іпотечного кредитування є надання податкових пільг інвесторам, які здійснюють рефінансування іпотечних кредитів. У зв'язку з цим необхідно внести зміни в податкове законодавство, що стосуються звільнення від оподаткування доходів, отриманих інвесторами за цінними іпотечними паперами.

Мобілізація кредитних ресурсів для здійснення іпотечного кредитування проводиться за допомогою випуску такого виду цінних паперів, як заставної. Згідно з проектом Закону України “Про іпотеку” заставна – це цінний папір, що посвідчує передачу майна в іпотеку. Заставна надає її власнику право вимагати виконання зобов'язання, забезпеченого іпотекою, а у разі невиконання зобов'язання – право вимагати звернення стягнення на предмет іпотеки.

Як й інші цінні папери, заставні листи можуть бути в будь який момент продані за біржовим конкурсом. Іпотечні банки передають заставні листи на біржу для вільного продажу.

Одним із головних пріоритетів економічної політики уряду повинен стати розвиток іпотечного кредитування житла.

Виступаючи на міжнародній науково-практичній конференції “Проблеми розвитку іпотечного ринку та шляхи їх розв'язання” Президент України Леонід Кучма зазначив, що на іпотечне кредитування житла є великий соціальний попит, адже середня забезпеченість громадян України житлом нині у два-три рази менша, ніж у розвинених країнах.

У сучасних умовах в Україні питання, що потребує негайного розв'язання, є організація житлового будівництва під іпотечний кредит із заставою майбутнього житла.

Позика під заставу житла поєднує у собі елементи споживчого та іпотечного кредитування. Звичайно, успішне здійснення іпотечного кредитування житлового будівництва можливе лише за умови досить високого та стабільного життєвого рівня населення. На жаль, нині позики, що надаються банками на придбання житла, доступні лише обмеженому колу громадян. Тому завдання полягає в тому, щоб на основі мобілізації фінансових ресурсів суттєво зменшити іпотечний кредит.

Звичайно, негативно впливає на розвиток іпотечного кредиту інфляція. Адже іпотечний кредит є складовою стабільної національної економіки. Зарубіжний і власний досвід свідчить про те, що іпотека за певних умов може стати важливим рушієм економіки.

Законодавча база іпотечного кредиту поки що не є досконалою, тому конче необхідним є прийняття низки законів, які з урахуванням кращого зарубіжного досвіду були б водночас адаптованими до конкретних умов України та зважали на специфіку, зумовлену історичним розвитком, сучасними особливостями земельних відносин в Україні. Сказане стосується насамперед іпотеки земельних ділянок сільськогосподарського призначення, яка має притаманні лише їй особливості.

Потрібно прийняти окремих закон про приватну власність на землю, який би став головним законодавчим актом для стабільного функціонування іпотеки.

Слід також чітко визначити методи оцінки майна та процедури їх застосування, права іпотечних фінансово-кредитних установ у галузі оцінної діяльності.

Обов'язковою передумовою іпотечного кредитування в Україні є розробка та прийняття закону, який би регулював різні сторони діяльності іпотечних установ. Наприклад, закон "Про створення та діяльність іпотечних установ в Україні".

Необхідною умовою є прийняття Закону України "Про іпотеку", який би стимулював розвиток іпотечного кредитування.

Отже, іпотечне кредитування має стати невід'ємним елементом ринкової економіки, що формується в Україні, сприяти економічному та соціальному становленню нашої держави, стимулювати розвиток сільського господарства і житлового будівництва.

Важливе значення має іпотечне кредитування промислових підприємств, які за рахунок іпотечного кредиту можуть проводити оновлення своїх основних фондів.

Вдосконалення іпотечного кредитування є досить важливим завданням реформування кредитно-банківської системи. Іпотечний кредит є невід'ємним інститутом ринкової економіки, сприяє функціонуванню інших елементів ринкової інфраструктури.

А.В. Коструба, аспірант.

Національна юридична академія України

ім. Ярослава Мудрого

СПІВВІДНОШЕННЯ КОНОСАМЕНТА І ДОГОВОРУ ПЕРЕВЕЗЕННЯ ВАНТАЖУ (З ОГЛЯДУ НА ПОЛОЖЕННЯ НОВОГО ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ)

З прийняттям нового ЦК України особливого значення набуває забезпечення доктринальної досконалості, універсальності певних правових конструкцій, які знайшли в ньому своє відображення.

Саме в цьому аспекті доцільно розглянути питання про співвідношення коносаменту і договору перевезення вантажу. Зазначене обумовлено тим, що в доктрині цивільного права існують два самостійних підходи до визначення юридичної сутнос-

ті коносамент (коносамент – цінний папір; коносамент – договір). Різні підходи в розумінні юридичної природи коносамент обумовлює їх невизначеність як правового засобу. Внаслідок цього виникають проблеми у забезпеченні правового регулювання відносин, пов'язаних як з обігом коносамент, так і з перевезенням вантажу.

Стаття 909 нового ЦК України визначає, що договір перевезення вантажу укладається у письмовій формі. Укладання договору перевезення вантажу підтверджується складанням транспортної накладної (коносамент або іншого документа, встановленого транспортними кодексами (статутами). В той же час відповідно до ст. 334 нового ЦК України до передання майна прирівнюється вручення коносамент або іншого товарно-розпорядчого документа на майно. Таким чином, зазначимо колізію норм речового і зобов'язального права.

Для вирішення цієї дилеми здійснимо співвіднесення коносамент і договору перевезення вантажу.

1. Слід відмітити, що характерною рисою коносамент є його односторонність. Власник коносамент має тільки право вимоги того, що вказано в ньому від перевізника вантажу. Його праву не протистоїть обов'язок здійснення певних дій. Договір же про перевезення вантажу є двостороннім, тому що кожна із його сторін є зобов'язаною і, одночасно, має право вимоги до іншої сторони. Правові відносини, які виникають між перевізником вантажу і пред'явником коносамент, є окремим видом правовідносин щодо перевезення вантажу.

2. Головною ознакою коносамент як цінного папера є можливість здійснення права, яке становить його зміст, через його презентацію зобов'язаній особі. Отже, коносамент може вільно циркулювати в цивільному обороті. Договір таких особливостей не має. Передача права вимоги за договором можлива через здійснення складної процедури зміни суб'єктного складу договору.

3. Права й обов'язки, що становлять зміст договору, виконуються його учасниками без його пред'явлення. Коносамент видається вантажоперевізником отримувачеві вантажу і в подальшому може бути вільно переданий третій особі. Крім того, по закінченні процесу обігу коносамент в цивільному обороті він має бути погашений шляхом його пред'явлення до виконання. Бланк договору після виконання зобов'язань по ньому не вилучається. Припинення дії договору здійснюється взаємним виконанням обов'язків сторін, що підтверджується відповідною документацією.

4. Договір може мати усну форму, а в деяких випадках допускається вираження волі всіх сторін, які беруть участь у ньому, через мовчання або конклюдентні дії. Коносамент може випускатися тільки в письмовій формі або шляхом електронного запису з чітко встановленими реквізитами, невиконання яких робить їх недійсними.

5. Коносамент як цінний папір посвідчує передусім певне майнове право, тобто є речовим документом, і в подальшому визначає взаємовідносини між власником коносамент і особою, яка здійснила його випуск – зобов'язальний документ. Вказані компоненти дозволяють зазначити, що коносамент має комплексний (речово-зобов'язальний) характер. Що стосується договору перевезення вантажу, то він не містить у собі ознак речового документа. Договір не посвідчує право власності на майно.

6. Цінний папір передається від однієї особи до іншої за індокасаментом, або його безпосереднім врученням третій особі. Перехід прав за певним договором від

однієї сторони до другої здійснюється за правилами цесії. Таким чином, при передачі коносаменту здійснюється перехід тільки майнових прав від однієї особи до іншої. Зміна кредитора у зобов'язанні з перевезення вантажу шляхом відступлення права вимоги або переведення боргу спричиняє перехід не тільки прав, але й певних обов'язків сторони за відповідним договором. При цьому недійсність первісної угоди тягне за собою недійсність правочину щодо заміни кредитора або боржника у зобов'язанні, що суперечить певним ознакам цінних паперів (абстрактність). Крім того, передання прав за коносаментом здійснюється шляхом його індосації (вчинення на коносаменті передавального напису). За індосаментом, вчиненим на коносаменті, до особи, якій або у розпорядження якої передаються права за коносаментом, переходять усі права, посвідчені останнім. Заміна ж сторони у зобов'язанні повинна здійснюватися у такій самій формі, що і правочин, на підставі якого виникло зобов'язання, право вимоги переведення боргу за яким передається новому кредиторі або боржникові.

Отже, новий ЦК України має певні теоретичні прогалини в регулюванні цивільно-правових відносин, пов'язаних із обігом коносаменту і перевезенням вантажу, що вказує на необхідність внесення змін до п.2. ст. 909 нового ЦК України: "Договір перевезення вантажу укладається у письмовій формі шляхом складання окремого документа". Пункт 3. ст. 909 ЦК України: "Укладання договору перевезення вантажу підтверджується складанням транспортної накладної (коносаменту або іншого документа, встановленого транспортними кодексами (статутами)" – виключити.

О.В. **Константа**, мол. наук. співроб.
НДІ державного будівництва
та місцевого самоврядування
Академії правових наук України;
В. К. Ігонін, помічник міського голови
м. Нікополь

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ НОВОГО МИТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Ефективне та якісне правозастосування потребує теоретичного аналізу та з'ясування змісту нового законодавства. Особливо це стосується митної сфери, бо з 1 січня 2004 р. набуває чинності Митний кодекс України (далі – МК), прийнятий Верховною Радою України 11 липня 2002 р.

Слід зазначити, що саме цей акт складає правовий фундамент організації митної справи в Україні, передбачає чіткий механізм здійснення зовнішньоекономічної діяльності, реально наближає вітчизняне законодавство до найкращого міжнародного.

Зміст нового МК України майже втричі більший за обсягом, ніж чинний МК (1992 р.). Якщо останній складається з 11 розділів, 24 глав, 164 статей, то новий МК має 21 розділ, 67 глав, 432 статті.

Деякі правові інститути митного права у новому МК тепер більш деталізовані. Необхідність у цьому назріла давно, оскільки практика застосування чинного МК

України свідчила, що деякі його норми є недосконалими, допускають неоднозначне тлумачення і, як наслідок, породжують спірні ситуації під час виконання митними органами своїх обов'язків. Крім того, низка положень чинного МК перестала відповідати як нормам інших актів законодавства України, так і вимогам дня. Це стосується його розділів “Загальні положення”, “Митний контроль”, “Митне оформлення”, “Переміщення та пропуск товарів і транспортних засобів через митний кордон України”, “Розпорядження товарами, що перебувають під митним контролем”, “Порушення митних правил і відповідальність за них. Відповідальність осіб, які беруть участь у провадженні в справах про порушення митних правил”, “Провадження у справах про порушення митних правил”, “Працівники митних органів, спеціалізованих митних установ та організацій”.

Новий МК містить розділи, яких раніше не було: “Митні процедури при переміщенні товарів через митний кордон України різними видами транспорту”, “Підприємницька діяльність із надання послуг з декларування товарів і транспортних засобів та перевезення товарів, що переміщуються через митний кордон України або перебувають під митним контролем”, “Митний режим щодо товарів і транспортних засобів, які переміщуються через митний кордон України”, “Особливості пропуску та оподаткування товарів, що переміщуються через митний кордон України громадянами”, “Контроль за переміщенням через митний кордон України товарів, що містять об'єкти права інтелектуальної власності”, “Митна вартість товарів. Методи визначення митної вартості товарів”, “Країна походження товару”, “Митна статистика”, “Українська класифікація товарів зовнішньоекономічної діяльності”, “Верифікація сертифікатів про походження товарів з України”.

Отже, у сфері митної справи в цілому сформована відповідно до сучасних суспільних вимог доброякісна законодавча основа. Однак МК містить лише головні, базові митно-правові норми, що об'єктивно вимагає підзаконної їх деталізації з метою більш зрозумілого і точного правозастосування. Тому Кабінетом Міністрів України на виконання положень нового МК України прийнято більше 20 постанов, які набувають чинності з цим Законом.

Нині основним завданням теорії митного права є вирішення таких практичних завдань, як:

- 1) допомога працівникам митних органів та суб'єктам зовнішньоекономічних відносин правильно віднайти необхідну норму у новому митному законодавстві та зрозуміти її;
- 2) вироблення механізму неухильного і чіткого застосування нових норм на практиці, виявлення у зв'язку з цим проблем;
- 3) систематизація шляхом інкорпорації численних чинних законодавчих і підзаконних митно-правових норм.

В.К. Філатова, здобувач.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

**ПИТАННЯ ВИКОРИСТАННЯ ЗЕМЕЛЬ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ
ГЕОЛОГІЧНОГО ВИВЧЕННЯ НАДР**

Виникнення права користування надрами нерозривно пов'язано з вирішенням питання про відповідну земельну ділянку, яка буде використовуватися при здійсненні використання надр.

Різновидом надрокористування згідно з законодавством України є геологічне вивчення надр, включаючи дослідно-промислову розробку. Геологічне вивчення надр визначається як спеціальні роботи і дослідження, спрямовані на одержання інформації про надра з метою задоволення потреб суспільства (ст. 1 Закону України від 04.11.1999 р. "Про державну геологічну службу").

Цей вид надрокористування здійснюється лише за наявності у суб'єкта спеціального дозволу (ліцензії) на користування ділянкою надр. Однак перед отриманням такої ліцензії необхідно попередньо погодити питання про надання земельної ділянки з відповідною місцевою радою або з власником.

За ст. 66 Земельного кодексу України всі громадяни та юридичні особи набувають права власності та права користування земельними ділянками із земель державної або комунальної власності за рішенням органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування в межах їх повноважень.

Надання земельних ділянок для потреб, пов'язаних із користуванням надрами, проводиться після оформлення в установленому порядку прав користування надрами. Порядок отримання землі для здійснення геологічного вивчення передбачений Земельним кодексом. Землі надаються у користування без ліцензій за рішенням місцевих Рад.

Чинне законодавство передбачає, що геологічне вивчення надр за своїм характером є тимчасовим. Для здійснення цього виду надрокористування ст. 97 Земельного кодексу встановлює умови використання відповідних земельних ділянок. Зазначена норма щодо обов'язків підприємств, установ та організацій, які проводять розвідувальні роботи, пов'язує можливість проведення таких робіт лише на підставі угоди з власником землі або за погодженням із землекористувачем. Наголошуючи на тому, що строки і місце проведення розвідувальних робіт визначаються угодою сторін, ст. 97 Земельного кодексу не визначає характер і сутність цієї угоди.

У даному випадку шляхом укладення угоди між суб'єктом, що виконує розвідувальні роботи та має спеціальний дозвіл (ліцензію) на геологічне вивчення надр, і власником земельної ділянки або землекористувачем, оформляються відносини щодо тимчасового зайняття відповідної земельної ділянки. Максимальні строки тимчасового зайняття земельної ділянки законом не встановлені. В кожному випадку вони визначаються сторонами угоди з урахуванням усіх фактичних обставин.

Суттєвим є і такий аспект. Тимчасово зайнята для розвідувальних робіт земельна ділянка не вилучається у землекористувача і не викуповується у власника. Вона залишається у власності або користуванні відповідного суб'єкта, а підприємство, організація чи установа, яка здійснює розвідувальні роботи, лише тимчасово її займає і використовує для геологічного вивчення надр. Проект відведення земельної ділянки в цьому випадку не складається.

Відповідно до законодавства України користування землею та надрами є платним. Плата за користування надрами справляється у вигляді: платежів за користування надрами; відрахувань за геологорозвідувальні роботи, виконані за бюджетні кошти; збору за видачу ліцензій та акцизного збору.

Плата за землю справляється у вигляді земельного податку або орендної плати. Однак, як раніше підкреслювалося, геологічне вивчення здійснюється на земельній ділянці, що використовується на підставі тимчасового зайняття. Виникає питання стосовно плати за цю землю. З одного боку, вона використовується для певних цілей і у суб'єкта виникає обов'язок щодо плати за цю землю. З іншого – тимчасове зайняття не породжує ні права власності на земельну ділянку, ні відносин оренди цієї ділянки. Тому можна вважати, що земельні права суб'єкта взагалі не оформлені.

Земельний кодекс (ст. 156) гарантує власникам землі й землекористувачам відшкодування збитків, заподіяних внаслідок тимчасового зайняття сільськогосподарських угідь, лісових земель та чагарників для інших видів використання. Розмір збитків та порядок їх відшкодування обумовлюються угодою сторін.

Важливим елементом будь-яких правовідносин виступають суб'єкти. Користувачами надр, в тому числі й для геологічного вивчення, можуть бути лише спеціалізовані підприємства, установи та організації, а також громадяни України, які мають відповідну кваліфікацію, матеріально-технічні та економічні можливості для користування надрами.

Земельні ж ділянки можуть використовувати фізичні та юридичні особи, тобто спеціальних вимог до таких суб'єктів законодавством не висувається.

У зв'язку із проведенням сучасної земельної реформи та розпаювання земель виникають труднощі щодо отримання земельних ділянок для здійснення геологічного вивчення надр. Питання фактично залишається неврегульованим. Тому актуальною є необхідність врегулювання на законодавчому рівні порядку надання землі для зазначених потреб. Такий порядок має задовольнити інтереси користувачів надр і в той же час гарантувати реалізацію прав землевласників і користувачів земельних ділянок та забезпечувати їх охорону.

Н.М. Мітякіна, здобувач.

Белгородський державний університет

ПРИНЦИП ПОВНОГО ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАПОДІЯНОЇ ЕКОЛОГІЧНИМ ПРАВопОРУШЕННЯМ, ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ РОСІЇ

Аналізуючи положення інституту відшкодування шкоди, заподіяної екологічним правопорушенням, не можна залишити поза увагою принципи, на яких будується більшість норм даного інституту. Першим принципом, властивим усім системам права, є принцип повного відшкодування заподіяної шкоди. Повне відшкодування збитків є необхідною умовою функціонування будь-якої системи господарювання, заснованої на товарно-грошових відносинах. Повний обсяг відшкодування шкоди означає, що потерпілому повинні бути відшкодовані збитки обох видів: і прямих збитки, і неотримані доходи. Передбачається, що при повному обсязі відшкодування шкоди досягається еквівалентність збитків потерпілого, оцінених у грошовому вираженні, і того майна, що передається потерпілому в порядку компенсації за шкоду. Як вважає В.В. Петров, для еколого-правової відповідальності застосування такого принципу означає стягнення як економічної шкоди у вигляді реальних збитків та

упущеної вигоди, так і екологічної шкоди в обсязі, доступному для обчислення.

У статтях ЦК РФ законодавець вживає такі терміни: обсяг і розмір відшкодування шкоди. Постає питання щодо тотожності даних понять. Варто погодитися з думкою С.Є. Донцова, що це є самостійні правові категорії й їх практичне застосування можливе за різних умов і породжує різні наслідки.

Обсяг відшкодування шкоди можна визначити як розмір (кількість) відшкодування шкоди, що складається як із грошової оцінки відшкодування, так і з видів шкоди. Тобто поняття “обсяг” включає два елементи: матеріальний і юридичний. Тоді як термін “розмір відшкодування” вживається в тексті закону тільки в тих випадках, коли мова йде про вартісну характеристику шкоди. Тому, на наш погляд, уявляється не зовсім обґрунтованою точка зору того ж С.Є. Донцова, який вважає ці два поняття абсолютно самостійними. Розглянувши співвідношення даних термінів, можна дійти висновку, що обсяг і розмір співвідносяться як загальне й окреме, тобто розмір відшкодування шкоди є матеріальною складовою обсягу. Цей висновок має як теоретичне, так і практичне значення.

По-перше, принцип повного відшкодування шкоди, текстуально виражений як обов’язок відшкодувати шкоду в повному обсязі (ст. 1064 ЦК РФ, ст.ст. 77, 79 Федерального закону “Про охорону навколишнього середовища”), стосується і юридичної (види шкоди), і матеріальної (розмір) сторони відшкодування.

По-друге, винятки з даного принципу, зафіксовані в ст. 1083 ЦК РФ, стосуються тільки розміру компенсації, а отже, суд, з огляду на вину потерпілого і майновий стан заподіювача шкоди, може зменшити розмір стягнення, але не може за своєю волею обмежити види шкоди, що відшкодовується. До таких видів відносять: майнову шкоду, збитки (реальні збитки та упущена вигода) і моральну шкоду (фізичні й моральні страждання).

По-третє, ст. 15 ЦК РФ зазначає, що особа, право якої порушене, може вимагати повного відшкодування заподіяних їй збитків, якщо законом або договором не передбачене відшкодування збитків у меншому розмірі. Як бачимо, дана стаття також вказує на обмеження розміру, але не виду збитків.

Проте законом встановлюється і підвищена цивільно-правова відповідальність. У п. 1 ст. 1064 ЦК РФ передбачається компенсація понад відшкодування збитків, але це має передбачатися законом або договором.

Винятки з принципу повного відшкодування шкоди в бік зменшення розміру відшкодування можливі в таких випадках:

- якщо груба необережність самого потерпілого сприяла виникненню або збільшенню шкоди, у залежності від ступеня вини потерпілого і заподіювача шкоди розмір відшкодування повинен бути зменшений;

- при грубій необережності потерпілого і відсутності вини заподіювача шкоди, коли його відповідальність настає незалежно від вини, розмір відшкодування шкоди повинен бути зменшений або у відшкодуванні шкоди може бути відмовлено, якщо законом не передбачене інше;

- суд може зменшити розмір відшкодування шкоди, заподіяної громадянином, з урахуванням його майнового стану, за винятком випадків, коли шкода заподіяна діями, вчиненими умисно.

Розглядаючи дані винятки, доречно звернути увагу на те, що в одних випадках зменшення розміру відшкодування шкоди є обов’язком, а в інших – правом суду.

І, крім того, зниження розміру відшкодування в деяких ситуаціях залежить від наявності іншої правової норми. Так, у випадку винної відповідальності груба необережність зумовлює обов'язкове зменшення розміру компенсації, а у разі безвинної відповідальності зменшення може і не настати, якщо це передбачено законом. При цьому не зовсім зрозуміла позиція законодавця: чому при винній відповідальності немає можливості передбачити в законі випадки недопущення зниження розміру стягнення? Уявляється доцільним дану можливість поширити і на винну відповідальність, а як наслідок такого рішення – ввести в текст закону “Про охорону навколишнього середовища” норму про те, що шкода, заподіяна внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього середовища, підлягає компенсації в повному обсязі без застосування норм зниження розміру стягнення.

Ця норма необхідна через особливу важливість інституту відшкодування шкоди, заподіяної екологічним правопорушенням, бо серед об'єктів посягання є і такі значущі, як навколишнє середовище, життя і здоров'я громадян.

ІІІ. ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ НОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

Ю.А. Пономаренко, канд. юрид. наук, асистент.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ПОЛОЖЕННЯ ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ, ЩО РЕГУЛЮЮТЬ ДІЯЛЬНІСТЬ ЗАКОНОДАВЦЯ

Питання щодо того, чию діяльність регулюють положення кримінального законодавства України – це питання про суб'єктів, яким адресовані його приписи. Традиційно в науці кримінального права визнавалося, що такими суб'єктами є громадяни (точніше – фізичні особи), яким кримінальний закон забороняє вчинювати визначені ним діяння (злочини) під загрозою покарання (кримінальної відповідальності). У сучасній літературі така позиція піддана критиці з боку тих криміналістів, які вважають, що приписи кримінального закону звернуті до держави в особі її органів, які уповноважені протидіяти злочинності й визначають повноваження даних органів у цій сфері.

Поділяючи в цілому думку стосовно того, що переважна більшість положень кримінального закону адресована органам державної влади, проте не можемо погодитися з тим, що такими органами є виключно суди та органи кримінального переслідування. Зміст окремих статей Загальної частини КК України свідчить про те, що їх приписи регулюють діяльність законодавця – Верховної Ради України в сфері кримінальної законотворчості.

До названих приписів слід віднести, зокрема, положення ст. 3, відповідно до яких КК України має ґрунтуватися на Конституції України та загальновизначених принципах і нормах міжнародного права (ч. 1), а також відповідати положенням, що

містяться в чинних міжнародних договорах, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України (ч. 5); злочинність діяння, його караність та інші кримінально-правові наслідки мають визначатися лише КК України (ч. 3), а нові кримінальні закони підлягають включенню до Кодексу (ч. 2). Повноваження законодавця у сфері пеналізації злочинів визначають ті положення Загальної частини КК України, які визначають мінімальний та максимальний розмір певного виду покарання (наприклад, ч. 2 ст. 56; ч. 1 ст. 57; ч. 1 ст. 60 та ін.), а також випадки, коли те чи інше покарання може бути передбачене в санкції статті Особливої частини КК України (наприклад, ч. 2 ст. 59; ч. 1 ст. 64). Ціла низка інших статей Загальної частини КК України містить приписи, які сформульовані таким чином, що можуть поширюватися на законодавця поряд з іншими суб'єктами. Так, ч. 2 ст. 1 встановлює, що в КК можуть визначатися лише питання злочинності та караності діяння і ніякі інші; ч. 1 ст. 4 зобов'язує законодавця не надавати кримінальному закону чинності раніше дня його опублікування; ч. 2 ст. 88 зобов'язує визначати правові наслідки судимості лише в законах тощо.

Таким чином, Загальна частина КК України містить певну кількість положень, які прямо чи опосередковано регулюють діяльність законодавця при прийнятті кримінальних законів та внесенні до них змін. Отже, актуальним видається питання про юридичні характеристики цих приписів та про наслідки невиконання їх законодавцем.

Структура таких приписів є двочленною і включає в себе гіпотезу та диспозицію статті нормативно-правового акта. Названі елементи притаманні кожному з аналізованих приписів, хоча вони не завжди чітко виділяються в тексті закону. Наприклад, в ч. 2 ст. 61 КК України "Обмеження волі встановлюється на строк від одного до п'яти років" як гіпотеза виступає положення: "якщо законодавець вважає необхідним ввести до санкції статті покарання в виді обмеження волі", а диспозицією є: "то він може встановити його в межах від одного до п'яти років".

Всі проаналізовані приписи є імперативними, тобто чітко і вичерпно визначають повноваження законодавця, не відступаючи від них. Наприклад, ч. 1 ст. 4 КК України за жодних обставин не передбачає відступу від правила визначення початкового моменту чинності закону. Єдиним винятком є припис, що міститься в ч. 2 ст. 53 КК України, який (у питанні визначення мінімального та максимального розмірів штрафу) опосередковано також звернутий і до законодавця. В ньому допускається вихід законодавця за максимально передбачений у ній розмір штрафу при визначенні санкцій за окремі злочини.

Особливої уваги потребує питання про наслідки недотримання законодавцем положень Загальної частини КК України, що розглядаються. На жаль, таке недотримання іноді має місце. Так, у ч. 2 ст. 59 КК України законодавець сформулював для себе правило, відповідно до якого покарання у виді конфіскації майна може встановлюватися лише за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини. Сам же законодавець це правило і порушив при визначенні санкції за бандитизм (ст. 257), встановивши за цей, хоч і особливо тяжкий, проте не завжди корисливий злочин, конфіскацію майна. Таким чином, санкція ст. 257 КК України вступила в суперечність (колізію) з ч. 2 ст. 59 Загальної частини. Жодних правил щодо того, як слід долати наявні в ньому колізії, чинний кримінальний закон не містить. Очевидно, тут слід послуговуватися тими загальними правилами, які вироблені для таких випадків теорією права. Одне з них і полягає в тому, що при колізії (не конкуренції!) загальної та спеціальної статті пере-

вага має надаватися саме загальній.

Розвиваючи це положення і відштовхуючись від приписів Загальної частини КК України, які визначають повноваження законодавця в сфері кримінальної законотворчості, можна дійти висновку, що недотримання цих приписів самим же законодавцем має визнаватися порушенням закону. Через це статті Особливої частини КК України, в яких допущена невідповідність даним приписам, у даній частині правозастосувачами не повинні застосовуватися. Інакше кажучи, колізія цих статей з аналізованими приписами Загальної частини повинна вирішуватися на користь останніх.

О.В. Ус, аспірант.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ОСОБЛИВОСТІ ДОБРОВІЛЬНОЇ ВІДМОВИ ПІДБУРЮВАЧА

У КК України 2001 р. добровільній відмові при співучасті присвячено низку норм. Ознаки добровільної відмови при незакінченому злочині закріплені в ст. 17 КК України. У ст. 31 КК України сформульовані нові для вітчизняного кримінального законодавства положення щодо добровільної відмови співучасників у залежності від форми співучасті та тієї функціональної ролі, яку виконував кожен із них при вчиненні конкретного злочину. Окремі положення, що містяться в зазначених нормах, вимагають подальшого теоретичного осмислення та вироблення рекомендацій для їх практичного застосування. Зокрема, це стосується особливостей добровільної відмови підбурювача.

Так, у ч. 2 ст. 31 КК України законодавець указав на дві форми добровільної відмови підбурювача: 1) відвернення вчинення злочину; 2) своєчасне повідомлення відповідним органам державної влади про злочин, що готується або вчиняється.

У першій формі найбільш повно виявляється одна з особливостей добровільної відмови при співучасті: залежність добровільної відмови підбурювача від вчинення злочину іншими співучасниками. Тобто, схиливши співучасника до вчинення злочину, свій “особистий вклад” у спільній умисній діяльності підбурювач може виключити лише відверненням вчинення злочину. В цьому контексті принципове значення мають такі моменти:

– оскільки підбурювач самостійний у виборі способів схилення (приблизний їх перелік наведений у ч. 4 ст. 27 КК України), він також самостійний і у виборі способів впливу на співучасників з метою їх відмови від вчинення злочину. При цьому вплив може мати як інтелектуальний характер (заборона, умова, відмова від наданої раніше обіцянки оплатити “послугу” тощо), так і фізичний (вилучення знарядь і засобів вчинення злочину, фізична протидія виконавцю тощо);

– підбурювання мислиме лише щодо конкретного злочину і, отже, добровільно відмовитися можна також лише від вчинення конкретного злочину;

– відповідно до ч. 2 ст. 27 КК України вчинення злочину (виконання ознак його об’єктивної сторони повністю або частково, безпосередньо або шляхом використання осіб, які не підлягають кримінальній відповідальності за вчинене) здійснюється виконавцем. Підбурювач же, у свою чергу, може схилити до вчинення злочину

будь-кого зі співучасників (ч. 4 ст. 27 КК України). Чи ж можна стверджувати, що незалежно від того, кого зі співучасників особа схилила до вчинення злочину, добровільна відмова підбурювача має місце лише у випадку відвернення вчинення злочину виконавцем? Наприклад, у тих випадках, коли підбурювач схилиє фізичного пособника відмовитися від вчинення пособницьких дій, останній, у разі його добровільної відмови, не підлягає кримінальній відповідальності. То ж чи повинен у такій ситуації підлягати кримінальній відповідальності підбурювач? На нашу думку, це питання потребує подальшого осмислення та наукової розробки;

– дії підбурювача при добровільній відмові у більшості випадків мають бути активними. На активний характер добровільної відмови цього виду співучасника вказують більшість вчених (П.І. Гришаєв, Г.А. Крігер, М.Д. Дурманов, В.Д. Іванов, К.О. Панько та ін.), однак по-різному аргументуючи це положення. Тут слід зазначити, що як ці, так й інші автори розглядають добровільну відмову підбурювача лише стосовно випадків схилення до злочину його виконавця. Разом із тим, аналізуючи окремі випадки дій підбурювача, необхідно звернути увагу на те, що на стадії готування до злочину при схиленні пособника підбурювач може добровільно відмовитися від подальшої співучасті й у пасивній формі, наприклад, шляхом стримування дій пособника від подальшої участі у вчиненні злочину;

– у ч. 2 ст. 31 КК України законодавець надав підбурювачу ще одну можливість для добровільної відмови – своєчасне повідомлення відповідним органам державної влади про злочин, що готується або вчиняється. Розглянемо ознаки такої форми відмови.

Як бачимо з зазначеного положення закону, невід'ємною ознакою такого повідомлення є його своєчасність. Причому для констатації цієї ознаки має значення не тільки суб'єктивний фактор – уявлення особи про своєчасність свого повідомлення, але й об'єктивний – реальна можливість органів влади в даному конкретному випадку запобігти вчиненню злочину.

Оскільки в ч. 2 ст. 31 КК України говориться про обов'язок своєчасного повідомлення відповідним органам, але нічого не сказано про успішність запобігання злочину, можна зробити висновок про те, що законодавець не вимагає, щоб у результаті такого повідомлення злочин було відвернено.

Незважаючи на те, що в ч. 2 ст. 31 КК України не акцентується увага на змістовній складовій повідомлення органам влади про початий злочин, крім своєчасності воно повинно мати й властивість повноти (достатності) інформації для вчинення заходів щодо запобігання злочину. У противному випадку таке повідомлення втрачає сенс.

Спірним залишається питання про те, за яких умов можливе повідомлення органам влади про злочин, що готується або вчиняється. Так, деякі науковці (В.О. Владіміров, В.Д. Іванов) вказують, що обов'язок повідомити органи влади у підбурювача виникає у випадку, коли він сам не в змозі схилити іншого співучасника відмовитися від вчинення злочину. Інші вчені (наприклад, Ю.В. Гродецький) зауважують, що такі обмеження необґрунтовані, оскільки співучасник має право самостійно вибирати придатну для нього форму добровільної відмови. Зазначимо, що у деяких випадках повідомлення відповідним органам влади є більш прийнятним варіантом добровільної відмови від злочину.

Добровільна відмова підбурювача не виключає кримінальної відповідально-

сті інших співучасників, які не вчинили заходів щодо запобігання вчиненню злочину виконавцем. У випадку ж, коли підбурювач не зміг відвернути доведення злочину до кінця, а повідомлення органам влади не відповідало зазначеним вимогам, його дії суд враховує як обставину, що пом'якшує покарання.

С.В. Гринчак, аспірант.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

НЕЗАКОННА ТРАНСПЛАНТАЦІЯ: ЗАКОНОДАВЧИЙ ДОСВІД ПОСТРАДЯНСЬКИХ ДЕРЖАВ

Проблема кримінальної відповідальності за незаконну трансплантацію в на-уці кримінального права України є надзвичайно актуальною, але недостатньо розро-бленою, що, безумовно, перешкоджає правильному та однаковому застосуванню правоохоронними органами кримінального закону, а певною мірою і організації на-лежної боротьби з цим злочином.

Для більш глибокого, повного та всебічного вивчення й осмислення ст. 143 КК України, на наш погляд, важливого значення набуває порівняльно-правовий ана-ліз цієї норми та відповідних норм законодавства зарубіжних країн про кримінальну відповідальність, передусім законодавства пострадянських держав. Кримінальне за-конодавство цих держав можливо диференціювати залежно від обсягу криміналіза-ції діянь, які посягають на встановлений законом певної країни порядок і умови тран-сплантації органів або тканин людини.

Так, Кримінальні кодекси України, Таджикистану, Білорусі та Киргизії пе-редбачають кримінальну відповідальність за незаконну трансплантацію в загальній нормі й додатково за окремі види порушення цього порядку в інших спеціальних но-рмах.

Крім спільних ознак, КК країн цієї групи мають чимало відмінностей із пи-тання, що розглядається. Наприклад, КК Таджикистану та Білорусі встановлюють ві-дповідальність за незаконне донорство органів або тканин людини і за незаконну трансплантацію, тоді як ч.1 ст. 143 КК України – тільки за випадки незаконної тран-сплантації. Наступною розбіжністю в кримінально-правовому регулюванні незаконної трансплантації цих держав є те, що в КК Таджикистану, Киргизії та Білорусі перед-бачено відповідальність за порушення порядку і умов проведення трансплантації, а в Україні криміналізовано лише порушення порядку трансплантації, хоча законода-вець, визначаючи її правомірність, підкреслює необхідність дотримання як порядку, так і умов проведення таких операцій. Отже, криміналізація порушення умов тран-сплантації залишилася поза увагою українського законодавця. З метою усунення прога-лини, що виникла, необхідно доповнити ч.1 ст. 143 КК України вказівкою щодо по-рушення умов трансплантації.

Кримінально-правове регулювання трансплантації в Україні крім недоліків має і переваги порівняно з КК названих держав. Так, ч. 4 ст. 143 КК України перед-бачає кримінальну відповідальність за торгівлю органами або тканинами людини, дотримуючись тим самим відомого здавна латинського принципу *Mambrogum*

humanorum aestimationem dominus membrogum suorum – немає ціни членам людського тіла, ніхто не господар своєму тілу. Такий підхід є ефективним кроком на шляху запобігання комерційного використання людських органів, позитивним проявом імплементації норм міжнародного права, які засуджують торгівлю людськими органами для трансплантації.

Кримінальні кодекси Росії, Латвії, Узбекистану, Азербайджану, Молдови та Казахстану передбачають кримінальну відповідальність лише за окремі види порушень порядку і умов незаконної трансплантації. Зокрема, одні з них встановили відповідальність тільки за примушування до вилучення органів або тканин людини для трансплантації (РФ, Молдова, Казахстан), а інші – за незаконне донорство органів та тканин людини (Латвія, Узбекистан), що є недостатнім захистом цих надзвичайно важливих суспільних відносин.

Привертає увагу те, що ст. 139 КК Латвії встановлює кримінальну відповідальність за: “незаконне вилучення тканин і органів живої чи мертвої людини з метою їх використання в медицині, вчинене медичним працівником”. Таким чином, ця норма криміналізує діяння, які фактично є першим етапом трансплантації як двоєдиної операції, а саме передбачає незаконне вилучення фрагментів організму як від живого донора (*ex vivo*), так і від мертвого (*ex mortuo*). Очевидно, що поза полем зору законодавця Латвії залишився захист прав реципієнта. У ст. 133 КК Узбекистану межі криміналізації ще вужчі: передбачено відповідальність за незаконне вилучення анатомічних сегментів для трансплантації тільки від мертвого донора (*ex mortuo*). Звідси випливає, що права і свободи живого донора та реципієнта при трансплантації взагалі не захищені, що є безсумнівним недоліком цієї норми.

Не передбачено будь-якої кримінальної відповідальності за незаконну трансплантацію або за незаконне донорство анатомічних матеріалів людини у кодексах Литви, Естонії та Туркменістану. Основною причиною такого стану, напевно, є те, що ці держави не врахували сучасних досягнень і можливостей медицини та нагальної потреби кримінально-правового захисту існуючих суспільних відносин у сфері донорства та трансплантології.

Як бачимо, перевагами ст. 143 КК України є те, що вона охоплює будь-яке порушення встановленого законом порядку трансплантації анатомічних матеріалів людини, забезпечуючи цим належну охорону прав і свобод донора та реципієнта, адекватно відображаючи підвищену суспільну небезпечність таких посягань. Позитивним є встановлення підвищеної кримінальної відповідальності за незаконну торгівлю органами або тканинами людини, що перешкоджає стрімкому розвитку злочинної комерціалізації у цій сфері. Водночас, як зазначалося, ст. 143 КК України слід доповнити вказівкою на кримінальну караність порушення умов трансплантації та передбачити відповідальність за всі ймовірні випадки незаконного донорства.

Із цією метою можна запропонувати такий варіант диспозиції ч. 1 ст. 143 КК України: “Порушення встановленого законом порядку чи умов вилучення органів або тканин людини або порядку чи умов проведення трансплантації”.

О.М. Подільчак, асистент.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

РЕВНОЩІ, ЯК МОТИВ ПРИ КВАЛІФІКАЦІ ЗЛОЧИНІВ, УЧИНЕНИХ ЖІНКАМИ

Насильницькі та корисливо-насильницькі злочини становлять одну з найнебезпечніших складових сучасної злочинності в Україні. Особливе занепокоєння викликає зростання рівня насильницьких злочинів, скоєних жінками, оскільки саме жінці суспільні стереотипи приписують роль ніжної, лагідної, уразливої, чутливої матері, носительки моральних норм і цінностей. Значну частку насильницької злочинності складають жінки, які вчинили насильницькі злочини. Це вказує на серйозну духовну кризу у суспільстві й необхідність застосування найрізноманітніших засобів її подолання.

Серед мотивів злочинів, учинених жінками, певної уваги заслуговує мотив ревнощів. Для жінок як істот більш емоційних, ніж чоловіки, мотив ревнощів є досить поширеним у виникненні побутових сварок та в подальшому вчиненні злочинів. Ревнощі часто є підґрунтям скоєння не тільки злочинів проти особи, але й хуліганства, деяких випадків учинення корисливих злочинів.

За інформацією, наданою відповідними управліннями МВС в Харківській, Полтавській, Київській областях та м. Києві, питома вага злочинів, скоєних жінками в цих регіонах з мотивів ревнощів, лайки та інших побутових причин у 2000 та 2001 рр. становить від 1,1% до 8% від загальної кількості вчинених злочинів. Слід зазначити, що найнижчий рівень зафіксовано в м. Києві, тут їх питома вага становить – 2,1% у 2000 р. та 1,1% – у 2001. Удвічі й більше разів перевищено аналогічний показник у Харківській та Полтавській областях, а найбільший рівень таких злочинів зареєстрований в Київській області – 8% у 2000 р. та 3,9% – у 2001 р. За матеріалами проведеного нами дослідження судової практики з мотиву ревнощів скоєно 3,5% злочинів у Полтавській області й 1,4% у м. Києві та Київській області.

Ревнощі, як внутрішнє спонукання до вчинення суспільно небезпечного діяння, ґрунтуються на емоційно забарвлених переживаннях, пов'язаних із внутрішнім світом особистості. Психологи стверджують, що ревнощі виникають ще в дитинстві, коли дитина відчуває, що може бути позбавлена уваги та любові матері. У дорослої людини страх втрати кохання, у багато разів більший завдяки романтичним почуттям, набуває значної сили. З точки зору емоційних складових ревнощі ґрунтуються на емоціях гніву і страху. Гнів є наслідком думок про те, що тобою знехтували, зрадили. Емоція страху є також сталою складовою ревнощів. Ревнощі – це страх втратити кохану людину, її любов, а разом з ними й почуття власної привабливості, неповторності, цінності. На думку вчених, ревнощі, в тому числі любовні, – це сумніви щодо вірності й (або) страх втратити якесь благо. Еротичні ревнощі завжди супроводжуються такими складними реакціями і станами, як заздрощі, біль, сумніви, ненависть, лють, гнів, відчай, жага помсти тощо. Дійсно, така широка палітра переживань призводить до того, що у багатьох випадках злочини, скоєні жінками, досить важко кваліфікувати як виключно злочини, скоєні з мотивів ревнощів, тому що часто до них долучаються сварка, мотиви особистої неприязні, помсти. Статистичні картки форми 1.1 і форми 2 Інструкції про єдиний облік злочинів від 26.03.2002 р. №20/84/293/126/18/5 передбачають об'єднання мотивів ревнощів з іншими спонуканнями. Таке об'єднання утруднює розуміння того, скільки саме злочинів учиняється з

мотивів ревнощів.

Відповідно до кримінального закону мотив належить до факультативних ознак суб'єктивної сторони злочину. В залежності від законодавчого опису конкретних складів злочинів він може виконувати або роль обов'язкової ознаки, або кваліфікуючої, або ознаки, що пом'якшує чи обтяжує відповідальність. Жодна стаття Особливої частини КК України не передбачає ревнощів як обов'язкової ознаки. Тому цей мотив не впливає на кваліфікацію скоєного. Проте він має велике значення для характеристики особистості винного, при визначенні виду та міри покарання, що не може не цікавити суд. У даному випадку мотив дає можливість визначити спрямованість поведінки особи, є важливим аспектом кримінологічної характеристики підсудного.

Щодо соціальної оцінки мотиву ревнощів, то тут не існує єдності поглядів. Деякі вчені-кримінологи, наприклад, С.В. Бородін, вважали ревнощі негативними переживаннями. Так, Б.С. Волков, зазначав, що ревнощі завжди є неприязним почуттям, вони уособлюють егоїзм і самолюбство у стосунках між людьми, ґрунтуються на “роздратованому марнославстві, доведеному часом злістю і обуренням до хворобливого стану”. Втім, мотив ревнощів може бути спонуканням до вчинення як суспільно небезпечного діяння, так і до позитивних змін у поведінці людини: підвищенні чутливості, уважності до іншої людини, прагнення покращити власні якості. Однак почуття ревнощів, безумовно, є хворобливим і важким почуттям.

Ревнощі можуть ґрунтуватися не тільки на факті реальної зради чи загрози як такої, але й на фоні уявних подій. Особливо небезпечне алкогольне маячення ревнощів. Бо в міру прогресування алкоголізму побутові ревнощі переростають у маячення. Алкоголік з маяченням ревнощів починає стежити за близькою людиною, контролює її поведінку, шукає доказів зради. Нерідко наслідком алкогольного маячення ревнощів є замах на дружину (чоловіка) або уявного коханця. Проте жіночі ревнощі, на думку науковців, звичайно не доходять до настільки небезпечних фіналів, оскільки чоловіче самолюбство страждає від “зради” сильніше, ніж жіноче.

Чоловічі ревнощі як мотив скоєння вбивства, насильства над дружиною за даними кримінальної статистики багатьох країн дуже поширені. Значно меншу частку таких злочинів, учинених жінками, психологи пояснюють тим, що жінкам більш притаманна реакція пасивного страждання, втрата активності на фоні депресивного стану. Та все ж кожен випадок є індивідуальним. Ревнощі настільки багатоликі, що досить складно вивести універсальне і однозначне визначення ревнощів як мотиву людської діяльності.

Вчинення жінками тяжких насильницьких та корисливо-насильницьких злочинів, в тому числі й з мотивів ревнощів, свідчить про значні девіації у розвитку їх особистості та розбудові мотиваційної сфери, має бути сигналом тривоги для всього суспільства в цілому.

Зважаючи на те, що значна частина насильницьких злочинів вчиняється жінками на побутовому ґрунті, у ході сварок та інших міжособистих конфліктів, дослідження мотиву ревнощів та врахування особливостей його формування є важливою складовою вивчення та попередження насильницької злочинності в Україні.

ІЗОЛЯЦІЯ ВІД СУСПІЛЬСТВА ЯК ОЗНАКА РОЗМЕЖУВАННЯ ОБМЕЖЕННЯ ТА ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ

У КК України (ч. 1 ст. 61) закріплено, що “покарання у вигляді обмеження волі полягає у триманні особи в кримінально-виконавчій установі відкритого типу без ізоляції від суспільства в умовах здійснення за нею нагляду з обов’язковим залученням засудженого до праці”. Оскільки зміст позбавлення волі за ч. 1 ст. 63 КК України полягає в ізоляції засудженого, то “ізоляція” є тією основною ознакою, за якою можна провести розмежування між обмеженням та позбавленням волі. У літературі (Ф.Р. Сундуров) вже були сформульовані основні ознаки, що характеризують ізоляцію засуджених від суспільства при позбавленні волі. Зокрема, це такі обмеження, що стосуються: 1) свободи пересування; 2) вибору місця проживання; 3) вибору характеру і роду занять; 4) права вільно визначати свій спосіб життя; 5) поміщення засудженого у середовище злочинців. Найбільш важливим елементом ізоляції є істотне обмеження спілкування засудженого з людьми на волі. Таким чином, виходить, що коли при обмеженні волі за ст. 61 КК України немає ізоляції від суспільства, то не повинно бути і ознак, характерних для ізоляції при позбавленні волі.

Розглянемо детально, чи це дійсно так, тобто, чи відсутні вказані вище ознаки при обмеженні волі.

Отже, чи є обмеження у свободі пересування осіб, засуджених до обмеження волі? Згідно зі ст. 107² ВТК України такі обмеження є, бо особи, засуджені до обмеження волі, зобов’язані постійно знаходитися в межах виправного центру під наглядом, залишати його межі лише за спеціальним дозволом адміністрації цього центру. Згідно з п. 8.3 Інструкції про організацію виконання покарання у виді обмеження волі в установах кримінально-виконавчої системи засуджені до обмеження волі в години від підйому до відбою користуються правом вільного пересування, але ця свобода вільного пересування обмежена кордонами виправного центру. З дозволу адміністрації засуджені можуть пересуватися і без нагляду поза установою, але в межах території відповідного адміністративно-територіального району.

Порівняльний аналіз ст. 107² та ст. 33 ВТК України дозволяє стверджувати, що обмеження у свободі пересування осіб, засуджених до обмеження волі, і осіб, які відбувають покарання у виправно-трудових колоніях-поселеннях, майже збігаються, за виключенням того, що засуджені до обмеження волі за дозволом адміністрації виправного центру можуть бути поза його межами, але не покидати адміністративно-територіальний район, а при позбавленні волі у ВТК-поселеннях засуджені можуть з дозволу адміністрації пересуватися поза межами колонії, але в межах населеного пункту.

Чи ж засуджені до обмеження волі зазнають обмежень у виборі місця проживання? Такі обмеження встановлені ст. 107² “Порядок і умови відбування покарання у виді обмеження волі”, де сказано, що особи, засуджені до обмеження волі, зобов’язані проживати, як правило, в спеціально призначених гуртожитках. Лише за мотивованою постановою адміністрації виправного центру вони можуть у вільний від роботи час знаходитися поза гуртожитком. Правда, засудженим, що мають сім’ї, якщо вони не допускають порушень встановленого порядку виконання покарань, піс-

ля відбуття шести місяців строку покарання за постановою начальника виправного центру надається можливість проживати за межами гуртожитку на приватних квартирах або придбавати житло у межах території виправного центру. Тобто у будь-якому випадку місце проживання осіб, засуджених до обмеження волі, обмежене кордонами виправного центру.

Наступним обмеженням, характерним для позбавлення волі, є обмеження у виборі характеру й роду занять. Треба сказати, що й особи, засуджені до обмеження волі, теж зазнають таких обмежень, оскільки вони залучаються до роботи, як правило, на виробництві виправних центрів або ж на договірній основі з адміністрацією виправного центру на підприємствах державної чи інших форм власності за умови забезпечення належного нагляду за їх поведінкою. Таким чином, вибір характеру і роду занять за засуджених робить адміністрація кримінально-виконавчої установи відкритого типу, орієнтуючись переважно на характер виробництва виправного центру.

Ізоляція засуджених до позбавлення волі виявляється і в обмеженні права вільно визначати свій спосіб життя. Чи зазнають такого обмеження особи, які відбувають покарання у виправних центрах? На це питання теж необхідно дати ствердну відповідь, оскільки, як уже зазначалось, майже весь свій вільний час засуджені до обмеження волі зобов'язані проводити у межах виправного центру. Крім того, так само як і особи, позбавлені волі, засуджені до обмеження волі не можуть зберігати на території, де мешкають, заборонені Правилами внутрішнього розпорядку виправно-трудоустанов предметів, вироби та речовини, а це означає, що на них розповсюджуються заборони, встановлені для осіб, позбавлених волі. Особам, засудженим до обмеження волі, забороняється вживати спиртні напої, пиво, а також наркотичні засоби і токсичні речовини. Засуджені, а також приміщення, в яких вони мешкають, можуть обшукуватися. До засуджених у виправних центрах може застосовуватись таке стягнення, як заборона виходу з гуртожитку у вільний від роботи час на строк до трьох місяців. Співробітники виправного центру у будь-який час доби можуть відвідувати житлові приміщення засуджених. Як бачимо, цей не зовсім повний перелік зобов'язань і заборон щодо засуджених дозволяє пересвідчитись, що засуджені до обмеження волі навряд чи можуть, перебуваючи у виправному центрі, вільно визначати свій спосіб життя.

Ізоляція осіб, позбавлених волі, від суспільства приводить до поміщення засудженого у середовище злочинців. Так само і при обмеженні волі засуджені зобов'язані відбувати покарання у кримінально-виконавчій установі відкритого типу, куди поміщають далеко не кращих представників суспільства, тобто осіб, що за вироком суду визнані злочинцями.

З усіх наведених ознак обмеження волі й позбавлення волі видно, що по суті вони майже не відрізняються. Тобто, виходить, що ознаки ізоляції, характерні для позбавлення волі, знаходять свій прояв і при обмеженні волі. А це означає, що регулювання ВТК України порядку та умов відбування покарання у виді обмеження волі не виключає елементів ізоляції засуджених від суспільства навіть незважаючи на те, що у ст. 61 КК України наведено визначення, згідно з яким обмеження волі полягає у триманні особи у кримінально-виконавчій установі відкритого типу без ізоляції від суспільства.

Разом з тим, найважливішим елементом ізоляції є істотні обмеження спілкування засудженого з вільними людьми. На наш погляд, саме за цим єдиним показни-

ком і можна провести розмежування між обмеженням та позбавленням волі. Іншими словами, оскільки фактично (всупереч ст. 61 КК України) у виправних центрах особи, засуджені до обмеження волі, зазнають обмеження, характерні для ізоляції при позбавленні волі, то з цього випливає, що розмежування між обмеженням і позбавленням волі можна провести не за наявністю чи відсутністю ізоляції, а за ступенем ізоляції, більшою чи меншою її інтенсивністю. Цей показник свідчить, що у осіб, засуджених до обмеження волі, є більше можливостей для спілкування з людьми на волі. На відміну від осіб, позбавлених волі, навіть, що відбувають покарання у колоніях-поселеннях, особи, засуджені до обмеження волі, можуть виїжджати за межі виправного центру для здачі іспитів у навчальних закладах, попереднього вирішення питань трудового та побутового влаштування після звільнення чи за наявності інших життєво необхідних обставин, відвідування близьких родичів у святкові, неробочі та вихідні дні, а також на період відпустки.

Таким чином, хоча ізоляція осіб, засуджених до обмеження волі, фактично і має місце, але ступінь цієї ізоляції менший, ніж при позбавленні волі.

О.С. Четверикова, здобувач.

Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ПОНЯТТЯ ТА ЗНАЧЕННЯ ВТОРИННОЇ КЛАСИФІКАЦІЇ ЗАСУДЖЕНИХ

Класифікація осіб, позбавлених волі – це поділ засуджених на більш-менш однорідні групи (категорії) за специфічними ознаками (критеріями). У вітчизняній літературі, міжнародних документах розрізняють первинну та вторинну класифікацію засуджених до позбавлення волі.

Первинна класифікація позбавлених волі передбачає розподіл їх по виправно-трудовах установах, що дозволяє здійснити диференціацію покарання. Індивідуалізація покарання відбувається при перерозподілі засуджених усередині виправно-трудової установи у ході вторинної класифікації.

Первинна та вторинна класифікації створюють умови для диференціації й індивідуалізації виконання покарання та застосування до позбавлених волі засобів виховного характеру. Диференціація виконання покарання припускає, що до різних категорій засуджених залежно від характеру скоєних ними злочинів та ступеня громадської безпеки, минулої злочинної діяльності слід застосовувати різний обсяг карального застосування, правообмежень, а виховна робота з ними повинна будуватись з урахуванням типологічних якостей їх особистості та інших психолого-педагогічних якостей. Індивідуалізація виконання покарання та застосування заходів виховного характеру – логічна послідовність диференціації. Індивідуалізація виконання покарання реалізується в межах одного виду виправно-трудової установи. Таким чином, необхідність дотримання вимог індивідуалізованого виконання покарання у виді позбавлення волі зумовлює потребу вторинної класифікації засуджених.

У ст. 12 Європейських тюремних правил передбачено такі цілі вторинної класифікації:

– розташовувати в'язнів таким чином, щоб полегшити виправний вплив і їх реальну реадaptaцію з урахуванням при цьому вимоги управління та безпеки;

– відокремлювати в'язнів, яких в силу їх кримінального минулого або особистих якостей доцільно ізолювати від інших, а також тих, хто може шкідливо впливати на інших.

У межах установи виконання покарань для визначення оптимальних умов покарання з метою первинного психолого-педагогічного вивчення особистості новоприбулих осіб, позбавлених волі, медичного нагляду за ними, сприяння їх адаптації до умов позбавлення волі та класифікації засуджених створюється відділення карантину, діагностики і розподілу засуджених. Для організації роботи з новоприбулими засудженими призначається робоча група, до складу якої обов'язково входять психолог та медичний працівник. Психолог розробляє психологічні характеристики, проводить психологічну діагностику. Саме від раціонального планування психологом своїх заходів з новоприбулими засудженими залежить ефективність та успіх його подальшої роботи у період відбування ними кримінального покарання. Медичний нагляд за новоприбулими засудженими здійснюється в порядку, передбаченому відповідними нормативними документами Міністерства охорони здоров'я України та Державного департаменту України з питань виконання покарань. За результатами вивчення особистості та психодіагностики, медичного обстеження засуджених їх розподіляють до відділень соціально-психологічної служби та працевикористання. Державним департаментом України з питань виконання покарань використовуються такі критерії класифікації при формуванні відділень:

– кримінально-правові (характер скоєного злочину, криміногенна зараженість особистості);

– особистісні, тобто психолого-педагогічні (рівень суспільної небезпеки, ставлення до умов покарання тощо);

– соціально-демографічні (вік, рівень освіти, соціальне становище, рід занять до засудження тощо);

– медичні (працездатність).

У проєкті Кримінально-виконавчого кодексу закріплено, що вторинна класифікація повинна проводитись під час перебування осіб, позбавлених волі, у відділенні карантину, діагностики та розподілу, звідки засуджених мають розподіляти до відділень: ресоціалізації, посиленого контролю; лікувально-оздоровчого; соціальної адаптації, а також дільниці соціальної реабілітації. Це дозволить прогнозувати не тільки варіанти очікуваної поведінки засуджених, але й вибирати оптимальні засоби контролю з боку персоналу установи для забезпечення належного рівня безпеки.

Отже, вторинна класифікація засуджених зумовлює окреме утримування різних груп засуджених; забезпечує індивідуалізацію розміщення засуджених за ступенем їх соціально-педагогічної занедбаності; дає можливість застосування карально-виховного впливу на засуджених, є базою для створення внутрішньої організаційної структури установи.

І.С. Яковець, здобувач.

Національна юридична академія України

ім. Ярослава Мудрого

ПОРЯДОК ВИЗНАЧЕННЯ ВИДУ РЕЖИМУ УСТАНОВИ ВИКОНАННЯ ПОКАРАНЬ

Відповідно до ст. 1 Виправно-трудового кодексу (ВТК) України основним завданням виправно-трудового законодавства є забезпечення виконання кримінального покарання з тим, щоб воно не тільки було карою за скоєний злочин, а й виправляло та перевиховувало засуджених у душі чесного ставлення до праці, точного виконання законів, попереджало скоєння нових злочинів як засудженими, так й іншими особами, а також сприяло викоріненню злочинності. Тому правильне визначення виду установи виконання покарань, де повинен відбувати покарання засуджений до позбавлення волі, надзвичайно важливе для здійснення на нього карально-виховного впливу.

До вступу в силу 1 вересня 2001 р. нового КК України вказівки закону про відповідну категорію засуджених для кожного виду установи виконання покарання містились у ст. 25 КК України 1960 р. Вид конкретної установи, де повинна відбувати призначене покарання особа, визначався судом. Нині повноваження суду з цього питання передані Державному департаменту України з питань виконання покарань шляхом внесення відповідних змін до ст. 19 ВТК України. Сам механізм здійснення розподілу засуджених знайшов своє закріплення в Інструкції про порядок розподілу і направлення осіб, засуджених до позбавлення волі, зі слідчих ізоляторів (тюрем) до виправно-трудових установ, затвердженій наказом Департаменту 30 серпня 2001 р. № 157. Фактично ця Інструкція стала своєрідною спробою з найменшими витратами поєднати між собою норми “нового” КК з нормами “старого” ВТК. Види установ виконання покарань залишилися майже без змін, а їх перелік в цілому відповідає ВТК України. Згідно з ним виправно-трудовими установами, що виконують покарання у виді позбавлення волі, є: виправно-трудові колонії, тюрми та виховно-трудові колонії.

Разом з тим, практика свідчить, що вимоги Інструкції не повною мірою відповідають нагальним потребам і не дають відповіді на всі запитання, що постають безпосередньо при визначенні виду режиму.

Це обумовлено передусім тим, що напрацьований протягом тривалого часу практичний досвід судових органів фактично залишився поза увагою Департаменту та його органів на місцях, а власний досвід ще не набуто. Недосконалість Інструкції від 30 серпня 2001 р. призвела до того, що 30 грудня 2002 р. до неї були внесені зміни з метою усунення прогалини, що виникли при її практичному застосуванні. Однак до остаточного вирішення всіх питань ще далеко. Деяким проблемним питанням, що виникли при запровадженні в життя нового порядку розподілу засуджених, у 2001 – 2002 рр. присвячувались публікації А.Степанюка, О.Лисодеда.

Як і раніше, при визначенні виду установи виконання покарань постають проблеми і щодо розуміння поняття особи, вперше засудженої до позбавлення волі на певний строк.

На наш погляд, у наведених випадках диференціацію засуджених доцільніше проводити виходячи не з факту засудження, а з факту перебування в місцях позбавлення волі. Тобто при визначенні виду конкретної установи варто оперувати терміном “особа, яка раніше не відбувала покарання у виді позбавлення волі”.

Інструкція Департаменту передбачає, що в колоніях-поселеннях для осіб, які вчинили злочини з необережності, відбувають покарання вперше засуджені до позбавлення волі за злочини, вчинені з необережності. При цьому відсутні будь-які посилання на необхідність врахування тяжкості злочину. Вважаємо, що основним критерієм класифікації засуджених в цьому випадку має бути не тяжкість злочину, а форма вини – необережність. Безперечно, більш небезпечною для суспільства буде особа, що вчинила умисний злочин, саме тому для засуджених за необережні злочини і створені умови окремого тримання. Такий підхід повністю відповідає і вимогам ст.16 ВТК України, норми якої ніхто не відміняв.

Слід також відмітити, що новий порядок визначення виду установи виконання покарань певною мірою погіршив правове становище засуджених. Передусім це обумовлено тим, що Департаменту були передані не всі повноваження суду із вказаних питань. Раніше з урахуванням характеру та ступеня суспільної небезпечності злочину, особи винного та інших обставин справи суд міг обрати засудженому більш м'який вид режиму. Відповідні органи Департаменту наділені таким правом лише щодо вперше засуджених до позбавлення волі за умисні злочини середньої тяжкості. За мотивованим рішенням комісії такі особи можуть бути направлені до колоній-поселень для осіб, які вчинили умисні злочини.

Отже, це далеко не всі проблеми, які виникають при визначенні виду режиму установи виконання покарань. Новий порядок розподілу та направлення осіб, засуджених до позбавлення волі, зі слідчих ізоляторів до виправно-трудоустанов поки що перебуває у стадії становлення, бо будь-які реформи потребують часу.

А.В. Ткачова, пошукувач.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ГРОМАДСЬКІ РОБОТИ ЯК ВИД ПОКАРАННЯ

Суспільством вже довгий час ведуться активні пошуки нових видів покарання, не пов'язаних із позбавленням волі, а також шляхів пом'якшення правового становища засуджених. Це викликало необхідність проведення значної кількості досліджень та прийняття багатьох правових документів щодо цього питання як на рівні окремих держав, так і на міжнародному рівні. Так, ще у 1980 р. Шостий Конгрес ООН, присвячений попередженню злочинності та поведженню із злочинцями, прийняв резолюцію № 8, яка рекомендувала країнам-членам ООН розширити застосування альтернативних тюремному ув'язненню санкцій та проводити подальший інтенсивний пошук ефективних альтернатив. Наступні Конгреси ООН (1985, 1990 рр.) також рекомендували продовжити дослідження застосування нетюремних санкцій, місця, ролі та практики їх застосування з позицій реформування кримінальної політики тих чи інших країн, соціально-політичних, економічних, правових та організаційних умов у них.

До так званих нетюремних санкцій належать і громадські роботи. У багатьох країнах вони вважаються успішно діючою санкцією і посідають третє місце у списку альтернатив тюремному ув'язненню після штрафів, відстрочки виконання вироку

або пробації.

У 2002 р. в Україні кількість вироків із призначенням покарання у виді громадських робіт досягла 2004. Найбільше засуджених до громадських робіт перебуває зараз на обліку у Сумській, Донецькій, Чернігівській, Луганській та Дніпропетровській областях. Проте слід зазначити, що суди все ж таки обережно підходять до призначення цього виду покарання і застосовують його ще дуже обмежено.

Зміст зазначеного покарання полягає в примусовому залученні засудженого у вільний від основної роботи або навчання час до виконання безоплатних суспільно корисних робіт, вид яких визначають органи місцевого самоврядування. Тобто засуджений залишається у суспільстві, але на нього покладається трудове зобов'язання, від обсягу, характеру та умов якого він ухилитися не має права.

У їх сучасному вигляді громадські роботи вперше були введені в Англії та Уельсі у 1972 р. як альтернативна санкція тюремному ув'язненню. На Заході цей вид покарання має нині за мету не лише кару за вчинений злочин, але й, зокрема, профілактику злочинності, сприяння ресоціалізації та реінтеграції правопорушника шляхом здійснення різноманітних видів суспільно корисної діяльності для неприбуткових організацій, асоціацій, церкви тощо. Правопорушникам доручають виконання широкого кола громадських робіт, а саме: прибирання вулиць, оформлення та наведення порядку у парках і скверах; посадка дерев, фарбування та ремонт громадських приміщень, виготовлення у майстернях служби пробації товарів широкого вжитку; надання допомоги літнім особам та хворим; робота у клубах для пенсіонерів; участь у реалізації соціальних програм місцевих громад тощо. Вважається, що така робота сприяє самодисципліні правопорушника, виробленню правослухняної мотивації його поведінки. Однак у цілях мінімізації потенційного ризику протиправної поведінки службою пробації здійснюється постійний нагляд.

Уявляється, що введення такого виду покарання, як громадські роботи, у вітчизняну практику, безперечно, теж має позитивне значення, бо:

- запровадження громадських робіт – це один із шляхів вирішення проблеми обмеження короткочасного позбавлення волі, на яку вказувалося ще за радянських часів, вони дозволяють уникнути “тюремізації”, сприяють реабілітації засудженого і його реінтеграції назад у суспільство, реально прискорюючи ці процеси. Внаслідок цього даний вид покарання є більш гуманним;

- застосування громадських робіт веде хоча й до незначного, але все ж таки до зменшення чисельності осіб, позбавлених волі;

- це найбільш “адекватне” покарання за вчинення злочинів незначної тяжкості;

- аргументом у підтримку громадських робіт є їх відносна дешевизна у порівнянні з утриманням засуджених у місцях позбавлення волі.

Таким чином, позитивний потенціал у справі застосування громадських робіт є досить очевидним.

Однак поряд з цим є й певні проблеми у застосуванні та виконанні цього виду покарання. І це обумовлено тим, що: по-перше, через незначну кількість статей КК України (14 статей), які містять цей вид покарання, не склалися традиції застосування даного виду покарання, не вироблена практика його реалізації. В Україні відомі лише лічені випадки призначення судами громадських робіт. По-друге, громадські роботи поряд з умовним засудженням із наглядом, домашнім арештом, спеціальною

опікою у західних країнах є формою пробації. Виконання зазначених видів покарання покладається на службу пробації, тобто виконання даних покарань здійснюється планомірно і цілеспрямовано у рамках єдиного механізму, коли засуджений відчуває на собі всі властиві зазначеним покаранням правообмеження. В Україні такий механізм ще не склався. Виконання громадських робіт покладається на кримінально-виконавчі інспекції, що діють у складі системи Державного департаменту України з питань виконання покарань, які поряд із зазначеним видом покарання виконують й інші види покарань. Для створення в Україні служби пробації потрібний деякий час. Крім того, виходячи із положень закону, слід зазначити, що у виконанні цього виду покарання фактично беруть участь і органи місцевого самоврядування, на які покладається обов'язок визначити вид суспільно корисних робіт.

Отже, для здійснення роботи із засудженими система даних органів має бути забезпечена кадровими і матеріальними ресурсами. Тому виникає потреба підготовки відповідних спеціалістів, які були б обізнані щодо проблем, які виникають під час реалізації покарання у виді громадських робіт. У процес виконання зазначеного покарання також залучаються і відповідні адміністрації тих чи інших підприємств, організацій, установ, на які покладається обов'язок безпосередньо організувати роботу засуджених.

Вважаємо, що одним із важливіших завдань сьогодення є створення реально діючого механізму виконання покарань у виді громадських робіт, координація та взаємозв'язок різних ланок цього механізму, чітке визначення у законі повноважень та обов'язків кожного з органів, що так чи інакше задіяні у виконанні даного покарання.

А.Р. Туманянц, канд. юрид. наук, доцент.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПОДАЛЬШОГО ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНО - ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Інститут судового контролю в Україні постійно розвивається у напрямку розширення кола рішень органу дізнання та слідчого, які можуть бути оскаржені до суду.

Згідно зі змінами, внесеними до Кримінально-процесуального кодексу (КПК) України Законом України від 21 червня 2001 р., зроблено рішучий крок у напрямку суттєвого розширення сфери судового контролю у стадії досудового розслідування кримінальних справ.

Суд за вмотивованим поданням органу дізнання, слідчого, узгодженим з прокурором, або самого прокурора приймає рішення про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження його строків (ст. 165², 165³ КПК); проведення обшуку житла чи іншого володіння особи (ст. 177 КПК), примусової виїмки з житла чи іншого володіння особи (ст. 178 КПК), огляду житла чи іншого володіння особи (ст. 190 КПК); накладення арешту на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку, огляд і виїмку кореспонденції та дослідження інформації, знятої з

каналів зв'язку (ст. 187, 187¹ КПК); поміщення обвинуваченого у медичний заклад для проведення стаціонарно-медичної або судово-психіатричної експертизи (ст.205 КПК). Статтею 106 КПК підозрюваному надано право оскаржувати затримання до суду.

Із прийняттям змін до КПК не було єдиної думки щодо можливості оскаржування до суду постанови про порушення кримінальної справи. Більш того, право суда на порушення справ названим Законом було скорочено до справ так званого приватного обвинувачення. Рішенням Конституційного Суду України від 30 січня 2003 р. визнані неконституційними положення ч. 6 ст. 234, ч. 3 ст. 236 КПК, які унеможливають розгляд судом на стадії досудового слідства скарг на постанови слідчого та прокурора про порушення кримінальної справи щодо певної особи, тим самим обмежуючи конституційне право особи на судовий захист.

Зазначеними нововведеннями реалізовано положення ст.ст. 29 – 31 Конституції України щодо судового захисту права на свободу та особисту недоторканність, на недоторканність житла, таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Подальший розвиток одержали положення ст.ст. 55, 62 Конституції щодо права кожної особи оскаржити в суді рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади, посадових і службових осіб та щодо презумпції невинуватості людини.

Очевидно, що недоліки, прогалини та певні суперечності, які мають місце у законодавстві в частині регламентації функцій судового контролю, повинні бути усунуті при прийнятті нового КПК України. Зважаючи на те, що робота над його проектом завершується, аналіз нового законодавства, яке регулює питання судового контролю за досудовим розслідуванням кримінальних справ та вивчення практики його застосування є вельми актуальним завданням.

Наведене передусім стосується законодавства, що регулює обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Зупинимось на деяких проблемних моментах. За законодавством звільнити затриманого чи доставити його до суду з поданням про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту орган дізнання або слідчий повинні протягом 72 годин після затримання. У цей же строк подання має розглядатися. Таким чином, суд може бути поставлений в умови, коли подання буде надано йому для розгляду безпосередньо перед закінченням 72-годинного терміну. Це може призвести до поверхневого вивчення справи і прийняття невваженого і поспішного рішення. У літературі висловлюється думка, що з 72 годин, які передбачені законом для вирішення питання про обрання щодо підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, 48 годин треба віддати слідчому, а 24 години, що залишилися, поділити між прокурором та суддею (О.В. Кондратьєв).

На наш погляд, було б доцільним доповнити ст. 165² КПК положенням про те, що подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту має бути подано до суду не пізніше як за 8 годин до закінчення зазначеного у законі строку.

Як і раніше, прокурору надано важливу, але вже дещо іншу, можна навіть сказати, правозахисну роль у механізмі прийняття рішення про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Подання про обрання цього запобіжного заходу подається до суду за згодою прокурора або ж самим прокурором (ст. 165² КПК України). Судовий контроль за досудовим слідством вводиться не для заміни прокурорського нагляду, а поряд з ним для посилення гарантій прав та законних інтересів осо-

С.О. Гриненко, аспірант.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ПИТАННЯ СТРУКТУРИ І НОРМАТИВНОГО ЗМІСТУ ПРИНЦИПІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

Проведення в Україні судово-правової реформи одним зі своїх завдань має розробку системи норм, що регулюють кримінальне судочинство, які б відповідали сучасним суспільно-політичним умовам і вимогам міжнародних стандартів та забезпечували ефективне вирішення завдань кримінального судочинства і гарантували неухильне дотримання прав людини. Невідповідність повною мірою вітчизняного законодавства міжнародним і конституційним стандартам, неузгодженість норм, що регулюють кримінально-процесуальну діяльність, відсутність чіткого визначення системи кримінально-процесуальних принципів, їх правової природи і критеріїв, специфіки їх нормативного змісту обумовлюють актуальність цілеспрямованих досліджень у цій сфері.

У науковій літературі сталою є думка про основоположний, керівний характер правових принципів, їх визначальне теоретичне і практичне значення. Однак єдиної точки зору щодо поняття основних засад кримінального судочинства, специфічного для кожного з них нормативного змісту, їх системи тощо поки що не існує.

Загальновизнаним є розуміння принципів кримінального процесу як нормативно закріплених керівних положень (ідей), що встановлюють основи провадження у кримінальних справах, визначають зміст і порядок діяльності суб'єктів конкретних кримінально-процесуальних відносин. Проте для відображення такої властивості принципів кримінального процесу, як їх формальна визначеність, у певних нормативно-правових актах, науковій літературі застосовуються різні словесні конструкції: “положення, закріплені в правових нормах”, “правові положення”, “законодавчо закріплені положення”, “положення, закріплені в законі”. Аналіз застосовуваних термінів дозволяє сказати, що змістовне їх наповнення не ідентичне.

Слід розрізняти юридичні джерела права як “офіційні форми вираження і закріплення (зміни чи скасування) правових норм, які діють в даній державі” (М.Н. Марченко), і джерела права як суспільні відносини, що потребують правової охорони. Виникає питання, які нормативно-правові акти можна вважати юридичними джерелами принципів кримінального судочинства? Вважаємо, що вони повинні безпосередньо закріплюватись у Конституції України та Кримінально-процесуальному кодексі (КПК) України, а всі інші нормативно-правові акти мають лише розвивати встановлені принципи.

Оскільки вже склалася позитивна традиція регулювання кримінально-процесуальної діяльності за допомогою різних джерел кримінально-процесуального права, необхідним є впорядкування чинного кримінального законодавства як єдиного несуперечного цілого. Тут слід виходити з того, що Конституція України і КПК України повинні розглядатись як базові закони, що регулюють правовідносини у

сфері кримінального судочинства. Особливо це стосується закріплення процесуальних прав і обов'язків учасників кримінального судочинства, повноважень суб'єктів, що ведуть кримінальний процес, встановлення порядку та підстав обмеження конституційних прав людини і громадянина. Решта законів не повинна торкатись основних фундаментальних процесуальних установлень, закріплених шляхом визначення їх як принципів кримінально-процесуальної діяльності. Звідси випливає, що в усіх випадках, коли будь-який закон, встановлюючи кримінально-процесуальні норми, суперечить чинному КПК, до моменту внесення змін до нього повинні застосовуватись норми останнього. Інші нормативні акти (крім Конституції України й КПК України) можуть лише торкатись організації кримінально-процесуальної діяльності, конкретизуючи і розвиваючи окремі інститути кримінального судочинства (наприклад, Закон України "Про судову експертизу", Закон України "Про адвокатуру" та ін.).

Важливу роль у сфері правотворчості відіграє правова наука. Певна правова доктрина значною мірою обумовлює зміст майбутніх правових норм і їх розуміння. Останнім часом отримала розвиток так звана дуалістична трактовка структури права. Ця концепція будується на поєднанні політично-нормативної легальності з природно-правовою справедливістю. В її рамках право розглядається як багаторівневе явище, що на кожному рівні являє собою більш конкретну за змістом форму, більшу "дійсність" права. Спочатку воно виникає як ідея – найбільш загальне, абстрактне вираження сутності права, яка через правотворчий процес втілюється в позитивних нормах. Вирішується питання про те, чи принципи є ідеями чи нормами закону. Вони є й тим, й іншим, послідовно проходячи шлях від ідеї-уявлення про належне до конкретних формально визначених норм, які відображають зміст того чи іншого принципу.

Не можна зменшувати значення джерела права як витoku виникнення і розвитку норм права або навіть цілих правових систем. Право не можна зводити тільки до встановлень держави. Не менш важливими є й інші форми його прояву (наприклад, правовий звичай як усталена традиція практичного застосування певного кримінально-процесуального інституту).

Отже, виходячи з цих положень, принципи кримінального процесу (кримінально-процесуального права) слід розуміти як вироблені сучасною наукою відповідно до міжнародних стандартів та сприйняті законодавцем ідеї, уявлення про належний порядок кримінального судочинства, які згідно з завданнями останнього в цілому визначають зміст і форму кримінального процесу, встановлюють основи правового регулювання діяльності його суб'єктів і закріплюються у нормах Конституції України та КПК України.

Ю.В. Байдін, мол. наук. співроб.
НДІ державного будівництва
та місцевого самоврядування АПрН України

ЩОДО ПИТАННЯ АДАПТАЦІЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ДО ЄВРОПЕЙСЬКИХ ПРАВОВИХ СТАНДАРТІВ

Зі вступом до Ради Європи 9 листопада 1995 р. Україна визнала як пріоритет інтеграцію у співтовариство європейських держав. Такий пріоритет зумовив необхідність реалізації великої кількості змін у правовій сфері, зокрема, реформування та приведення у відповідність системи кримінально-процесуального законодавства України із нормами Конвенції про захист прав людини і основних свобод (1959 р.), Міжнародним пактом про громадянські й політичні права (1966 р.), підписаними та ратифікованими Україною, із нормами Європейської конвенції про взаємодопомогу в кримінальних справах (1959 р.) та іншими міжнародно-правовими актами, які є частиною національного законодавства України.

Як відомо, внесенням останніх змін у кримінально-процесуальне законодавство Україна виконала частину своїх зобов'язань перед Радою Європи щодо приведення національного законодавства у відповідність до норм міжнародно-правових актів та рішень Європейського суду з прав людини. Важливим зрушенням стало прийняття Законів від 21 червня та 12 липня 2001 р. про внесення змін до КПК України, що, безперечно, можна охарактеризувати як такі, що започаткували новий етап у кримінальному судочинстві України, що наближає її до цивілізованих країн.

Ці зміни зумовлені вимогами “Перехідних положень” Конституції України про необхідність приведення законодавства про судоустрій та кримінально-процесуального законодавства України у відповідність із конституцією України, чинними міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

Конституцією України внесено багато новацій у чинне кримінально-процесуальне законодавство. Найбільш істотним з них є посилення ролі суду в забезпеченні принципів недоторканності особи, її житла, таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції (ст.ст. 28 – 31), змагальності, забезпечення підозрюваному, обвинуваченому, підсудному права на захист (ст.ст. 55 – 59), презумпції невинуватості (ст.ст. 62, 63) та ін., повернуто суду його єдину функцію – вирішення справи – і знято з нього не притаманні йому обов'язки збирання доказів, а також захисту і обвинувачення, що стало значним кроком уперед у здійсненні рівності прав учасників процесу.

Проте вивчення та перший досвід застосування оновленого КПК України виявили його недоліки, неточності та суперечності, які потребують усунення, і викликали цілу низку питань, що необхідно роз'яснити. Про це свідчить численна кількість законопроектів КПК України, поданих на розгляд у Верховну Раду України, один з яких затверджено в першому читанні.

На наш погляд, при реформуванні кримінально-процесуального законодавства, дбаючи про забезпечення прав і свобод людини та водночас прагнучи до боротьби зі злочинністю, в новому КПК логічно застосувати не тільки принцип, щоб кожний невинний не був покараним, а й щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до відповідальності. Проект КПК повинен максимально враховувати особливості національно-правової системи, відповідати міжнародно-правовим актам, охороняти права, свободи та законні інтереси людини і громадянина.

При доопрацюванні такого законопроекту КПК України слід детально регламентувати статус кожного із суб'єктів кримінального судочинства, закріпити гарантії незалежності посадових осіб органів дізнання і попереднього слідства, в ході чого ще раз переглянути та проаналізувати ідею створення єдиного незалежного слід-

чого органу, тим більше що Конституція України відводить слідчому апарату особливе місце в системі державних органів. Потрібно також звернути увагу на розмежування компетенції по підслідності статей КК України серед правоохоронних органів.

Потребує доопрацювання також і ціла низка інших позицій проекту КПК України. Необхідно посилити судовий контроль на такі дії і рішення органів досудового слідства, як поміщення обвинуваченого без його згоди до медичного закладу для проведення будь-якої експертизи, накладення арешту на майно, відсторонення від посади.

Питання про взяття під варту та продовження строків застосування цього запобіжного заходу вимагає залучення до розгляду даного питання у судовому засіданні самого обвинуваченого, його захисника або представника і вимагає розгорнутого процесуального врегулювання. Аналогічну процедуру доцільно передбачити і при розгляді скарг на тривалість тримання під вартою при передачі справи для судового розгляду по суті (у суді вищої інстанції). Спірним також є положення проекту КПК України, згідно з яким у разі відмови прокурором від підтримання обвинувачення кримінальна справа підлягає закриттю, адже така відмова може мати місце із суб'єктивних мотивів прокурора, в тому числі й з особистих мотивів. Вважаємо доцільним встановити судовий контроль щодо закриття кримінальної справи.

Здійснюючи кодифікацію кримінально-процесуального законодавства, необхідно також розробити та прийняти Закони України “Про органи дізнання та досудового слідства”, “Про працівників органів дізнання та досудового слідства та їх соціальний захист”, в яких розмежувати і визначити статус слідчих та дізнавачів, вимоги до кандидатів на ці посади, їхній соціальний захист, а також повноваження і функції органів слідства або особливості комплектації їх кадрами і забезпечення належних умов для провадження ними досудового слідства, неухильного дотримання Конституції і законів України, захисту прав і свобод громадян.

Розв'язати ці нагальні питання можна шляхом приведення положень чинного КПК України у відповідність із Конституцією України і міжнародно-правовими актами, що регулюють правовідносини у сфері кримінального судочинства. Чітко та зрозуміло сформульовані процесуальні норми допоможуть усунути існуючі протиріччя, сприятимуть однаковому застосуванню законодавства суб'єктами кримінально-процесуальної діяльності та здійснити подальшу адаптацію кримінально-процесуального законодавства України до європейських правових стандартів.

Д.О. Захаров, аспірант.

Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

НАПРЯМКИ РЕФОРМУВАННЯ СИСТЕМИ ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ ПОСТАНОВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

При розгляді нових положень кримінально-процесуального права України необхідно враховувати, що в Україні найближчим часом має бути прийнятий новий КПК, тому поряд з чинними нормами слід досліджувати також ті зміни і доповнення, що готуються до внесення в законодавство. Отже, для того, щоб дослідити напрямки рефор-

мування системи перегляду рішень суду першої інстанції, варто проаналізувати відповідні положення проекту нового КПК України, який знаходиться на обговоренні у Верховній Раді України.

Пропозиції, зазначені в даному проекті, не стосуються принципів питань, тобто тих, що кардинально змінюють систему перегляду судових постанов. Так, планується зробити перелік судових рішень, на які може бути подана апеляція, невичерпним, щоб апеляційному оскарженню підлягали всі рішення, винесені судами першої інстанції, крім випадків, прямо передбачених КПК України. З чинної редакції ст.347 КПК України випливає, що оскаржені можуть бути тільки ті судові рішення, що зазначені в цій або інших статтях КПК України. Безпосередньо до ч.2 ст.527 нового КПК України пропонується внести положення, яке виключає самостійне апеляційне оскарження постанов і ухвал, винесених під час судового розгляду справи в суді першої інстанції до постановлення вироку або іншого судового рішення, яким закінчено провадження по справі в суді першої інстанції. Таким чином, зазначені пропозиції стосуються насамперед контролюючої діяльності суду, що останнім часом реформується за рахунок розширення кола процесуальних рішень органів, що розслідують кримінальну справу, які можуть бути оскаржені в судовому порядку до завершення досудового слідства (Рішення Конституційного Суду України від 30 січня 2003 р.). Виходячи з цього постанови та ухвали суду першої інстанції можна буде поділити на ті, що оскаржуються самостійно і ті, котрі можуть бути оскаржені тільки при оскарженні вироку або іншого рішення, яким закінчується провадження у суді першої інстанції. Обмежене самостійне оскарження постанов суду першої інстанції з процесуальних питань, що вирішуються у судовому засіданні, пов'язано із забезпеченням незалежності суду в процесі розгляду справи.

Наступна пропозиція стосується зняття обмеження щодо обсягу апеляційних вимог, які можуть бути заявлені в апеляції, для всіх суб'єктів права на апеляційне оскарження, за винятком прокурора та потерпілого. Крім того, планується включенням п.10 ст. 521 до нового КПК України надати можливість оскаржити судові рішення фактично кожному, чиїх інтересів воно стосується. Відповідно участь особи, яка вважає, що її інтереси порушені постановою суду першої інстанції, але не має відповідного статусу суб'єкта кримінального процесу, пропонується передбачити у статтях КПК України, що регламентують порядок надання судового дозволу на проведення таких слідчих дій, як огляд житла, проведення обшуку, накладення арешту на поштову кореспонденцію, зняття інформації з каналів зв'язку, для уникнення непорозумінь у правозастосуванні вказаної статті. Нинішнім КПК України не передбачена можливість проведення судового слідства при перевірці судових постанов та ухвал. У проекті КПК це обмеження виключено, що дозволить суду апеляційної інстанції при перевірці наявності фактичних підстав щодо прийняття судової постанови безпосередньо вивчити докази по справі.

Правило про можливість ухвалення рішення, яке погіршує становище обвинуваченого, засудженого, виправданого тільки у разі, якщо цього вимагає сторона обвинувачення, пропонується включити безпосередньо до ст.563 нового КПК України, яка визначає порядок перевірки судових постанов. Скасування постанови чи ухвали суду першої інстанції з метою погіршення становища особи щодо якої вони винесені, допускається лише за умови, якщо в апеляції прокурора, потерпілого чи його представника ставилося питання про їх скасування саме з таких підстав. Однак при цьому не можна

не вказати на неправильність такого формулювання, як скасування постанови з метою погіршення становища особи, відносно якої вона винесена, тому що апеляційний суд при перевірці рішень суду першої інстанції не може переслідувати такої мети.

Також слід зазначити, що всі вказані зміни були включені до проекту Закону “Про внесення змін до КПК України”, але потім перевага була надана реалізації цих положень у новому КПК України, що є безперечно правильним, бо дозволить розглядати зазначені питання у системі нового кримінально-процесуального законодавства України.

О.І. Тищенко, аспірант.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

СУДОВИЙ КОНТРОЛЬ ЗА ОБРАННЯМ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ ВЗЯТТЯ ПІД ВАРТУ

Конституція України (ст.ст. 29 – 31), міжнародні документи у сфері захисту прав людини, зокрема Загальна декларація прав людини (ст.9), Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (ст.9), Конвенція про захист прав людини та основних свобод (ст.5) передбачають систему гарантій прав людини на свободу та особисту недоторканність.

Однією з найважливіших гарантій, що обмежує право кожного на свободу та особисту недоторканність, є судовий порядок обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

Законом України від 21 червня 2001 р. були внесені суттєві зміни та доповнення у чинне кримінально-процесуальне законодавство, зокрема змінена процедура обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, продовження строків перебування під вартою. Механізм обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту удосконалюється, про що свідчить Закон України від 03 квітня 2003 р. “Про внесення змін до КПК України”.

У разі наявних підстав для обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту слідчий, орган дізнання за згодою прокурора або сам прокурор вносить подання до суду. Подання має бути розглянуто протягом 72 год. з моменту затримання підозрюваного чи обвинуваченого. Якщо йдеться про застосування даного запобіжного заходу щодо особи, яка перебуває на волі, закон не передбачає строків розгляду суддею подання. Як правило, це питання потребує термінового вирішення, тому не слід зволікати з його розглядом.

Процесуальний закон не містить вимог до змісту та форми подання слідчого. Вбачається, що в ньому повинно бути зазначено: відносно якої особи винесено подання, вчинений злочин, якими матеріалами підтверджено висновок про те, що злочин вчинила саме ця особа, які підстави застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Тобто подання має бути обґрунтованим і містити конкретні фактичні дані, які свідчать про наявність підстав для обрання саме цього запобіжного заходу і обумовлюють його необхідність.

Тимчасовим запобіжним заходом відповідно до ч.2 ст.149 КПК України

є затримання підозрюваного. Затримання обвинуваченого (підозрюваного) за постановою судді (ч.4 ст. 165 КПК) надає право розглядати його як окремий вид затримання. По суті йдеться про затримання особи з метою доставки її до суду для можливості розгляду подання про застосування до обвинуваченого (підозрюваного) запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

Чинне кримінально-процесуальне законодавство передбачає змагальну процедуру розгляду в суді питання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Згідно із ст. 165-2 КПК у судовому розгляді має бути допитаний підозрюваний чи обвинувачений, щодо якого розглядається подання. Вивчивши подання та матеріали кримінальної справи, заслухавши підозрюваного або обвинуваченого, думку прокурора, захисника, якщо він з'явився, а при необхідності – особу, у провадженні якої перебуває кримінальна справа, суддя вносить постанову: про відмову в обранні запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або обрання його. Закон не вказує, чи повинен суд давати оцінку всім обставинам справи в цілому, тобто не тільки з питання застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Уявляється, що не може. В судовій практиці Австрії та Германії, наприклад, суд при вирішенні цього питання перевіряє законність самого пред'явлення обвинувачення. Вважаємо, що така судова практика може бути використана у проєкті КПК України.

Закон не передбачає, в якому режимі повинна розглядатися кримінальна справа щодо питання про застосування запобіжного заходу, – у відкритому судовому засіданні або закритому. Скоріше – у закритому судовому засіданні, тому що суддя розглядає дані досудового слідства, а існує поняття таємниці досудового слідства. З цих же міркувань, мабуть, і не повинно бути фіксування судового засідання технічними засобами (це стосується контрольної функції суду, а не функції здійснення правосуддя).

Суд може прийняти одне з таких рішень: 1) обрати запобіжний захід у вигляді взяття під варту; 2) відмовити в обранні запобіжного заходу, якщо для його обрання не має підстав.

У КПК України не вирішене питання стосовно того, чи може суд відкласти розгляд справи для витребування додаткових матеріалів. У КПК Російської Федерації може бути відкладено прийняття рішення на строк не більше 72 годин за поданням сторони для пред'явлення доказів щодо законності затримання.

На наш погляд, це неправильно. Тільки суд має вказувати, які матеріали необхідно зібрати, і вони повинні стосуватися лише обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

У законодавстві не вирішене і питання про випадки, коли суддя вважає, що в діянні обвинуваченого немає складу злочину.

За загальним правилом тримання під вартою при розслідуванні кримінальних справ не може тривати більше двох місяців. Порядок продовження строків тримання під вартою врегульовано ст. 165-3 КПК України. Оскільки закон встановлює лише граничний строк, на який може бути продовжено взяття під варту, суддя за наявності відповідних підстав може продовжити строк тримання обвинуваченого під вартою у межах визначеного законом максимального строку (наприклад, до трьох місяців тощо).

Розглядаючи питання щодо продовження строків тримання під вартою,

суд повинен вирішити, чи потрібний цей строк для ознайомлення обвинуваченого з матеріалами справи. Включення часу ознайомлення обвинуваченого з матеріалами кримінальної справи у загальний строк тримання під вартою є заходом, спрямованим на забезпечення права на особисту недоторканність, оскільки автоматичне продовження строків тримання під вартою на час ознайомлення обвинуваченого та його захисника з матеріалами справи було, по суті, санкцією для самого обвинуваченого.

Отже, діючий механізм обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, продовження строків тримання під вартою потребують подальшого удосконалення.

С.В. Давиденко, аспірант.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ПОТЕРПІЛИЙ ЯК СУБ'ЄКТ, ЩО ЗДІЙСНЮЄ ФУНКЦІЮ ОБВИНУВАННЯ

Конституція України гарантує право громадян на судовий захист від протиправних посягань на честь і гідність, життя і здоров'я, особисту свободу і майно. Це означає, що особа, яка потерпіла від злочину, має право на захист своїх прав та інтересів при проведенні дізнання, досудового слідства і в суді.

Як відомо, потерпілим визнається особа, якій злочином заподіяно моральну, фізичну або майнову шкоду (ст. 49 КПК України).

Змінами до КПК України, що були внесені у 2001 р., розширені права потерпілого під час судового розгляду кримінальної справи. Зокрема, згідно з чинним законодавством потерпілий може брати участь у судових дебатах у всіх без винятку кримінальних справах, а також особисто (чи через свого представника) підтримувати обвинувачення не лише у справах, передбачених в ч. 1 ст. 27 КПК України, а й у випадках відмови прокурора від обвинувачення (ст. 267 КПК України), у разі зміни прокурором обвинувачення в бік застосування кримінального закону, який передбачає відповідальність за менш тяжкий злочин, чи в бік зменшення обсягу обвинувачення (ч. 4 ст. 277 КПК України).

Крім того, відповідно до ст. 46 КК України і ст. 8 КПК України у разі примирнення винного з потерпілим можливе закриття кримінальної справи публічного обвинувачення щодо особи, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості та відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду.

Так, через неповноту нормативного регулювання зазначених положень на практиці виникають питання, що потребують застосування відповідної процедури їх процесуального вирішення.

Під час судового розгляду справи можуть виявитися обставини, які вимагають зміни обвинувачення, викладеного в обвинувальному висновку. Чинне законодавство дозволяє прокурору в такому випадку змінити пред'явлене особі обвинувачення, змінивши тим самим межі судового розгляду справи та вплинувши таким чином на реалізацію прав самим потерпілим.

Слід зазначити, що при зміні прокурором обвинувачення в бік застосування кримінального закону, який передбачає відповідальність за менш тяжкий злочин, чи в бік зменшення обсягу обвинувачення (ч. 4 ст. 277 КПК України), прокурор виносить постанову, де формулює нове обвинувачення та викладає мотиви прийнятого рішення. Якщо потерпілий погоджується з прокурором, він викладає своє рішення (про підтримання нового обвинувачення) у відповідному клопотанні. Одночасно суд роз'яснює підсудному, що той буде захищатися від нового обвинувачення, після чого відкладає розгляд справи для надання підсудному, його захисникові і законному представникові можливості підготуватися до захисту проти нового обвинувачення.

При зміні прокурором обвинувачення суд роз'яснює потерпілому та його представникові право підтримувати обвинувачення у раніше пред'явленому обсязі. При цьому, якщо потерпілий виявить бажання скористатися таким правом, він також складає відповідне клопотання (про підтримання старого обвинувачення), а суд роз'яснює підсудному, що подальший розгляд справи відбуватиметься в межах старого обвинувачення.

Так, клопотання потерпілого в обох випадках повинно бути мотивованим, незалежно від того, заявляється воно в усній чи письмовій формі.

Із наведених положень бачимо, що потерпілий як самостійний (не зв'язаний позицією державного обвинувача), рівноправний, активний учасник судового розгляду має право підтримувати старе або нове обвинувачення, але не може змінювати пред'явлене державне обвинувачення, викладене в обвинувальному висновку. При цьому вказані права потерпілим можуть бути реалізовані протягом усього судового розгляду справи.

Особливу увагу слід звернути на те, що зміна прокурором обвинувачення в суді допускається лише за умов, якщо: не порушуються правила про підсудність; про обов'язковість проведення досудового слідства (так, не може прокурор при розгляді справи змінити кримінально-правову кваліфікацію злочину на таку, у справі про яку провадження досудового слідства є обов'язковим).

Зміна прокурором обвинувачення повинна торкатися виключно тих фактичних підстав, що викладені в постанові про притягнення особи як обвинуваченого в обвинувальному висновку. Прокурор не може доповнити обвинувачення підсудного новими епізодами злочинної діяльності або звинуватити його у вчиненні іншого злочину, якщо тільки цей злочин не знаходиться в ідеальній сукупності з тим злочинном, у вчиненні якого обвинувачується підсудний. У цьому випадку за наявності до того підстав прокурор заявляє клопотання про повернення справи на додаткове розслідування. А потерпілий не може ні в якому разі змінити обвинувачення в бік застосування кримінального закону, який передбачає відповідальність за більш тяжкий злочин, чи в бік збільшення обсягу обвинувачення.

Наступним важливим моментом для реалізації прав потерпілого є випадки відмови прокурора від обвинувачення (ст. 267 КПК України). Так, якщо прокурор відмовляється від підтримки державного обвинувачення, суд своєю мотивованою постановою (ухвалою) закриває справу, крім випадків, коли є заперечення з боку потерпілого (ст. 282 КПК України). Якщо такі заперечення є, суд продовжує розглядати справу в загальному порядку і виносить або обвинувальний, або виправдовувальний вирок.

Розширені також права потерпілого відповідно до ст. 46 КК України та ст. 8

КПК України. І тут слід зазначити, що, примирення є підставою для закриття кримінальної справи та звільнення обвинуваченого від кримінальної відповідальності. Тому в цьому разі суд з метою додержання прав потерпілого має перевірити підстави примирення щодо їх відповідності закону та нормам моралі.

Надання таких прав потерпілому свідчить про спрямованість законодавця розширити практичну реалізацію гарантованої законом можливості зазначеного суб'єкта вимагати поновлення та відстоювати права, які були порушені злочином.

Н.Р. Бобечко, аспірант.
Львівський національний університет
ім. Івана Франка

ПРО ЗАВДАННЯ СТАДІЇ ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ В ПОРЯДКУ ВИНЯТКОВОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Кожна стадія кримінального процесу спрямована на виконання завдань кримінального судочинства. Водночас кожна стадія має і свої специфічні, безпосередні завдання, характерні тільки для неї. Тому завдання кримінального судочинства та безпосередні завдання стадії співвідносяться як ціле і частина.

Можна виділити такі завдання стадії перегляду судових рішень в порядку виняткового провадження.

1. виправлення помилок, наявних в рішенні суду як з точки зору права, так і факту.

Перегляд судових рішень у порядку виняткового провадження з підстав, передбачених у п.2 ч.1 ст. 400⁴ КПК України, дозволяє виправити помилки, допущені судом касаційної інстанції. Проте з цих підстав можливо виправити й помилки, допущені судом першої та апеляційної інстанції, рішення яких не переглядалися в касаційному порядку. Крім того, перегляду в порядку виняткового провадження підлягає кримінальна справа, по якій є письмово викладена окрема думка судді, що при прийнятті судового рішення залишився у меншості. На жаль, ч.2 ст. 339 КПК України все ще містить положення про направлення справи разом з окремою думкою голови вищестоящего суду для вирішення питання про необхідність перегляду справи в порядку нагляду. Це свідчить про недоліки законодавчої техніки.

Однак неправосудні судові рішення можуть виправлятися не лише з точки зору права (недотримання вимог матеріального та/або процесуального закону), а і факту. Встановлення вироком суду, що набрав законної сили, або матеріалами розслідування фактів фальсифікації доказів, завідомої неправдивості показань учасників процесу, завідомої неправильності висновку судового експерта, завідомої неправильності перекладу ще не має процесуальних наслідків для незаконно засудженої чи незаконно виправданної особи, не відновлює справедливості. Таку справу необхідно переглянути в порядку виняткового провадження за нововиявленими обставинами і лише після її розгляду прийняти відповідне рішення.

2. Забезпечення однакового розуміння і правильного застосування закону судами та спрямування діяльності по здійсненню правосуддя на всебічний, повний та об'єктивний розгляд і вирішення справи.

На даній стадії розглядаються справи, зокрема з підстав, передбачених п.2 ч.1 ст. 400⁴ КПК України, які мають виняткове значення для судової практики України, коли виявлено неоднозначне розуміння та застосування судами першої, апеляційної та касаційної інстанції одного й того ж положення закону. Саме тому велику роль відіграє правильне вирішення такої справи та спрямування судової практики на відповідне розуміння та інтерпретацію правових норм. Висновки, яких дійшов Верховний Суд України в результаті перегляду судових рішень в порядку виняткового провадження, є керівними за своїм характером. Вони є керівними для суду, діяльність якого по здійсненню правосуддя в кримінальній справі перевіряється. Ці висновки мають керівне значення для інших органів досудового розслідування та інших судів по інших кримінальних справах. Такого значення дані висновки набувають особливо тоді, коли, повторюючись у низці справ, вони виражають точку зору найвищого судового органу держави в системі судів загальної юрисдикції з того чи іншого питання, розкривають той напрямок діяльності по здійсненню правосуддя, який відповідає вимогам закону і справедливості.

Існування в кримінальній справі обставин, що були невідомі суду на момент винесення рішення, за наявності яких це рішення стає неправосудним, є, насамперед, упущенням суду, адже лише він уповноважений визнати особу винною у вчиненні злочину. До того ж суд наділений законом такими процесуальними засобами, які забезпечують всебічне, повне та об'єктивне дослідження всіх обставин справи в умовах найбільш повної реалізації всіх принципів кримінального судочинства. Від того, що судді під час розгляду справи діяли чесно і добросовісно, вирок, за яким (що пізніше з'ясується) засуджено невинного та виправдано винного, не стає законним та обґрунтованим. Такий вирок як на момент його перегляду, так і на момент його постановлення залишатиметься неправосудним.

3. Поновлення прав і законних інтересів учасників процесу та інших зацікавлених осіб.

Усуваючи наявні у судовому рішенні помилки та приймаючи рішення на користь осіб, чії права та законні інтереси порушені, суд відновлює їх, виконуючи завдання кримінального судочинства та основне своє призначення – захист гарантованих Конституцією України та законами прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, інтересів суспільства і держави.

Відповідно до ст. 7 Закону України “Про реабілітацію жертв політичних репресій на Україні” від 17 квітня 1991 р. № 962-ХІІ справи про реабілітацію осіб розглядаються судами за чинним законодавством України. Така справа може бути переглянута лише в порядку виняткового провадження.

4. Сприяння поліпшенню якості роботи судів по відправленню правосуддя та формування судової практики відповідно до вимог закону, зміцнення законності й підвищення авторитету суду.

Дане завдання впливає з попередніх і має превентивне значення. Спрямування судової практики на правильне розуміння та застосування закону, а судового розгляду на з'ясування істини у справі, недопущення односторонності, некритичності при дослідженні обставин справи запобігає винесенню неправосудних судових рішень, зменшує ймовірність судових помилок і, таким чином, покращує якість правосуддя. Виправлення помилки, виявленої у рішенні суду, відновлює віру людей в неупереджене, об'єктивне і справедливе правосуддя, реабілітує авторитет судової вла-

ди в цілому. Всі наведені заходи сприяють зміцненню законності й правопорядку в державі.

С.В. Подкопась, асистент.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА, ЩО РЕГУЛЮЄ ДИСЦИПЛІНАРНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СУДДІВ

Правовою базою дисциплінарної відповідальності суддів є Конституція України, закони України: “Про статус суддів”, “Про Вищу раду юстиції”, “Про судоустрій України”.

Ситуація, що нині склалася, характеризується наявністю логіко-структурних дефектів у правовому регулюванні дисциплінарної відповідальності суддів. Зокрема, можна вказати на такі недоліки: відсутність урегульованості низки процедурних моментів (неповнота правового регулювання); невідповідність назв статей їх змісту; недостатня чіткість і ясність у викладенні існуючих законодавчих приписів; суперечливість і дублювання деяких положень. Зупинимось на останньому твердженні детальніше.

У п.5 ст.35 Закону України “Про статус суддів” закріплено, що рішення кваліфікаційної комісії про притягнення судді до дисциплінарної відповідальності може бути оскаржено протягом десяти днів із дня одержання копії рішення. В той же час у п.1 ст.101 Закону “Про судоустрій України” для цього передбачається місячний строк. Пунктом 1 ст.34 Закону “Про статус суддів” встановлюється одне коло суб’єктів, які мають право ініціювати питання про дисциплінарну відповідальність, а п.2 ст.97 Закону “Про судоустрій України” – інше. Пункт 2 ст.34, п.1 ст.36 першого закону продубльовані у п.4 ст.97, п.5 ст.100 другого закону відповідно.

Дублювання низки положень розд. VI “Дисциплінарна відповідальність суддів” Закону України “Про статус суддів” має місце й у гл. 4 “Дисциплінарне провадження відносно суддів Верховного Суду України і вищих спеціалізованих судів” Закону України “Про Вищу раду юстиції”. Так, зміст п.1 ст.32 “Види дисциплінарних стягнень” першого закону повторюється й у ч.2 ст.37 “Види стягнень, які може накласти Вища рада юстиції” другого закону. Пункт 4 ст.35 “Розгляд дисциплінарної справи” першого закону відповідає ч.3 ст.42 “Розгляд дисциплінарної справи та прийняття рішення” другого закону. Аналогічна ситуація і зі ст.36 “Строки застосування і зняття дисциплінарного стягнення” Закону України “Про статус суддів” і ст.43 “Строки застосування дисциплінарного стягнення”, ст.44 “Погашення або зняття дисциплінарного стягнення” Закону України “Про Вищу раду юстиції”.

Як видається, законодавець в даному випадку пам’ятав про необхідність забезпечення єдності дисциплінарної практики при вирішенні питань про відповідальність суддів як Верховного Суду України, вищих спеціалізованих, так і судів інших рівнів – Касаційного, апеляційних, місцевих. Цим можна пояснити схожість деяких, дуже принципових положень, закріплених у зазначених вище законах.

Безумовно, процедура притягнення суддів судів усіх рівнів до дисциплінар-

ної відповідальності має бути єдиною, але при цьому базуватися виключно на нормах відповідної глави Закону “Про статус суддів”. У цьому зв’язку особливості дисциплінарного провадження відносно суддів Верховного і вищих спеціалізованих судів знаходяться лише в площині суб’єктного складу, який здійснює ті чи інші процесуальні дії. Наприклад, перевірка ініціативного матеріалу проводиться членами Вищої ради юстиції, а не кваліфікаційної комісії. На дану обставину потрібно прямо вказувати у відповідних статтях Закону України “Про статус суддів”.

Викладене вказує на те, що розд. 4 “Дисциплінарне провадження відносно суддів Верховного Суду України і вищих спеціалізованих судів” Закону України “Про Вищу раду юстиції” повинен бути скасований. При цьому в Законі слід закріпити, що судді Верховного Суду України і вищих спеціалізованих судів притягуються до дисциплінарної відповідальності на підставах і в порядку, передбачених Законом “Про статус суддів”.

На наш погляд, положення законів “Про Вищу раду юстиції”, “Про судострій України”, що стосуються дисциплінарної процедури щодо суддів, мають бути повністю викладені в Законі “Про статус суддів”.

О.В. Курман, канд. юрид. наук, асистент.
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

РОЗСЛІДУВАННЯ ШАХРАЙСТВА З ФІНАНСОВИМИ РЕСУРСАМИ (ДЕЯКІ КРИМІНАЛІСТИЧНІ АСПЕКТИ)

Фінансова сфера життєдіяльності держави, що пов’язана з накопиченням, розподілом і використанням державних і приватних коштів, є однією з найбільш привабливих для діяльності злочинців. У даній сфері відбувається значна кількість різних злочинів, що вчинюються найчастіше при різноманітних кредитних операціях. Певне місце серед них займає шахрайство з фінансовими ресурсами.

У кримінальному законодавстві України шахрайство з фінансовими ресурсами з’явилося відносно недавно (1994 р.), що спричинило цілий ряд труднощів, пов’язаних з виявленням та розслідуванням даного виду злочинів. Особливо це відчувається на початковому етапі досудового слідства, коли ще недостатньо відомостей про механізм злочину, осіб, причетних до його вчинення, і всі дії слідчого спрямовані на усунення інформаційної невизначеності.

Розслідування шахрайства з фінансовими ресурсами на початковому етапі може відбуватися у двох типових слідчих ситуаціях, а саме тих, що характеризуються наявністю даних про: 1) вчинення злочину та особу злочинця; 2) вчинення злочину та недостатньою кількістю інформації про можливого злочинця. Кожна з цих слідчих ситуацій обумовлює тактику слідчих дій, висування версій, дозволяє намітити таке поєднання оперативного-розшукових та пошукових дій, їх черговість, які б призвели до досягнення позитивного результату.

Успішне розслідування шахрайства з фінансовими ресурсами багато в чому залежить від своєчасного і обґрунтованого порушення кримінальної справи, що в бі-

льшості випадків відбувається на основі оперативно-розшукових матеріалів, які були отримані на стадії попередньої перевірки. Слідчий при вирішенні питання про порушення кримінальної справи має володіти такою інформацією, як: 1) дані про факти порушення закону; 2) установчо-реєстраційні відомості позичальника; 3) результати проведення фінансово-економічних перевірок, ревізій; 4) дані про осіб, причетних до виявлених порушень; 5) витяги із нормативних документів, розпоряджень, що були порушені.

На початковому етапі розслідування шахрайства з фінансовими ресурсами тактично виправдано проводити в першу чергу дії, що: 1) забезпечують фіксацію слідів, котрі можуть бути знищені; 2) сприяють усуненню інформаційної невизначеності; 3) потребують великих затрат часу (наприклад, призначення судово-економічної експертизи); 4) результати котрих мають значення для перевірки кількох версій. У зв'язку з цим важливими є початкові слідчі дії, яким притаманні своя специфіка та особливості проведення: виїмка, слідчий огляд документів, обшук, допит.

При розслідуванні шахрайства з фінансовими ресурсами доцільним є проведення тактичних операцій, що являють собою систему оперативно-розшукових заходів та слідчих дій, які проводяться під керівництвом слідчого, для вирішення завдань розслідування. Найбільшої значимості набувають такі тактичні операції.

1. “Документ” (отримання і перевірка документів, що використовувались для вчинення злочину) – запит у відповідні установи та організації, опит осіб, призначення ревізії фінансово-господарської діяльності, виїмка, обшук, слідчий огляд документів, допит, огляд приміщень, зустрічна перевірка оперативними співробітниками, призначення судово-економічної експертизи.

2. “Кредитор” (встановлення злочинних зв'язків між кредитором і позичальником) – опит осіб, які можуть володіти необхідною інформацією, прослуховування телефонних переговорів, перехват пейджингових та факсових повідомлень, електронної пошти, перлюстрація кореспонденції, запит у відповідні установи та організації; допит: особи-позичальника, ініціатора отримання кредиту в банку, а також членів правління, співробітників кредитного відділу, інших осіб, які можуть володіти необхідною інформацією.

3. “Позичальник” (встановлення особи фінансового шахрая) – опит осіб, прослуховування телефонних переговорів, зовнішнє спостереження; допит: позичальника, кредитора, інших осіб, очна ставка, призначення почеркознавчої та технічної експертизи документів.

4. “Співучасники” (встановлення причетних до вчинення злочину осіб) – запит в установи (організації) з метою отримання інформації стосовно фірми, осіб, які її очолюють, оперативне спостереження, прослуховування телефонних переговорів, опит осіб, виїмка, обшук у посадових осіб підприємства (організації) позичальника, виїмка, обшук у посадових осіб підприємства (організації), яка вказана в кредитному проекті партнером, підрядником, покупцем готової продукції, слідчий огляд документів, допит директора, головного бухгалтера, власника або засновника, очна ставка, зустрічна перевірка оперативними співробітниками, призначення ревізії фінансово-господарської діяльності, призначення судово-економічної експертизи.

5. “Забезпечення відшкодування матеріальних збитків” (встановлення майна, що належить злочинцям) – запит в установи, організації про наявність у позичальника майна, грошових вкладів, обшук, накладення арешту на майно та рахунки в бан-

ках, допит підозрюваного та його родичів, друзів, колег по роботі, обшук.

Основна мета початкового етапу розслідування – інтенсивний пошук, виявлення та закріплення доказів. Саме на цьому етапі здійснюється основна робота з розкриття злочину. Тому правильно проведений початковий етап розслідування шахрайства з фінансовими ресурсами багато в чому визначає долю всього досудового слідства і в кінцевому результаті – винесення обвинувального вироку злочинцям.

О.М. Калужна, аспірант.
Львівський національний університет
ім. Івана Франка

ОКРЕМІ ОРГАНІЗАЦІЙНІ МОМЕНТИ РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИННИХ ДІЯНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ З ПІДРОБЛЕНИМИ ГРІШМИ, ДЕРЖАВНИМИ ЦІННИМИ ПАПЕРАМИ, БІЛЕТАМИ ДЕРЖАВНИХ ЛОТЕРЕЙ

Щоденно в різних регіонах України вилучаються підроблені грошові знаки, але більшість таких вилучень залишається “мертвими” фактами. Дуже рідко вдається встановити конкретних осіб, які виготовляють підробки, а також тих, хто займається їх зберіганням, придбанням, перевезенням, пересиланням, ввезенням в Україну з метою збуту та збутом останніх. За даними Державного науково-дослідного експертно-криміналістичного центру МВС України за останні роки середня кількість фактів підробки валюти коливається в рамках 1100 – 1400 випадків на рік. При тому, що середньорічна кількість засуджених за вироками судів, що набрали законної чинності, за виготовлення або збут підроблених грошей або цінних паперів, починаючи з 1998 р., становить 200 чоловік. Слідча практика показує, що чи не найбільшою проблемою розкриття фактів виявлення підробок, на що звернув увагу і Верховний Суд України у своїй Постанові від 12.04.1996 р. № 6 “Про практику розгляду судами кримінальних справ про виготовлення або збут підроблених грошей чи цінних паперів”, є встановлення джерела виготовлення (поширення) і придбання підроблених грошей чи державних цінних паперів та виявлення всіх причетних до цих злочинів осіб. Тому видається виправданим з’ясування існуючих проблем, пов’язаних з розкриттям фактів вчинення фальшивомонетництва, і, зокрема, труднощів, що виникають у суб’єктів доказування з приводу організації розслідування в даній категорії справ.

Підслідність та підсудність справ про виготовлення, зберігання, придбання, перевезення, пересилання та ввезення в Україну підроблених грошей, державних цінних паперів та білетів державних лотерей (ст. 199 КК України) визначено Законом України від 12.07.2001 р. “Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України” (Відомості Верхов. Ради. – 2001. – № 44). Досудове слідство у справах про ці злочини відповідно до ст. 112 КПК України здійснюють слідчі органів внутрішніх справ, а ст. 34 КПК України виключила цю категорію справ із предметної підсудності апеляційних судів Автономної Республіки Крим, апеляційних судів міст Києва та Севастополя.

Злочини цієї категорії здебільшого скоюються групами осіб чи організованими злочинними групами, нерідко з розгалуженими міжрегіональними, а інколи й

міжнародними зв'язками, що викликає певні труднощі в розслідуванні кримінальних справ цієї категорії та вимагає високої майстерності й професіоналізму як слідчих, так і оперативних працівників. Як свідчить практика розслідування цих злочинів, для проведення слідства у складних та багатоепізодних справах, як правило, створюються слідчі чи слідчо-оперативні групи, в тому числі й з представників різних правоохоронних відомств. Тому важливим є питання координації, інформаційного та технічного забезпечення діяльності, кваліфікованого кадрового складу таких слідчих груп.

Дуже слушною видається пропозиція В.С. Мацшина стосовно закріплення у відомчому нормативному акті положення про створення на рівні УМВС в областях, ГУ МВС України спеціалізованих груп, які будуть складатися з оперативних працівників апарату ДСБЕЗ та слідчих, і займатимуться боротьбою зі злочинністю лише в даній сфері. Слід зазначити, що до діяльності таких груп варто залучати спеціалістів-криміналістів, які спеціалізуються на дослідженні паперових грошей та техніки, що використовується при їх виготовленні. Все це значно сприяло б підвищенню рівня ефективності, якості та професіоналізму розслідування. Так, наприклад, у США боротьбу з фальшивомонетництвом покладено на самостійний спеціальний орган – Секретну службу, основними завданнями якої є виявлення, припинення, попередження злочинної діяльності, сприяння у відшкодуванні шкоди, передача справи на розгляд суду. Службою відслідковуються тенденції злочинної діяльності фальшивомонетників і застосовуються превентивні заходи, які не дозволяють фальшивомонетництву набути загрозливих масштабів.

Важливий момент у попереджувально-профілактичній роботі в даній сфері – це налагодження регулярного обміну інформацією між відповідними підрозділами МВС, СБУ, Міністерства фінансів, Національним банком, Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку України щодо випуску (емісії) нових зразків банкнот, монет, бланків цінних паперів, білетів державних лотерей та їх ознак і ступенів захисту та щодо фактів викриття значної кількості грошового сурогату, інших підроблених платіжних засобів.

У зв'язку з масовим поширенням високоякісної ксерокопіювальної та комп'ютерної техніки, малоформатних поліграфічних машин, повноколірних лазерних та трафаретних принтерів, включаючи їх наявність у приватному володінні громадян та фактичну відсутність державного контролю за їх ввезенням і використанням в Україні, варто запозичити досвід Росії та ввести обов'язкову реєстрацію засобів оперативної поліграфії. Це сприяло б органам дізнання та досудового слідства у зібранні відомостей про наявність на певній території організацій, підприємств, установ, приватних осіб, які володіють технікою, устаткуванням, апаратурою, сировиною, матеріалами, літературою з технологічно-поліграфічних та хімічних процесів, які мають можливість потенційно їх використовувати зі злочинними намірами.

Отже, ситуація, що склалася, зобов'язує практиків та науковців безперервно працювати над удосконаленням процесу розслідування злочинної діяльності, дренної як самі гроші, однак прогресуючої разом з новинками поліграфічних технологій та знань.

НОВЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ ТА ПИТАННЯ ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ

**Тези доповідей та наукових повідомлень
учасників наукової конференції
молодих учених та здобувачів
(м. Харків, 26-27 груд. 2003 р.)**

Відповідальний за випуск *О.В. Лисодед*

Редактор *В.В. Арнаутова*

Коректор *В.В. Христенко*

Комп'ютерна верстка *Г.В. Калашнікової*

План 2003, поз. 115

Підп. до друку 28.12.2003. Формат 84x108 ¹/₃₂. Папір офсетний.
Друк офсетний. Умовн. друк. арк. 7,84. Облік.-вид. арк. 9,34. Вид. № 22.
Тираж 300 прим. Зам. № 1801. Ціна договірна.

Редакційно-видавничий відділ
Національної юридичної академії України
61024, Харків, вул. Пушкінська, 77.

Друкарня
Національної юридичної академії України
61024, Харків, вул. Пушкінська, 77.