ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
імені ІВАНА ФРАНКА

ЮРИДИЧНИЙ ФАКУЛЬТЕТ

ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ І ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

Матеріали XVIII регіональної
науково-практичної конференції

(26-27 січня 2012 р.)

Львів 2012

У збірнику представлено стислий виклад доповідей і повідомлень, поданих на XVIII регіональну науково-практичну конференцію "Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні", яка буде проводитись на базі юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка 26-27 січня 2012 року. Тези доповідей і повідомлень подані в авторському варіанті.

Редакційна колегія:

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

Наукове редагування:

– доц. В.М. Бурдін

Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні:
Матеріали XVIII регіональної науково-практичної конференції.
26-27 січня 2012 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2012. – 436 с.

СЕКЦІЯ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИХ НАУК

ПРАВОВА КУЛЬТУРА І ПРАВОСВІДОМІСТЬ: ЗВ'ЯЗОК ТА СПІВВІДНОШЕННЯ

Бачинський Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Явища та поняття правової культури і правосвідомості дослідники часто розглядають як тотожні. Та це навряд чи правильно. Зрозуміло, що вони пов'язані, тому, вивчаючи правосвідомість, необхідно досліджувати і правову культуру та навпаки. Встановлюючи їх взаємозв'язок, також слід визначити їхнє співвідношення.

Отож, порівняємо правову культуру і правову свідомість *особи*.

Зв'язок правосвідомості з правовою культурою. Те, що правова культура і правосвідомість тісно пов'язані зумовлено такими спільними чинниками: їх походженням, їхньою соціальною природою та функціонуванням; структурними елементами (правова психологія і правововова ідеологія); видами (індивідуальна, групова, суспільна); рівнями (повсякденна, професійна, доктринальна). Ці риси подібності (визначені Т.Ю. Смоловою) між означеними явищами є справді вичерпними (хоча і є досить формальними).

Разом з тим, порівнюючи правову культуру та правосвідомість, слід зазначити, що перша виступає середовищем формування та розвитку правосвідомості. А правосвідомість, у свою чергу, відображає правову культуру у свідомості суб'єкта. Також можна припустити, що правосвідомість дістає реалізацію у правовій культурі. Адже правосвідомість знаходить своє втілення у поведінці її носіїв. Тобто схарактеризувати рівень розвитку правової свідомості особи, оцінити її правові установки та визначити недоліки формування її правосвідомості (оцінок, правових установок) можливо тільки після фактичного вираження правосвідомості у практичних ситуаціях через зовнішні прояви (вербальні та невербальні), які можна виявити і які такому виявленню піддаються. Адже зрозуміло, що не в кожній ситуації суб'єкт узагалі висловлюватиме свої правові погляди або ж не завжди виявить свої справжні правові почуття й уявлення.

Відмінність правосвідомості від правової культури. Саме через вивчення взаємозв'язку цих явищ можна встановити і їх відмінні риси. Загальновизнано, що правосвідомість – духовне явище, частина загальної свідомості суб'єкта. Разом з тим, констатуючи практичне вираження правосвідомості через правову культуру, ми тим самим і вирізняємо основну рису відмінності правової культури від правосвідомості. Адже більшість науковців виокремлює і в правосвідомості, і в правовій культурі однакові елементи: правознання (когнітивний елемент), оцінка правових явищ, емоційне ставлення до них, правові орієнтації, переконання (аксіологічний компонент) та регулятивний елемент (орієнтація на певну юридично значиму поведінку). І основний елемент, яким доповнюється правова культура особи, на відміну від правосвідомості, – це фізична поведінка особи.

Лише наявність діяльнісного елементу дозволяє розмежувати правосвідомість і правову культуру, оскільки в іншому випадку між ними можна було б ставити знак «дорівнює». І.Г. Мітюнова спрощує розуміння правової культури до двох її основ – правосвідомості та правової діяльності суб'єктів, де правова діяльність визначається як дії суб'єкта у сфері права, які оцінюються на основі зразків правової поведінки – правомірної або протиправної. Т.В. Муслумова розвиваючи ідею «діяльнісної» особливості правової культури, зазначає, що загалом правова культура особи будується на основі діяльності, яка визначається автором як мета, засоби, предмет, мотиви, результати, досвід, навички, уміння. Погоджуємось із тим, що діяльнісний елемент правової культури є ключовою рисою її відмінності від правосвідомості, хоча зводити правову культуру лише до поведінки особи, мабуть, не варто.

У літературі (Є.А. Певцова), при характеристиці особливих рис правової культури, які вирізняють її від правосвідомості, стверджується, що правовій культурі, окрім поведінкової (діяльнісної) ознаки, притаманні й інші особливі, характерні тільки їй риси: 1) досить високий

© Бачинський Т., 2012

рівень правосвідомості, зокрема, знання чинних законів держави; 2) дотримання, виконання або використання цих законів (оскільки лише знання юридичних приписів не може дати бажаного ефекту); 3) переконання у необхідності, корисності, доцільності законів та інших правових актів, внутрішня згода з ними; 4) правильне розуміння (усвідомлення) своїх прав і обов'язків, свободи і відповідальності, свого становища (статусу) у суспільстві, норм взаємостосунків з іншими людьми; 5) правова активність, тобто цілеспрямована ініціативна діяльність суб'єкта щодо припинення правопорушень, протидія беззаконню, підтримання правопорядку та законослухняності у суспільстві, подолання правового нігілізму.

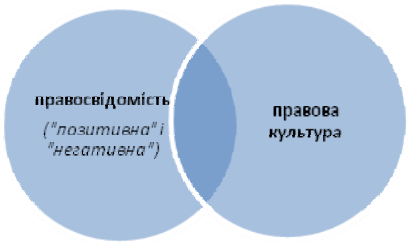
Такі характерні риси (а їх перелік, на нашу думку, можна продовжувати), безумовно, притаманні лише правовій культурі, оскільки правосвідомість особи може мати і негативно спрямовані установки. З іншого боку, наведені вище «позитивні» ознаки настільки ідеалізують правову культуру, що практично неможливе існування носія правової культури із такими рисами. Дійсно, правова культура є завжди позитивним правовим явищем, але при цьому не потрібно перебільшувати. Правова культура є результатом цілеспрямованого виховання правосвідомості, найвищим ступенем правосвідомості, яка виражає внутрішньо усвідомлене ставлення до всього правового життя суспільства (Є.В. Аграновська). Позицію розгляду правової культури через позитивну призму також підтримують ті науковці, які навіть такий структурний елемент правової культури як аксіологічний характеризують як позитивно-оціночний, а не просто оціночний (Є.В. Владимирова).

Ще одна відмінна риса, за якою намагаються розрізняти явища правосвідомості та правової культури, – динаміка змін: правосвідомість може змінюватися досить швидко (особливо на емоційному рівні), тоді як правова культура є більш стійкою і змінюється повільніше, оскільки включає суб'єктивні та об'єктивні сторони (Т.Ю.Смолова).

Співвідношення правової культури та правосвідомості. Співставляючи правосвідомість та правову культуру, більшість учених (А.В. Скуратівський, А.А. Рибаченко, І.Г. Митюнова) розглядають останню через правову свідомість як особливо важливу складову (основний елемент) такої культури. Ця думка видається підставною, якщо виходити із визначень понять правосвідомості та правової культури. Поняття правової культури та правосвідомості співвідносяться, таким чином, як ціле і часткове. Правосвідомість є невід'ємним, стрижневим структурним елементом правової культури.

Проте, цікавою є й протилежна позиція, згідно з якою правосвідомість є «ширшим» явищем, ніж правова культура. Так, Н.Ю. Гурьянов стверджує, що правосвідомість більш широке явище, бо «воно формується під впливом різних (об'єктивних і суб'єктивних) чинників і часто є суперечливим за своєю суттю, оскільки включає як позитивні, так і негативні погляди, оцінки, переконання. Можна сказати, що правосвідомість – це частина суб'єктивної реальності, а саме сукупність уявлень людей про право як явище соціального життя…». Дозволимо собі погодитися з цим, оскільки вважаємо, що насправді не всяка правосвідомість особи є «позитивною», а правова культура – лише «позитивною». Суб'єктів взагалі без правосвідомості не існує, а от суб'єкти, в яких відсутня правова культура можуть мати місце в суспільстві. Таким чином, правосвідомість є явищем ширшим за правову культуру.

Інший автор зауважує, що в ідеалі правова культура виступає елементом ширшого поняття правосвідомості – як результат цілеспрямованого виховання, що виражає внутрішньо усвідомлене, шанобливе ставлення суб'єкта до права. Мабуть, таке судження виникло внаслідок досить обмеженого тлумачення правової культури через виховання.



Отож, доходимо висновку, що у будь-якому випадку правова культура включає в себе правосвідомість. І у правосвідомості, і у правової культури є, так би мовити, «спільна територія» (див. малюнок) – це позитивна правосвідомість (вона є частиною як правової культури, так і правосвідомості). Але все ж таки, обидва явища за соціальним обсягом є не співпадають, оскільки кожне із них має таку частину, яка не охоплюється іншим.

Основною відмінністю явища правової культури від правосвідомості є поведінковий елемент першої, а також її позитивна спрямованість.

ЗАКОНОДАВЧИЙ АКТ: ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

Гайова О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У сучасній правовій системі України під впливом європейських як міжнародних, так і національних правових стандартів відбуваються суттєві зміни. Внаслідок цих процесів суттєвої трансформації зазнає система джерел права України, що проявляється в її урізноманітненні. У юридичній науці неоднарозово піднімається питання про появу нових джерел права у національній системі, в тому числі обговорюється питання і про законодавчі акти.

І хоча ті чи інші аспекти функціонування законодавчих актів висвітлювалися як у вітчизняній, так і зарубіжній літературі, зокрема у працях Дутки Г. І., Лук'янової О. А., Луць Л. А., Овчаренка І. М., Піголкіна А. С., Поленіної С. В., Сільченка Н. В., Скакун О. Ф., Тихомирова Ю. О., Ющика О. І., проте і дотепер малодослідженими залишаються питання їх співвідношення та розмежування із законом.

Особливо важливим для виявлення такого співвідношення є практика континентального типу правових систем. Проте і в правових системах цього типу на законодавчому рівні вкладається різний зміст у законодавчий акт.

Так, у конституції Албанії у статті 101 закріплено, що нормативні акти, які мають силу закону, може приймати Рада Міністрів. В Андорі Генеральна рада відповідно до статті 59 конституції законом делегує здійснення законодавчої функції Уряду. У Бельгії приймати акти делегованого законодавства може Федеральний уряд. В Іспанії згідно статті 82 конституції Генеральні кортеси можуть делегувати Уряду право приймати норми, що мають силу закону. У правовій системі Португалії відповідно до статті 198 конституції Уряд володіє законодавчою компетенцією. Як встановлено у статті 76 конституції Італії здійснення законодавчої функції може бути делеговано Уряду. У статті 54 конституції Кіпру зафіксовано, що Рада Міністрів здійснює виконавчу владу шляхом видання і законодавчих актів. Відповідно до п. 81 конституції Латвії Кабінет Міністрів уповноважується приймати постанови, що мають силу закону. Згідно статті ст. 114 конституції Румунії Парламент може спеціальним законом делегувати Уряду здійснення законодавчих повноважень. Рада міністрів у Франції відповідно до статті 38 конституції може приймати нормативні акти, що належать до сфери законодавчої діяльності парламенту. У ст. 88 конституції Хорватії встановлено, що Палата представників може наділити повноваженнями Уряд Республіки приймати розпорядження щодо окремих питань її законодавчої компетенції.

Крім того, в Австрії Федеральний президент може здійснювати повноваження шляхом видання тимчасових постанов, що змінюють закон. Відповідно до статті 44 конституції Греції Президент за певних умов уповноважується на прийняття актів законодавчого змісту. Як випливає із ст. 109 конституції Естонії, президент у певних випадках має право видавати укази, що мають силу закону. У Ліхтенштейні Князь за певних умов може видавати укази з силою закону без згоди парламенту та прем'єр-міністра. В правовій системі Італії президент може самостійно приймати декрети, що володіють силою закону. Так само і в Словенії президент відповідно до статті 108 конституції за певних умов може видавати укази, що мають силу закону. У статті 101 конституції Хорватії закріплено повноваження президента республіки приймати укази, що мають силу закону.

На основі вищенаведених прикладів можна охарактеризувати співвідношення законодавчого акту із законом. Закон та законодавчий акт розмежовуються насамперед за суб'єктами та умовами їх прийняття, предметом їх регулювання та процедурними особливостями.

Закон приймається лише органом законодавчої влади (парламентами) або народом, а законодавчий акт приймається непарламентськими суб'єктами (главами держав, урядами, представницькими органами територіальних автономій). Так, глави держав є суб'єктами прийняття законодавчих актів у правових системах Австрії, Греції, Естонії, Ліхтенштейну, Італії, Словенії, Хорватії. В свою чергу, у правових системах Албанії, Андори, Бельгії, Іспанії, Португалії, Іта-

© Гайова О., 2012

лії, Кіпру, Латвії, Румунії, Франції, Хорватії повноваженнями на прийняття за тих чи інших умов законодавчих актів наділені уряди.

При тому умови, за яких можуть прийматися законодавчі акти, суттєво відрізняються від умов, за яких приймаються закони. Умови прийняття законодавчих актів є спеціальними і завжди визначаються конституційними або законодавчими приписами.

Так, у правовій системі Греції акти законодавчого змісту приймаються за надзвичайних умов та у випадках виняткової нагальності і непередбачуваної необхідності. Ці законодавчі акти передаються парламенту на затвердження у сорокаденний строк. Якщо вони не надані парламенту у зазначений строк або якщо вони не затверджені ним у трьохмісячний термін з моменту надання парламенту, вони втрачають силу. В Естонії законодавчі акти президента приймаються за умов неможливості скликання Державних зборів та у випадках невідкладної державної необхідності, скріплюються підписами голови Державних зборів та прем'єр-міністром. Як тільки скликаються Державні збори, президент надає їм ці законодавчі акти. Державні збори негайно приймають закон про їх затвердження або про скасування. У правовій системі Іспанії законодавчі акти можуть прийматись за умов законодавчого делегування, а також за надзвичайних умов. У Румунії законодавчі акти уряду також приймаються за умов делегування законодавчих повноважень та за надзвичайних умов. У Словенії законодавчі акти президента видаються за умов, коли Державні збори не можуть зібратись та у зв'язку із надзвичайним станом або станом війни. Такі законодавчі акти президента передаються Державним зборам на затвердження як тільки, коли вони можуть зібратись на засідання. У Франції законодавчі акти уряду приймаються лише для виконання його програми, протягом обмеженого часу та за умов надання висновку Державної ради Франції. В Угорщині законодавчі акти уряду приймаються за умов небезпечного стану на основі повноважень, наданих Державними зборами.

Крім того, законодавчі акти можуть прийматися не з усіх питань, які регулюються законами. Предмет регулювання законодавчих актів, який чітко визначається конституціями, є завжди вужчим за предмет закону.

Ще одним критерієм розмежування понять «закон» та «законодавчий акт» є процедурні особливості прийняття даних нормативно-правових актів. Якщо закон приймається за умови реалізації передбаченого конституцією права законодавчої ініціативи, а його заслуховування, обговорення, голосування проходить парламентські законодавчі процедури, то законодавчі акти приймаються за умови делегування непарламентським суб'єктам законодавчих повноважень, що передбачається конституціями або спеціальними актами парламенту. При тому, прийняття законодавчого акту відбувається у позапарламентських законодавчих процедурах. Законодавчі акти можуть проходити лише парламентську процедуру їх подальшого затвердження. Тим самим, процедура прийняття законодавчих актів є спрощеною порівняно із прийняттям законів.

Також до критеріїв розмежування законів та законодавчих актів можна віднести і стабільність закону, адже законодавчі акти в основному приймаються на певний строк для регламентації певного кола суспільних відносин.

Необхідно також зазначити, що у різних правових системах континентального типу (Албанії, Греції, Естонії, Італії, Іспанії, Латвії. Португалії, Румунії, Словенії, Хорватії, Франції, Угорщини та ін.) юридична форма законодавчих актів суттєво відрізняється (укази, постанови, ордонанси, законодавчі декрети, декрети-закони, декрети, розпорядження та ін.).

Відтак і зміст поняття «закон» та «законодавчий акт» є різним. Закон є нормативно-правовим актом органом законодавчої влади (народу), який регулює найважливіші суспільні відносини, приймається в особливому порядку, має вищу юридичну силу, а законодавчий акт є нормативно-правовим актом делегованої законотворчості непарламентських суб'єктів, який приймається з питань, чітко визначених конституцією та актами парламенту, в непарламентській процедурі та підлягає затвердженню парламентом.

Викладені положення дають підстави для висновку про те, що закон та законодавчий акт є самостійними правовими явищами, що відображаються самостійними поняттями. При тому, законодавчий акт та закон не перебувають у родо-видових зв'язках. Законодавчий акт не є узагальнюючим поняттям, а закон не виступає його особливим різновидом та не перебуває щодо нього у логічному підпорядкуванні.

ПРОЕКТИВНІСТЬ ЮРИДИЧНИХ НОРМ ТА ЛОГІЧНІ ПІДВАЛИНИ ДИНАМІЧНОГО ТЛУМАЧЕННЯ

Гончаров В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Протистояння прихильників статичного та «живого», динамічного тлумаченняюридичних норм має давнє коріння. Статичні теорії тлумачення були досить глибоко досліджені ще науковцями радянських часів. Тоді домінувало уявлення про те, що юридичні норми являють собою волю історичного законодавця, яка кодується в знаках мови і знаходить своє виявлення у законі. Читаючи законодавчий текст, реципієнт повинен декодувати цю волю, послуговуючись мовним, системним, історичним та телеологічним тлумаченням. З цієї точки зору, коли інтерпретатор тлумачить норму динамічно, наслідком неодмінно є порушення режиму законності.

Натомість прихильники динамічної теорії тлумачення зазвичай вказують, що застосування норми повинно враховувати обставини сьогодення, а закон сторічної давнини не може являти собою нібито «заповіт» його авторів, в якому потрібно знайти їхню волю. Чимало зусиль прихильників означеного підходу спрямовується на руйнування теоретичного підґрунтя теорії статичного тлумачення. Наприклад, вказується, що існують питання, щодо яких в парламенті не було консенсусу, а отже, в таких в ситуаціях неможливо встановити волю творця норми; що батьки-засновники не могли мати наміру щодо багатьох питань сьогодення (правовий статус транссексуалів, тощо).

Деякі питання в цій дискусії можуть бути прояснені за допомогою аналізу природи юридичних норм.

Нерідко вслід за Г. Кельзеном юридичну норму визначають як ідеальну сутність, що існує об'єктивно . Сам Г. Кельзен був розкритикований за цей підхід і згодом дещо пом'якшив його вказівкою, що норми існують інтерсуб'єктивно. Втім, постметафізична філософія (а філософія ХХ ст. є здебільшого постметафізичною), не може виходити з дихотомії ідеальне/матеріальне.

Логіка мови нав'язує нам закон виключеного третього: дія може бути правомірною чи неправомірною, підпадати під дію норми чи не підпадати. Норма носить *завершений характер*, здатна бути застосована до невизначеного кола випадків.

Втім, правила, яких навчаються у мовних іграх, є завжди конкретними, адже належать конкретним контекстам. Текст же закону часто порівнюють з човном, який, вийшовши з гавані, пускається в непередбачувану далеку подорож.

Так, Г. Харт розмірковує над наступним прикладом: закон забороняє в'їзд у парк транспортних засобів. Чи можна вважати транспортним засобом дитячий автомобіль з моторчиком?

Насправді, словосполучення «транспортний засіб» ми вивчаємо в конкретних мовних іграх, змалку спостерігаючи як дорослі використовують це слово. Досвід використання слова (правила його вжитку) є обмеженим (конкретним). Дитячий автомобіль не може бути кваліфікований ані як транспортний засіб, ані як «не транспортний засіб» в рамках старих правил мовної гри.

Таким чином, правило потенційно може потребувати додаткового визначення, являючи собою «відкритий проект». Під проективністю правила (норми) слід розуміти можливість його уточнення, розвинення. Проективність є ланкою, яка єднає вимогу завершеності (універсальності) правила з конкретністю його буття.

Означені твердження в цілому дозволяють пояснити, чому існує феномен динамічного тлумачення норм права.

Прийнято вважати, що процес правозастосування передбачає наявність завершеної норми, якій відповідає чи не відповідає певний факт, тобто факт не може впливати на саму норму. З огляду на означений вище проективний характер норм цей постулат доведеться «пом'якшити»: за певних обставин факт, який ми оцінюємо на відповідність нормі, може змусити переглянути зміст та/або об'єм понять, в яких виражається норма.

© Гончаров В., 2012

Таким чином, завершеність, універсальність норми не виключає моментів контингентності. Зміна контексту може викликати необхідність уточнення чи зміни смислу норми за посередництвом тлумачення.

КОНКРЕТИЗАЦІЯ НОРМ ПРАВА: ДЕЯКІ ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

Горбань М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Серед тенденцій розвитку сучасної системи джерел права України важливе місце займає нормативно-правова уніфікація, яка забезпечує уподібнене та ефективне застосування права. Але разом з цим, вона спричиняє появу значної кількості загальних, абстрактних нормативно-правових приписів, які потребують інтерпретації, деталізації чи конкретизації.

Питання конкретизації хоча і висвітлювалося у юридичній літературі, зокрема у працях Авєріна О.В., Бєзіної О.К., Власенка М.О., Гаврилової Ю.О., Гамідова М.Ш., Кац А.К., Колеснік І.В., Лазарєва В.В., Петрової О.М., Рабіновича П.М., Ткачової С.Г., Шмельової Г.Г. та ін., проте й дотепер малодослідженими залишаються особливості окремих видів правоконкретизації, її результати, співвідношення конкретизації, деталізації та тлумачення.

Ці та інші питання потребують, насамперед, загальнотеоретичного дослідження. Особливо актуальними вони є у контексті змін, що відбуваються під впливом глобальних та інтеграційних процесів.

У словниках "конкретний" трактується як те, що існує реально, є цілком точним, предметно вираженим, протилежним абстрактному, а конкретизувати – надавати чому-небудь конкретного вираження; визначати точно, предметно, конкретно.

У юридичній літературі щодо правоконкретизації висловлюються різні точки зору. Як зазначає Черданцев О.Ф., конкретизація норм права є одним з важливих розумових актів, що сприяють розкриттю змісту норми права. Можна додати, що за своїми цілями та функціями вона спрямована на забезпечення ясності, визначеності та недвозначності правової норми.

Вопленко М.М. під конкретизацією права розуміє результат правотворчого чи правозастосовчого процесу, в якому виражається максимальна визначеність та повнота змісту правових норм. В той же час Шмельова Г.Г. визначає конкретизацію норм права як об’єктивно зумовлену, спрямовану на підвищення точності правового регулювання, закономірну діяльність державних та інших уповноважених органів з переведення абстрактного змісту юридичних норм на більш конкретний рівень за допомогою операції обмеження понять, результати якої фіксуються в правових актах.

Низка авторів конкретизацію права трактує як властивість правового регулювання, що виявляється через деталізацію централізованих юридичних приписів за допомогою засобів, які допускає законодавець (локальні норми, правоположення, індивідуальні акти) з метою забезпечення належного регулювання суспільних відносин.

Деякі автори вважають, що будь-яку діяльність, спрямовану на забезпечення найбільш визначеного, детального застосування правового припису, можна назвати правоконкретизуючою (Бєлоносов В.О., Громов М.О., Францифіров Ю.В.).

В той же час Недбайло П.О. вважав, що конкретизація правових норм завжди і у всіх випадках проводиться у зв’язку з реальними юридично значимими фактами їх застосування, так як норма фіксує лише типове і не може охопити всіх особливостей окремого випадку, всіх умов її використання. Він визначав конкретизацію норми як її наближення до умов застосування, з метою зробити правильні висновки з цієї норми для даних фактів життя, встановити можливість її застосування до цих фактів в даних конкретних умовах місця і часу.

У юридичній літературі висловлюється також думка про те, що конкретизація є об’єктивною властивістю правового регулювання, яка сприяє переходу від невизначеності юридичного припису до його визначеності, а також невизначеності норми права у зв’язку із появою юридичного факту до її визначеності як індивідуального правового регулятора (Власенко М.О.).

Доповнюється характеристика конкретизації права і класифікацією. Як правило, називають такі її види, як аутентична та делегована (за відношенням суб’єкта конкретизації до норми, що конкретизується); проміжна та остаточна (за ступенем конкретності результатів, що

© Горбань М., 2012

отримуються внаслідок такої діяльності). Класифікувати конкретизацію можна і за галузевою належністю норми, суб'єктами конкретизації (Рабінович П.М., Шмельова Г.Г.). За видом юридичної діяльності конкретизацію можна поділити на правотворчу, правозастосовчу та правотлумачну.

Як вже зазначалося, необхіднорозмежовувати конкретизацію, деталізацію, інтерпретацію, аналогію. При цьому потрібно звертати увагу на те, що конкретизація можлива тоді, коли існує відношення "загальне – особливе – одиничне", "абстрактне – конкретне". В інших випадках, як зазначається у літературі, конкретизація є методологічно необґрунтованою (Рабінович П.М., Шмельова Г.Г.).

Карташов В.М. звертає увагу на те, що у разі витребуваності юридичної конкретизації важливим є знання про її технологію – систему юридичних дій та операцій компетентних суб'єктів, що пов'язана із уточненням та деталізацією, зниженням рівня загальності та абстрактності юридичних приписів (нормативно-правових, правозастосовчих, правороз'яснювальних та ін.), досягненням їх максимальної визначеності, чіткості та ясності, в ході якої оптимально використовуються необхідні ресурси (інтелектуальні, організаційні, матеріальні, трудові, фінансові, юридичні та ін.), засоби (техніка), прийоми, способи, методи та правила (тактика), процесуальні форми та відповідні види контролю за якістю, ефективністю та законністю винесених правоконкретизаційних рішень та актів.

І хоча питанням конкретизації на нинішньому етапі розвитку приділяється увага, зокрема у 2007 році був проведений міжнародний симпозіум "Конкретизація законодавства як техніко-юридичний прийом нормотворчої, інтерпретаційної, правозастосовчої практики", все ж питання правозастосовчої конкретизації потребують більш детального аналізу, особливо в контексті сучасних змін. Хоча, у цьому ж контексті, потребують уваги і проблеми правотворчої конкретизації, а можливо і зв'язаності правотворчої та правозастосовчої конкретизації.

З цього приводу Полєніна С.В. висловила зокрема міркування, що нормативна та судова конкретизація є у сукупності однією із форм диференціації, що виступає у якості широко розповсюдженого прийому (способу) впорядкування законодавства по мірі розвитку суспільних відносин, а також методу законотворчості.

Сутність конкретизації, на думку Сенякіна І.М., у формуванні правових приписів, які розвивають та уточнюють зміст генеральних положень законодавчих актів, спрямованих на регулювання окремих сторін та граней видових відносин.

Підсумовуючи, можна зробити висновок, що конкретизація норм права за наявних обставин є невід'ємною складовою як правотворчої та правозастосовчої, так і правотлумачної діяльності, за умови переведення абстрактного нормативно-правового припису (норми права) на конкретний рівень, що дозволяє втілювати його у реальну поведінку. Водночас, вона є самостійною діяльністю, основою якої є логічні операції необхідні для вирішення практичних завдань, а тому потребує загальнотеоретичного дослідження природи та особливостей її різновидів.

ДО ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ МІЖНАРОДНОГО ТА ВНУТРІДЕРЖАВНОГО ПРАВА ЩОДО ПРАВ ЛЮДИНИ

Грищук О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблема співвідношення міжнародного та внутрідержавного права щодо прав людини включає в себе питання впливу міжнародного права на формування норм національного права, співвідношення міжнародних договорів та внутрішнього законодавства держави, а також роль міжнародного права у прийнятті рішень на основі національного юридичного права, ефективність контролю та можливість санкцій міжнародного права, внутрішньої юрисдикції держави. Існує три концепції співвідношення міжнародного та внутрідержавного права: моністична, що виходять з примату (верховенства) внутрішньодержавного права; моністична, що ґрунтується на верховенстві міжнародного права; та дуалістична, що розглядає міжнародне та внутрідержавне право як дві різні правові системи.

На сучасному етапі розвитку міжнародних відносин є визначальною моністична теорія верховенства міжнародного права, хоча й зазнала ґрунтовних змін. Саме тому, при визначенні співвідношення міжнародного та внутрідержавного права слід зважати, перш за все, на принципи міжнародного права. Вихідною точкою при цьому, беззаперечно, буде принцип суверенної рівності держав, оскільки підтримка міжнародного правопорядку можлива лише при повній повазі юридичної рівності учасників. Принцип пріоритету норм міжнародного права закріплений у Статуті ООН та Віденській конвенції про право міжнародних договорів. Зокрема ст. 27 цієї конвенції зазначає: держава-учасниця не може посилатися на положення свого внутрішнього права як на виправдання невиконання нею договору. Згідно із ст.46 конвенції держава не в праві посилатись на ту обставину, що її згода на обов'язковість для неї договору була виражена в порушення того чи іншого положення її внутрішнього права, що стосується компетенції укладати договори, як на підставу недійсності її згоди, якщо тільки дане порушення не було явним і не стосувалось норми її внутрішнього права особливо важливого значення. Порушення є явним, якщо воно буде об'єктивно очевидним для будь-якої держави, що діє в цьому питання добросовісно і згідно із звичаєвою практикою.

При вирішенні проблеми співвідношення міжнародного і внутрідержавного права не можна відкидати і те, що сфера відносин між цими юридичними системами є складною соціальною реальністю. У літературі виділяють декілька етапів чи рівнів такого співвідношення: міжнародне та національне правотворення; структурно-функціональні зв'язки норм міжнародного та внутрішньодержавного права; зв'язки міжнародних та внутрішньодержавних правовідносин; взаємодія механізмів правового регулювання на стадії реалізації прав та обов'язків; узгодження міжнародного та внутрідержавного права на різних етапах правотворення та реалізації норм права.

Якщо мова йде про стадію міжнародного та національного правотворення, то навіть противники моністичної концепції визнають, що на стадії правотворення можна говорити про примат принципів і норм міжнародного права. Не заглиблюючись у проміжні етапи співвідношення цих двох правових систем, зауважимо, що узгодження норм міжнародного та внутрідержавного права практично може відбуватися як на стадії правотворення, так і на стадії правозастосування. На думку проф. В.Г. Буткевича узгодження міжнародного та внутрідержавного права полягає у організаційно-правовій політичній діяльності держав та інших суб'єктів права, що має на меті вироблення подібних або загальних форм нормативних приписів та їх реалізацію відповідно до норм обох правових систем. Таке узгодження може бути одностороннім або двостороннім. Одностороннє узгодження має місце у випадку приведення у відповідність норм внутрідержавного права до норм міжнародного права. Здебільшого узгодження міжнародного та внутрідержавного права є двостороннім.

У сучасній правовій літературі обґрунтовується необхідність співпраці та поглиблення інтеграції між державами, що повинна відбуватися на основі саме принципу пріоритету між-

© Грищук О., 2012

народного права. Так професор А.Х.Саідов вважає, що дотримання такого принципу вчиняє значний вплив на національні правові системи. Це виявляється, зокрема: у введенні в національну правову систему загальновизнаних принципів і норм міжнародного права. Цим конституції держав втілюють досягнення цивілізації, в тому числі систему загальнолюдських цінностей, загальновизнані принципи права, фундаментальні права і свободи людини. Таким чином, держава, що вважає себе невід'ємною частиною світового співтовариства, не лише сприймає, але й розвиває високі ідеали людства; у включенні у національну правову систему міжнародних договорів. Це означає, що у випадку суперечностей між міжнародним договором та національним законодавством, правозастосовні органи повинні керуватись нормами міжнародного договору; у визнанні прямої дії міжнародно-правових принципів і норм в галузі прав людини.

Можна стверджувати, сьогодні питання співвідношення міжнародного та внутрідержавного права щодо прав людини має тенденцію вирішуватися шляхом гармонізації правових систем. На думку проф. Н.Малишевої гармонізація, заявлена як цільова настанова правотворчого процесу, повинна активувати певні механізми отримання найбільш високого ступеня узгодженості та сумісності, систем, які гармонізуються. Тому однією з найважливіших функцій національних правотворчих органів є приведення національного законодавства у відповідність з міжнародними стандартами та ратифікація найбільш важливих для держави договорів, а також розробка і прийняття законів, що визначають умови та способи імплементації норм міжнародного права у національну систему правопорядку.

Питання співвідношення міжнародного і внутрідержавного права в Україні регулюється Законом України "Про міжнародні договори України" від 22 грудня 1993р. Згідно ст. 17 цього Закону укладені і належним чином ратифіковані міжнародні договори України становлять невід'ємну частину національного законодавства України і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства. Якщо міжнародним договором України, укладення якого відбулось у формі закону, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені законодавством України, то застосовуються правила міжнародного договору України. Ст. 7 вказує, що у випадку, коли міжнародний договір України містить положення, що суперечать Конституції України, його ратифікація можлива після внесення відповідних змін до Конституції України.

Закон України "Про дію міжнародних договорів на території України" зазначає: виходячи з пріоритету загальнолюдських цінностей, загальновизнаних принципів міжнародного права, прагнучи забезпечити непорушність прав і свобод людини, включитись у систему правових відносин між державами на основі взаємної поваги державного суверенітету і демократичних засад міжнародного співробітництва, Верховна Рада України постановила, що укладені і належним чином ратифіковані Україною міжнародні договори становлять невід'ємну частину національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства.

Конституція України у ст. 9 містить норму, згідно з якою "чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України".

Проте особливої уваги заслуговує Закон України "Про виконання рішень та застосування практики Європейського суд з прав людини" від 23.02.2006р. Цей закон регулює відносини, що виникають у зв'язку з обов'язком держави виконати рішення Європейського суду з прав людини у справах проти України; з необхідністю усунення причин порушення Україною Конвенції про захист прав людини і основних свобод і протоколів до неї; з впровадженням в українське судочинство та адміністративну практику європейських стандартів прав людини; зі створенням передумов для зменшення числа заяв до Європейського суду з прав людини проти України. У ст. 17 закону зазначено, що суди застосовують при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основних свобод та практику Європейського суду з прав людини як джерело права. Тобто ця норма вперше в Україні визнала верховенство міжнародного договору над законодавством України. Про це чітко вказано у ст.13 закону, яка зазначає, що з метою забезпечення додержання державою положень Конвенції, порушення яких встановлене Рішенням Суду, забезпечення усунення недоліків системного характеру, які лежать в основі ви-

явленого Судом порушення, а також усунення підстави для надходження до Суду заяв проти України, спричинених проблемою, що вже була предметом розгляду в Суді застосовуються заходи загального характеру, зокрема: внесення змін до чинного законодавства та практики його застосування; внесення змін до адміністративної практики; забезпечення юридичної експертизи законопроектів; забезпечення професійної підготовки з питань вивчення Конвенції та практики Суду працівників, професійна діяльність яких пов'язана з правозастосуванням; інші заходи, що визначаються державою-відповідачем відповідно до Рішення Суду з метою забезпечення усунення недоліків системного характеру, припинення спричинених цими недоліками порушень Конвенції та забезпечення максимального відшкодування наслідків цих порушень.

Якщо ж звернутись до доктринального розуміння проблеми примату міжнародного права в Україні, то серед вчених домінує думка, що Конституція України визнає принцип пріоритету міжнародного права над національним. Має місце і протилежне твердження згідно якого, хоча ст.9 Конституції і визначає чинні міжнародні договори частиною національного законодавства України, проте не визначає їхнього місця в ієрархії законодавчих актів. Насамперед це стосується положення про примат норм міжнародного права. Деякі автори зазначають, що з приводу конституційного закріплення співвідношення міжнародних договорів з національним законодавством в Україні не зроблено прямих законодавчих вказівок.

Підсумовуючи короткий огляд принципів співвідношення міжнародного та внутрідержавного права щодо прав людини, можна зробити висновок про необхідність визнання і широкого застосування принципу верховенства міжнародного права в цій сфері. Застосування цього принципу сприятиме формуванню міжнародного права прав людини як певної універсальної конструкції, що сприяє уніфікації у розумінні змісту та обсягу прав людини, виробленню певних еталонів, принципів чи стандартів, що закріплюють особливе місце і значення людини в суспільстві, а отже повсюдне визнання та захист людської гідності, прав та свобод людини.

ІНСТИТУТ ОСНОВОПОЛОЖНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ: ПЕРСПЕКТИВИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЮРИДИЧНОГО ГАРАНТУВАННЯ

Добрянський С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Об'єктом інтенсивного дослідження сучасної вітчизняної та зарубіжної юридичної науки сьогодні виступають основоположні права людини.

Сучасний рівень пізнання феномена прав людини, накопичення теоретичних знань та практики правозахисної діяльності у площині прав людини вимагає упорядкування та узагальнення таких даних*, по-перше, на загальнотеоретичному рівні*, а *згодом – врахування означених положень у процесі конституційно-правового удосконалення основоположних прав та свобод людини,* так як необхідність оновлення Конституції України нині визнається більшістю державних і громадських діячів, політологів та юристів. Мабуть, не є випадковим те, що з-поміж головних завдань, задля розв'язання яких Указом Президента України від 27 грудня 2007 року було утворено Національну конституційну раду, найпершим зазначено „посилення конституційних гарантій захисту прав і свобод людини і громадянина".

Розглянемо одну з найбільш поширених у вітчизняній юридичній науці концепцій, згідно з якою визначальною, сутнісною характеристикою поняття прав людини виступає філософська категорія "можливість".

Чинниками, які спонукають зупинися на аналізі саме цієї концепції, є наступні:

1) по-перше, чинна Конституція України у ст. 22 п.1. закріплює положення про те, що "права і свободи людини і громадянина, закріплені цією Конституцією, не є вичерпними", а також у п.3 цієї статті норму про те "при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод".

Відтак, законодавець передбачає можливість зміни, розширення каталогу основоположних прав людини, а це, у свою чергу, піднімає проблему дослідження залежності прав людини від інших соціальних явищ, приміром таких як, рівень та характер суспільного розвитку.

2) по-друге, інтерпретація прав людини як таких, що ведуть, так би мовити, свій "родовід", випливають із відповідного суспільства, є характерною для "правороз уміння" Європейського суду з прав людини;

3) і, нарешті, у сучасний лексикон з міжнародних відносин з часу публікації у 1993 році Доповіді про суспільний розвиток в рамках прийнятої ООН Програми розвитку ввійшло поняття "безпека людини", яке використовується як свого роду лакмусовий папір для оцінки "людиномірної" дійсності та реальної дієвості *суспільного поступу*, який відбувається чи презюмується у відповідній державі.

У цій праці як робочу пропонується використовувати дефініцію українського фахівця у галузі прав людини П.Рабіновича, за якою "права людини – це певні можливості людини, котрі необхідні для задоволення потреб її існування та розвитку в конкретно-історичних умовах, об'єктивно зумовлюються досягнутим рівнем розвитку суспільства і забезпечені обов'язками інших суб'єктів".

Особливості детермінації та специфіки тих можливостей, які становлять сутність прав людини. Сама по собі констатація, проголошення суспільного розвитку джерелом прав людини, залишає відкритою проблема з'ясування конкретних "каналів", особливостей формування змісту тих можливостей, які становлять права людини.

Ведучи мову про детермінованість (певну визначеність) зазначених можливостей, такі автори, як М. Вітрук, М. Заїчковський, П. Рабінович, С. Тао, А. Корнєв, пов'язують її з *рівнем розвитку суспільства*, яке виступає соціальним середовищем "народження" й реалізації прав людини. Проте деякі з цих науковців (М. Вітрук, С. Тао) вважають за необхідне зафіксувати такі об'єктивно зумовлені можливості на законодавчому рівні, інші ж (П. Рабінович, М. Заїчковський) дотримуються думки про те, що сама по собі наявність таких соціально детермінованих можливостей – незалежно від їх "легалізації" – уже становить права людини.

© Добрянський С., 2012

Нарешті, третя група авторів розуміє під правами людини лише такі можливості, котрі визнані як права людини не тільки державою й суспільством, але й міжнародним співтовариством.

Такий "різнобій" у характеристиці детермінації розглядуваних можливостей вимагає, ясна річ, з'ясування декількох додаткових питань. Зокрема видається слушним чітко вирізняти такі явища, як а) *суспільство* у його традиційному (соціологічному) розумінні, б) *державу* – певну політичну організацію суспільства та в) *міжнародне співтовариство*, вплив якого на розглядуваний феномен проявляється через легітимні об'єкти міжнародних відносин.

Основним питанням у цьому контексті виступає, на наш погляд, визначення *рівня та характеру впливу* усіх трьох вищезазначених чинників на ті можливості, котрі власне і є сутністю прав людини. Принципово важливим є і такий методологічний підхід, згідно з яким права людини як певне соціальне явище неодмінно характеризуються певними *кількісними* та *якісними* показниками (тобто, відповідно, змістом та обсягом), котрі, вважаємо, теж мають знайти адекватне відображення у самому визначенні поняття прав людини.

Розглянемо більш докладно зазначені показники. Насамперед варто звернути увагу на особливості вживаних термінів. Переважна більшість авторів, які обстоюють розуміння прав людини як можливостей, вживають такий вираз, як "можливості, об'єктивно зумовлені досягнутим *рівнем* розвитку суспільства". Таке твердження не викликає серйозних заперечень. Проте видається, що даний підхід є дещо однобічним, оскільки фокусує увагу більше на кількісних показниках цього явища, аніж на якісних.

Те, що культурно-ідеологічні, духовно-релігійні, історичні, політичні фактори безпосередньо впливають на характер (зміст та обсяг) можливостей, які складають сутність прав людини, не викликає сумніву. Для прикладу, нагадаємо той усталений підхід, що ним керується Європейський суд з прав людини при знаходженні балансу між індивідуальними правами та публічними інтересами, згадуваними в Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод Ради Європи 1950 р., – підхід, названий у вітчизняній правовій літературі *концептуально-методологічним*. Сутність його полягає у врахуванні ситуацій, обставин, котрі виступають *підставами обмеження* здійснення прав людини і зафіксовані у відповідних статтях згаданої Конвенції. Чільне місце в системі факторів, які бере до уваги Європейський суд з прав людини у процесі збалансування індивідуальних прав людини та публічних інтересів відводяться *інтересам захисту моральності населення відповідної держави*.

Однак зрозуміло, що моральні норми, які панують у тому чи іншому суспільстві, відрізняються і, скоріше, слугують відображенням *не стільки рівня, скільки характеру* суспільного розвитку.

Отже, ведучи мову про детермінацію можливостей, які складають сутність прав людини, видається більш адекватним вживання наступної конструкції: *"можливості, об'єктивно зумовлені характером та досягнутим рівнем розвитку суспільства"*. Така конструкція, гадаємо, дозволяє точніше відображати та пояснювати кількісні та якісні характеристики прав людини.

З огляду на вище висловлені міркування щодо *детермінації та специфіки тих можливостей, які формують зміст та обсяг прав людини*, видається слушним запропонувати доповнити ст.15 чинної Конституції України, виклавши її у такій редакції: "Суспільне життя в Україні ґрунтується на засадах політичної, економічної**,** *культурної,* ідеологічної багатоманітності *та охорони суспільної моралі"*.

Також, беручи до уваги той факт, 90 % громадян України визнають себе християнами, слід доповнити положення Конституції України, які стосуються шлюбно-сімейних відносин, зокрема прав та обов'язків батьків і дітей, виклавши п.2 ст. 51 Конституції України у такій редакції: "Батьки *чи особи, які їх замінюють,* зобов'язані забезпечувати *фізичний, духовний і соціальний розвиток дітей та* утримувати *їх до* повноліття. Повнолітні діти зобов'язані піклуватися про своїх непрацездатних батьків *чи осіб, які їх замінювали*".

Наступним питанням, на якому слід зупинитися, є проблема детермінації змісту та обсягу прав людини впливом міжнародного співтовариства. Гадаємо, що сьогодні існують усі необхідні передумови для того, щоб виділяти *вплив міжнародного співтовариства як самостійний чинник формування і розвитку прав людини*. Однак важливим завданням залишається з'ясування "каналів" його прояву. У більшості випадків він здійснюється, як правило, завдяки

участі держави у міжнародних всесвітніх та регіональних організаціях, міждержавних блоках, союзах фінансово-економічного, військово-політичного, культурного характеру.

У зв'язку з членством України у Раді Європи, особливе значення для правової системи України сьогодні відіграють стандарти захисту прав людини, відображені у актах, розроблених у рамках цієї міжнародної організації та правозахисній практиці її органів.

Таке зростання ролі міжнародних стандартів у галузі прав людини також, на нашу думку, повинно знайти відображення у відповідних приписах Конституції України. Відтак, видається слушним погодитися з науковцями, які пропонують доповнити ст.12 Конституції України положенням такого змісту: "*Конституційні положення про права, свободи й обов'язки тлумачаться та застосовуються відповідно до чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та практики їх офіційного тлумачення й застосування міжнародними органами, юрисдикція яких визнана Україною"*.

Сподіваємося, що закономірності становлення та розвитку явища основоположних прав людини, висвітлені у цій роботі сприятимуть оновленню та якісному покращенню конституційно-правового забезпечення цього інституту в Україні.

ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА АКТІВ ВТОРИННОГО ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Довгань Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Євроінтеграційні прагнення України набувають реальних контурів у зв'язку із ухваленням Рекомендацій Європейського Парламенту Раді ЄС, Європейській Комісії та Європейській службі зовнішньої діяльності щодо Угоди про асоціацію між Україною та ЄС 1 грудня 2011 р. З огляду на це, важливим є аналіз системи джерел права цього міждержавного об'єднання, членом якого Україна може невдозі стати.

Питання, присвячені дослідженню поняття джерел права ЄС, розкриті у працях Л.М. Ентіна, С.Ю. Кашкіна, Л.А. Луць, О.М. Москаленко, К.В. Смирнової, Б.Н. Топорніна, О.О. Четверікова, А.Л. Шевцова.

Метою дослідження є аналіз юридичної природи деяких актів вторинного права ЄС, зокрема регламентів і директив, та встановлення їх значення для виконання завдань ЄС.

Найбільш вагому групу джерел права Євросоюзу становлять акти вторинного права. До них належать правові акти, котрі приймаються інститутами ЄС у порядку реалізації та конкретизації актів первинного права, що обумовлює їх вторинний, похідний характер. В установчих договорах визначені система нормативно-правових актів та порядок їх прийняття. Акти вторинного права ієрархічно підпорядковані установчим документам і не можуть їм суперечити. Таким чином, первинне право є основою і межами для вторинного. Відповідно до ст. 288 Договору про функціонування ЄС для виконання завдань Союзу, інституції приймають регламенти, директиви, рішення, рекомендації та висновки.

Специфікою правового закріплення актів вторинного права є неоднозначний підхід до цього питання в установчих договорах. Зокрема, у ст. 189 Договору про ЄЕС перераховано 5 актів, які можуть бути видані інститутами ЄС: регламенти, директиви, рішення, рекомендації та висновки. У ст. 161 Договору про Євратом представлена аналогічна класифікація. Проте, у Договорі про ЄОВС у ст. 14 згадуються лише 3 типи актів – рішення, рекомендації та висновки. Тим не менш, розбіжності у найменуванні актів та їх юридичних властивостях не мають принципового значення. У той час як Римські договори про ЄЕС та Євратом говорять про регламенти, у Паризькому договорі про ЄОВС використовують поняття „спільне рішення", в той час як аналогом директиви є рекомендація ЄОВС. Рішенню у договорах про ЄЕС та Євроатом відповідає індивідуальне рішення у договорі про ЄОВС. У Маастрихтському договорі дана нова редакція ст. 189 Договору про ЄЕС, у якій міститься стисла характеристика актів, що видаються інститутами ЄС.

Джерела вторинного права відрізняються один від одного за характером дії їх норм у внутрішніх правопорядках держав-членів ЄС, їх обов'язковості, адресності, сфери дії. Тому передбачений у ст. 288 ДФЄС перелік правових актів сформований без врахування принципу ієрархії. З огляду на відсутність ієрархії між правотворчими інституціями, відсутня й ієрархія між правовими актами, які вони приймають. Кожний інститут діє у межах повноважень, чітко окреслених в установчих договорах, а тому горизонтальна побудова/система компетенції не може бути змінена діями жодного інституту. Оскільки міжінституційні відносини ґрунтуються на автономності та рівності інститутів, створених на основі Договорів, немає ієрархії норм серед правових актів, прийнятих ними. Слід мати на увазі те, що ієрархічна система правових актів у національному конституційному праві пов'язана з розподілом державної влади між різними органами. Ієрархічна побудова правових актів потребуватиме цілковитої реконструкції правопорядку в Союзі. Основним критерієм використання правових актів вважають мету та очікувані результати. Колізії, які виникають між нормами цих актів, вирішуються на основі класичних правил lex posteriori (наступний акт має вищу силу ніж попередній) та lex specialis. Крім цього, Л.А. Луць виділяє такі спеціальні правила: 1) акти, що прийняті у межах першої опори та на підставі установчих договорів Співтовариств мають вищу юридичну силу щодо актів, які базуються на ДЄС (у рамках другої та третьої опор); 2) акти органів Євросоюзу ма-

© Довгань Г., 2012

ють пріоритет над додатковими угодами та конвенціями, що уклали держави-учасниці; 3) акти створені на підставі установчих договорів мають вищу юридичну силу щодо актів делегованої нормотворчості (наприклад, акти Комісії).

Найчастіше використовуваним на практиці джерелом вторинного права є регламент. Згідно з ч. 2 ст. 288 ДФЄС регламент - це правовий акт загального характеру, обов'язковий у всіх своїх елементах та який має пряму дію у всіх державах-членах. У регламенті чітко визначена мета та засоби її досягнення, держави-члени не мають жодної свободи дій стосовно виконання регламенту, оскільки він має застосуватись безпосередньо та у повному обсязі. Будь-яке неповне або вибіркове застосування регламенту є недопустимим. Він є обов'язковим на усій території ЄС. Регламенти регулюють загальні питання, які мають значення для усіх держав-членів (наприклад, про створення єдиної валюти або про введення імпортних квот). Зазвичай вони регулюють відносини у сфері спільної сільськогосподарської політики, спільної політики у сфері транспорту, торгівлі, права конкуренції. Регламенти набувають чинності одночасно й однаково в усіх державах-членах. Він вводиться у дію без участі або згоди національних органів. Держави-учасниці ЄС не можуть змінити регламент своїми нормативно-правовими актами. На думку О.М. Олтеану, значення регламенту в правотворчій діяльності Союзу полягає в тому, що він встановлює єдині правові норми для всіх суб'єктів права Союзу, що застосовуються одночасно на території всіх держав-членів без трансформації, імплементації. Регламенту надаються переваги перед національним законом. Регламент є інструментом уніфікації права на території ЄС. Метод уніфікації передбачає встановлення Союзом єдиних правил поведінки, які безпосередньо регулюють суспільні відносини на усій його території. У науковій літературі регламенти, беручи до уваги їх ознаки, порівнюють з федеральними законами.

Наступною категорією актів вторинного права є директиви. Вони суттєво відрізняються від регламентів. Відповідно до ч. 3 ст. 288 ДФЄС директива є обов'язковою для кожної держави-члена, якій вона адресована, стосовно результату, який необхідно досягти, але залишає національним органам влади свободу вибору форм та методів досягнення цих результатів. Директива визначає цілі чи результати, які держави-члени зобов'язані досягнути. Конкретні методи виконання завдань залишаються на розсуд національних органів. На відміну від регламенту директива не містить детальної регламентації тої чи іншої сфери суспільних відносин. Наприклад, керуючись директивою про боротьбу з легалізацією незаконних доходів, усі держави-члени передбачили у національному законодавстві відповідні норми, але сфери їх застосування, механізм взаємодії банківських та поліцейських служб, а також міра відповідальності у державах-членах помітно відрізняються. Тобто директива зобов'язує адресата лише стосовно результату, який повинен бути досягнутий.

Не існує аналога директиві у жодному з національних правопорядків, не існує його і у міжнародному праві. Хоча, Б.М. Топорнін вважає, що директиву можна порівняти з основами законодавства у федеративній державі.

Основною функцією директиви є гармонізація, шляхом якої ЄС „зближує" національні законодавства держав-членів, проте не запроваджує цілковитої одноманітності. Це дозволяє поступово пом'якшити суперечності та розбіжності між правовими нормами у національному законодавстві держав-членів. С.В. Глотова наголошує, що директиву можна визначити як компроміс між вимогами одноманітної дії норм права ЄС та максимально можливої охорони національних особливостей, вона відображає баланс між потребами Союзу як міждержавної організації та повагою до суверенітету держав-учасниць. Цей різновид правових актів є інструментом обмеженого впливу на національні правопорядки, він уможливлює внесення необхідних змін до внутрішнього права з максимально можливої поваги суверенітету держав-членів з їх власними концепціями та термінологією. Директива залишає державам певну свободу дій, її визначають як свого роду модель, яка повинна застосовуватись державами-членами ЄС у правотворчому процесі з одночасним врахуванням особливостей національних правових систем.

На відміну від регламенту директива не є актом загального характеру, оскільки має конкретних адресатів – держав – членів. При цьому, вона може бути адресована як декільком, так і одній державі.

Процес виконання директив можна позначити терміном „імплементація". Призначення імплементації полягає не у санкціонуванні дії директиви у внутрішньодержавній сфері, а у конкретизації та деталізації її положень, що дає можливість поширювати її дію на фізичних осіб [Глотова]. На думку Л.А. Луць, саме необхідність впровадження приписів директиви у національне законодавство є її головною відмінною ознакою від регламенту. Імплементація директив здійснюється шляхом внесення змін у національне законодавство, прийняття нових законів та підзаконних актів. Зазвичай, у директиві чітко встановлюється срок, протягом якого її вимоги повинні бути реалізовані на національному рівні (як правило, від шести місяців до двох, іноді до трьох років).

Слід звернути увагу на те, що ст. 288 ДФЄС вказано на пряму дію лише одного виду правових актів, а саме регламенту. Виникає питання: чи можна застосовувати принцип прямої дії щодо директив? У рішенні по справі №39\72 Європейська комісія проти Італійської республіки від 7.02.1973 р. Суд ЄС визначив, що необхідність вжиття заходів з метою імплементації нормативно-правового акту ЄС не позбавляє його прямої дії. Суд ЄС у низці своїх рішень уточнив особливості прямої дії директив. Головна з них полягає у тому, що фізична / юридична особа при поданні позову можуть посилатися на директиву у випадку, якщо вони вважають, що вона не була реалізована у визначений строк або реалізована неналежним чином. Директива має лише вертикальну дію принципу, тобто у відносинах „особа – держава". Оскільки директива накладає зобов'язання на державу, якій вона адресована, то фізична чи юридична особа можуть на неї посилатися лише проти цієї держави. Право ЄС надає особам можливість домогтися примусового дотримання директиви шляхом подання позовів до національних судів, передбачивши 3 механізми: доктрину прямого ефекту, тлумачення національного законодавства у відповідності з директивою та принцип відповідальності держави за шкоду, заподіяну у зв'язку з невиконанням директиви.

Таким чином, незастосування державою положень директиви вважається порушенням права. Держави-члени не можуть посилатись на положення, обставини і практику свого внутрішнього права з метою виправдання невиконання зобов'язання щодо імплементації директиви. Не виконавши директиву, зволікаючи з її виконанням або виконавши її не в усіх частинах, держави-члени завдають шкоди праву ЄС, яке не в змозі одноманітно, своєчасно і правильно застосовуватись, якщо окремі держави-члени не дотримуються своїх зобов'язань стосовно імплементації. Це ускладнює реалізацію свобод внутрішнього ринку і конкуренції, адже предметом директив є майже всі сфери права ЄС з чітко окресленою економічною спрямованістю, а також шкодить інтересам фізичних осіб, які є суб'єктами права ЄС, оскільки саме директивами встановлюються екологічні стандарти і стандарти охорони праці, здійснення принципу рівноправності чоловіків і жінок у трудових відносинах. Як наслідок, це призводить до різного правового положення громадян у різних державах-членах ЄС.

У разі порушення державою-членом зобов'язання стосовно імплементації директив, стаття 258 ДФЄС передбачає можливість подання Єврокомісією мотивованого висновку з цього питання після надання можливості зацікавленій державі представити свої міркування. Якщо ця держава не виконує положень висновків у період, вказаний Єврокомісією, вона може передати справу на розгляд Суду ЄС. Останній вправі накласти штраф на державу-порушника, якщо вона не виконує його рішення (стаття 260 (3) ДФЄС).

На думку С.В. Глотової, саме директива, а не регламент, відображає особливості права ЄС, які полягають у поєднанні як наднаціональних елементів, так і національних елементів, його міжнародно-правових засад та внутрішньо-державної спрямованості. Своєрідність директиви у тому, що з її допомогою завдання Союзу реалізуються внутрішньодержавними засобами. Директива є найбільш важливим актом Союзу, оскільки вона регулює основні сфери, пов'язані з побудовою та функціонуванням єдиного внутрішнього ринку.

БАЛАНС ІНТЕРЕСІВ ЛЮДИНИ ТА СУСПІЛЬСТВА ЯК ОСНОВОПОЛОЖНИЙ ПРИНЦИП ТЛУМАЧЕННЯ ТА ЗАСТОСУВАННЯ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД ЄВРОПЕЙСЬКИМ СУДОМ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Дудаш Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Вступні зауваження. В останні роки дедалі більше актуалізувалися дослідження правотлумачної практики Європейського суду з прав людини (далі – Суд) з огляду як на зростання кількості його рішень, так і їх ролі у національних правових системах. Акти тлумачення та застосування цим наднаціональним юрисдикційним органом норм Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) за своєю праворегулятивною функцією є прецедентами тлумачення норм Конвенції. Відтак особливої ваги набувають принципи тлумачення Конвенції, що їх застосовує Суд у своїй діяльності, і через посередництво яких він доходить певних висновків щодо наявності чи відсутності порушень окремих норм Конвенції. До таких принципів відносять: принцип реальності та ефективності гарантій Конвенції, принцип еволюційного тлумачення Конвенції, принцип правової певності, принцип автономного тлумачення Конвенції. принцип забезпечення певної свободи національного розсуду. Застосування саме таких, а не інших принципів тлумачення Конвенції обумовлюється специфікою норм Конвенції. Саме з огляду на останню видається, що з-поміж принципів тлумачення Конвенції, якими послуговується Суд, основне місце займає принцип балансування інтересів. Спробуємо продемонструвати це, з'ясувавши насамперед особливості норм Конвенції.

Особливості норм Конвенції. Відповідно до Преамбули до Конвенції учасниками цього акта можуть бути держави-члени РЄ, які розділяють ціль прийняття Загальної декларації прав людини, а саме «загальне та ефективне визнання і додержання проголошених у ній прав», а також мету РЄ – «досягнення тіснішого єднання між її членами», одним із засобів якого є «забезпечення і розвиток прав людини та основоположних свобод», які об'єднані спільним надбанням «політичних традицій, ідеалів, свободи і верховенства права», а також прагненням «зробити перші кроки для забезпечення колективного гарантування певних прав, проголошених у Загальній декларації» [прав людини]. Суд посилається на Преамбулу до Конвенції у мотивувальній частині рішення – при обґрунтуванні рішення та при тлумаченні положень Конвенції, оскільки «преамбула до договору створює невід'ємну частину його контекста; більше того, преамбула зазвичай буває корисною для визначення предмета та мети конкретного міжнародно-правового акта при його тлумаченні» (рішення Суду у справі «Golderv. theUnitedKingdom» від 1975 р.). Спираючись на Преамбулу до Конвенції, суд виявив у Конвенції такі права, які прямо в ній не передбачені. Саме на основі Преамбули до Конвенції Суд шукає правильно збалансований підхід до захисту гарантованих прав особи, з одного боку, та захисту загального інтересу – з іншого. Преамбулою визначено зв'язаність Суду принципами політичної демократії і верховенства права.

Норми Конвенції та Протоколів до неї становлять конвенційну систему захисту прав людини. В. Туманов поділяє ці норми на матеріальні та організаційно-процесуальні. Організаційні норми передбачають утворення, порядок формування та внутрішню структуру Суду (до 1 листопада 1998 року – ще й Комісії). До організаційних норм тяжіють і процесуальні норми визначають основні аспекти процедури розгляду справ Судом (а раніше – і Комісією), процесуальні права та обов'язки учасників процесу, процесуальні форми правозастосовчої діяльності палат Суду тощо. Організаційно-процесуальні норми деталізуються в Регламенті Суду, який відповідно до ст.26 Конвенції приймає сам Суд.

Матеріальні норми містяться переважно в Розділі 1 Конвенції та Протоколах № 1, 4, 6, 7, 12, 13, у яких визначено перелік гарантованих прав і свобод людини. Крім того, важливіматеріально-правовіположеннямістяться в іншихстаттяхКонвенції. Наприклад, у ст. 1 Конвенціїпередбачено, що«ВисокіДоговірніСторонигарантують кожному, хтоперебуваєпідїхньоююри-

© Дудаш Т., 2012

сдикцією, права та свободи, визначені в розділі І цієїКонвенції». При цьомувідповідно до вимогстатті 53 Конвенції«ніщо в ційКонвенції не можетлумачитись як таке, щообмежуєаборушуєбудь-які права людини та основнісвободи, якіможутьгарантуватися законами будь-якоїВисокоїДоговірноїСтороніабо будь-якоюіншоюугодою, стороною якої вона є».

Деякі з цих прав охороняться шляхом встановлення прямих заборон, як-от заборона катування, заборона примусової праці, заборона зловживання правами. Більшість матеріально-правових норм Конвенції також по суті мають заборонний характер, але заборона в них є опосередкованою, виражається вказівкою на конкретні права, захист яких від порушень гарантується Конвенцією. При цьому, ці статті, як правило, містять другу частину, яка передбачає можливі обмеження таких прав державними органами, якщо такі обмеженні встановлені законом та є необхідними в демократичному суспільстві. Найменшу кількість можливих обмежень передбачено у ст.9 Конвенції (свобода думки, совісті і релігії), тоді як найбільшу кількість обмежень передбачено щодо ст. 10 Конвенції, що пов'язується з особливостями діяльності ЗМІ.

Балансування інтересів у практиці Суду. З-поміж принців тлумачення чи не основне місце посідає принцип балансування інтересів (або ж принцип пропорційності). Він застосовується як щодо тих норм які наповнюються змістом через концепцію обов'язків держави (ст.2, 5, 6 Конвенції), так і щодо тих положень, які поряд із формулюванням права встановлюють його обмеження (ст. 8,9,10 Конвенції, ст.1 Першого протоколу до Конвенції).Винятком є хіба що ст.3 (заборона катування, нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження чи покарання) Конвенції, яка не передбачає жодних винятків, а відтак перевірка порушення якої вимагає встановлення того, чи поводження з людиною насамперед досягло мінімального рівня жорстокості, а якщо досягло, то який саме вид жорстокого поводження було застосовано.

З огляду на це принцип балансування інтересів є чи не основним інструментом, що дозволяє встановити наявність або відсутність порушення Конвенції, а також розвивати тлумачення змісту норм Конвенції. Це підтверджується і практикою Суду, який у одному зі своїх рішень Суд зазначив, що «прагнення до справедливої рівноваги інтересів суспільства та необхідних умов захисту особи притаманне Конвенції в цілому».

Принцип балансування інтересів означає пошук рівноваги між дотриманням суспільних інтересів (або ж інтересів державних чи публічних, оскільки згідно з принципом свободи розсуду держав саме державі належить виключне право визначати суспільні інтереси, оскільки вона є універсальною формою організації суспільства) та повагою до основоположних прав конкретної особи чи осіб. Такий пошук рівноваги або ж балансування інтересів відображається у пропорційності застосованих державою обмежень: 1) обмеження, що поширюються на окрему людину в загальних (суспільних, державних чи публічних) інтересах повинні бути домірними необхідності їх застосовувати у зв'язку з конкретними діяннями; 2) заходи з обмеження прав, що застосовуються державою, повинні бути домірними до цілей, які держава переслідувала, вживаючи таких заходів. Тобто принцип балансування інтересів допускає втручання держави у здійснення свого право особою лише з метою захисту загальних інтересів та при умові, що застосовані державою заходи для її досягнення будуть пропорційними переслідуваній законній меті. При визначенні наявності чи відсутності порушення Конвенції, не залежно від того, про порушення якої норми йде мова,Суд застосовує так званий тест на пропорційність, який включає в себе відповідь на такі питання:

1) чи мало місце втручання у право, передбачене Конвенцією, тобто, чи було обмеження права, передбаченого Конвенцією?
2) чи було таке втручання передбачене законом?
3) чи переслідувало воно законну мету?
4) чи було воно необхідним у демократичному суспільстві?
5) чи було дотримано балансу між законною метою та засобом, що застосовувався?

Застосування тесту на пропорційність має своїх особливості, а саме: 1) наявність негативної відповіді Суду на якесь запитання тягне за собою визнання наявності порушення Конвенції; 2) наявність позитивної відповіді на запитання тесту на пропорційність тягне за собою необхідність відповіді на наступне запитання і 3) останнє запитання тесту на пропорційність є основним і має суто оціночний характер, тобто залежить від того, як суд оцінить обставити

справи та законну мету, яка виправдовує застосування заходу з обмеження права, передбаченого Конвенцією.

«Передбаченість втручання законом» означає посилання на національне законодавство, а саме на конкретний нормативно-правовий акт держави-учасниці Ради Європи, який містить нормативно-правовий припис про можливість відповідного втручання у конвенційне право людини.

Поняття «законна мета» є доволі широким і позначає не лише мету застосування обмеження, яка прямо передбачена законодавством, але й таку мету застосування обмеження права людини, яка випливає з суспільного чи публічного інтересу, а відтак є правомірною. Тому більш доцільним видається вживання перекладу терміносполучення «legitimateaim» як «правомірна мета».

Поняття «необхідність втручання у демократичному суспільстві» є свого роду додатковим критерієм, який Суд застосовує, аби оцінити, чи була нагальна суспільна потреба у обмеженні конвенційного права, якщо втручання все ж переслідувало правомірну мету. Йдеться власне про перевірку того, чи втручання, яке мало законну (передбачену нормативно-правовими актами) мету, відповідало воно інтересам демократичного суспільства. Критерієм для оцінки цього пункту тесту на пропорційність слугує поняття «нагальної (гострої) суспільної потреби» у застосування певного обмеження конвенційного права, яка оцінюється виходячи з обставин справи.

Отож, принцип балансування інтересів є червоною ниткою, що пронизує практику застосування та тлумачення Конвенції Судом. Він підпорядковує собі усі інші принципи тлумачення Конвенції, оскільки дозволяє відповісти на питання про те, чимало місце порушення тієї чи іншої норми Конвенції, тоді як інші принципи тлумачення Конвенції слугують тими інструментами, котрі дозволяють провести тест на пропорційність.

АКТИ КАБІНЕТУ МІНІСТРІВ УКРАЇНИ СЕРЕД ІНШИХ ДЖЕРЕЛ ПРАВА УКРАЇНИ

Заплотинська Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України мають непересічне значення для регулювання суспільних відносин. Їх призначення – оперативно та ефективно вирішувати проблеми, які потребують нормативного регулювання. Сфера їх правового регулювання, процедура прийняття, а також значення Кабінету Міністрів України серед органів державної влади визначає місце цих актів у системі джерел права України.

Місце, роль та значення нормативно-правових актів уряду досліджувалися, зокрема такими сучасними українськими науковцями, як Зайчук О. В., Ковальський В. С., Колодій А. М. ,Лисенков С. Л., Луць Л. А., Онищенко Н. М., Рабінович П. М., Тихомиров О. Д., Цвік В. Д., Шестопалов Л. М.

Система джерел права України як держави сім'ї континентального права побудована на принципі примату нормативно-правових актів. Саме нормативно-правові акти посідають чільне місце та мають значну перевагу перед такими зовнішніми формами права як нормативний прецедент, правовий звичай та інші.

Чинне українське законодавство, так само як і сучасна загальна теорія держави і права, вважає постанови Кабінету Міністрів України підзаконними нормативно-правовими актами. У зв'язку з тим, що Кабінет Міністрів України є вищим органом державної виконавчої влади, його акти мають підзаконний характер і разом з тим за юридичною силою вищі нормативно-правових актів інших органів, є обов'язковими до виконання на всій території України. Усі акти підвідомчих Кабінету Міністрів України органів повинні відповідати його нормативно-правовим актам. Відповідні норми містяться в положеннях Конституції України, Закону України «Про Кабінет Міністрів України» та інших законодавчих актів.

Співвідношення нормативно-правових актів Кабінету Міністрів України з правовим звичаєм визначається виходячи з приналежності нашої правової системи до сім'ї континентального права, рівня її розвитку та розвитку системи джерел права, а також з врахуванням чинного законодавства України. Акти уряду в Україні мають вищу юридичну силу ніж звичаї, тому звичаї можуть застосовуватися лише до тих правовідносин, які не врегульовані як актами Кабінету Міністрів України так і іншими нормативно-правовими актами і навіть договором. Відповідне становище підтверджується і нормами Цивільного Кодексу України, якими встановлено, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту, а звичаї, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується.

Враховуючи широкий спектр різновидів нормативно-правових договорів, з різними із них акти Кабінету Міністрів України співвідносяться по-різному. Міжнародно-правові договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, мають юридичну силу законів та, відповідно, вищі за нормативно-правові акти уряду. Це випливає як з норм статті 9 Конституції України, так і з факту ратифікації таких договорів парламентом, правотворчі повноваження якого мають першочерговість відносно правотворчості уряду в Україні, як державі, у якій запроваджений і діє принцип поділу влад.

Щодо колективних договорів, то їх юридична сила в будь-якому випадку є нижчою за юридичну силу нормативно-правових актів Кабінету Міністрів України. Законом України «Про колективні договори і угоди» визначено, що колективні угоди і договори укладаються на основі чинного законодавства, тобто на основі нормативно-правових актів уряду в тому числі. Крім міжнародно-правових та колективних договорів в Україні мало місце укладення конституційного договору, який враховуючи суб'єктів його укладення та сферу правового регулювання мав вищу юридичну силу за постанови Кабінету Міністрів України. Інші ж види нормативно-правових договорів, які можуть укладатися та діяти в Україні, то їх юридична сила у

© Заплотинська Ю., 2012

порівнянні з актами уряду в першу чергу залежить від співвідношення місця суб'єктів їх укладення з місцем Кабінету Міністрів України у системі органів державної влади.

Правовий прецедент є традиційною формою права в державах англо-американської правової сім'ї. Для романо-германської правової сім'ї, до якої належить і Україна, він є непритаманним. Конституція України не визнає юридичної сили за прецедентом, проте Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» передбачається, що практика Європейського суду з прав людини має застосовуватися як джерело права. Оскільки такою практикою є рішення цього суду з конкретних питань, яке містить нові норми права, за якими, відповідно, закріплюється загальна обов'язковість, то це ніщо інше як правовий прецедент. Таким чином, Верховна Рада України запровадила в нашій державі прецедент як форму права. Аналізуючи положення вищезазначеного закону, можна дійти висновку, що законодавець надає практиці Європейського суду з прав людини юридичної сили закону. Таким чином, єдиний вид правового прецеденту, застосовуваний в Україні має перевагу у порівнянні з нормативно-правовими актами Кабінету Міністрів України.

Правова доктрина як і релігійні норми в Україні не визнаються джерелом права, а відтіль нема потреби порівнювати їх з нормативно-правовими актами Кабінету Міністрів України. Це не означає, що ці джерела жодним чином не впливають на урядову правотворчість, вони можуть застосовуватися при створенні актів уряду, формулюючи модель правового регулювання, і не тільки, проте формами права в нашій державі вони не виступають.

Враховуючи вищевикладене, можна зробити висновок, що нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України, прийняті в межах власної правотворчості, мають підзаконний характер, за юридичною силою менші за Конституцію і закони України, акти Президента України, а також за ратифіковані Верховною Радою України міжнародно-правові договори. Акти всіх інших органів державної виконавчої влади, як і правовий звичай, у ієрархії джерел права України знаходяться нижче за акти уряду. Інші ж форми права є меншою мірою характерними або зовсім не притаманними для української правової системи, а їх співвідношення з актами уряду, в разі визнання їх джерелом права в Україні, залежить від багатьох чинників.

ІЄРАРХІЯ ЗАСОБІВ НОРМОТВОРЧОЇ ТЕХНІКИ – ЯК ЧИННИК ВДОСКОНАЛЕННЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ УКРАЇНИ

Косович В.

Львівський національний університет імені Івана Франка,

Важливою передумовою створення якісних нормативно-правових актів у сучасній українській державі є належне використання засобів нормотворчої техніки. У силу цього, питання нормотворчої техніки сьогодні активно досліджується як на теоретичному, так і практичному рівнях. Попри значний науковий інтерес (правотворча техніка і технологія досліджуються вітчизняними - Ж.О. Дзейко, І.О. Биля, В.І. Риндюк та зарубіжними – В.М. Барановим, Н.А. Власенко, Т.В. Кашаніною вченими) інструментарій нормотворчої техніки у процесі правотворчості використовується далеко не завжди чи використовується неналежним чином, що спричиняє до формування в Україні недосконалої нормативно-правової бази.

Причиною цього є низка об'єктивних та суб'єктивних чинників, поміж яких звертає на себе увагу такий як відсутність єдиної позиції стосовно елементів нормотворчої техніки та їх ієрархічної упорядкованості. Так, науковці, характеризуючи юридичну конструкцію, звертають увагу на її трьохчленній структурі – суб'єкті, об'єкті, змісті. Як приклад нормативно закріпленої правової конструкції наводять нормативно-правовий припис закріплений в цивільному законодавстві більшості держав: право власності – це право володіння, користування та розпорядження нею (ст.317 ЦК України). Звичайно варто з даним прикладом погодитись; але де ж тут усі структурні елементи (тим паче, що за відсутності хоча б єдиного з них - конструкції не має)? Питання ієрархії засобів, прийомів, правил нормотворення взагалі не піднімається.

У попередніх дослідженнях ми уже розглядали окремі техніко-технологічні аспекти нормотворення. При цьому, відповідно до існуючої серед фахівців з питань нормопроектування традиції, зосереджували увагу лише на їх переліку, особливостях, системі. Водночас постає нагальна необхідність вивчення питання про доцільність та можливість формування ієрархії елементів нормотворчої техніки. Саме спроба формування такої ієрархії є основним завданням нашої роботи (що може мати певне наукове і практичне значення).

З метою вирішення покладених завдань, з'ясуємо як сьогодні на доктринальному та нормативному рівнях розглядається система складових нормотворчої техніки. Кашаніна Т.В. розділяє правила та засоби на ті, що стосуються змісту (загальні, основні, логічні) та форми (структурні та мовні) нормативно-правового акта. Биля І.О. висловлює думку, що зміст нормотворчої техніки складається з правил і засобів, які, у свою чергу, поділяються на такі групи: логічні, спеціально-юридичні, мовностилістичні, правила й засоби структурування. «Міжінституційною угодою про загальні правила щодо забезпечення якості проектування Європейського законодавства» від 22 грудня 1998р., ухваленою Європейською Комісією, Радою і Парламентом передбачено п'ять груп правил – загальні (чіткості, простоти, точності); щодо різних частин акта; стосовно посилань; внесення змін до актів; заключних положень, скасування, додатків. У «Методичних рекомендаціях щодо розроблення проектів законів та дотримання вимог нормопроектної техніки», схвалених постановою колегії Міністерства юстиції України від 21 листопада 2000 р. №41, закріплено насамперед вимоги до структури, мови і термінології законопроекту, викладу нормативних положень.

У чому причина плюралізму стосовно арсеналу нормопроектувальної техніки? Причин декілька, на нашу думку, зокрема:

- до 90 років минулого століття питання нормотворчої (правотворчої) техніки розглядалось в основному лише на теоретичному рівні. Рівень фактичного використання наукових напрацювань був невисокий;
- дисертаційні та монографічні роботи, виконані за останні 10 років відображають у значній мірі авторський підхід, їм властивий певний дослідницький плюралізм навіть стосовно того який із термінів більш правильний – правотворча чи нормотворча техніка;

© Косович В., 2012

- методичні рекомендації в яких йдеться про правила нормопроектування в Україні видаються різними центральними органами виконавчої влади. У даних документах відповідно відображені певною мірою свої специфічні (відповідно до профілю та завдань) вимоги до нормо проектування;
- відсутність єдиного законодавчого акта, який би мав характер «типового» для інших аналогічних. Таким актом мав би бути Закон України «Про нормативно-правові акти». На сьогодні на статус «основ» претендують Методичні рекомендації Міністерства юстиції України;
- відсутня чітка система правил нормопроектування й на міжнародному рівні. Так, у правових акта, виданих органами Європейського Союзу, визначено лише загальні вимоги до європейського законодавства, що створює труднощі при їх імплементації у національну практику;
- до елементів нормотворчої техніки відносять і засоби, і прийоми, і правила, і способи. Всі вони різняться за спрямованістю, місцем, значимістю тощо. Наприклад, правові дефініції і вимоги до структури нормативно-правого акта.

Які наслідки такого плюралізму? Видається тільки негативні, оскільки це спричиняє до:

- неналежного використання нормотворчої техніки й відповідно створення неякісних нормативно-правових актів;
- змістовних та формальних відмінностей між різними нормативно-правовими актами. Наприклад, в одних законах ми знаходимо чимало правових дефініцій (Податковий Кодекс України, Закон України «Про громадянство»), а в інших їх обмаль (Закон України «Про Конституційний суд України»); в деяких нормативно-правових актах визначення подаються на початку тексту (Закон України «Про телебачення і радіомовлення»), натомість в інших при першому використанні (Закон України «Про статус суддів і судоустрій»). Неоднакове використання юридичної термінології зумовлює те, що у Цивільному кодексі України оціночні поняття тлумачаться у текстах статей вкрай рідко, у той час коли у Кримінальному Кодексі України чи не половина оціночних понять інтерпретується законодавцем;
- колізій як в межах певного нормативно-правового акта, так і між різними нормативно-правовими актами; розбіжностей між законами і підзаконними нормативно-правовими актами, що регулюють єдину групу суспільних відносин.

З метою подолання вказаних недоліків і вдосконалення нормативно-правових актів України видається за необхідне сформувати єдину ієрархічно упорядковану і логічно зв'язану систему засобів та правил нормотворчої техніки. Спробуємо змоделювати таку систему, беручи за основу такий критерій як значимість нормотворчого інструментарію для створення якісних нормативно-правових актів в Україні (оскільки питання надзвичайно об'ємне розглянемо саме ті «нормотворчі властивості», які визначають місце певного елементу у системі складових нормотворчої техніки. Спроба створення такої системи здійснювалась уже у попередніх публікаціях, однак потребує уточнення і додаткової мотивації).

Місце кожного із складових елементів нормотворчої техніки має, на нашу думку, визначатись обсягом вимог (правил) до нормативно-правових актів – починаючи із загальних, які стосуються всього акта (наприклад, законності), і завершуючи конкретними (йдеться про спеціальні засоби нормотворчої техніки, що використовуються в окремих статтях нормативно-правового акта, наприклад, правові дефініції). Якщо при відсутності перших взагалі постає питання про чинність нормативно-правових актів, то належне використання других лише впливає на їх якість. Ще одним чинником, який вказує на співвідношення складових нормотворчої техніки може бути їх змістовне навантаження. Нагадаємо, що найчастіше нормотворчу техніку асоціюють із *вимогами* до створюваних нормативно-правових актів, *засобами*, що для цього використовуються і *правилами* їх використання. Саме ці складові нормотворчої техніки є визначальними. Способи, прийоми, методи і таке інше, про які ведуть мову окремі дослідники, не що інше як компоненти правил. Наприклад, прямий чи бланкетний спосіб викладу нормативно-правового припису у статті нормативно-правового акта є частиною правил закріплення юридичних норм у джерелах права. Вказана тріада є *своєрідною формулою нормотворчої техніки,* у якій кожний наступний елемент виконує функцію забезпечення реа-

лізації в процесі нормотворення попереднього ї є певним чином похідним від нього. Наприклад, пункт 6 частини 2 статті 9 Проекту Закону України «Про нормативно-правові акти» (внесеному до Верховної Ради України народним депутатом України Ю. Мірошниченком (реєстр. №7409 від 01.12.2010р.) ставить до проекту нормативно-правового акта вимогу бути ясним, чітким, зрозумілим …. Одним із засобів досягнення цього завдання є юридична термінологія. Для належного використання юридичних термінів має бути вироблена система правил (приміром, правил введення в текст нормативно-правових актів оціночних понять).

Також, необхідно визначитись із складовими нормотворчої техніки. Для цього приєднаємось до позиції Кашаніної Т.В. щодо їх поділу на дві групи: ті, що стосуються змісту нормативно-правових актів (далі змістовні) й ті, за допомогою яких правотворчі суб'єкти надають правовим нормам відповідної форми (далі формальні). При цьому пріоритет має бути за змістовними, оскільки саме вони використовуються для створення нормативно-правових приписів. Засоби і правила оформлення юридичних норм у статті нормативно-правових актів є також важливими, однак мають допоміжний характер. Наприклад, загальновідома юридична конструкція складу правопорушення змістовно створена, виходячи із чотирьох невід'ємних елементів протиправного діяння. А вже для їх позначення у галузевих нормативно-правових актах законодавець використовує ту чи іншу термінологію. Термінологія може із часом змінюватись, а конструкція залишається сталою.

До змістовних мають належати такі вимоги та засоби:

- *загальні вимоги* (законності, доцільності, обґрунтованості, сучасності, стабільності, економічності та інші) передбачають наділення нормативно-правових актів властивостями без яких вони не здатні належно здійснювати правове регулювання суспільних відносин. Так, порушення вимоги законності внаслідок видання неправомочним органом чи із порушення процедури є підставою для визнання акта нечинним. Згадаймо рішення Конституційного Суду України стосовно змін до Конституції України передбачених Законом України №2222-ІУ від 8 грудня 2004р.;
- *логічні вимоги* сприяють єдності, узгодженості, послідовності, наступності нормативних приписів, закріплених в нормативно-правових актах;
- *засоби формування змісту*: *принципи права* відображають основні засади на яких базуються нормативно-правові приписи; слугують для суб'єктів нормотворення своєрідною калькою. Наприклад, принцип гуманізму спонукає розробників нормативно-правових актів закріплювати в юридичних нормах невід'ємні природні права людини. *Правові конструкції* забезпечують стабільність і економічність права. У них відображені стійкі зв'язки між елементами правових явищ, закріплюються визначальні положення певних інститутів чи навіть галузей права. Наприклад, юридична конструкція права власності окреслює вихідні параметри регулювання нормами цивільного закону майнових відносин. *Правові дефініції* використовуються нормопроектантами з метою тлумачення термінів, певне розуміння яких зумовлює відповідні юридичні наслідки. *Правові презумпції, правові фікції та правові аксіоми* слугують додатковими засобами для моделювання правових норм.

Друга група засобів та правил (стосовно форми нормативно-правового акта) охоплюють у вказаній послідовності:

- *юридичну термінологію* та правила її використання (мовні правила). Першість термінології як засобу текстуального оформлення правових норм визначається тим, що від словесної матеріалізації нормативних приписів у значній мірі залежить ефективність їх втілення у юридичній практиці. Так, наприклад, оптимальне використання формально визначених і оціночних термінів у статтях нормативно-правових актів, використання тієї чи іншої форми викладу, формування норм приписів чи логічних норм сприяють належному відображенню правових норм в нормативно-правових актах;
- *структура нормативно-правового акта* (частини, позначення складових, додатки, посилання и таке інше) є чинником юридичної оформленості нормативно-правового акта, полегшує «оперування» нормативно-правовими приписами. Наприклад, нумерація абзаців є зручною при посиланні на статті нормативно-правових актів;

- *реквізити* є невід'ємною частиною правових документів. Їх відсутність може бути причиною визнання нормативно-правового акта нечинним, наприклад, у випадку відсутності усіх необхідних підписів.

Запропонована ієрархічна система вимог, засобів нормотворчої техніки та правил їх використання має бути визначальною для розробників проектів нормативно-правових актів, потребує закріплення в Законі України «Про нормативно-правові акти». За такої умови нормопроектувальна техніка стане найважливішою передумовою для створення якісних нормативно-правових актів України.

НОРМАТИВНО-ПРАВОВИЙ ІНСТИТУТ: ПРИВАТНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

Левицька Н.

Львівського національного університету імені Івана Франка

Однією з тенденцій розвитку системи джерел права України є розширення сфери приватно-правового регулювання, зокрема в сучасних умовах спостерігається збільшення кількості нормативно-правових приписів, які регулюють відносини між юридично рівними суб'єктами з метою задоволення їх інтересів. В свою чергу, масив таких нормативно-правових приписів має бути структурований на галузі та інститути у межах системи джерел права. При цьому особливе місце в такій структурі відводиться нормативно-правовому інституту, що є проміжною ланкою між нормативно-правовим приписом та нормативно-правовою галуззю.

У юридичній літературі традиційно і дотепер увага приділяється лише структурним підрозділам системи законодавства (Алексєєв С. С., Баранов В. М., Бобровник С. В., Керімов Д. А., Киримова О. А., Марченко М. М., Міцкевич О. В., Піголкін А. С., Полєніна С. В., Рабінович П. М., Шмельова Г. Г., Ющик О. І., Тихомиров Ю. О.). Проте такий підхід вже не відповідає сучасним реаліям. Разом з тим малодослідженими в літературі залишаються питання системи джерел права і такого її структурного підроділу, як нормативно-правовий інститут.

Нормативно-правовий інститут як структурний компонент системи джерел права є комплексом нормативно-правових приписів, що регулює за допомогою специфічних правових прийомів та засобів певний вид чи сторону однорідних суспільних відносин.

Нормативно-правовий інститут володіє такими властивостями: первинним елементом є нормативно-правовий припис; приписи нормативно впорядковані (взаємопов'язані та взаємоузгоджені); володіє однорідним змістом (регулює певний вид, сторону однорідних суспільних відносин); характеризується наявністю юридичної єдності нормативно-правових приписів, що заснована на єдності змісту та юридичної форми виразу; має суб'єктивний характер, оскільки залежить від діяльності суб'єктів та їх правосвідомості; є відносно самостійною складовою частиною однієї чи декількох галузей, яка об'єктивно необхідна для забезпечення цілісності правового регулювання у їх межах; основними критеріями диференціації у межах галузі є особливості предмета та методу правового регулювання.

В той же час, пізнавальне значення має класифікація нормативно-правових інститутів, в результаті якої за суб'єктним складом та методом регулювання виокремлюють публічні та приватні нормативно-правові інститути.

Приватні нормативно-правові інститути характеризуються тим, що вони об'єднують нормативно-правові приписи, які регулюють відносини між юридично рівними суб'єктами диспозитивним методом. Традиційно приватні нормативно-правові інститути регулюють відносно самостійні групи цивільних, сімейних, трудових, господарських, земельних відносин. В той же час, не всі групи суспільних відносин, що належать до цих сфер, регламентуються приватними нормативно-правовими інститутами. Так, у цивільній, сімейній, трудовій та деяких інших сферах суспільного життя є частка відносин, сторонами яких є не юридично рівні, а підпорядковані суб'єкти, діяльність яких спрямована на задоволення загального інтересу. І ті нормативно-правові приписи, які регаментують такі відносини, належать не до приватних, а до публічних нормативно-правових інститутів.

Наприклад, нормативні приписи, що закріплені у Главі XI Кодексу законів про працю, Законі України «Про охорону праці» та деяких підзаконних нормативно-правових актах, які регулюють відносно самостійну групу трудових відносин, пов'язану із охороною праці, віднести до приватних нормативно-правових інститутів було б некоректно. Пояснюється це тим, що відносини між їх учасниками (роботодавцем, найманими працівниками, органами державної влади) виникають між юридично підпорядкованими суб'єктами у зв'язку із задоволенням загального інтересу.

Таким чином, приватно-правовий інститут – це сукупність нормативно-правових приписів, що регулюють певну групу однорідних відносин між юридично рівними суб'єктами дис-

© Левицька Н., 2012

позитивним методом. Приватно-правові інститути характеризуються диспозитивністю, учасники яких не володіють жодною примусовою владою один щодо одного та відокремлені від державної влади, ініціатива залежить від волі приватних осіб, громадян, їх об'єднань, недержавних суб'єктів господарювання, а регулювання відбувається на засадах координації, тобто за принципами автономії та юридичної рівності суб'єктів. Таким чином, приватно-правові інститути реалізуються за принципом індивідуалізму щодо окремих осіб.

Внутрішня будова приватно-правового інституту базується на специфічній юридичній конструкції. За своїм змістом нормативно-правовий інститут є простим і складним. Так, нормативно-правовий інститут припинення шлюбу в сімейному праві є простим, він включає нормативно-правові приписи однієї галузі. Складним, комплексним нормативно-правовим інститутом є інститут власності, який являє собою сукупність нормативно-правових приписів, які входять до складу різних галузей права (конституційного, цивільного, сімейного, адміністративного та інших галузей права). Нормативно-правові інститути поділяються на більш дрібні сукупності нормативно-правових приписів – субінститути, які зберігають єдність свого предмету (інститут договору оренди – поділяється на субінститути прокату, оренди транспортних засобів, фінансової оренди) Так, в інституті трудового договору можна виділити такі субінститути: укладення трудового договору, переведення на іншу роботу, припинення трудового договору**.** Приватно-правові інститути є відносно самостійними, вони тісно пов'язані із публічно-правовими інститутами.

ОСНОВНІ ПІДХОДИ ДО РОЗКРИТТЯ ЗМІСТУ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

Луців О.

Львівського національного університету імені Івана Франка

Згідно зі ст. 8 Основного Закону «в Україні визнається і діє принцип верховенства права». Незважаючи на те, що з точки зору Венеціанської Комісії «принципи верховенства права добре відображено в тексті Конституції», теперішній стан законодавчого закріплення цього принципу в Україні характеризується, як видається, недостатньою конкретизацією його змісту. А це не може не створювати певні труднощі для правозастосовної практики.

Серед вітчизняних учених, які присвятили з'ясуванню сутності принципу верховенства права свої праці, слід відмітити А. Георгіцу, С. Головатого, В. Гончаренка, О. Зайчука, А. Зайця, р. Калюжного, М. Козюбру, А. Колодія, О. Копиленка, Л. Луць, О. Мироненка, Є. Назаренко, Ю. Оборотова, М. Орзіха, О. Петришина, В. Погорілка, А. Пухтецьку, П. Рабіновича, В. Семчика, О. Скрипнюка, В. Тація, Ю. Тодику, В. Шаповала, С. Шевчука, Ю. Шемшученка, С. Яценка та ін. З огляду на те, що більшістю з них пропонуються власні інтерпретації цього принципу, одним з першочергових завдань, які стоять перед українською юриспруденцією, є забезпечення більш-менш однозначного розуміння його змісту.

Відносно успішні спроби класифікувати підходи вітчизняних дослідників до розкриття змісту принципу верховенства права були здійснені С. Головатим, М. Козюброю і С. Шевчуком. Як свідчить аналіз праць цих авторів, на сьогодні в українській юридичній науці остаточно сформувалися два основні підходи до з'ясування сутності означеного принципу – «поелементний» та «інтегральний» (пропоновані назви мають певною мірою умовний характер).

Незважаючи на те, що саме поелементний підхід домінує в сучасній науковій літературі, деякі дослідники критично називають його «прямолінійно-механістичним», що, однак, не зовсім вдало відображає суть цього підходу. Засади поелементного сприйняття верховенства права досить повно сформулював П. Рабінович. На його думку, для розкриття змісту цієї категорії необхідним є її, так би мовити, «поелементний аналіз»: слід з'ясувати, по-перше, яке явище відображається за посередництвом терміно-поняття «право» і, по-друге, в чому полягає верховенство цього явища. Якщо відповідь на перше питання повинна виявити той феномен, якому має бути надано «панування» у суспільстві та державі, то відповідь на друге – покликана встановити, в який спосіб така ситуація може бути досягнута. Інакше кажучи, поелементний підхід до інтерпретації верховенства права характеризується з'ясуванням сутності цього явища шляхом поєднання значень слів «верховенство» і «право».

Важко не помітити, що за умови застосування поелементного підходу при розкритті змісту принципу верховенства права вирішального значення набуває різновид праворозуміння, який підтримується тим чи іншим дослідником. Тому варто погодитися з думкою П. Рабіновича, який вважає, що соціальна сутність цього принципу визначається насамперед інтерпретацією терміно-поняття «право». З урахуванням того, що розуміння права в українській юридичній науці характеризується плюралізмом поглядів на його природу, тлумачення категорії верховенства права також не є однаковим. Як наслідок, сучасні концепції верховенства права, в основі яких лежить поелементний підхід до з'ясування його сутності, можна умовно поділити на такі три групи: 1) позитивістські концепції, які верховенство права ототожнюють з верховенством закону (такі погляди висловлював, зокрема, В. Погорілко); 2) непозитивістські (природно-правові) концепції, побудовані на засадах розмежування права і закону (так, на думку П. Рабіновича, терміно-поняття «верховенство права» набуває самостійного значення лише за умови, що право розглядається як феномен, який виникає та існує незалежно від держави); 3) змішані (інтегративні) концепції, для яких характерне поєднання елементів концепцій двох попередніх груп (наприклад, позиція М. Орзіха, яка пов'язує верховенство права з панування правового закону над усіма іншими нормативно-правовими і правозастосовними актами держави). З огляду на таку різноманітність поглядів на природу верховенства права, заснованих на поелементному підході, висновок С. Головатого про те, що «поелементний

© Луців О., 2012

аналіз» цієї категорії скеровує вітчизняну наукову думку в бік юридичного позитивізму, є не зовсім точним.

Незважаючи на свою простоту і доступність для розуміння, поелементний підхід до з'ясування сутності верховенства права має один суттєвий недолік. Так, його використання унеможливлює уніфіковане тлумачення цієї категорії юридичною наукою. У зв'язку з тим, що однозначна інтерпретація принципу верховенства права є неодмінною умовою його успішного застосування правотворчою і правозастосовною практикою, деякі вітчизняні учені при розкритті змісту цього принципу послуговуються інтегральним підходом.

Суть інтегрального підходу досить вичерпно описав С. Головатий. Так, на його думку, словосполучення «the rule of law» необхідно сприймати не інакше як термін, придатний для відображення в узагальненому вигляді сукупності ідеалів, принципів, інститутів, механізмів і процедур, які є істотними для захисту людини від свавілля державної влади. Тому будь-які спроби дати вичерпне визначення терміно-поняття «верховенство права» заздалегідь приречені на невдачу. Верховенство права, як зазначає науковець, є інтегральним юридичним принципом, який з часів Альберта Дайсі в процесі своєї еволюції збагатився новими універсальними ідеями, які сьогодні виступають «важливими елементами» цього принципу. Серед них С. Головатий виділяє наступні: принцип народовладдя (демократії); принцип поділу державної влади; принцип відповідальності держави за свою діяльність; принцип законності; принцип незалежності і безсторонності суду; принцип доступності правосуддя; принцип справедливого судового розгляду; принцип поваги до прав людини і основоположних свобод; принцип заборони дискримінації; принцип ієрархічності нормативно-правових актів; принцип заборони зворотної дії законів; принцип правової визначеності; принцип обов'язковості судових рішень; принцип пропорційності та інші. З огляду на те, що верховенство права – це «жива і динамічна концепція», перелік таких принципів, на думку науковця, не є вичерпним. Ці «важливі елементи», більшість з яких знайшла своє відображення в тексті Конституції України, наповнюють принцип верховенства права конкретним змістом.

С. Головатий та інші представники інтегрального підходу до з'ясування сутності верховенства права відхиляють можливість «поелементного аналізу» цієї категорії. На їх думку, однією з причин, які скеровують вітчизняну юридичну науку в бік цієї методологічної помилки, є недосконалість українського перекладу англомовного виразу «the rule of law» шляхом поєднання двох окремих слів – «верховенство» і «право». З метою розв'язання цієї проблеми С. Головатий пропонує в якості українського відповідника словосполучення «the rule of law» використовувати однослівний термін «правовладдя».

При застосуванні інтегрального підходу до розкриття змісту принципу верховенства права праворозуміння ученого відходить на задній план. У цьому разі кінцевий результат інтерпретації цього принципу залежить від тих конкретних ідей, якими наповнює його зміст той чи інший автор.

Незважаючи на свою зовнішню привабливість, інтегральний підхід до з'ясування сутності верховенства права має певні вади. Так, за умови його застосування верховенство права як юридичний принцип втрачає свій самостійний зміст, перетворюючись лише в сукупність «важливих елементів», перелік яких визначається позицією конкретного науковця. Як наслідок, досліджуваний принцип – це фікція, яка не несе жодного смислового навантаження. У цьому разі вживання законодавцем терміно-поняття «верховенство права» видається зайвим, таким, що не покладає на державу будь-яких додаткових зобов'язань.

З часу, коли терміно-поняття «верховенство права» увійшло до текстів міжнародно-правових документів універсального і регіонального рівнів, у юриспруденції виникла потреба в такому його концептуальному переосмисленні, яке, вивівши узгоджене розуміння цього принципу, могло б з однаковим успіхом задовольнити особливості різних політико-правових систем. Це, у свою чергу, мало б підвищити рівень практичної значимості верховенства права як юридичного принципу, забезпечити його реальну дієвість. Незважаючи на деякі позитивні риси розглянутих підходів до з'ясування сутності принципу верховенства права, їм притаманні також і певні недоліки. Це зумовлює необхідність продовжити пошук оптимального визначення досліджуваної категорії.

ПСЕВДОМОРФОЗИ У ВІТЧИЗНЯНІЙ ПРАВОВІЙ НАУЦІ

Луць Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сучасний етап розвитку вітчизняної правової науки супроводжується активним пошуком наукових парадигм, які б відповідали існуючим реаліям, та нагромадженням наукових знань в їх межах. Водночас, спостерігається і поява псевдоморфозів (юридичних химер) у правовій науці.

Хоча юридичні химери є атрибутом наукового пошуку, проте тенденція до стійкого їх зростання є вже загрозливою для вітчизняної юридично науки.

Поняття псевдоморфозу із природничих наук у соціологічні ввів О. Шпенглер, який під псевдоморфозом розумів удавану форму, утворення, зовнішній вигляд якого суперечить внутрішній його будові.

Словники трактують псевдоморфоз як хибну форму кристалів, в якій первинна складова і та, що її змінила є однаковими за хімічним складом, але відмінними за кристалічною структурою. При цьому, варто зазначити, що морфоз – це мутація, зміни під впливом середовища, зовнішніх факторів. Зустрічається і таке розуміння псевдоморфозу – удаване утворення, зовнішня форма якого не відповідає його складу та внутрішній будові.

У юридичній літературі висловлюється думка, що псевдоморфози (юридичні химери) – це юридичні поняття, конструкції, які існують без реальних на це підстав, це плід гносеологічних побудов, що не мають онтологічної основи, це удавані зовнішні форми правових явищ, що не мають реальної внутрішньої структури або в яких фіксується неспівпадіння з реальною внутрішньою структурою (паразитування на чужій формі).

Для правових псевдоморфозів характерним є введення чужого для правової матерії змісту, відсутність власного змісту чи приховування вже відомого (інколи науково банального). Так, зокрема псевдоморфози у праворозумінні це часто комбінації деяких самостійних концепцій, теорій, які не можуть поєднуватись і не мають власної світоглядної основи. При цьому, така конструкція є хибною ідеєю, вигадкою, оманою. Вона розпадається при зіткненні з реальністю чи при зіставленні з основними ознаками чи параметрами будь-якого правового явища.

У юридичній літературі виокремлюють насамперед філософсько-юридичний, природньонауковий та юридико-догматичний псевдоморфози. Їх поява зумовлена намаганнями національної юриспруденції створити нові параметри для правової науки. В той же час, хаотичне нагромадження знань, відсутність наукових критеріїв отримання результатів, відсутність і дотепер власних фундаментальних концепцій та інші показники допарадигмальності вітчизняної правової науки сприяють часто не розвитку науки, а створенню значної кількості псевдоморфозів, які мовою кібернетики є зайвою інформацією, що створюють «своєрідні шуми», загрозливі для розвитку правознавства.

Для вітчизняної правової науки характерним є запозичення із зарубіжної науки, калькування парадигм, концепцій, доктрин, наукових думок та позицій, а також намагання їх пристосувати до національної юридичної практики. Еволюція запозичень є такою: концепція правової держави, громадянського суспільства, теорія прав людини, природнича юриспруденція, верховесntво права, дуалізм праворозуміння, юридична геременевтика, інтегративне праворозуміння та ін.

У межах тієї чи іншої з них, у період «найбільшої наукової уваги» формуються наукові ідеологеми, що є не лише загрозливими для розвитку правової науки, але й свідчать про пошуки науковим співтовариством адекватної заміни концепції соціалістичного права.

Під кутом зору створення нових філософських параметрів, «методологічного плюралізму» відбувається пристосування невідомих раніше вітчизняній юридичній науці філософських концепцій, теорій, доктрин, що породжує філософсько-юридичні псевдоморфози. Пр цьому ігнорується правило: «не всі філософські доробки можуть бути застосовані у юриспруденції, а право потребує далеко не всіх із них».

© Луць Л., 2012

Доволі витребуваними у сучасній вітчизняній правовій науці є ті чи інші положення філософської геременевтики. Деякі автори зазначають, що юридична геременевтика бере свої витоки у філософській герменевтиці і для неї абсолютно правильне розуміння не лише є недосяжним, але і навряд чи необхідним. Інші вважають, що особливим евристичним потенціалом володіють ті герменевтичні концепції та поняття, які дають змогу поглибити уявлення про правоявища (явище, яке відображається поняттям права) та про тлумачення юридичних норм, при цьому розуміння як результат стає передрозумінням для досягнення нового, якісно вищого рівня розуміння, що приводить до поглиблення останнього та зумовлює спіралеподібність праворозуміння, але при цьому не формується уподібнене розуміння нормативно-правових приписів.

Видається, що вітчизняні правознавці не враховують того, що філософська герменевтика має лише опосередковане відношення до права. Так, якщо Х. Гадамер не розрізняє теологічну та юридичну герменевтику (смисл закону та релігійного тексту кожний раз, на його думку, трактується по-різному), то на відміну від релігії юридична практика потребує уподібненого розуміння нормативно-правових приписів, норм права, інакше правозастосування буде непередбачуваним, не зможе бути ефективним, стане перешкодою для досягнення правопорядку, стабільності у суспільстві.

Тому і не дивно, що після загальної характеристики філософської герменевтики та юридичної геременевтики, автори змушені звертатися до відомих теорії права способів тлумачення: філологічного, системного, історичного, функційного та ін.

Витребуваними у вітчизняній юриспруденції є також положення синергетики, феноменології, комунікації тощо. Але, як і у вищенаведених прикладах, автори, на жаль, не встановлюють наукових параметрів «нових конструкцій», не називають критеріїв отримання наукових результатів, не виявляють особливостей впровадження тієї чи іншої концепції у національній юридичній практиці.

Таким чином, при використанні філософських положень, термінології у правовій науці спостерігається втрата ними свого смислу, і в той же час вводиться не властивий для них смисл у юриспруденцію.

Для вітчизняної правової науки властивим є і переведення деяких положень правознавства на мову природничих наук чи юридизація категорій цих наук, що є виходом за межі правової матерії, тобто природньонауковим юридичним псевдоморфозом.

І поява таких псевдоморфозів спостерігається давно, так, наприклад, ще у давнину була сформована ідея про «природнє право» як про справедливість, що визначається вищим розумом, який формує закони, спільні як для людини, так і для природи. Та й римська правова доктрина визнавала природнє право універсальним правом для людини та природи. Проте з того часу метафізичні уявлення суттєво змінилася у ході розвитку людства. Та й вже понад століття очевидним для науки є приницп невідповідності природньонаукових методів пізнання при дослідження соціальної матерії. Адже для природничих наук важливе значення мають елементи тотожні, а для соціальної науки, де перевагу має індивідуалізація, такі елементи є лише аналогічними.

Проте, не зважаючи на це, у правознавстві активізується намагання перенести природньонаукові поняття у правову сферу. Так, у вітчизняній юридичній науці останнім часом посилена дослідницька увага приділяється феномену людини, особливо під впливом європейських правових стандартів. І в цій царині юридизація понять є найбільш широким: права людини, правова антропологія, правова та юридична людина, кінематографічний образ прав людини, людина в праві та ін. Залишилось хіба що неохопленими проблеми «правової фізіології».

Але така юридизація спостерігається і в інших сферах правознавства: правова кібернетика, юридична психологія, правова статистика, природнє право, загальносоціальне право, фольклорне право, народно-правові постулати, правова комунікація тощо.

До юридико-догматичних псевдоморфозів можна віднести і багатоманітні визначення понять «право», особливо в контексті зміни ідеологічної основи для науки. Хоча у літературі цей процес має найменування «зміна типу праворозуміння» від позитивізму до природничої юриспруденції. Так, напркилад, «виникає» природня, загальносоціальна чи соціально-

природнича концепція права, згідно з якою право – це певні можливості учасників суспільного життя, які є необхідними для задоволення їхніх потреб і забезпечуються обов'язкими інших суб'єктів.

Або ж соціально-натуралістична концепція права, у межах якої право трактується як засіб узгодження суспільного життя людей із законами соціальної природи; а сутність її, на думку автора, полягає у визначених законами соціальної природи природних свободах і природних обов'язках людей, закріплених у формі писаного чи неписаного законодавства, звичаїв, релігійних норм, табу та інших правил, використання яких забезпечується суспільними засобами. Автор важає, що саме так має розумітися право у світлі «натуралістичної юриспруденції», і саме на основі подальшого розвитку натуралістичного світогляду, який був покладений в основу римського права, має формуватися нове, модернізоване право.

Щоправда, при цьому автор забуває, що метафізичні уявлення у давнину суттєво відрізнялися від мисленнєвих конструкцій сучасників, та й засоби і форми пізнавального процесу є іншими.

Видається, що часто новатори намагаються мисленнєвими конструкціями, поняттями замінити правову реальність. Аналіз же правових явищ, виявлення природи права, встановлення його основних ознак свідчить про наявність абстрактних концепцій, що не відповідають реальності. Відтак ці поняття виникають не в результаті аналізу правових явищ, а в результаті дослідження поняття про ці явища. При зіткненні ж їх з правовою реальністю вони або розпадаються, або виявляються вже відомими для науки.

Так, у наведених поняттях права, якщо застосувати логічну операцію – відкинути все, що відображається неюридичними термінологією (лезо Оккама), залишиться лише те, що вже відомо соціологічній науці: учасники суспільних відносин, соціальні зв'язки та соціальні регулятори. Більше того, на думку р. Циппеліуса, саме нормативні (серед них і правові) регулятори необхідні індивіду для орієнтації у соціумі, особливо важливими вони є у сучасному суспільстві, яке зазнає суттєвих змін під впливом глобалізації, адже саме правові орієнтири забезпечують соціальну стабільність. А хто ж створить правові регулятори у сучасному суспільстві, якщо відповідно до названого розуміння права відкидається правотворча діяльність держави як соціального інституту, що об'єктивно виник у зв'язку з розвитком соціальної системи і покликаний забезпечувати її стабільність?

Отже, очевидно, що створення таких правових абстракцій, понять має бути не самоціллю, інакше вони можуть стати шкідливими та сприяти появі соціальних дисфункцій. Вони можуть бути загрозливими і для подальшого розвитку науки, оскільки спрямовані на формування не концепцій, а концептуальних форматів, певних наукових ідеологем, «наукових надсистем», які заперечують попередні наукові надбання чи проголошуються найвищою чи єдиною науковою цінністю. По відношенню до них всі інші правові цінності стають підлеглими і спрямованими на обслуговування лише основної ідеологеми.

Хибна ж їх універсальність є перешкодою для формування дійсно наукових концепцій, є умовою некритичного запозичення чи навіть калькування зарубіжних правових парадигм, створення перешкод для формування власних концепцій, парадигм.

Отже, поява значної кількості псевдоморфозів у вітчизняній правовій науці хоч і є свідченням її активних наукових пошуків, в той же час є і реально загрозою для її розвитку. І дозволить її подолати лише досягнення вітчизняною правовою наукою належного парадигмального та методологічного рівня.

ОСОБЛИВОСТІ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ НАЦІОНАЛЬНОЇ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЇ УНІФІКАЦІЇ

Монастирський О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Розвиток сучасних європейських правових систем континентального, англійського та скандинавського права супроводжується посиленням тенденцій до нормативно-правової уніфікації, яка спрямована на збалансованість та впорядкованість, а відтак і ефективність правового регулювання. Нормативно-правова уніфікація, як спосіб створення однакових (уподібнених) нормативно-правових приписів є все більш витребуваною у сучасний період стрімких змін у європейському соціальному просторі. Це стосується, зокрема, і національної уніфікації.

У юридичній літературі висвітлюються ті чи інші аспекти європейської нормативно-правової уніфікації, зокрема у працях С. Бахіна, р. Давіда, В. Денисова, П. Круза, р. Леже, Л. Луць, А. Саідова, Ю. Тихомирова та ін. Проте, низка питань нормативно-правової уніфікації у континентальному, англійському та скандинавському типах правових систем залишаються малодослідженими.

Національна нормативно-правова уніфікація є цілеспрямованою та веде до створення, як правило, кодифікованих актів, хоча її результати можуть об'єктивуватися і у конституціях, законах, нормативно-правових прецедентах та інших джерелах права.

Найбільш витребуваною формою кодифікованих (уніфікованих) актів в континентальному праві є кодекси. У сучасних умовах наявність значної їх кількості є ідентифікаційною ознакою цього типу правових систем.

Для кодексів є характерним найвищий рівень уніфікації серед інших джерел національного права. Вони регулюють, як правило, значні сфери суспільних відносин. Основні засади регулювання у правових системах континентального типу визначають, насамперед, кримінальні, кримінально-процесуальні, цивільні, цивільно-процесуальні та торгівельні (комерційні) кодекси.

Кодифікацією також охоплюються такі галузі законодавства, як трудове, екологічне, фінансове, податкове, бюджетне, митне тощо. При чому кодифікацією охоплюються не лише галузі, а й інститути законодавства. Для правових систем континентального права завжди був притаманний стабільно високий рівень уніфікації, але ускладнення суспільних відносин, збільшення кількості суб'єктів є умовами для ще більшої її витребуваності. Найбільш кодифікованою є правова система Франції, в якій, окрім названих вище кодексів, діють виборчий, природоохоронний, валютний та інші кодекси. А в деяких сферах використовуються і консолідовані акти, які часто мають найменування «кодекс»: адміністративний кодекс, кодекс доріг громадського користування та ін.

Водночас необхідно звернути увагу на те, що кодифікацією у континентальному праві у значній мірі охоплюються публічно-правові відносини. У приватній сфері у межах кодифікованих актів визначаються лише основні параметри правового регулювання, і це пов'язано з тим, що у цій сфері межі для взаємодії суб'єктів суспільних відносин є значно ширшими. Водночас і у приватній, і у публічній сферах межі національної уніфікації значно звужуються за рахунок міжнародно-правової уніфікації.

У правових системах англійського права нормативно-правова уніфікація має значно нижчий рівень, ніж у континентальному праві. Основними її джерелами є закони, консолідовані акти, судові прецеденти. Часто вона не має цілеспрямованого характеру, а фіксація уніфікованих приписів у судових прецедентах має звужений характер, оскільки поширює дію лише на відносини в аналогічних справах. В цілому система англійського права є менш формалізованою, а це знижує потребу в нормативно-правовій уніфікації чи знижує її рівень.

Виразну особливість має нормативно-правова уніфікація у скандинавських правових системах, яка має ознаки як континентального, так і загального права. Системи джерел права у скандинавському типі є різноманітними – в них діють і нормативно-правові акти, і нормативно-правові договори, і правові звичаї, і судові прецеденти, і принципи права, але в ієрархії

© Монастирський О., 2012

джерел важливе місце займають конституції чи конституційні закони. У скандинавських правових системах також діють і кодекси, хоча їх є значно менше, ніж у континентальному праві. Отже, певна частка уніфікованих приписів фіксується саме у них.

Але найбільш специфічними ознаками цього типу є наявність значної кількості уніфікованих законів. У скандинавських правових системах уніфікованим є торгове, морське, вексельне, договірне, сімейне, деліктне, зобов'язальне, спадкове право, законодавство про компанії тощо. При цьому необхідно зазначити, що цілеспрямована уніфікація у скандинавському здійснюється у сфері приватного права шляхом встановлення спеціальних уніфікованих законів.

Отже, межі нормативно-правової уніфікації в скандинавському типі є значно ширшими, ніж в англійському типі, проте також спостерігається звуження сфер національної нормативно-правової уніфікації за рахунок міжнародно-правової уніфікації.

Звуження меж національної нормативно-правової уніфікації зумовлено, насамперед, імплементацією міжнародних договорів та забезпеченням їх використання у національній практиці.

Так, конвенції та інші міжнародні договори Ради Європи спрямовані на гармонізацію та уніфікацію національного законодавства держав-учасниць Ради Європи. Ще більший рівень уніфікації забезпечується судовою практикою Європейського Суду з прав людини, яка впливає і на зміну національної системи джерел права, і на зміну національної правозастосовчої практики.

Але найбільш інтенсивно на національну нормативно-правову уніфікацію впливають правові стандарти Європейського Союзу. Особливо активно цей процес здійснюється у сфері приватного права.

Нормативно-правова уніфікація, що здійснюється в межах Європейського Союзу, має вплив на нормативно-правову уніфікацію в державах-учасницях і є цілеспрямованою, адже Європейський Союз має виключні повноваження у таких сферах, як: митний союз, встановлення правил конкуренції, необхідних для функціонування внутрішнього ринку, монетарна політика – для держав-членів, валютою яких є євро, збереження морських біологічних ресурсів у рамках спільної політики в сфері рибальства, спільна торгівельна політика.

Наприклад, в Регламенті ЄС про запровадження Митного кодексу Співтовариств 1992 року зазначається, що митні правила будуть уніфіковано застосовуватись на всій митній території ЄС (території держав-учасниць).

Більше того, наявність такого спеціального уніфікованого акта (а регламенти ЄС ще й мають пряму дію в правових системах держав-учасниць) нівелює потребу в національній нормативно-правовій уніфікації в цій сфері.

В той же час, необхідно зазначити, що міжнародно-правова уніфікація не може замінити національну нормативно-правову уніфікацію, адже вона здійснюється у сферах, які не віднесені до міжнародно-правової уніфікації.

І хоча нині майже не залишилося сфер, які б не були охоплені міжнародно-правовою уніфікацією в тій чи іншій формі, проте є сфери малопристосовані до міжнародно-правової уніфікації – кримінальне право та процес, право власності на нерухомість, правовий статус фізичних та юридичних осіб, оскільки такі сфери мають у національних правових системах чітко виражені особливості.

При цьому необхідно зазначити, що в сучасних умовах спостерігається спрямованість міжнародно-правової уніфікації на нові сфери відносин: біотехнології, комп'ютерні програми, супутникове чи кабельне телебачення, творча діяльність, транскордонне банкрутство тощо. Водночас ці сфери звужують межі національної нормативно-правової уніфікації.

У юридичній літературі в той же час, зазначається, що уніфіковані норми все більше конкурують з колізійними нормами міжнародного приватного права, а під уніфікацію в більшій мірі підпадають норми матеріального права.

Все це дозволяє констатувати, що європейська національна нормативно-правова уніфікація – це спосіб створення однакових або уподібнених нормативно-правових приписів з метою забезпечення ефективного правового регулювання суспільних відносин у межах національної правової системи.

Національна нормативно-правова уніфікація в значній мірі є цілеспрямованою, здійснюється суб'єктами національної правотворчості або уповноваженими на це суб'єктами; охоплює у значній мірі норми матеріального права; звужується за рахунок міжнародно-правової уніфікації; є більш витребуваною у зв'язку з ускладненням суспільних відносин.

Водночас необхідно зазначити, що для національної нормативно-правової уніфікації характерними є особливості, що притаманні конкретній правовій системі, які обумовлюються її історичним розвитком, специфікою національного правового регулювання тощо, а також і типологічні особливості: континентального, загального, скандинавського права. І ці особливості необхідно враховувати при визначенні сфер національної нормативно-правової уніфікації та розмежування із міжнародно-правовою уніфікацією, при створенні уніфікованих приписів та їх об'єктивації. А це в свою чергу дозволяє забезпечити ефективне правове регулювання суспільних відносин завдяки уніфікації.

ПРАВОВА ДОКТРИНА ТА ПРАВОВА НАУКА: СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ

Мочульська М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Вживання у наукових працях термінів «правова доктрина» або «юридична доктрина» зустрічається доволі часто. Однак використовуючи ці терміни у наукових дослідженнях, не всі науковці вкладають у них належний зміст. Нерідко термін «правова доктрина» вживається вченими як синонім терміну «правова наука». Так, науковець І. Семеніхін зазначає, що «правова доктрина тісно пов'язана із юридичної наукою, що виступає для неї в ролі своєрідного життєдайного джерела. Доктрина, доктринальні положення народжуються, як правило, в результаті ґрунтовних наукових досліджень. Це дозволяє деяким авторам розглядати відповідні правові явища як рівноцінні.»

На даний час у науці немає єдиного підходу до розуміння поняття «правова доктрина». Ряд науковців ототожнюють правову доктрину та правову науку. Наприклад, науковець А. Поляков вважає, що правова доктрина – це викладення певних норм та принципів авторитетними вченими-юристами; австралійський вчений П. Круз визначає доктрину як висновки з правових питань, виражені в книгах і статтях. Вказані дефініції правової доктрини можуть застосовуватися і як визначення правової науки.

Окрім цього у наукових працях нерідко можна зустріти такі вислови як «у правовій доктрині склалася думка», або «у правовій доктрині немає єдиного підходу до…» та ін.. Такі формулювання не є цілком правильними, оскільки терміни «правова доктрина» та «правова наука» не є рівнозначними.

При проведенні розмежування між правовою наукою та правовою доктриною необхідно зважати на те, що останню можна розглядати у широкому та вузькому розумінні.

У широкому розумінні правова доктрина виступає частиною правової науки, тобто ці поняття співвідносяться як частина та ціле відповідно. При цьому не вся правова наука є правовою доктриною. Критерієм розмежування правової науки та правової доктрини як її частини є визнання у наукових колах цінності певного наукового твердження, а також його авторитетності.

Справді, частина наукових досліджень відображає оригінальні, нетрадиційні підходи до вирішення певного кола правових проблем. Такі підходи, теорії, погляди є безперечно частиною правової науки. Особисте бачення автором певного явища чи факту, його думка не завжди співпадає із загальноприйнятими у наукових колах підходами. Авторське бачення, яке не одержало визнання у наукових колах, має право на існування та розвиток як частина правової науки, однак чи є воно правовою доктриною, тобто чи будь-який результат наукових досліджень у галузі права є правовою доктриною?

Видається, що правовою доктриною є лише ті наукові твердження, які одержали належне обґрунтування та визнання. Лише частина наукових тверджень має прикладне значення. Саме такі результати наукових досліджень визнаються правовою доктриною.

Окрім того, потрібно зважати на те, що наукові дослідження, розробки різняться за своєю цінністю, актуальністю, аргументованістю та результативністю. Правовою доктриною стають лише ті наукові твердження, які мають особливу наукову цінність та є загальновизнаними у наукових колах.

Розуміння правової доктрини у вузькому значенні передбачає визнання її в якості форми права. Визначаючи співвідношення між правовою наукою та правовою доктриною як формою права, необхідно звернути увагу на спільні риси зазначених явищ.

Спільними для правової доктрини як форми права та правової науки насамперед є суб'єкти їх творення. Як правова наука, так і правова доктрина, створюються, формуються науковцями-правниками, які проводять наукові дослідження у галузі юриспруденції. Однак при цьому не варто виключати можливість творення правової науки практичними працівниками, які здійснюють наукові дослідження. Існує аналогічна можливість формування правової докт-

© Мочульська М., 2012

рини юристами-практиками, однак це трапляється вкрай рідко. Поясненням цього факту є те, що створення правової доктрини – це тривалий та багатоетапний процес. Так, формування правової доктрини можливе лише внаслідок здійснення планомірних, системних наукових досліджень, оскільки правовою доктриною стають лише обґрунтовані твердження, які мають високий науковий рівень. Видається, що досягнути такого високого рівня можна тільки в результаті систематичної наукової роботи.

Ще однією спільною рисою досліджуваних явищ є те, що правова наука та правова доктрина є результатами мисленнєвої діяльності людини. Вони опосередковано відображають світогляд автора, особисте бачення ним того чи іншого питання. Тобто на розвиток правової доктрини та правової науки впливає не тільки наукова діяльність особи, а і її досвід, правосвідомість, світогляд та інші суб'єктивні фактори.

Однак, незважаючи на вказані спільні риси, правова доктрина як форма права та правова наука не є тотожними поняттями.

Правовою доктриною як формою права стають лише актуальні та аргументовані результати комплексних наукових досліджень. І. Семеніхін стверджує, що при дослідженні природи правової доктрини виникає питання «…які наукові положення можуть набувати ознак доктринальності й утворювати, власне, доктринальне право, активно впливати на правотворчі й правозастосовні процеси?» І одразу дає відповідь на нього, зазначаючи, що правовою доктриною є « … лише та частина наукових положень основоположного й концептуального характеру, що відповідає принципам й загальним тенденціям державно-правового розвитку, правовим традиціям, історико-культурним цінностям, які панують в суспільстві, отримують визнання з боку юридичної спільноти, а потім і з боку держави, втілюючись в юридичну складову державної політики, чинне законодавство, сприймаються юридичною практикою.».

У наукових колах критерієм розмежування правової науки та правової доктрини як форми права називають їх авторитет. Російський науковець С. Бошно стверджує, що для доктрини принципове значення має її дієвість, визнання, авторитетність, широта розповсюдження і впливу на суспільні відносини, які дозволяють цьому явищу претендувати на самодостатність. Мається на увазі наявність в даному феномені можливості реалізовуватися самостійно, незалежно від механізму державного примусу. С. Бошно зазначає, що авторитет доктрини куди більш високий, ніж авторитет науки.

Схоже твердження подає проф. А. Селіванов: «доктрина (ґрунтовне авторитетне наукове дослідження, до якого законодавець ставиться як до суспільної цінності та надає їй у разі визнання законодавчу форму), має вищий авторитет, ніж наука. Доктрина за змістом і метою — схвалене наукою вчення, яке асоціюється із поняттям «школа правової думки (концепції)» або з авторитетним юристом. Тому наука є джерелом доктрини. ... Під час здійснення правосуддя судді звертаються до авторитетних наукових джерел (науково-практичних коментарів Конституції України, кодексів галузевого права, процесуальних законів), що формує їх суддівське уявлення у конкретних справах щодо правових явищ, правовідносин, правового статусу суб'єктів права тощо. Характеристику змісту доктрини визначають досягнення теоретичної думки, і право юристів реалізується через узагальнення (вчення), набуваючи інтегрованої форми, в якій воно виражається як судове рішення. Так, Пленум Верховного Суду України, узагальнюючи судову практику, виходить, насамперед, із доктринальних положень, що є орієнтиром для висновків, які мають рекомендаційне значення для судів.»

Однією з найважливіших відмінностей між правовою наукою та правовою доктриною як формою права є їх регулятивні властивості. Як зазначає С. Бошно, наукові твори використовуються в навчальних та в дослідницьких цілях. Безпосереднього регулятивного впливу вони не мають. У цьому сенсі наука - джерело доктрини. Частина наукових тверджень набуває достатнього поширення та одержує визнання наукової спільноти і в результаті може впливати на правотворчі, правозастовчі та правотлумачні процеси. Деякі наукові ідеї входять в реальне життя, сприймаються суб'єктами права, здійснюють безпосередній регулятивний вплив на суспільні відносини. Дійсно, нерідко правова доктрина втілюється у нормативно-правових актах або ж у рішеннях суду.

Доктрини, на відміну від наукових праць, як правило, представлені школами, ідеями, але не особистостями. Навіть якщо вони й зберегли імена своїх авторів, це не має принципового

значення. Тому обгрунтованим видається погляд на доктрину як на прийняту в науці думку, яка асоціюється зі школою або авторитетним юристом.

С. Бошно стверджує, що наука і доктрина - споріднені поняття. Проте не вся наука - доктрина, і не вся доктрина - наука. Збіг цих понять можливий в тому випадку, якщо наукова ідея заслужить визнання в середовищі професіоналів, виступить основою відповідної школи, одержить підтримку суспільства, засвоїться правозастосовчою практикою і в силу свого авторитету стане мірою суспільної поведінки.

Отже, правова наука та правова доктрина не є тотожними поняттями. Відмінності між вказаними явищами визначаються в залежності від того в якому значенні ми розуміємо правову доктрину. Правова доктрина в широкому значенні та правова наука співвідносяться як частина та ціле відповідно.

Однак правова доктрина як форма права не є частиною правової науки. Правова наука є основою, базисом для правової доктрини як форми права. Існування та розвиток правової доктрини як особливого правового явища був би неможливим без розвитку правової науки. Ці два явища перебувають у нерозривному зв’язку, у постійній взаємодії. Рівень розвитку правової науки неодмінно позначиться на формуванні правової доктрини.

Видається, що ототожнення правової науки та правової доктрини як форми права може призвести до применшення ролі останньої у сучасних правових системах світу, недооцінки її регулюючого впливу на суспільні відносини.

МЕХАНІЗМ ВСТАНОВЛЕННЯ ТА ЗМІНИ МЕЖ МІЖНАРОДНОЇ ТА НАЦІОНАЛЬНОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

Ничка Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Стрімке поглиблення євроінтеграційних процесів доволі чітко прослідковується у правотворчій діяльності: змінюються суб'єкти правотворчої діяльності, обсяги предметів правового регулювання, процедура окремих видів правотворчості. Зокрема, спостерігається стрімке розширення предмету міжнародної правотворчості, насамперед, за рахунок зростання питомої ваги міжнародних договорів або шляхом передачі правотворчих повноважень у певних сферах міждержавним організаціям. Це, у свою чергу, зумовлює необхідність зміни та встановлення чітких меж міжнародної та національної правотворчості.

Проблеми правотворчості не обділені увагою як зарубіжної, так і вітчизняної юридичної (міжнародно-правової та теоретико-правової) науки. Ті чи інші аспекти правотворчості досліджувалися, зокрема, у працях В. Баранова, В. Буткевича, О. Гаврілова, р. Гринюка, В. Денисова, Б. Дрейшева, М. Ентіна, Г. Ігнатенка, А. Капустіна, В. Карташова, Д. Кєрімова, Д. Ковачьова, В. Корецького, І. Лукашука, Л. Луць, А. Міцкевича, В. Муравйова, Л. Мурашко, А. Нашиц, В. Опришка, А. Піголкіна, В. Погорілка, С. Полєніної, А. Соколової, А. Талалаєва, Ю. Тіхомірова, Г. Тункіна, р. Халфіної, Г. Шмельової, О. Ющика та інших.

Проте станом на сьогодні проблема розмежування різних видів правотворчості продовжує залишатися малодослідженою. Зокрема, актуальним і малодослідженим залишається питання формування механізму встановлення та зміни меж правотворчості різних видів, зокрема міжнародної та національної.

Межами правотворчості виступають ті явища, що окреслюють правотворчість та визначають її зміст і параметри. Межі мають важливе для територіального розмежування правотворчості, розмежування правотворчості з іншими видами юридично значимої діяльності чи міжвидового розмежування правотворчості. При цьому, предмет правотворчого регулювання може як відокремлювати, так і зв'язувати різні види правотворчості, забезпечувати їх взаємозв'язок у спільному правовому просторі.

Взаємозв'язок міжнародної та національної правотворчості у спільному правовому просторі обумовлюється, насамперед, спільним предметом правотворчого регулювання. Розширення предметних меж міжнародної правотворчості зумовлює перегляд предметів правотворчого регулювання на національному рівні та потребує від держав цілеспрямованої діяльності щодо забезпечення підготовленості до впровадження результатів міжнародної правотворчості у національному правовому полі.

Для держави, яка не має законодавчо закріпленого механізму встановлення та зміни меж міжнародної та національної правотворчості, ці процеси можуть бути небезпечними не лише з точки зору виникнення дублювання та колізій нормативно-правових приписів, а й несуть загрозу нівелювання національних засобів регулювання суспільних відносин. Тому наявність сформованого та ефективного механізму встановлення та зміни меж міжнародної та національної правотворчості, служить важливою гарантією формування цілісної внутрішньо узгодженої системи національного права.

Якщо виходити зі змісту правотворчої діяльності та загальноприйнятого у науковій літературі розуміння поняття «механізм», механізм встановлення та зміни меж правотворчості можна визначити як систему явищ, взаємодія яких спрямована на встановлення та формалізацію змісту і основних параметрів певного виду правотворчості у відповідних джерелах права. Він, зокрема, може включати способи та засоби встановлення та зміни меж правотворчості, принципи правотворчості, фактори, які впливають на встановлення та зміну меж.

Функціонування механізму встановлення та зміни меж правотворчості на національному рівні здійснюється на конституційно-правовій основі, а на міжнародному – на міжнародно-правовій основі (як правило, договірній).

© Ничка Ю., 2012

Спосіб встановлення та зміни меж правотворчої діяльності можна визначити як передбачений нормами права порядок визначення та закріплення предметів правотворчого регулювання та правотворчої компетенції відповідних суб'єктів. Зокрем, можна виділити законодавчий (в тому числі конституційний) та договірний способи встановлення та зміни меж правотворчої діяльності.

Прикладами законодавчого (в тому числі, конституційного) способу встановлення та зміни меж правотворчої діяльності можуть служити визначення у конституціях, спеціальних законах правотворчої компетенції вищих органів державної влади – парламенту, глави держави, уряду. Прикладами договірного способу встановлення та зміни меж правотворчості є закріплення в установчих договорах міждержавних організацій (Лісабонський договір, Статут Ради Європи тощо) правотворчих повноважень їх інституцій.

Важливе місце у функціонуванні механізму становлення та змін меж правотворчої діяльності займають, насамперед, принципи правотворчості, які виступають основними засобами формалізації встановлення та зміни меж правотворчості. Якщо говорити про розмежування міжнародної та національної правотворчості, то можна стверджувати, що у своїй сукупності принципи правотворчої діяльності покликані забезпечити те, щоб становлення і зміна меж міжнародної та національної правотворчості з урахуванням природи національної та міжнародної правотворчості, а також об'єктивних закономірностей розвитку суспільства та його потреб.

Подальше опрацювання проблематики пов'язаної із необхідністю формування механізму становлення та змін меж міжнародної та національної правотворчості є важливим з точки зору формування сучасної системи джерел права України з метою забезпечення її функціонування та розвитку у спільному європейському правовому просторі.

СУСПІЛЬНА МОРАЛЬ: ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ

Перетятко Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Питання моралі впродовж існування організованого суспільства завжди було актуальним для філософів та державознавців. Сьогодні підвищений інтерес у наукових колах та у суспільстві загалом пов'язують із структурними змінами соціальних груп, суспільства, способу його організації і самоорганізації, статусу індивідуального та колективного суб'єкта моралі і пануючого типу етичної регуляції. Окрім того, з огляду на законотворчі процеси в Україні, норми моральні активно використовується правотворцями і відповідно впроваджується у повсякденне життя суспільства загалом та кожної людини зокрема.

Однак, у наукових колах стосовно моралі, її суті, системи, різновидів та суб'єктів немає єдності, що, з однієї сторони, підтверджує багатогранність моралі, а з іншої сторони – сприяє плюралізації дискурсу, що у своє чергу дає змогу досліджувати мораль у різних контекстах. Зупинимось на одному із цих аспектів, а саме щодо виокремлення суспільної моралі та її співвідношення з індивідуальною мораллю і мораллю як такою.

В історії етичної думки мали місце різні спроби розрізнення видів моралі. У деяких з них можна провести аналогію із розмежуванням індивідуальної та суспільної моралі. Зокрема, І. Кант у своїх працях зазначав про обов'язки по відношенню до себе і обов'язки по відношенню до інших. Г.В.Ф. Гегель, як відомо, протиставляв мораль моральності. Сучасні науковці вважають, що суспільна та індивідуальна мораль є двома основними видами моралі, які різняться за структурою і функціями, але спільним є їх витоки з нормативності, що і дозволяє відносити їх до моралі. Подібність суспільної та індивідуальної моралі полягає в їх загальній рефлективної природі, яка протистоїть нерефлективному звичаєм. Мораль як чеснота суспільства в цілому, точніше його основних інститутів, завжди відрізняється від особистої чесноти індивіда.

В умовах досить розвиненого права, роль суспільної моралі в значній мірі може взяти на себе право. Таке розуміння характерне, наприклад, для Івана Ільїна, який ввів спеціальний термін «правосвідомості», що позначав одночасно і суспільну мораль і моральне право

Деякі науковці виокремлення суспільної моралі пов'язують з інтересами, які вона обслуговує. Так, на їх переконання не уся мораль є суспільною, бо не уся мораль обслуговує інтереси соціуму. Ціннісні блага як основа моральних цінностей співзвучні у першу чергу з потребами і очікуваннями індивіда. Простір індивідуальної моралі – це простір рішень і дій, зорієнтованих на благо іншого та ідеальних (тільки) із урахуванням блага іншого. Варто погодитись з позицією науковців, що в контексті суспільної моралі стає актуальним критерій більшості, який передбачається принципом «найбільшого щастя найбільшого числа людей». По логіці суспільної моралі, спільне благо пріоритетніше приватного, індивідуального блага і при конфлікті різних частин інтересів перевагу слід віддавати тому, що у більшій мірі сприяє спільному благу.

Слушною є думка, що не можливо бути морально ідеальним на одинці, а тільки спільно. Також важливо зазначити, сама моральна ідеальність виявляється у цій спільності. Без цієї спільності індивід не може дізнатися, що є найкращим для нього самого. Вище благо окремих моральних індивідів виявляється через спільне благо їх спільних зусиль.

Огляд літератури, за винятком спеціальних наукових праць, свідчить, що суспільна мораль виникає у теологічних та релігійних текстах – суспільна мораль розуміється як приломлення у суспільному житті, суспільних зв'язків людей і спільнот релігійних етичних заповідей. У теологічних підходах є своя специфіка, зумовлена програмами світобачення, що лежать у їх основі, але вони демонструють важливу сторону проблематизації феномена суспільної моралі, у першу чергу тим, що визначається Святим письмом. Соціально-етичні специфікації моралі є необхідними для реалістичної оцінки моральної практики – моралі у дійсності.

На переконання деяких науковців мораль виникає як індивідуальна (і спочатку зовсім не загальна або тільки потенційно, логічно всезагальна) мораль і розвивається у процесі

© Перетятко Г., 2012

пред'явлення суспільству вимог відповідати ідеалу моралі, сприяти людині у її моральних прагненнях.

У науковій літературі індивідуальну мораль як сферу особистої автономії нерозривно пов'язують із суспільною мораллю, якщо розуміти останню як об'єктивовану сукупність норм і правів, фіксуючих загальне благо. Так інтерпретується розуміння Арістотеля етичних добродіянь людського характеру, що пов'язані із звичними формами поведінки у полісі.

Суспільна мораль давно є предметом досліджень соціологів. Ніякої іншої моралі вони і не знають в силу специфіки свого предмета. Це, свого роду, вказує на те, що досліджуючи соціальні регулятори поведінки суспільства, його окремих складових доцільно опиратися саме на суспільну мораль.

Варто також зазначити, що у кримінально-, адміністративно-правових дослідженнях науковці виокремлюють «громадську мораль» як історично обумовлене ідеальне відображення об'єктивної дійсності у формі суспільної свідомості, соціальний інститут, що виникає і розвивається в процесі суспільних відносин на ґрунті системи загальнолюдських цінностей (норм, принципів, ідеалів), що утворюють відповідну установку, яка визначає загальноприйняту позитивну діяльність у суспільстві у процесі виробництва матеріальних і духовних благ, є орієнтиром і критерієм оцінки вчинків та їх результатів, регулятором і засобом розвитку і вдосконаленням особистості і суспільства, спрямована на підтримку життя суспільства та просування його до ідеалу. Однак, використання саме терміну «громадська» видається необґрунтованим, тим більше, що у запропонованій дефініції громадськість не виступає суб'єктом чи об'єктом, натомість фігурує суспільство та особистість. Видається, що використання у названих дослідженнях терміну «громадська» зумовлене використання цього терміну у кримінальному та адміністративному законодавстві.

У дослідженні взаємовпливу моралі та права, їх ролі у регулюванні суспільних відносин вважаємо доцільно звернутися до моральності - рівень дотримання індивідом моральних норм. Таким чином мораль можна визначити як суспільну мораль. Моральні норми є свого роду приклади поведінки людини у конкретних ситуаціях, що зумовлені суспільним досвідом, основані на розумінні добра, гідності, честі та інших загальнолюдських цінностях. Індивід у своїй діяльності може самостійно приймати рішення, які відповідають чи не відповідають нормам моралі. Однак, питання моральності та її співвідношення із мораллю також пов'язано із науковими дискусіями, що потребує додаткового дослідження.

ДО ПИТАННЯ ПРО ВИДИ РЕЗУЛЬТАТІВ СУДОВО-ПІЗНАВАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Ратушна Б.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сучасний погляд науковців як в Україні, так і за її межами на істину як результат судово-пізнавальної діяльності є неоднозначним та досліджується, зазвичай, крізь призму змагальної чи слідчої моделі судового процесу. Вважається, що у змагальному процесі з пасивним судом – арбітром встановлюється «формальна істина», а у слідчій моделі процесу активний суд встановлює істину «об'єктивну».

Зокрема, стверджується, що об'єктивна істина в судовому процесі – це такий зміст людських знань, що правильно, адекватно відображає існуючу реальність і не залежить від суб'єкта судово-пізнавальної діяльності, ні від людини, ні від людства. Об'єктивна істина як результат судово-пізнавальної діяльності щодо конкретного факту розуміється як правильне, повне - таке, що відповідає дійсності, відбиття у свідомості людей, які здійснюють пізнавальний процес, усіх суттєвих, юридично значущих фактичних обставин справи в їх правовій оцінці.

Думка про те, що встановлення об'єктивної істини є принципом судового процесу, закріпилась у процесуальній літературі ще радянської доби. Існування об'єктивної істини визнавали дослідники як кримінального, так і цивільного процесів, оскільки відповідно до чинного на той час законодавства суд повинен був вживати усіх доступних йому заходів для повного встановлення фактичних обставин справи, які існували в об'єктивній реальності. Такої думки дотримувалися, зокрема, М.С.Строгович, А.Ф. Клейнман, В.Є. Чугунов, О.Д. Соловйов, А.Л. Ривлін, С.А. Альперт, Т.М. Добровольська, Я.О. Мотовиловкер.

Проте, неправильно вважати таку позицію надбанням лише радянського періоду. Потужний пласт юридично - процесових досліджень відомих вчених початку XX століття свідчить про те, що домінуючим (проте не єдиним) на той час поглядом було визнання метою процесу (кримінального, цивільного, адміністративного) досягнення матеріальної правди (під якою в той час розуміли саме об'єктивну істину). До таких вчених належать Т.М. Яблочков, Є.В. Васьковський, В.А. Рязановський, І.Я. Фойницкий, І.Є. Енгельман та інші.

Нині ж у зв'язку з поглибленням змагальних засад сучасних форм судочинства, значного поширення набуває уявлення про об'єктивну істину як надбання лише минулого. З огляду на послаблення доказової активності суду бачення результатів судово-пізнавальної діяльності змінюється на таке, відповідно до якого такі результати мають не об'єктивний, а формальний характер, адже рішення суду має відповідати не всім фактичним обставинам справи, а лише тим, які підтверджені доказами, поданими учасниками судової справи. Формальна істина на противагу об'єктивній передбачає такий зміст знань, котрий може мати певний ступінь ймовірності в результатах судово-пізнавальної діяльності, оскільки процес їх отримання має відповідати певним юридичним умовам, які містять низку об'єктивних та суб'єктивних перешкод для повного і правильного встановлення фактичних обставин судової справи. До таких перешкод належить, зокрема, послаблення доказової активності суду, пов'язане з поглибленням змагальних засад в українському судовому процесі, а також окремі елементи процесуальної форми (преюдиційні факти, допустимість доказів, законні презумпції тощо). Синонімами терміно-поняття формальної істини в літературі вважають «судову», «юридичну», «процесуальну» істину.

Отже, розуміння відмінності між об'єктивною та формальною істинами пролягає на межі відповідності рішення суду або справді реальним фактам об'єктивної дійсності, або ж лише тим, що підтверджені поданими учасниками судової справи доказами.

Проте проблема полягає не в тому, як *назвати* кінцевий результат судово-пізнавальної діяльності: об'єктивна, формальна, юридична, судова чи процесуальна істина або взагалі не вживати якогось прикметника. Йдеться про те, чи можливо в умовах чинного законодавства цілком ототожнити результат судового пізнання з фактами об'єктивної дійсності, чи можна лише наблизитись до повного встановлення обставин судової справи.

© Ратушна Б., 2012

Таким чином, з огляду на певні юридичні умови, за яких суд відповідно до чинного законодавства України отримує знання про фактичні обставини справи, а саме: відсутність у суду права збирати докази за власною ініціативою (за деякими винятками у кримінальному та адміністративному процесах) та окремі елементи процесуальної форми (преюдиційні факти, допустимість доказів, законні презумпції), судова істина в сучасній моделі процесу має справді дише формальний характер, а рішення суду має відповідати лише доказам, поданим учасниками судової справі нормам права.

СУДОВІ ПРАВОТЛУМАЧНІ АКТИ

Стецик Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Підвищення якості та ефективності правового регулювання суспільних відносин в Україні пов'язане, зокрема із удосконаленням функціонування судової влади та юридичних актів, що приймаються її органами. На юридичні акти судових органів у сучасних правових системах покладене значне функціональне навантаження – вирішення правових спорів, встановлення загальних правил поведінки, визначення правильного змісту правових приписів. І в правовій системі України продовжує зростати значення актів вищих органів судової влади. Проте і дотепер залишається дискусійним питання про їх юридичну природу. Важливим при цьому є їх розмежування на судові правотворчі та правотлумачні акти.

Ті чи інші аспекти правотлумачних (інтерпретаційно-правових) актів висвітлюються у вітчизняній та зарубіжній літературі, зокрема у працях Алексєєва С. С., Вопленка М. М., Карташова В. М., Луць Л. А., Малишева Б. В., Матвєєвої Л. Г., Тарасової В. В., Черданцева О. Ф., Шайхутдінова Є. М., Шаронова А. М. та ін. Проте і дотепер малодослідженими залишаються питання судових правотлумачних актів як результатів юридичної діяльності.

На підставі такого підходу правотлумачні акти, в тому числі і судові правотлумачні акти, є об'єктивованими результатами правотлумачної діяльності відповідних суб'єктів, зокрема органів судової влади. При тому такі правотлумачні акти є можуть мати лише офіційний характер, оскільки результат правотлумачення як юридичної діяльності повинен бути об'єктивованим. Разом з тим, на відміну від тлумачення-роз'ясенння результат тлумачення-з'ясування не виходить за межі свідомості інтерпретатора та не об'єктивується у правотлумачних актах.

Крім того, не будь-який результат тлумачення-роз'яснення об'єктивується у правотлумачних актів. До них належить лише такий результат тлумачення-роз'яснення, яке здійснюється спеціально уповноваженими суб'єктами, зокрема компетентними судовими органами. Так, оскільки усі юридичні акти можуть прийматись лише спеціально уповноваженими суб'єктами (Алексєєв С. С., Карташов В. М.), то і судові правотлумачні акти повинні бути результатами тлумачення-роз'яснення лише спеціально уповноважених судових органів.

Наприклад, певні юридичні акти Міжнародного Суду ООН, Європейського суду з прав людини, Суду Європейського Союзу, конституційних та верховних (вищих) судів, апеляційних та місцевих судів є судовими правотлумачними актами остільки, оскільки приймаються спеціально уповноваженими на правотлумачну діяльність судовими органами.

Судовий правотлумачний акт, як і будь-який інший юридичний акт, встановлює певні правила. Однак, на відміну від інших видів юридичних актів, зокрема нормативно-правових та правозастосовчих, правила судових правотлумачних актів безпосередньо впливають не на поведінку суб'єктів права, а на їх свідомість. Безпосередньо поведінку суб'єктів права регулюють нормативно-правові та правозастосовчі акти, що містять нормативні та індивідуальні правові приписи. В той же час, судові правотлумачні акти встановлюють правила розуміння таких правових приписів. Тим самим судові правотлумачні акти впливають на поведінку суб'єктів права опосередковано через правила-роз'яснення.

Однак, не будь-який юридичний акт, що містить правила розуміння правових приписів, можна відносити до правотлумачних актів. До них не можуть належати юридичні акти, які одночасно фіксують нормативно-правові приписи та правила їх розуміння.

Так, у багатьох кодексах, законах містяться дефінітивні правові приписи, які дають нормативне визначення певних правових понять. Проте наявність таких правил розуміння у кодексах, законах все ж не дозволяє відносити останні до правотлумачних актів. Такі нормативно-правові акти, хоч і містять відповідні правила розуміння, проте вони стосуються тих нормативно-правових приписів, які закріплені саме в них. Натомість судові правотлумачні акти можуть встановлювати лише правила розуміння тих приписів, які містяться в інших юридичних актах.

© Стецик Н., 2012

Крім того, не усі акти органів судової влади, які фіксують правила розуміння правових приписів інших юридичних актів, варто відносити до судових правотлумачних актів. До них не можуть належати ті судові юридичні акти, які одночасно встановлюють і правила розуміння правових приписів, і самостійні нормативно-правові приписи. Так, у деяких рішеннях конституційних судів у справах про встановлення відповідності нормативних актів конституції можуть фіксуватись як нормативно-правові приписи, так і правила розуміння конституційних та законодавчих приписів. Видається необхідним визначитися із юридичною природою таких актів.

СИСТЕМА ЗАКОНОДАВСТВА: ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

Хомюк Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Розвиток правової системи України в умовах ефективного розвитку правової системи України в сучасних умовах у значній мірі залежить від якості та дієвості її нормативної частини, зокрема системи законодавства. Нинішня ж національна система законодавства є доволі об'ємною і складається з кількості законів, множинність яких часто спричиняє інфляцію законодавчих приписів, створює певні перешкоди для належної їх реалізації. Все це і викликає потребу у загальнотеоретичному дослідженні проблем функціонування та розвитку системи законодавства.

Ці питання не обділені увагою як зарубіжної так і вітчизняної юридичної науки, а ті чи інші їх аспекти висвітлювались у працях С. С. Алексєєва, В. М. Баранова, С. В. Бобровник, С. М. Братуся, П. Б. Євграфова, А. П. Заєця, Д. А. Керімова, О. С. Лисенкова, Л. А. Луць, О. В. Міцкевича, С. В. Полєніної, Ю. О. Тихомирова та ін. Проте питання про поняття системи законодавства, її структуру, юридичну природу потребують постійної уваги, особливо під кутом зору сучасних реалій.

Виникають питання і щодо відповідності сформованого ще у попередній правовій системі визначення поняття «система законодавства». Поняття системи законодавства у юридичній науці не є новим. Так, зокрема у юридичній літературі, під системою законодавства розуміють функціональну структуру, що проявляється у сталому об'єднанні нормативно-правових актів і приписів в інститути, підгалузі та галузі законодавства, що включає взаємозв'язок та взаємодію усіх норм права як регуляторів суспільних відносин (І. С. Самощенко) або ж як сукупність нормативно-правових актів, у яких об'єктивується внутрішній зміст та структурні характеристики права (С. С. Алексєєв).

На сьогоднішній день поняття «система законодавства» трактується у вузькому та широкому значенні. У вузькому – це система законів, а в широкому – законів та інших нормативно-правових (підзаконних) актів, або ж розуміння системи законодавства як системи нормативно-правових актів вищих органів державної влади: законів і підзаконних актів парламенту, президента, уряду (О.Ф. Скакун).

Долучився до визначення поняття законодавства і Конституційний Суд України, який наповнив його наступним змістом: включає закони, міжнародні договори, які ратифіковані Верховною Радою України, а також постанови Верховної Ради України, укази Президента України, декрети і постанови Кабінету Міністрів України, які прийняті у межах їх повноважень і відповідно до Конституції та законів України.

Але, як відомо, систему законодавства, як і будь-яку систему, повинні формувати певні елементи, які мають перебувати у таких взаємозв'язках та взаємодії між собою та зовнішнім середовищем, які б забезпечували її цілісність та стабільність. При тому, цілісність та стабільність системи законодавства залежить і від її структури як способу внутрішнього розміщення цих елементів у межах менших утворень.

У юридичній літературі часто елементами системи законодавства називають різні за своєю юридичною природою явища: закони, підзаконні нормативно-правові акти, міжнародні договори, нормативно-правові приписи, норми права та ін.

Проте необхідно зазначити, що норма права не може виступати елементом системи законодавства, оскільки в такій ситуації відбуватиметься змішування формальних та змістовних елементів об'єктивного права. Змістовними елементами права є норми права, а їх взаємоузгоджена та взаємопов'язана сукупність формує явище системи права. В свою чергу, формальні елементи права проявляються у нормативно-правових приписах.

У теоретико-правовій літературі переважає позиція, за якою елементами системи законодавства є не нормативно-правові (законодавчі) приписи, а нормативно-правові акти (закони та підзаконні акти). У зв'язку з цим зазначимо, що нормативно-правові акти та нормативно-правові приписи, а також закони та законодавчі приписи, співвідносяться як ціле та частина.

© Хомюк Н., 2012

Пов'язано це з тим, що нормативно-правові акти, в тому числі і закони, за своєю природою є юридичними документами, що фіксують нормативно-правові приписи, зокрема і законодавчі приписи. А оскільки в системі законодавства, як і в будь-якій системі, елементами можуть бути лише неподільні частини, а нормативно-правові акти (закони) є цілим, що поділяється на частини (нормативно-правові (законодавчі) приписи), то нормативно-правові акти (закони) в цілому не можуть бути елементами системи законодавства. Звідси випливає, що елементами системи законодавства можуть бути лише *нормативно-правові приписи.*

Однак не всі нормативно-правові приписи входять до системи законодавства. Нормативно-правові приписи можуть закріплюватись у різних джерелах права, як законах та інших нормативно-правових актах, так і нормативно-правових договорах, прецедентах. Вважаємо, що до системи законодавства варто відносити лише ті нормативно-правові приписи, які фіксуються у законах, тобто *законодавчі приписи*, а не приписи інших джерел права.

Пов'язано це з тим, що збірне поняття «законодавство» повинно охоплювати одиничні поняття, які відображають однорідні правові явища. А оскільки властивості законів є настільки відмінними від природи підзаконних нормативно-правових актів, а також від природи інших джерел права, що дозволяють розглядати закон як самостійне правове явище, то і збірне поняття «законодавство» не повинно охоплювати підзаконні нормативно-правові акти та інші джерела права, які є неоднорідними із законом явищами. В той же час, збірним поняттям для законів та підзаконних нормативно-правових актів може бути поняття «нормативно-правові акти», а збірним поняттям для нормативно-правових актів та інших джерел права (нормативних договорів, прецедентів) – поняття «джерела права».

Все це дає підставу вважати, що законодавство є сукупністю законів, а система законодавства є взаємопов'язаним та взаємоузгодженим комплексом нормативно-правових приписів, що містяться у законах.

Крім цього, необхідно зазначити, що система законодавства на відміну від системи права є поліструктурним утворенням. Якщо структурними компонентами системи права є норма права, інститут права та галузь права, то система законодавства володіє як вертикальною (ієрархічною), так і горизонтальною (галузевою) структурою. Горизонтальну структуру системи законодавства формують законодавчі приписи, інститути та галузі законодавства, які у юридичній літературі виокремлюють за предметом та методом законодавчого регулювання. Водночас, компонентами ієрархічної структури системи законодавства є закони різної юридичної сили: конституція, конституційний (органічний) закон, звичайний закон, акт делегованої законотворчості, яка визначається місцем суб'єкта законотворчості в апараті держави, та відповідними законодавчими повноваженнями.

В той же час, система законодавства може мати і інші системні утворення: міжгалузеві інститути, підгалузі, комплексні галузі законодавства тощо. Критеріями угрупування законодавчих приписів, крім названих критеріїв можуть бути і зовнішня форма законів і суб'єкти законотворення, і навіть державний устрій (система законодавства може бути одно-, дво- або багаторівневою).

Аналіз системи законодавства дозволяє виокремити і основні її ознаки: наявність первинного елементу - законодавчого припису, через який об'єктивується норма чи принцип права; законодавчі приписи належним чином взаємоузгоджені та утворюють інститути, міжгалузеві інститути, підгалузі, галузі, комплексні галузі, та інші системні утворення у структурі системи законодавства; законодавчі приписи об'єктивуються через об'єктивні зовнішні форми (Конституції, закони, кодекси, основи законодавства, акти делегованого законодавства); система має динамічний та в значній мірі суб'єктивний характер, оскільки залежить від діяльності суб'єктів законотворення; вона є однією із підсистем системи джерел права. І хоча ці ознаки в значній мірі визначають юридичну природу системи законодавства, втім така характеристика не може бути повною без аналізу її місця у системі джерел права та взаємозв'язків з іншими підсистемами (нормативно-актною, нормативно-договірною, прецедентною тощо). А ці питання потребують окремого наукового дослідження.

ПРАВА ЛЮДИНИ У СВІТЛІ ПРАВОСЛАВНОЇ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ

Цебенко С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В юридичній літературі науковці виділяють різні підходи до визначення прав людини, зокрема етичний, легістський, природний, а також трансцендентальний підхід, різновидом якого є релігійний. У межах останнього можна виділити католицьке, протестантське чи православне бачення прав людини. На думку М.Бабія, «кожна конфесія має власний погляд на права і свободи людини, права релігійних спільнот та свої «богословські обгрунтування» цих проблем». З іншого боку, Патріарх Російської Православної Церкви (далі – РПЦ) Кирил заперечує можливість окремого існування православної, буддистської, американської чи російської концепцій прав людини. Проте, на нашу думку, варто погодитись із першою позицією.

Православ'я (особливо Константинопольський Патріархат та РПЦ) реально лише в кінці XX століття почали приділяти особливу увагу проблематиці прав людини.

Зокрема, Вселенський Патріарх Варфоломій вважає, що вчення про права людини виникло під впливом християнського вчення про людину як унікальну та створену по образу Божому істоту, та є нерозривним із поняттям релігійної свободи та толерантності. Індивід, на його думку, є в постійних відносинах з усім, що створене Богом, та є частиною навколишнього середовища та космосу. Оскільки все вчення православ'я побудоване на богоподібності людини, ця християнська течія відповідно вважає, що всі люди є унікальними та однаково заслуговують поваги, незалежно від раси, статі, національності, релігії, поглядів, кольору шкіри. Категоричного засудження з боку Вселенського Патріархату отримали будь-які форми расизму чи расистської ідеології.

Патріарх Московський і всієї Русі Кирил вважає найбільшим досягненням людства ідею прав і свобод людини. В одному зі своїх інтерв'ю він зазначив, що «права людини – це явище, яке існує за договором між людьми і з цієї позиції людина має права, оскільки вони визнаються іншими членами суспільства і гарантуються державою… ідея прав людини виникла з метою забезпечити кожному одинакові можливості». На думку Патріарха Кирила, «приватні» права завжди є в конфлікті одне з одним і для того, аби цей конфлікт вирішити, кожен повинен добровільно обмежувати власні права. Можливо, тому РПЦ застерігає і вважає небезпечним тлумачення індивідуальних прав людини як найвищої й універсальної основи суспільного життя, якому повинні підкорятися релігійні погляди і практика, оскільки права людини, з позиції православної релігії, не можуть бути вищими, ніж цінності духовного світу (віра в Бога, спілкування з Ним тощо). Тому РПЦ в Основах вчення про гідність, свободу і права людини (2008 р.) надає перевагу колективним правам, тобто правам сім'ї, різних релігійних, національних і соціальних організацій, оскільки саме ці права відіграють найважливішу роль у житті людини. Крім того, РПЦ закликає поважати й інші колективні права – такі як право на мир, право на збереження культурної спадщини і внутрішніх норм, які регулюють життя різних общин (спільнот).

З позиції православної релігії концепцію прав людини необхідно погоджувати з нормами моралі, з етичним началом, яке закладене Богом у природу людини. Аналізуючи вищезазначений документ РПЦ, протестантські церкви дійшли висновку про те, що в ньому немає чіткого розмежування між правами людини і моральними (в тому числі релігійними) настановами, а «дотримання прав людини примушує християн думати і діяти всупереч заповідям Божим». У відповідь на ці зауваження представник Московського Патріархату при Раді Європи ігумен Філарет звернув увагу на те, що загальна позиція стосовно права та моральних норм, яка викладена в Основах соціальної концепції РПЦ (2000 р.) полягає в тому, що право є обмежене і недосконале явище (бо створене суспільством, історично розвивається), воно містить у собі певний мінімум моральних норм (у вигляді десяти Божих заповідей), обов'язкових для всіх.

Інститут прав людини, з позиції православної церкви, є надзвичайно важливим для побудови громадянського суспільства та правової держави. Незважаючи на це, РПЦ визначає і

© Цебенко С., 2012

деякі слабкі, на її погляд, сторони цього інституту, вважаючи, що чим більше він розвивається, тим менше законодавець враховує моральні виміри життя і свободу від гріха. Уявлення про гріх та доброту, з погляду РПЦ, і є основою моральності, яка повинна передувати закону. Однак, на нашу думку, поняття гріха не можна вживати у всезагальному значенні, оскільки не всі люди сповідують ту чи іншу релігію, яка у своєму віровченні використовує це поняття. Щоправда, в багатьох релігіях світу поняття «гріх» є ключовим у розумінні стану людської природи.

Аналізуючи позиції двох православних патріархів (Варфоломія і Кирила) стосовно проблематики прав людини, Ю.Чорноморець констатує таке: 1) патріарх Варфоломій розглядає проблематику прав людини суто з богословської позиції та з позиції богоподібності людини; а патріарх Кирил – намагається поєднати не поєднуване: з одного боку, відкритість Європи, а з іншого – закритість «руського світу», намагаючись нав'язати власну позицію всім православним (і не тільки) народам; 2) патріарх Варфоломій вважає, що основу західної цивілізації складають цінності та принципи релігійної свободи, соціальної толерантності та влади закону, а патріарх Кирил – говорить лише цінності прав індивіда; 3) права людини, з позиції патріарха Кирила не є божественними настановами, а виникли під дією ренесансного світогляду, протестантського богослов'я та юдейської філософської думки і остаточно сформувалися в епоху просвітництва.

На останню відмінність також звертає увагу і професор П.Рабінович, який вважає, що в Основах вчення РПЦ про гідність, свободу і права людини (2008 р.) чітко наголошується на світськості (секулярності) інституту основоположних прав людини, хоча ще в Основах соціальної концепції РПЦ (2000 р.) офіційно проголошувалось, що права людини є боговстановленими і православна церква цим питанням опікувалась ще з стародавніх часів. Ще однією розбіжністю є те, що РПЦ вимагає від своїх віруючих «керуватися її традиційними релігійними позиціями, навіть якщо це призведе до ігнорування тих прав людини, які закріплені в міжнародних стандартах та національному законодавстві», тобто віруючі при здійсненні своїх основоположних прав можуть опинитися перед вибором між релігійними та юридичними нормами.

Отже, права людини є сферою зацікавлення як юриспруденції, так і християнських течій. Проте нормативно-правові акти стосовно прав людини видаються з метою врегулювання тих чи інших суспільних відносин, і вони є обов'язковими для виконання всіма суб'єктами суспільного життя на певній території. Що ж до позиції православної церкви стосовно прав людини, – то вона є обов'язковою хіба що тільки для тих осіб, які сповідують дану релігію; а для всіх інших – є лише декларативною та рекомендаційною. Крім того, церковні документи можна розглядати також як рекомендації для органів державної влади стосовно того, яким чином необхідно будувати державу та демократичне суспільство і які права потрібно захищати (щоправда, в самому православ'ї є розбіжності стосовно того, чи права людини є чисто світським надбанням, чи випливають з християнського розуміння богоподібності людини).

В юриспруденції, в міжнародно-правових актах вихідними і найважливішими визнають індивідуальні права людини. Фактично такої ж позиції дотримуються Константинопольська, Грецька та Американська православні церкви, вважаючи, що Загальна декларація прав людини 1948 р. закріплює індивідуальні свободи, які необхідно забезпечити кожній людині на Землі. РПЦ зі свого боку вважає, що всі права людини є однаково важливими та неподільними, проте вони потрібні людині для того, щоб виконувати той чи інший обов'язок, починаючи від обов'язку перед Богом та закінчуючи обов'язком перед народом й іншими людськими спільнотами. У зв'язку з цим вона надає перевагу колективним правам людини, вважаючи небезпечним тлумачення індивідуальних прав людини як найвищої й універсальної основи суспільного життя.

ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПІВ ПРАВА

Юхимюк О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Розширення правового статусу особи як на національному, так і на міжнародному рівні супроводжується посиленням вимог до ефективності правозастосовної діяльності, яка є необхідною передумовою належної реалізації прав та свобод особи, однією із гарантій їх забезпечення. А як відомо, застосування права є діяльністю компетентних суб'єктів, що спрямована на індивідуалізацію нормативно-правових приписів з метою їх ефективної реалізації.

Проблеми правозастосування не обділені увагою як зарубіжної так і вітчизняної юридичної науки, зокрема окремі аспекти висвітлюються у працях: Бро Ю., Гоймана В., Карташова В., Лазарєва В., Недбайла П., Мурашина О., Решетова Ю., Шмельової Г. та ін., а деякі питання застосування принципів права хоча і висвітлюються у працях Невзорова І., Суркової О., Уварової О. та ін., проте і дотепер залишаються малодослідженими.

При цьому необхідно зазначити, що застосування принципів права відрізняється від застосування нормативно-правових приписів, що об'єктивують норму права, хоча основна модель цього процесу є подібною: встановлення фактичних обставин (фактична кваліфікація), вибір нормативно-правового припису чи принципу права (юридична кваліфікація), прийняття рішення у справі та його документальне оформлення. Специфіка застосування принципів права починається на стадії вибору регулятора, адже принцип права застосовується, насамперед, тоді, коли частково відсутня нормативно-правова регламентація або застосування принципу права прямо передбачено чинними джерелами права.

Так, відомо, що переборення нормативно-правових прогалин здійснюється за допомогою галузевої чи субсидіарної аналогії, зокрема вони допускають звернення не лише до подібного нормативно-правового припису, а й до принципів інституту чи галузі права (як власної, так іншої). Але при цьому застосування здійснюється лише за умови подібності обставин за найбільш суттєвими ознаками як у конкретній справі, так і передбачених аналогічним нормативно-правовим приписом чи принципом права. В той же час, важливим є змістовне наповнення принципів права, який мав бути регулятором суспільних відносин. Ще складнішим є процес правозастосування при повній відсутності нормативно-правової регламентації, коли відсутні як нормативно-правовий припис, так і принцип права у межах чинної системи джерел права. Якщо аналогія у цій сфері відносин не забороняється, для вирішення конкретної справи використовуються загальні принципи права чи правові принципи, а якщо й такі відсутні, тоді виникає потреба у створенні нового принципу або норми права, необхідних для вирішення справи. Отже, важливою умовою такого виду правозастосування є наявність принципів права.

Тому важливим є і питання про природу принципів права, а також про їх видові особливості. Питання принципів права останнім часом все більше притягує увагу науковців. Окремі їх аспекти висвітлювалися у працях вітчизняних вчених: Колодія А., Погребняка С., Фулей Т. та ін. Але для встановлення закономірностей застосування принципів права, насамперед, необхідно розмежувати поняття «принципи права» та «правові принципи».

Розуміючи під правовими принципами фундаментальні правові ідеї, що відображають рівень правового розвитку, разом з цим потрібно зазначити, що це принципи правосвідомості або ті, що відображені у правовій доктрині. Вони також можуть бути застосовані для розв'язання конкретної справи в разі використання аналогії права, але цей процес значно складніший і в цьому випадку, як і при створенні принципу права, простежується формування прецедентного права.

Це властиво для правових систем англо-американського чи міждержавного типу, коли наприклад, суд створює новий нормативно-правовий припис чи принцип права. Так, принципи верховенства, інтегрованості та прямої дії права Євросоюзу створені Судом ЄС у ході розгляду конкретних справ, і дотепер є важливими для розгляду аналогічних справ. Зокрема, Суд визначив, що принцип верховенства права ЄС є важливою умовою існування співтовариств та розвитку європейської інтеграції; це виходить із природи права ЄС, яке має примат щодо на-

© Юхимюк О., 2012

ціонального права. Більше того цей принцип визначальний і для національного правопорядку країн-членів ЄС. Подальший розвиток цього принципу спостерігається у справі Сіменталь, в якій суд ЄС зазначив, що національні судові органи при наявності колізії норм національного та права ЄС повинні застосовувати норму права ЄС. Цей принцип на сьогодні є загальним принципом права Євросоюзу. Отже, в цьому випадку принцип права не лише утворений судовим органом, але й наповнюється додатковим змістом у ході правозастосування Суду ЄС. Крім того, тут має місце створення та застосування принципу права. Тому під принципом права слід розуміти основні нормативні засади позитивного права, що визначають сутність та спрямованість правового регулювання.

Такі принципи створюються суб'єктами, що уповноважені на правотворення, відображені у відповідних зовнішніх формах (джерелах) права, мають загальнообов'язковий та засадничий характер, високий ступінь абстрагованості, первинність щодо норм права.

Багатоманітністю характеризується і класифікація принципів права. Так, за сферою дії принципи права поділяють на загальні принципи права (спільні засади правового регулювання, міжгалузеві, галузеві, інституційні; залежно від територіальної дії: міжнародні та національні; за предметом регулювання: цивільно-правові, конституційно-правові тощо. Крім цього, серед принципів права виділяють загальноцивілізаційні, загальноправові, загальні принципи права, типологічні, конкретно-історичні тощо.

До загальних принципів міжнародного права відносять: співробітництво між державами, добросовісне виконання зобов'язань, вирішення спорів мирними засобами тощо. В той же час до загальних принципів права України відносять: повагу та захист основоположних прав і свобод людини, верховенства права конституції та законів України. Водночас, необхідно звернути увагу на те, що загальні принципи національного права відображають загальноцивілізаційні чи загальноправові принципи, хоча можуть містити і лише йому притаманні засади права, особливо, коли йдеться про галузеві, міжгалузеві чи інституційні принципи.

Все це визначає особливості застосування принципу права, зокрема у частині юридичної кваліфікації, адже з'ясування змісту принципу права є процесом більш складним ніж з'ясування змісту норм права, оскільки принцип права має високо абстрактний зміст і суб'єкт правозастосування виступає водночас інтерпретатором, а можливо й правотворцем.

Але ця форма правозастосування є вже звичною для європейської національної та міжнародної юридичної практики. Щоправда юридична практика України поки що не може похвалитися сталим застосуванням принципів права. Але приклади такого правозастосування вже є в сучасній вітчизняній практиці. Так, у рішенні Верховного Суду України про визнання дій Центральної виборчої комісії по встановленню результатів повторного голосування з виборів Президента України було зафіксовано порушення принципу виборчого права та засад виборчого процесу, що виключало можливість встановлення достовірності результатів голосування. Крім цього, щоб ліквідувати таке порушення принципів права прийняли рішення про проведення повторного голосування.

В цьому рішенні спостерігається намагання застосувати принципи права, але разом з тим, наявність практики чи нормативно-правових положень, які б визначали цей процес, дозволило б спростити процедуру розв'язання цього питання. Чинне законодавство України також пропонує деякі форми застосування принципу права, наприклад, частина 2 статті 8 Цивільного кодексу України передбачає, що у разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права). Водночас, стаття 3 Цивільного кодексу України визначає, що загальними засадами цивільного законодавства є неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; свобода договору, справедливість, добросовісність та розумність тощо.

Ці принципи цивільного законодавства – абстрактні приписи, які потребують наповнення їх змістом, без цього можливість їх застосування викликає сумнів. Більш реальними для застосування могли б бути інституційні принципи права. Вони повинні бути менш абстрактними порівняно з принципами галузі права чи законодавства і більш близькими за змістом для нормативно-правових приписів.

Застосування принципів права має специфіку як у міжнародному, так і національному правозастосуванні. А тому виявлення особливостей застосування принципів права є важливим завданням як правознавства в цілому, так і теорії права зокрема.

ПОНЯТТЯ «ПРАВОТВОРЧА ПОМИЛКА» ТА ЙОГО СПІВВІДНОШЕННЯ З ІНШИМИ ПОНЯТТЯМИ

Янишина І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Інтенсивний розвиток системи джерел права України сприяв формуванню об'ємного нормативно-правового масиву, що спрямований на належне врегулювання суспільних відносин. Водночас, стрімкий розвиток суспільних відносин ще більше посилює інтенсивність правотворчої діяльності, спрямованої на формування відповідних правових регуляторів, хоча такий її темп не лише забезпечує формування належної системи регулювання суспільних відносин, а й зумовлює появу правотворчих помилок.

Проблеми виникнення, запобігання та переборення хоча і висвітлюються у наукових публікаціях, зокрема, у працях Вопленка М. М., Дзейко Ж.О., Карташова В. М., Лашкова А.С., Лісюткіна О. Б., Сирих В.М. та інших, проте, цілісне бачення цього явища і дотепер відсутнє.

У юридичній науці та практиці багатоманітне використання поняття «помилка» зумовлюється полісемічним характером самого слова «помилка», так і різноманітними підходами до його розуміння.

Слово «помилка» в словниках трактується як неправильність у вчинках, діях; некоректність результату певних дій; прорахунок, хибне уявлення тощо.

Ця багатозначність позначається і на різноманітності позицій у юридичній науці, де помилка трактується як неадекватний результат дій або ж як неправильні дії чи неправильне пізнання.

Так, Баранов В.М. під правотворчою помилкою розуміє офіційно реалізовану, добросовісну оману, результат неправильних дій нормотворчого органу, що порушують загальні принципи чи норми правотворення та не відповідають рівню та закономірностям державно необхідного розвитку відносин, що регулюються, та тягнуть за собою завдяки видання хибної норми правові несприятливі соціально юридичні наслідки.

Лашков А.С. відстоює позицію, що правотворча помилка це неадекватний соціальним цілям, логіко-гносеологічним закономірностям правотворення результат офіційного оприлюднення юридичної норми, інституту права, який порушує в силу добросовісної омани чи умисного протиправного діяння загальні принципи чи конкретні правила правотворення, що викликає чи здатний викликати негативні соціальні та юридичні наслідки та виступає основою для вимоги від зобов'язаної сторони усунути допущену помилку, відшкодувати спричинену шкоду.

Дзейко Ж. О. помилкою при застосуванні правил і засобів законотворчої техніки називає негативний результат неправомірних дій ненавмисного характеру при створенні чи систематизації законів, що є протиправним соціальним явищем (порушує загальні принципи чи конкретні норми права) та суперечить змісту правил і засобів законотворчої техніки, є перешкодою для досягнення цілей правового регулювання.

На думку Карташова В.Н., правотворча помилка – це правове відхилення у юридичній діяльності, яке є результатом добросовісної омани її суб'єктів, що виявляється у погрішностях (дефектах, недоліках) її змісту чи форми і викликає певні юридичні наслідки.

В той же час, Москалькова Т.Н. робить акцент на негативних наслідках, до яких призведе реалізація помилкового закону; Сирих В. під правотворчою помилкою розуміє відхилення від вимог правотворчої техніки, логіки, граматики, яке знижує якість нормативно-правового акту, викликає перешкоди в його тлумаченні і перешкоджає реалізації норм права в конкретних відносинах; Лукашева А.В. під законодавчою помилкою розуміє офіційно реалізовану добросовісну оману, результат неправомірних дій законотворчого органу, який порушує загальні принципи або конкретні норми правотворення, не відповідає потребам, рівню та закономірностям дійсності, яку регулює та тягне за собою негативні наслідки в юридичній та інших соціальних сферах.

© Янишина І., 2012

Отже, можна констатувати, що поняття помилки часто визначається за допомогою слів: омана, дефекти, недоліки, ризики та інколи ототожнюється з ними. Якщо аналізувати значення поняття «помилка», яке здійснюється через слово недолік, то видається це невдалим, оскільки в українській мові слово «недолік» є похідним від дієслова «лічити» та означає невідповідність у кількісних показниках. Відтак, слово «недолік», яке використовується у юриспруденції, є калькуванням з російської мови («недостаток»), якому в українській мові відповідниками є «хиба», «вада».

Часто поняття «помилка» ототожнюється з поняття «дефект». Хоча у цьому випадку має місце родове (дефект) та видове (помилка) поняття. Так, у тлумачних словниках дефект інтерпретують як ваду, псування, помилку, ушкодження, відхилення, патологію; а законодавство України під дефектом розуміє невідповідність вимогам, встановленим виробником та законодавством, відхилення якості, форми або фактичних розмірів елементів та конструкцій від вимог нормативно технічної чи проектної документації.

Отже, якщо дефекти є невідповідністю властивостей реального явища та ідеального явища, а різновидом такої невідповідності є і помилка, то правотворчі помилки є видом більш ширшого родового поняття «дефекти права».

Інколи у літературі висловлюється міркування і про можливість використання слова ризик для розкриття поняття «правотворча помилка». Словники трактують ризик як можливість того, що все відбудеться не так, як очікується, як можливість припуститися помилки; під ризиком розуміють ступінь імовірності певної негативної події, яка може відбутися у певний час чи за певних обставин; можливість вчинення та вірогідні масштаби наслідків негативного впливу протягом певного часу тощо. Спільним для ризику та помилки є те, що їх результатом стає нездатність норми адекватно регулювати ті відносини, для впорядкування яких вони створені. Проте, ризик правотворця – це об'єктивно присутній, наявний елемент правотворчості, обумовлений імовірнісним характером впорядковуваного соціального середовища, в той час як помилки можна уникнути за умови вчинення певних дій чи утримання від їх вчинення.

Часто у юридичній літературі поняття «помилка» ототожнюється з поняттям «омана», або використовується слово «омана» для розкриття змісту поняття «помилка». Наприклад, Якушин В.А. під помилкою розуміє оману особи в об'єктивних ознаках суспільно небезпечного діяння, які характеризують його як злочин.

На думку Мамчуна В.В., омана – це внутрішні зв'язки суб'єкта з дійсністю, що відображаються, які відзначаються особистими якостями індивіда, його здатністю відображати об'єктивну реальність та відтворювати її у своїй свідомості. Словники трактують оману як неправильну, помилкову думку, невірне уявлення про що-небудь, ухилення від істини, яке сприймається як істинна думка, епістемологічна характеристика знання, яка відображає його відносний та обмежений характер. Колодяжний В.І. вважає, що омана – це потенційна помилка, а помилка – це реалізована омана.

В літературі також висловлюється міркування про те, що омана – це знання, що не відповідає своєму предмету і не співпадає з ним та визначається специфікою суб'єкта та предмета пізнання. Омана є неадекватним відображенням дійсності (неправомірним уявленням про предмет). Отже, помилка є результатом хибної діяльності правотворця, а обов'язковою умовою її настання є омана.

Підсумовуючи, можна зазначити, що в юридичній літературі для розкриття змісту поняття «правотворча помилка» часто використовують такі слова як недолік, ризик, дефект, омана. Аналіз цих понять та виявлення їх співвідношення із поняттям «правотворча помилка» дозволяє констатувати, що сумісним з ним є поняття «правові дефекти». Більше того, воно є родовим поняттям по відношенню до поняття «правотворча помилка». Поняття ж «омана», «недолік», «ризик» є несумісними з поняттям «правотворча помилка». Таке розмежування дозволяє більш чітко скласти уявлення про правотворчі помилки як про неправильні дії суб'єкта правотворення та хибний результат. А, це дозволяє диференціювати правотворчі помилки на помилки у правотворчій діяльності та помилки, що об'єктивовані у правотворчих актах, а також виявити їх особливості, що вцілому дозволяє скласти цілісне уявлення про природу правотворчих помилок.

ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ТА КЛАСИФІКАЦІЯ КОДЕКСІВ

Ясіновська А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Посилення інтеграції у сучасних загальносвітових процесах супроводжується підвищенням рівня правової уніфікації, найбільш витребуваною формою якої є кодекси.

І хоча питання формування та функціонування кодексів не обділені увагою як зарубіжної, так і вітчизняної науки, зокрема ті чи інші їх аспекти висвітлювалися у працях: В.Баранова, П.Євграфова, Л.Гросмана, Є.Гетьман, В.Карташова, О.Міцкевича, Є.Погорєлова, Ю.Тіхомірова, О.Ющика та ін., проте, і дотепер потребують наукової уваги питання юридичної природи та класифікації кодексів, особливо загальної теорії права. І зумовлено це необхідністю створення сталої вітчизняної теорії кодифікації, яка б відповідала сучасним реаліям.

У юридичній літературі та юридичних словниках під кодексом розуміють: систематизований законодавчий акт, що містить норми певної галузі права; акт, що регулює однорідну сферу суспільних відносин; закон, що охоплює норми як галузі, так і інститутів права; галузевий звід нормативно-правових приписів, що мають спільні риси і базуються на єдиних принципах; звідний акт, що об'єднує норми права за предметом та методом правового регулювання.

У юридичній літературі також зазначається, що кодекси – це базові закони, що виконують інтеграційні функції та займають провідне місце у системі джерел права.

Кодексам, що є одночасно і законами і кодифікаційними актами, притаманні всі загальні їх ознаки: приймаються органом законодавчої влади, регулюють найважливіші суспільні відносини у межах галузі чи інституту права, мають особливий порядок прийняття, вищу юридичну силу, високо узагальнений характер нормативних приписів, засадничий характер у межах предмету регулювання.

Щодо основних ознак, які мають бути притаманні кодексам як у вітчизняній, так і юридичній науці відсутнє єдине бачення. Так, у юридичній енциклопедії до ознак, що характеризують кодекси відносять: високий рівень упорядкування нормативного масиву; приймається представницьким органом держави в порядку встановленої процедури; є результатом правотворчої діяльності держави; має нормативний характер; регламентує найважливіші питання відповідної сфери суспільних відносин; відрізняється властивим йому предметом (видом суспільних відносин) та методом (способом упорядкування) правового регулювання; може регламентувати відносини як у межах галузі, так і підгалузі законодавства; породжує юридичні наслідки і займає провідне місце в ієрархії нормативно-правових актів галузі законодавства; має визначену форму та структуру, що передбачає виклад норм за частинами (як правило загальна та особлива), главами та статтями; містить норми, що закріплюють принципи відповідної галузі права та відображають її особливості.

Деякі автори до основних ознак кодексу відносять наступні: кодекс є регулятором значної і досить великої сфери відносин; є підсумком удосконалення законодавства, зведеним актом, упорядкованою сукупністю взаємозалежних приписів. Він є єдиним, внутрішньо пов'язаним документом, що містить як перевірені життям, суспільною практикою чинні норми, так і нові правила, обумовлені динамікою життя, потребами розвитку суспільства; є значним за обсягом, має складну структуру.

Інші автори називають такі ознаки кодексу: кодекс є актом вищого законодавчого органу держави; повно і всебічно, детально і безпосередньо регулює однорідну групу суспільних відносин; положення кодексу мають широку сферу застосування в рамках галузі права, оскільки об'єднують норми всіх її основних інститутів; кодекс є кодифікаційним актом, найбільш численним за кількістю нормативних приписів, що містяться в ньому; для кодексу характерна достатньо складна структурна побудова.

Систематизація точок зору з цього питання дозволяє констатувати, що у юридичній літературі виокремлюються не лише загальні ознаки кодексу, але і його *особливості*, зокрема такі як: висока стабільність; доступність та суспільна витребуваність у суб'єктів реалізації

© Ясіновська А., 2012

права; пріоритетність у системі нормативно-правових актів; регулювання широкого кола питань; наявність складної, логічно стрункої організації змісту; наявність високого рівня уніфікованості нормативно-правового матеріалу; базовість щодо інших нормативно-правових актів у межах галузі права; наявність значної новелізації; охоплення основних параметрів галузі, інституту чи іншого системного утворення у межах предмету правового регулювання.

Стосовно диференціації кодексів на певні види, у літературі існують також різні бачення.

Так, Гетьман Є.А. класифікує кодекси за такими критеріями: за об'єктом кодифікації: (загальні, галузеві, міжгалузеві, спеціальні); за обсягом кодифікації: (завершені, незавершені); за ступенем модернізації: (традиційні, новаційні); за предметом регулювання: (життєзабезпечення людини і суспільства, природоресурсні, правоохоронні, транспортні).

Водночас, Пархоменко Н.М., зазначає, що кодекс може бути галузевим та спеціальним або комплексним.

Проте, найчастіше кодекси класифікують за обсягом регулювання суспільних відносин на: галузеві кодекси (кримінальний, цивільний, цивільно-процесуальний); міжгалузеві кодекси (повітряний, торгівельного мореплавства); інституційні кодекси (митний, водний), а також за характером регулювання суспільних відносин на: матеріальні (цивільний кодекс, кримінальний кодекс); процесуальні (кримінально-процесуальний кодекс, цивільно-процесуальний кодекс). Така диференціація кодексів має теоретичну та практичну значимість, а також є важливою не лише для виявлення видових особливостей кодексів, але формування цілісного уявлення про їх юридичну природу.

Вищесказане дозволяє до основних ознак, які характеризують кодекс, віднести: прийняття законодавчим органом; охоплення нормативно-правових приписів в основних параметрах галузі, інституту чи іншого системного утворення; визнання кодифікованим законом; наявність високого ступеня узагальненості та уніфікованості; засадничого характеру у межах предмету правового регулювання.

Таким чином, *кодекс* – це кодифікований закон, що має засадничий характер і містить нормативно-правові приписи у межах галузі, інституту чи іншого системного утворення у межах предмету правового регулювання.

Поряд з цим, цілісне уявлення про юридичну природу кодексів можливо сформувати лише на підставі знань про видові особливості кодексів. А це потребує більш детального аналізу основних видів кодексів.

СЕКЦІЯ ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ НАУК

ПЕРІОДИЗАЦІЯ УКРАЇНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ ДУМКИ В ГАЛИЧИНІ (АВСТРІЙСЬКИЙ ПЕРІОД)

Андрусяк Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Карл Ясперс слушно зауважив, що «спроба структурувати історію, ділити її на ряд періодів завжди веде до грубих спрощень, проте ці спрощення можуть служити стрілками, що вказують на суттєві моменти». Саме тому питання періодизації посідають важливе місце в історичних дослідженнях. А оскільки важко уявити суспільне явище, факт чи ідею, котрі б виникли з нічого, тобто не мали попередньої історії, то вивчення будь-якого суспільного феномену об'єктивно потребує історичної складової. При цьому, як видається, не завжди можна говорити про розвиток, оскільки останній передбачає появу прогресивних змін в часі. І якщо протягом тривалих історичних періодів такі тенденції безумовно присутні, то менші проміжки часу не завжди демонструють таку тенденцію. Так, наприклад, Михайло Драгоманов називає час перебування українських земель в складі Російської імперії «пропащим часом», коли була втрачена і позитивна динаміка розвитку, і здобутки козацької доби.

Період, що його ми розглядаємо починається 1772 р., коли частина українських земель, що входили до складу Речі Посполитої, після поділу останньої увійшли до складу Габсбурзької монархії і закінчується 1918 р., коли Австро-Угорська імперія припинила своє існування та була проголошена ЗУНР. Розгляд цього періоду як окремого етапу в історії української правової думки обґрунтовано з огляду на ряд моментів. Перше, це перебування в складі однієї держави, правова система якої базувалася на західній традиції права (на відміну від Речі Посполитої, а тим більше Московського царства, пізніше Російської імперії), друге – відсутність нівеляційних тенденцій по відношенню до українського населення з боку центральної влади (Австрійська монархія ніколи не намагалася довести, що українці – це частина польського чи російського народу), третє, будучи монархією народів (за що в російській, пізніше радянській історіографії отримала означення «клаптикової» на відміну від монолітної Російської) якщо й не сприяла їх національно-культурному розвитку, то, принаймні, на законодавчому рівні закріплювала можливості для такого розвитку.

Для періодизації історичного процесу застосовують такі поняття, як ера, епоха, період, етап, стадія. Поняття «ера» в історичній науці має два значення. Це система літочислення і значний історичний період часу, якому притаманні докорінні зміни. Можливе вживання цього терміну для підкреслення значимості певної події, що від неї можна починати відлік. У цьому випадку, щоправда, пізніший розвиток показує емоційно перебільшену оцінку цієї події. В контексті даної проблеми це т. зв. «нова ера». Публіцистично-пропагандистським було й твердження про те, що події, які відбулися 7 листопада 1917 р. в Петрограді «відкрили нову еру в історії людства». Тому, як видається, використання поняття «ера» в іншому контексті, ніж окреслення понять «нашої ери» та «до нашої ери», тобто для розуміння офіційної системи літочислення, не є обґрунтованим. Подібно як і поняття «епоха», яке в межах досліджуваної проблематики не доцільно використовувати.

Основна структурна одиниця історичного процесу – це період – поняття, що його застосовують для характеристики різних аспектів історії суспільства. В період можуть бути виділені історичні події та процеси всесвітнього, національного, регіонального масштабів, що мали місце в окремих сферах суспільного буття, духовного розвитку. Саме тому історія української правової думки від найдавніших часів до сучасності може бути поділена саме на певні періоди, вивчення яких дасть можливість осмислити її як цілісне духовно-інтелектуальне явище. Таким чином, період – це певний проміжок часу, протягом якого відбувається перехід від одного рівня до іншого. В рамках кожного окремого періоду можуть бути виділені інші періоди, зі спільністю характеристик, що взяті як критерії періодизації.

© Андрусяк Т., 2012

Українська правова думка в Галичині у 1772-1918 рр. є періодом в історії української правової думки виділеним за хронологічним та регіональним критерієм. Поділ цих майже 150 років на окремі періоди вимагає нових критеріїв періодизації, які б дозволили виокремити проміжки часу, що відображають якісну своєрідність досліджуваного предмету в ті чи інші десятиліття, роки чи місяці.

Важливим терміном, який необхідно застосовувати при періодизації предмету дослідження є «етап». На відміну від «періоду», поняття «етап» слід застосовувати для окреслення відносно відособлених частин єдиного процесу розвитку. При цьому кожен наступний етап є прогресивним у порівняні з попереднім за якісним розвитком явищ що розглядаються.

Подібно до поняття «етап» в періодизації використовується поняття «стадія», яке окреслює певний ступінь або фазу розвитку розглядуваного явища, що має свої якісні особливості. На відміну від етапу, що застосовується при періодизації явищ, які не мають видимої кінцевої точки, як наприклад, етапи розвитку ідеї свободи чи етапи розвитку людства, стадії доцільніше застосовувати при окресленні процесу, який має початок і завершення, наприклад стадії процесу деколонізації чи стадії розпаду імперії.

Розглядуваний нами історичний проміжок часу в літературі має дуже різну періодизацію. Коротко зупинимося на різних підходах.

Почнемо з найширшого окреслення цього часового відрізку. За Вільямом Мак-Нілом «Вестфальський мир, що завершив Тридцятирічну війну (1648 р.), а також такі його наслідки, як Піренейський мир між Францією та Іспанією (1659 р.) і реставрація монархії Стюартів в Англії (1660 р.) знаменували нову еру в історії Європи», яка триває до 1789 р., тобто до революції у Франції. Цей період він називає «старим режимом у Європі». Наступний часовий проміжок від Французької революції 1789 р. до революції в Російській імперії 1917 р. є частиною періоду, який характеризують, як «піднесення Заходу». Він охоплює час від 1850 до 1950 рр. Інший підхід, хоча й з деякими схожими моментами, застосовує до періодизації окресленого часу Норман Дейвіс. Час від бл.1650 р. до, знову ж таки, 1789 р. окреслено як «Просвітництво і абсолютизм», 1770-1815 рр. – «збурений континент», 1815-1914 рр. – «світовий генератор» і 1914-1945 рр. – затьмарення Європи. Цей підхід цікавий тим, що тут окремі періоди «накладаються», хоча, як бачимо, підходи до періодизації окресленого часового проміжку у названих авторів дещо різні.

Якщо названі вище періодизації стосуються світової та європейської історії, то наступні дві стосуються саме Габсбурзької монархії, держави, що до її складу входила, в розглядуваний період, Галичина. Австрійський історик Еріх Цьольнер розділяє даний часовий проміжок на два періоди. Перший охоплює час від 1740 до 1848 рр. і названий «Реформи, реакція і революція», другий – «Епоха Франца Йосифа і кінець монархії» триває від 1848 р. до 1918 р. Відповідно, перший поділяється на реформи Марії Терезії, десятиліття правління Йосифа II, правління Леопольда II, коаліційні війни та Віденський конґрес, «система Меттерніха», «Фердинанд I та народи напередодні революції», 1848 рік. Другий період – неоабсолютизм, Австро-угорський дуалізм, «ліберальна ера», «уряд Таффе», політична криза та національна боротьба (1894-1914), Перша світова війна.

Англійський дослідник історії Габсбурзької монархії А. Тейлор точкою відліку для розгляду історії цієї держави бере 1809 р. – коли посаду міністра закордонних справ обійняв Меттерніх, який репрезентував Австрію в Європі наступних 39 років. Періодизація, що її він пропонує, базується на особливостях державно-правового та політичного буття в певні періоди. Старий абсолютизм, який Тейлор називає Австрією Меттерніха охоплює 1809-1835 рр.. Наступний період (1835-1848 рр.) названо лаконічно – «напередодні березня» (тобто початку революції), далі – революція 1848 р., Установчі збори – липень 1848-березень 1849 року (тут маємо приклад того, коли період може охоплювати місяці, в той час, як попередні охоплювали десятиліття), неоабсолютизм (1849-1859 рр.), боротьба між федералізмом і централізацією (1860-1861 рр.), конституційний абсолютизм (1861-1865 рр.), кінець старої Австрії (1865-1866 рр.), творення дуалізму (1866-1867 рр.), крах лібералізму (1867-1879 рр.), ера Таффе (1879-1893 рр.), роки безладдя (1893-1897 рр.), гра в демократію (1897-1914 рр.), кінець Габсбургів (1814-1918 рр.).

Розглянувши періодизацію що її пропонують історики, видається необхідним також зупинитися на окресленні цього періоду в історії політичних і правових вчень та в історіографії України.

Автори фундаментальної праці «Історія політичної думки» Д. Себайн та Т. Торсон поділяють її розвиток на три ключові етапи. Третій етап, що має назву «Теорія національної держави» розпочинається теорією Мак'явеллі і триває до сучасності, а отже увесь розглядуваний період охоплюється ним. В радянський період історію політичних і правових вчень поділяли на два етапи: «домарксистські правові та політичні вчення», що охоплювали час від античності до середини XIX ст. та «марксистське вчення та його розвиток», відповідно з середини XIX ст. до 70-х чи 80-х років XX ст.., коли були написані відповідні праці. Хоча й тоді за основу брали хронологічний підхід, як це можна бачити у багатотомній «Історії політичних і правових вчень», підготовленій Інститутом держави і права Академії наук СРСР під ред. В. Нерсесянца. Тож матеріали, що тією чи іншою мірою, можуть стосуватися розглядуваної проблематики містяться в трьох томах, в яких розглянуто правові та політичні вчення XVII-XVIII вв., XIX в. та XX в.

В українській радянській історіографії цей період трактували, відповідно до формаційного підходу, як період розкладу і кризи феодально-кріпосницької системи, скасування кріпосного права і розвиток капіталізму (XIX ст.) та період імперіалізму (1900-1917 рр.). В історико-правовій науці трактування було аналогічним, з тою різницею що перший з названих періодів охоплював другу половину XVIII – XIX століть, а друга половина XIX – 1917 р. окреслений як «держава і право в епоху капіталізму».

В сучасній українській історіографії цей період окреслюють по різному. О. Реєнт називає його «імперська доба» (XIX – початок XX ст.). Я. Грицак трактує цей період як новітню історію України. Розглядуваний часовий проміжок він поділяє на три періоди. Перший «На досвітках нової доби» починається від «інкорпорації українських земель до складу Російської та Австрійської імперій наприкінці XVIII – на початку XIX століття». В територіальному аспекті розглядуваної нами проблеми виділено два ключові моменти: «Йосифінські реформи та їх вплив на західноукраїнське суспільство» і «перша хвиля національного відродження на західноукраїнських землях» (йдеться про діяльність «Руської Трійці»). Тобто в хронологічному вимірі це 1772 р. – 30-40 роки XIX ст. Наступний період «Із селян – в націю» цікавий для нас виокремленням таких складових, як перенесення центру національного руху на західноукраїнські землі та періоду особливо інтенсивного розвитку української політичної думки в 1890-1914 рр. Третій період «У вогні війни і революції: 1914-1921» вже виходить поза окреслені нами межі.

В контексті розглядуваної нами проблеми варто також згадати періодизацію, запропоновану авторами трьохтомної «Історії Львова». Другий том власне охоплює період від 1772 р. до жовтня 1918 р., який розділений на «Часи австрійського абсолютизму (1772-1860-і роки)» та «Доба польсько-шляхетської автономії (1867-1918)».

Кожна з названих вище періодизацій має свої позитивні моменти, проте в їх основу взято різні критерії, які практично не беруть до уваги духовний чи інтелектуальний розвиток. Тому варто навести ще два приклади періодизації, в яких ці моменти певним чином враховано. М. Грушевський називає увесь період, про який йдеться «Українське відродження» та виділяє такі ключові моменти для періодизації, як: «прилучення Галичини і Буковини до Австрії», «початок відродження в західній Україні», «ідея народности. Початки свідомійшого демократизму», «Галицьке відродження і 1848 рік», «народовство і москвофільство в Галичині», «українська робота на галицькім ґрунті», «політичний рух в Галичині в 1890-х рр». Завершується розгляд періодом «культурний і національний зріст австрійської України», оскільки праця побачила світ в 1913 р.

Друга періодизація найтісніше пов’язана з розглядуваною проблемою. Маємо на увазі періодизацію, що її використовує у своїх, на сьогоднішній день найбільш фундаментальних з даної проблематики, дослідженнях історії української політичної думки Кость Левицький. У праці «Історія політичної думки галицьких українців 1848-1914» він виділяє десять періодів. В основу періодизації взято вибори та каденції крайового сейму та парламенту, а також інші важливі події в політичному житті українців Галичини. В праці «Історія визвольних змагань га-

лицьких українців з часу світової війни 1914-1918» розглянутий історичний проміжок часу поділено на вісім періодів. При цьому критерієм періодизації беруться різні події, не завжди пов'язані з Галичиною та українцями, що мали визначальний вплив на подальший розвиток подій, наприклад, прихід на австрійський престол Карла, революція в Російській імперії. Загалом періодизація запропонована у названих вище працях, є вкрай виваженою та обґрунтованою для розгляду політичної думки та політичної діяльності українців у Галичині протягом 1848-1918 рр.

Оскільки українська правова думки, як сукупність інтелектуальних надань українського народу стосовно правової сфери буття суспільства, ще не була предметом окремого наукового дослідження, то зрозуміло що й питання її періодизації, критеріїв такої періодизації не розроблялося. Складність вирішення цього завдання полягає у необхідності враховувати ряд моментів. Якщо історія політичних чи правових вчень розглядається, за правило, як сукупність теорій, концепцій, доктрин вироблених конкретними мислителями протягом певного історичного періоду, то для вивчення правової думки цього ж періоду необхідно, по-перше, окреслити суб'єктне коло її творців, по-друге, визначити інституційні форми її розвитку, потретє, з'ясувати взаємозв'язок розглядуваного етапу з попередніми та наступними етапами її розвитку. При цьому, на відміну від конкретного вчення, яке знаходить свою об'єктивізацію в праці мислителя, який є творцем цього вчення, думка завжди є результатом колективної творчості, сукупністю інтелектуальних зусиль менше чи більше широкого кола осіб. Тому часто є проблематичним визначення чітких хронологічних меж появи та утвердження певної правової ідеї у правовій думці.

Враховуючи вищезазначене, спробуємо окреслити періодизацію української правової думки в Галичині протягом 1772-1918 рр.

Перший період, що його можна умовно назвати перехідним, починається зі зрозумілих причин 1772 роком, коли після поділу Речі Посполитої частина українських земель окреслених як «Королівство Галичини і Володимирії (Лодомерії)», входить до складу Габсбурзької монархії. Ця зміна державної приналежності цієї частини України мала колосальне позитивне значення. На зміну Речі Посполитій з її релігійною нетолерантністю, прийшла держава, в якій вже декілька десятків років проводилися прогресивні реформи. Греко-католицькому духовенству було надано рівні права з римо-католицьким. Це мало важливе значення з огляду на те, що саме конфесійні відмінності були, на той час, визначальним фактором ідентифікації українського народу. Створення греко-католицької духовної семінарії у Відні, університету та гімназії у Львові повинно було сприяти піднесенню освітнього рівня, а отже й національної самосвідомості українського населення. Завершення цього періоду припадає на кінець першого – початок другого десятиліття XIX ст. В 1805 р. університет було реформовано в ліцей, а в 1809 ліквідовано «Студіум Рутенум», що був, по суті, першою україномовною структурою вищої школи у Галичині.

Другий період охоплює середину другого десятиліття – початок 30-х років XIX ст. В цей період починається формування українського громадянського суспільства. Першою українською громадською організацією в Галичині стало «Товариство греко-католицьких священиків Галичини для підтримки всіх праць щодо пізнання справжньої Христової релігії і для організації формування добрих звичаїв», яке Іван Франко назвав «першим руським просвітним товариством». Статут Товариства був затверджений цісарем 5 липня 1816 р. і виданий, за підписом Михайла Левицького, у тому ж році у Відні латинською мовою. У 1817 р. коли було відновлено діяльність Львівського університету, в 1818 р. видано цісарський декрет щодо впровадження викладання українською мовою у народних школах Східної Галичини.

Початок третього періоду ознаменований появою «Руської Трійці», з діяльністю якої пов'язують початок українського національного відродження в Галичині. Саме в цей період М. Шашкевич, І. Вагилевич, Я. Головацький, В. Подолинський та ін. висловлюють ідеї, які стають основою програми національно-культурного та державно-правового розвитку українців Галичини до 1918 р.

Особливе місце в українській правовій думці Галичини, в історії українського народу, як і більшості європейських народів, посідає 1848 рік – Весна народів. Не ідеалізуючи та не перебільшуючи здобутків цього періоду, можна з певністю стверджувати що це був пік розвитку

правової думки українців Галичини у XIX ст. Рівень правової свідомості та правових вимог, що їх висунули та відстоювали українці починаючи, від петиції до цісаря в квітні 1848 р. до програми Головної Руської ради, свідчить про політичну та правову зрілість, готовність до самостійного життя, якщо не в рамках власної держави, то, принаймні, в умовах української автономії в межах Австрійської імперії. Завершується цей період відновленням абсолютизму.

Наступне десятиліття складає особливий період – це час застою, розчарування і відходу від здобутків 1848 р. Наявність цього періоду обумовлює неможливість говорити про розвиток української правової думки протягом перебування Галичини в складі Австрійської імперії. За багатьма показниками 50-ті роки схожі до 30-х, що є свідченням відсутності безумовного і неперервного прогресу в національно-культурному та державно-правовому розвитку.

Шостий період охоплює початок 60-х – кінець 80-х років. Відповідні зміни в державно-правовій системі монархії вплинули й на активізацію осмислення правових проблем. Особливо цьому сприяли перші вибори до галицького сейму в 1861 р. Цей період можна назвати періодом розквіту. Саме тоді виникає широкий спектр українських громадських організацій, починає формуватися політичний рух, виникають та розвиваються юридичні товариства, зокрема «Кружок правничий».

Сьомий період – період зрілості триває від кінця 80-х років XIX ст. до початку Першої світової війни. Саме в цей час до проводу українського суспільно-політичного життя приходить численна плеяда правників – випускників юридичного факультету Львівського університету. Виникає академічна українська юридична наука, розвивається україномовна правнича преса, з'являється ряд українських політичних партій. Динамічний розвиток української правової думки, як і загалом наукових, культурних та економічних здобутків українського народу був перерваний початком Першої світової війни.

Очевидно, що два вищеназвані періоди можуть мати ще й свою, більш детальну періодизацію. Проте базові характеристики головних тенденцій розвитку правової думки в рамках кожного з названих періодів залишаються спільними.

Останній, восьмий період розпочинається війною та завершується створенням ЗУНР. Починається якісно новий етап в українській правовій думці, коли не тільки осмислюється законодавство держав, до складу яких входить та чи інша частина українських земель, а саме законодавство твориться на основі української правової думки, є її складовою частиною.

ДО ПИТАННЯ ПРО ІСТОРІОГРАФІЮ ДОСЛІДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ШЛЮБУ В СИСТЕМІ ПРАВА ДАВНЬОГО РИМУ

Балко О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

З огляду на те, що сформовані в римському праві норми, принципи, правові конструкції слугують базою для сучасного законодавства країн континентальної системи права, цінними є дослідження становлення шлюбу, як інституту права в Давньому Римі.

Розвиток наукових знань про інститут шлюбу в системі права Давнього Риму був тривалим процесом. Зазвичай вчені-романісти згадували про римський шлюб у своїх підручниках, монографіях та наукових статтях у контексті загальної історії римського права. Тому, мало досліджень спеціально присвячених інституту шлюбу в системі права Давнього Риму.

Завдяки плідному науковому опрацюванню першоджерел римського права, став доступним понятійний інструментарій, що ліг в основу знань про розвиток відносин між чоловіком та жінкою в Давньому Римі.

Першу групу використаних джерел становлять хрестоматійні видання пам'яток права Давнього Риму. Доцільно згадати переклади Інституцій Гая з коментарями до нього професора римського права університету Варшави Ф. Дидинського. Також, цінним джерелом для вивчення понять та правових конструкцій, що стосувалися шлюбу, умов та правових наслідків його укладення і припинення, майнових відносин між подружжям є праці С. Утченко, І. Перетерського та ін. дослідників.

Другу групу використаних джерел становить вітчизняна та іноземна наукова, навчальна та допоміжна література, завдяки якій з'ясовуємо характер шлюбних відносин та простежуємо виникнення ознак властивих інституту права.

На підставі аналізу норм Законів XII таблиць (Leges XII tabularum) р. Таубеншлаг класифікує види влади домовладики (paterfamilias): щодо жінки (manus mariti), дітей (patria potestas) та рабів (dominica potestas). Вчений робить важливий висновок про те, що шлюб класичного періоду нагадував просту цивільну угоду (наприклад, укладення шлюбу (cum manu) у формі договору (coemptio)).

Оскільки нормами Законів XII таблиць санкціоновано встановлення manus (влади чоловіка) за допомогою фактичного шлюбного співжиття протягом року (usus), вчені-романісти М. Хутиз, І. Лубко звертають увагу на зміну ідеї права чоловіка над особистістю дружини на ідею опіки над нею. Науковці вважають, що це порушило єдність давньої римської патріархальної родини.

У XIX ст. відбувається кодифікація законодавства Франції та Німеччини, і як наслідок, проходить загальноєвропейський процес активізації досліджень феномену римського права.

Особливої уваги заслуговують дослідження романістів, що присвячені правовій природі римського шлюбу.

Оскільки шлюбно-сімейне право Польщі розвивалося з урахуванням чинних шлюбно-сімейних норм законодавства таких країн як Франція та Німеччина, цікавими є дослідження польських романістів А. Щепанського та В. Окенскі. Науковцями встановлено, що інститут шлюбу в римському праві сформувався з урахуванням складної правової природи шлюбних відносин, їх комплексного характеру (особисті немайнові права і обов'язки та ті, що випливають з них, майнові відносини людей, які виникають на ґрунті шлюбу).

Одночасно, російські історики Г. Пухта та К. Кавелін, порівнювали інститут шлюбу та інститут володіння (possesio) річчю. Позиція вчених щодо подібної структури шлюбу та володіння, підтверджується тим, що укладення шлюбу відбувалось шляхом усної згоди (consensus).

Професор німецького та канонічного права р. Зом в своїй праці присвяченій римському сімейному праву, пояснював складну правову природу шлюбу у Давньому Римі тим, що цей інститут базувався на засадах права приватного та публічного.

© Балко О., 2012

Цікавою є позиція І. Загорського та Г. Шершеневича про унікальність правової конструкції шлюбних відносин, їх відмінність від інших інститутів сімейного права та віднесення шлюбу до інституту особливого роду (sui generic). Висновки вчених базуються на тому, що шлюб можна розглядати одночасно як таїнство та як цивільну угоду.

У XX ст. – поч. XXI ст. в Європі відбувався процес вдосконалення національно-правових систем права. Вчені багато уваги приділяли дослідженням правових умов та необхідних гарантій для реалізації індивідуального природного права на шлюб.

Наслідком цього процесу стали поведені фундаментальні дослідження догм, юридичних термінів та конструкцій римського приватного права видатних романістів Ч. Санфіліппо та Дж. Франчозі.

Значний зріст інтересу до римського права, зумовив появу спеціальної літератури. Наприкінці XX ст. питання шлюбної згоди та розлучення в Давньому Римі, узагальнено в праці М.-І. Нун'єс-Пас.

Простежити розвиток шлюбних відносин, їх характер та особливості можна завдяки аналізу компонентів правового життя (права та пов'язаних з ним явищ) Стародавнього Риму, проведеного І. Новицьким. Залежність розуміння шлюбу від історичних, економічних, релігійних, моральних та правових чинників виявлено в праці В. Дождєва.

Вагомий вклад в дослідження інституту шлюбу здійснив Є. Харитонов. В своїх наукових працях («Приватне право у Стародавньому Римі» (Одеса, 1996); «Рецепция римского частного права» (Одеса, 1996); «Рецепція римського приватного права: Теоретичні та історико-правові аспекти» (Одеса, 1997)), автор звертає увагу на канонічне право, як чинник, що в XII – XIII ст. спростив та послабив давні перешкоди для шлюбу, засновані на кровній спорідненості або свояцтві.

Певна інформація про інститут шлюбу в системі права Давнього Риму міститься у курсі лекцій «Основи римського приватного права», підготовленого Є. Орачем та Б. Тищиком. Також деякі аспекти римського шлюбу розкрито у посібнику для студентів «Римське приватне право», виданого кафедрою цивільного права Одеської національної юридичної академії. Важливим є те, що у цих посібниках вперше вміщено переклад українською мовою значної кількості фрагментів із Законів XII таблиць, Інституцій Гая та Дигестів Юстиніана.

Отож, в українській та зарубіжній літературі історія становлення та розвитку інституту шлюбу в системі права Давнього Риму досліджувалась протягом тривалого періоду. Висновки, що у ній містяться можна використати при з'ясуванні місця інституту шлюбу в законодавстві країн континентальної системи права. З огляду на це, зростає необхідність сучасного системного історико-правового аналізу результатів проведених досліджень.

ПОНЯТТЯ КОПНОГО ПРАВА ТА ОСОБЛИВОСТІ ЙОГО ІНТЕРПРЕТАЦІЇ В ІСТОРИКО-ПРАВОВІЙ НАУЦІ

Бедрій М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Деякі дослідники історії копних судів і копного судочинства, вивчаючи цю складну наукову проблему, приходили до висновку, що звичаєво-правові норми про копні суди не вичерпуються регулюванням їх устрою й особливостей судового провадження. Вони є зовнішнім вираженням розгалуженої системи правових норм, яка мала назву «копне право». Про його існування заявив у середині XIX ст. М. Іванішев – перший вчений, який ввів у науковий обіг поняття копного суду.

Цю думку в 20-х рр. XX ст. розвинув І. Черкаський, який стверджував, що копне право було системою, яка поєднувала в собі не лише процесуальні, але й матеріальні правові норми. Як видається, копне право – це звичаєве право українського та білоруського народів, яке не перебувало в абсолютній статиці, а проходило процес еволюції шляхом його застосування копними судами, тобто у зв'язку з впливом судової практики цих органів. Також І. Черкаський зробив висновок, що не тільки сам копний суд був органом звичаєвого права, але й зокрема його устрій, організація, процесуальне провадження, а також його матеріальне право були теж витвором звичаєвого права, які із давніх часів переросли в певну систему, яку можна назвати «копний статут» або «копне право», і вважались за ознаку народної свободи у сфері правотворчості.

Копне право не є і не може бути фікцією, придуманою вченими, адже з ним стикаємось безпосередньо в документах архівного походження. Так, на засіданні копного суду 1629 р. в Овруцькому повіті зазначалось: «…чиним явно і ознаємуємо тим нашим згодним купним судовим листом до кожного суду і права… всім візваним і зібраним згідно стародавнього права, звичаю копного».

Водночас сутність цього явища в історико-правовій науці інтерпретується по-різному. Варто звернути увагу на основні версії щодо розуміння копного права: 1) копне право у значенні копного суду; 2) копне право як слово-синонім звичаєвого права; 3) копне право як вид звичаєвого права українського та білоруського народів.

У Середньовічній Європі склалась практика, за якою терміни «суд» і «право» інколи паралельно вживались для означення судових органів і засідань. Суд називали «правом», оскільки він був місцем, де право застосовувалось. Особливо поширеною ця практика була в Польському королівстві, у законодавчих актах якого вживаються словосполучення «стати на право» (тобто прибути на судове засідання), «чинити право» (тобто здійснювати судочинство) та ін.

Ця традиція була поширеною і в інших державах, до складу яких входили українські землі. Передусім, мова йде про Велике князівство Литовське та Річ Посполиту. Так, у 1624 р. позивач звернувся до Кременецького земського суду з вимогою «право чинити». Тому в документах можна знайти випадки, коли «копним правом» названий копний суд.

Однак таке означення копного суду зовсім не дає підстав засумніватись в існуванні копного права як виду звичаєвого права, адже синонімічне використання цих термінів було ситуативним. Тому копним правом називали копний суд, проте це не було його основним значенням.

Копне право також неодноразово ототожнюють із звичаєвим правом. Особливо поширеною ця помилка є в російській літературі, в якій копне право часто називають споконвічним правом російського народу. Для аргументації своєї позиції вони посилаються на працю М. Іванішева «О древних сельских общинах в Юго-Западной России». По-перше, Південно-Західною Росією в XIX ст. називали Україну. По-друге, М. Іванішев у своїй праці аналізував акти двох повітів – Луцького та Володимирського, які перебувають далеко за межами російських етнічних кордонів. Тому ці аргументи не мають жодних підстав. Крім того, немає хоча б одного документу, який би вказував на діяльність копних судів на етнічних російських землях.

© Бедрій М., 2012

Варто погодитись із І. Черкаським, що копне право було спільним творінням українського та білоруського народів. Згодом його також рецептувало Велике князівство Литовське. Натомість ні Московське царство, ні інші державні утворення російського народу не мали ні копних судів, ні копного права.

Копне право не варто також ототожнювати з українським звичаєвим правом, адже крім нього були ще й козацьке, карпатське та інші історичні типи звичаєвого права українського народу. Таким чином, поняття «копне право» та «звичаєве право» співвідносяться як частина і ціле.

На наш погляд, копне право необхідно розуміти, передусім, як історичний тип звичаєвого права українського та білоруського народів, який сформувався у XIV ст.

Як відомо, систему українського звичаєвого права становили його підсистеми. Точну кількість таких підсистем (видів або історичних типів) українського звичаєвого права неможливо визначити, проте деякі з них особливо чітко вирізняються: додержавне право, вервне право, копне право, козацьке право, карпатське право тощо.

Вони не завжди діяли одночасно, інколи змінювали одне одного (вервне право у XIV ст. трансформувалось у копне) чи навіть конкурували одне з одним. Так, у Гетьманщині козацьке право взаємодіяло з копним правом і конкурувало з ним. Кожен із видів українського звичаєвого права становив його підсистему та складався з окремих інститутів. Наприклад, додержавне право включало до свого складу правові інститути кровної помсти, колективної власності, общинного суду та ін.

Копне право, що було одним із видів (типів) українського звичаєвого права, сформувалось у XIV ст. внаслідок еволюції давньоруського вервного права. Під «копним правом» необхідно розуміти історичний тип (вид) українського звичаєвого права, що виражався в підсистемі матеріальних і процесуальних норм, які застосовували копні суди в своїй діяльності, а також інститутів, котрі ці норми в себе об'єднували. У систему копного права входили інститути юридичної відповідальності, права власності, копного суду, копного округу, гоніння сліду та ін.

Правовий інститут копного суду був центральним у копному праві, оскільки діяльність копних судів не лише забезпечувала його дотримання та застосування, але й зумовлювала його еволюцію. Рішення копних судів не мали прецедентного характеру, однак їх судова практика могла як формувати нові правові звичаї, так і спричиняти відмирання неактуальних юридичних норм.

На думку українського професора-правознавця Л. Луць, інститут права – це підсистема норм права, що регулює певну групу однорідних суспільних відносин. Отже, звичаєво-правовий інститут копного суду – це підсистема норм звичаєвого права, які регулювали однорідну групу суспільних відносин щодо організації, діяльності та устрою копних судів, а також порядку здійснення копного судочинства. Водночас необхідно зауважити, що копний суд як звичаєво-правовий інститут і правовий інститут не є тотожністю, оскільки правовий інститут копного суду становили не лише норми звичаєвого права, але й законодавства.

Звичаєво-правовий інститут копного суду складався з норм українського звичаєвого права. Кожна із цих норм формувалась природнім шляхом, виходячи із потреб суспільних відносин, будучи суспільним правилом, що пройшло тривалу апробацію соціальними суб'єктами. Інститут копного суду посідав важливе місце в українському звичаєвому праві, оскільки був ефективним і санкціонованим державою. За його допомогою відбувався не тільки захист прав усіх суспільних груп, але й забезпечувались застосування та юридична чинність інших звичаєво-правових норм і інститутів.

Норми звичаєвого права, які становили інститут копного суду та систему копного права можна поділити на три групи: успадковані від інституту вервного суду та запозичені з вервного права; сформовані практикою копних судів; запозичені з християнської ідеології внаслідок юридизації релігійних норм.

Серед судових органів, що діяли на українських землях у XIV-XVIII ст., копні суди належали до таких, які найбільш повно застосовували норми українського звичаєвого права. Отже, за допомогою копного судочинства здійснювалось застосування як матеріальних, так і

процесуальних норм звичаєвого права, а відтак забезпечувалась їх юридична дія, адже чинність правових звичаїв прямо залежить від стабільності та регулярності їх застосування.

Під час здійснення копного судочинства копні суди застосовували складну систему процесуальних дій, більшість яких мали звичаєве походження. Їх регулювали звичаєво-правові норми про: відкриття провадження (позов, обрання копних суддів та ін.), здійснення попереднього розслідування (гоніння сліду, звід, поволання, сок, «давання вини» тощо), судовий розгляд (заклад, судові дебати, примирення тощо), докази та доказування («лице», свідки, присяга, ордалії та ін.), оскарження рішення («обча копа» та ін.), а також його виконання («оговор копний», звільнення злочинця дівчиною тощо).

Рішення копних судів приймались, передусім, на основі матеріальних норм українського звичаєвого права. У рішеннях копних судів отримували застосування як цивільні (про власність, про земельні межі, про делікти тощо), так і кримінальні (про злочини, про покарання та ін.) норми українського звичаєвого права.

Підсумовуючи викладені вище міркування, можна дійти до висновку про те, що копне право було історичним типом українського звичаєвого права, тобто підсистемою звичаєво-правових норм, які застосовувались копними судами на українських землях у XIV-XVIII ст. Окремі норми копного права отримали подальший розвиток в наступних історичних типах українського звичаєвого права (наприклад, козацького та карпатського), а деякі з них стали частиною законодавства. Тому можна стверджувати про те, що копне право було важливим проявом розвитку українського права, який ґрунтовно вплинув на українську правову традицію та правову культуру.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ УТВОРЕННЯ ПОЛІЦІЇ НА ЗАХІДНОУКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ В СКЛАДІ РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА 1921-1939РР.

Білецька О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відновлена Польща - Друга Річ Посполита - утворилася 11 листопада 1918 року. Невід'ємною складовою організації її апарату управління стало формування правоохоронних структур - відповідних державних органів, які повинні були забезпечувати проведення у життя державної політики у сфері охорони та захисту прав і свобод громадян, інтересів суспільства й держави від протиправних посягань. До її складу увійшла й поліція - державний орган виконавчої влади, призначений для охорони безпеки існуючого порядку.

Процес створення системи поліції у Другій Речі Посполитій був започаткований законом від 24 липня 1919 р. «Про державну поліцію». Одним із ініціаторів та авторів цього закону був начальник поліцейського відділу міністерства внутрішніх справ Польщі Мар'ян Божецький.

Зазначений документ містив 44 статті, об'єднані такими розділами: загальні положення; організація поліції; службові стосунки та підпорядкованість поліції адміністративній владі та органам місцевого самоврядування; дисциплінарна відповідальність; чисельність поліції; ротація службовців поліції; умови прийняття на службу; підготовка у спеціальних школах; права та обов'язки службовців поліції.

Відповідно до статті 1 та 2 вищесказаного закону поліція проголошувалась організацією, головне завдання якої полягало в охороні громадської безпеки та суспільного порядку.

Місце поліції у структурі державної влади визначали статті 11 і 13. У статті 11 передбачалось, що під час виконання службових обов'язків поліція підпорядковується представникам державної адміністрації (старостам та воєводам), котрі залежать від МВС». Відповідно до статті 13 органи прокуратури, а також представники судової влади також мали право давати безпосередні доручення поліції.

Нормативно-правову базу діяльності поліції Другої Речі Посполитої визначали законодавчі акти парламенту, накази глави держави Ю.Пілсудського, низка розпоряджень міністерств, пов'язаних із діяльністю поліції. На місцевому рівні законодавчу силу мали накази окружного коменданта поліції, відповідні розпорядження воєводи, старости, інструкції судової влади та органів прокуратури.

До найбільш значущих нормативно-правових актів, які здійснювали правове регулювали організації поліції слід віднести наступні документи: приписи МВС від 4 грудня 1919 року «Про організацію окружних команд поліції» та «Про організацію повітових команд поліції», розпорядження МВС від 2 березня 1920 року «Про обмундирування та озброєння державної поліції», рішення сейму від 13 липня 1920 року «Про заробітну платню вищих та нижчих службовців поліції», інструкція МВС «Для кваліфікаційної комісії державної поліції» від 29 серпня 1919р.

Загальну структуру польської поліції було запозичено з принципів формування англійської поліції. Відповідно до нормативно-правових актів вона складалась:

- з головної комендатури, яку очолював головний комендант;
- комендатур воєводських і окружних. Керівників цих структур призначав міністр внутрішніх справ за пропозицією головного коменданта державної поліції. Окружні комендатури існували до 1924 року (розпорядженням президента держави від 27 грудня 1924 р. їх перейменовано у воєводські);
- повітових і міських комендатур (функції і повноваження цих комендатур було врегульовано циркуляром міністра внутрішніх справ від 4 грудня 1919 р.);
- комісаріатів і дільниць державної поліції у гмінах малих, містах та великих залізничних вокзалах;

© Білецька О., 2012

- слідчої служби, що мала своїм основним завданням не лише боротьбу з кримінальним світом, але і з революційним рухом. Діяльність цієї служби була врегульована спеціальними приписами.
- політичної поліції, що мала своїм завданням боротьбу з комуністичним і революційним рухом.

Залежно від рівня державної поліції, службові особи поділялись на вищі та нижчі категорії. Також від рівня на якому працює той чи інший державний службовець залежала і їхня заробітня плата.

До вищих категорій належали: головний комендант, заступник головного коменданта, окружний комендант, його заступник, комендант повітовий, його заступник, комісар, заступник комісара, начальник слідчої міліції. Інші службовці, які також належали до вищих категорій отримували свою назву, а також заробітню плату залежно від виконуваних функцій.

До нижчих категорій службовців державної польської поліції відносились: старший дільничний, дільничний, старший вартовий, вартовий.

Залежно від категорії на яку приймалась особа в державну польську поліцію ставились відповідні вимоги. Стаття 26 закону від 24 липня 1919 року передбачала загальні вимоги до кандидата на посаду: наявність польського громадянства, доброї репутації, досягнення 29-річного віку і не більше 45 років, відповідний зріст, стан здоров'я, добра фізична будова тіла, володіння польською мовою, вміння рахувати. До кандидатів на вищі категорії державних службовців, крім вимог про здоров’я та знання польської мови вимагалась певна освіта. Наприклад починаючи від начальника слідчої поліції до заступника окружного коменданта ставилась вимога щонайменше про закінчення середнього закладу освіти, для головного коменданта, заступника головного коменданта, окружного коменданта обов’язковою була вища освіта.

Добір кадрів в органи поліції здійснювався за принципом добровільності. Про можливість вступу кандидата на службу в державну поліцію вирішувала спеціальна кваліфікаційна комісія утворена при повітових і міських комендатурах (склад служби і порядок діяльності визначався відповідною інструкцією Міністра внутрішніх справ від 29 серпня 1919р.) Після прийняття кандидата до органів поліції, останній повинен був пройти навчання у поліцейській школі. А згодом пройти відповідний випробовувальний строк. Цей період згодом зараховувався до стажу служби в органах поліції.

Кожен хто вступав на службу в органи поліції повинен був скласти присягу на вірність державі та зобов’язувався бути справедливим до всіх громадян.

Утримання поліції, як державного органу здійснювалось за рахунок державних коштів. А оскільки кількість поліцейських постійно збільшувалась, то на поліцію йшла більша частина державних коштів. Згодом відповідно до розпорядження Міністра внутрішніх справ від 22 жовтня 1919 року було встановлено, що одну четверту частину витрат на утримання поліції брали на себе місцеві органи влади.

Відповідно до ст. 23 Закону «Про державну поліцію» кількість працівників поліції залежала від кількості населення і потреб місцевості і визначалась Міністерством внутрішніх справ за погодженням з Міністерством фінансів. Але як відомо чисельність поліції особливо великою була у воєводствах із компактним проживанням українців. Тут варто зауважити, що формування органу поліції відбувалось переважно з громадян польської національності, не зважаючи на міжнародні зобов’язання польського уряду забезпечити своїм національній меншинам всю повноту політичних і громадянських прав. Наприклад у 1928році з 36355осіб рядового складу поліції було лише 253 особи непольської національності.

Закон «Про державну поліцію» від 24 липня 1919року передбачав основні засади створення та організації польської поліції. Але необхідно зазначити, що в перші роки існування Другої Речі Посполитої цей закон не до кінця міг бути реалізованим на території західноукраїнських земель, через їх не визначений правовий статус.

ДЖЕРЕЛА ПРАВА НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ У СКЛАДІ РЕЧІ ПОСПОЛИТОЇ (1569–1795 РР.)

Бойко І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Серед маловивчених історико-правових проблем, що потребують розв'язання у сучасних умовах, можна виділити аналіз джерел права на українських землях у складі Речі Посполитої (1569–1795 рр.).

Як відомо, 1 липня 1569 р. було укладено Люблінську унію, згідно з якою Польське Королівство і Велике князівство Литовське утворили одну Річ Посполиту. У федеративній польсько-литовській державі – Речі Посполитій з цього моменту мав бути спільний монарх, якого обирали на єдиних виборах, коронований одночасно королем польським і великим князем литовським. Спільними ставали також сейм і сенат. Спільними були зовнішня політика і грошова одиниця. Польська та литовська шляхта мали право володіти землями в обох частинах держави. Окремими залишалися: печатка, герб, фінанси, адміністрація та військо, законодавство.

Люблінська унія мала неоднозначні наслідки для України. Позитивним було те, що більшість українських земель об'єдналися в одній державі. З одного боку це мало сприяти інтенсивному розвитку економіки, а з іншого – посиленню експлуатації селянства. Було скасовано кордони, котрі відділяли західноукраїнські землі від східних. Усе українське населення перебувало в однакових соціально-політичних умовах, що сприяло національній консолідації. Українські міста стають центрами розвитку ремесла і торгівлі. Українські ремісники і купці залучаються до міжнародної торгівлі, передусім через Балтійське море. Українці залучаються до західноєвропейської ренесансної культури. Плідні контакти виявлялись у різних сферах традиційної народної культури, в літературі, книгодрукуванні, впливали на суспільно-політичну думку, правотворчість.

До негативних наслідків підписання Люблінської унії відносимо, насамперед те, що вона знищила в Україні залишки атрибутів державних традицій і адміністративно-правової автономії, які збереглися від часів Галицько-Волинської держави, а відтак – Литовсько-Руської держави. Крім цього, руський (староукраїнський) народ зазнавав закріпачення й порушення соціально-економічних, політичних і культурних прав; насаджувався католицизм, руський (староукраїнський) народ поступово втрачав свою політичну еліту, яка полонізувалася та переходила до католицької віри.

Укладення Люблінської унії і створення єдиної держави Речі Посполитої вело до уніфікації правової системи. Спроби переглянути правову систему Великого князівства Литовського і, зокрема, Статуту 1566 р., який залишався чинним на українських землях Речі Посполитої, наштовхнулися на рішучий опір литовської, білоруської, української шляхти, оскільки Польща не мала значних досягнень у правовій сфері, які могли б конкурувати з Великим князівством Литовським. У XIV–XV ст. кодифікація права у Польському королівстві призвела до прийняття Віслицького статуту 1347 р., Повного зводу статутів Казимира Великого 1420 р., Вартського статуту 1423 р., Статуту Яна Ласького 1506 р.

Унаслідок подальших кодифікаційних робіт у 1532 р. був опублікований проект законів із основних галузей польського права, названий "Коректура права" ("*Correctura iurium*"). Він складався з 929 артикулів, налічував п'ять книг (перша стосувалася діючих джерел права, організації держави і судів; друга – процесуальне право; третя – сімейне та спадкове право; четверта – зобов'язальне і кримінальне право; п'ята – процесуальне право).

Творці проекту "Коректури права" у процесі його створення використовували Статут Ласького 1506 р. і Зібрання Сигізмунда I Старого 1524 р. Їх метою було редагування діючого права внаслідок усунення повторів і суперечностей правових норм, ліквідації партикуляризмів, а також уніфікації своєї правової системи. Безсумнівно, ці наміри були дуже прогресивними.

Заплановане прийняття "Коректури права" на засіданні вального сейму в Пьотркові в 1534 р. не відбулося. Шляхта вирішила, що цей нормативно-правовий акт може обмежити її

© Бойко І., 2012

права і привілеї, окрім того, стати надійною правовою основою для посилення державної влади польського короля. Відхилення "Коректури права" 1534 р. мало негативне значення для подальшого розвитку польського законодавства, оскільки надовго призупинило польські кодифікаційні роботи. Наступні кодифікаційні роботи відбулися аж в епоху Відродження. Після 1534 р. розвиток права у Польському Королівстві, а з 1569 р. у Речі Посполитій був пов'язаний з Литовськими статутами.

Uоловним недоліком польського законодавства, яке діяло на території Галичини з 1434 р. до 1569 р., стало те, що чіткої кодифікації права не було здійснено. Система права Польського Королівства не мала достатньої єдності. Причина недосконалості системи права Польського Королівства полягала в тому, що найвпливовішим світським і духовним магнатам, а також шляхті це було невигідно, адже кодифікація польського права могла б обмежити їхні широкі права заради захисту прав інших суспільних груп. Загалом польське право доби Середньовіччя мало подібні ознаки з правом інших держав Європи цього історичного періоду. Найсуттєвішою вирізняючою рисою був значний обсяг прав польської шляхти. Це засвідчувало існування соціальної нерівності у Польському Королівстві.

Порівнюючи право Польського Королівства та Великого князівства Литовського за хронологічний період 1349–1529 рр., зауважимо, що польське право перебувало в цей час на дещо вищому рівні розвитку, ніж литовське. У Польському Королівстві діяли Віслицький, Пьотрківський статути, Повний звід статутів Казимира Великого, Вартський статут й інші нормативно-правові акти, котрі були прикладом як для того часу високого рівня законодавчої техніки.

Аналізуючи системи права Польського Королівства та Великого князівства Литовського, можемо стверджувати, що ці дві держави спочатку розвивались подібним шляхом. Як і Литва, так і Польща не ризикували відразу поширювати дію своїх правових актів на українські землі. Однак у 1434 р. Польське Королівство на основі Єдлненського привілею 1430 р. започаткувало процес скасування у Галичині чинності джерел права колишньої Галицько-Волинської держави, запровадивши там своє право. Правова політика Литви стосовно української території будувалася на принципі: "Старого не ламаємо, а нового не вводимо". Більше того, після інкорпорації Литвою українських земель та рецепції "Руської правди" офіційною державною мовою стала руська (давньоукраїнська) мова.

Характеризуючи право Польського Королівства та Великого князівства Литовського за 1529–1569 рр., зазначимо, що литовське право не лише наздогнало польське за рівнем розвитку юридичної техніки, а й випередило його. Як уже згадувалося, на відміну від Литви, в Польському Королівстві так і не було здійснено кодифікації законодавства. Система права Великого князівства Литовського значною мірою ґрунтувалась на "Руській правді", але у 1529 р. був прийнятий Перший статут Великого князівства Литовського – перший у тогочасній Європі систематизований звід законів різних галузей права. Він юридично закріпив основи суспільного та державного ладу, правове становище верств, станів і соціальних груп населення, порядок утворення, склад і повноваження органів державного управління й суду. Перший Статут Великого князівства Литовського слугував міцною основою для розвитку законодавства, був головним джерелом у процесі підготовки Статуту Великого князівства Литовського 1566 р.

Одним з джерел статутів Великого князівства Литовського стало польське право. Як уже зазначалося, у 1569 р. Велике князівство Литовське було об'єднане з Польським Королівством. З того часу польське право починає впливати на право литовсько-руське, зокрема після унії 1569 р. Створення єдиної держави Речі Посполитої вимагало уніфікації державної і правової системи Польського Королівства і Великого князівства Литовського. За наполяганням депутатів від Польського Королівства на Люблінському сеймі, була створена комісія для приведення Статуту Великого князівства Литовського 1566 р. у відповідність до діючого польського права. Було вирішено, що комісія "статут польський" (малося на увазі Статут Яна Ласького 1506 р.) повинна покласти перед собою, узгодити з ним, настільки можливо, литовські закони, щоб уже в усіх наших державах, як у єдиній Речі Посполитій, могло відправляти єдине і негайне правосуддя. Вплив польського права відображено в процесуальних нормах статутів Великого князівства Литовського; судові норми переносяться у Велике князівство Литовське. У статутах Великого князівства Литовського 1566 і 1588 рр. містився розділ, присвячений визначенню прав і привілеїв шляхетського стану. Джерелом цього розділу було польське право.

Укладення в 1588 р. Третього Литовського статуту мала на меті узгодити литовське право з польським. Це було викликано значними соціальними і політичними змінами, що сталися після реалізації в життя реформи 1557 р. (“Устава на волоки”) і акта Люблінської унії 1569 р. З цією метою в 1569 р. було вперше створено комісію, якій доручалося узгодити статут із польським правом. Згодом була створена ще одна комісія, яка, на думку білоруського історика права Й. Юхо, і уклала Литовський статут 1588 р.

Чинність Третього Литовського статуту поширювалася на Волинське, Брацлавське, Київське воєводства, а з 1635 р. і на Чернігівське, як складових Литви, а в Руському, Белзькому і Подільському воєводствах, як складових Польщі, згідно умов Люблінської унії 1569 р., діяло “старе польське право” (Статут Яна Ласького та ін.).

Аналіз наведених основних історичних аспектів розвитку джерел права на українських землях в складі Польського королівства, Великого князівства Литовського, а відтак Речі Посполитої дає підставу дійти висновку, що правова система на українських землях формувалася відповідно до романо-германського типу правової системи. Це стосується основного джерела права – нормативно-правового акта (князівські грамоти, привілеї польських королів, статути вального сейму тощо), кодифікації як способу систематизації таких актів, їхньої ієрархічності та ін.

Через Польське королівство, Річ Посполиту на українських землях поширювалася західна традиція права. До характерних рис західної традиції права належало співіснування та змагання в середині одного суспільства різних юрисдикцій і різних правових систем, котрі взаємно збагачувалися, взаємодіяли. Саме цей плюралізм юрисдикцій та правових систем і надавав перевагу нормативно-правовому акту (привілею, статутам, ухвалам) як регулятора суспільних відносин, хоча це й призводило до звуження чинності українських джерел права.

ОРГАНІЗАЦІЯ СУДІВ ЗА АВСТРІЙСЬКОЮ КОНСТИТУЦІЄЮ 1867 Р.

Гриб Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Демократичні процеси, що відбувалися в Європі наприкінці XIX ст. здійснили значний вплив на усі європейські країни, у тому числі й на Австро-Угорщину, у складі якої на той час перебувала Галичина. Революційні події, які охопили Австрійську імперію і спонукали імператора до об'єднання з Угорщиною та створення Австро-Угорської монархії вплинули також і на конституційний процес, що відбувався в державі. У 1867 р. австрійським парламентом прийнято конституцію, яка скерувала державу на шлях до конституціоналізму та демократії.

Конституція 1867 р. передбачала також реформування судової системи Австрії. Вже у Положенні 1849 р. передбачалось відокремлення судової влади від виконавчої і законодавчої, та проголошувалась її незалежність. Ця ідея знайшла закріплення у Основному державному законі про судову владу від 21 грудня 1867 р. Система загальних судів була триступеневою: одноособові повітові суди, колегіальні окружні (крайові суди), колегіальні вищі крайові суди. При цьому у Галичині, на відміну від інших коронних країв були створені два вищі крайові суди – у Львові та Кракові. До територіальної підсудності вищого крайового суду у Львові належала також Буковина. Хоча його створено ще 23 лютого 1855 року однак він залишався чинним судовим органом навіть після прийняття Конституції 1867 року.

Судді призначались пожиттєво імператором або від його імені відповідними посадовими особами. Під час призначення вони складали службову присягу та присягу неухильно дотримуватись конституційних законів. Усі рішення виносились від імені імператора. Суддею міг бути австрійський громадянин чоловічої статі, який мав вищу юридичну освіту і стаж практичної роботи не менш ніж три роки, успішно склав письмовий та усний іспити. Комісії із приймання іспитів створював щорічно міністр юстиції при кожному вищому крайовому суді. До їхнього складу входили професори юридичних факультетів і кваліфіковані практичні працівники.

При прийнятті рішень судді визнавались вільними та незалежними. З цією метою законом передбачались обмеження, щодо відповідальності суддів. Так, конституційним законом передбачалось, що суддя може бути усунутий від справи лише у випадку передбаченому законом та на підставі судового рішення. Одночасно він може бути звільнений з посади за наказом голови суду чи вищого органу судової влади, за умови термінової передачі справи на розгляд компетентного суду. Заборонялися переведення та відставка суддів в супереч їхній волі, крім випадків та порядку передбачених у законі. Якщо суддя допустив судову помилку, на нього можна було подати цивільний позов. Судді не мали права приймати рішення щодо правомірності законів, а лише щодо адміністративних розпоряджень.

Вищою судовою інстанцією в Австрії був Верховний судовий і касаційний трибунал у Відні (Державний трибунал). Порядок формування та компетенція цього суду визначались Основним державним законом про створення імперського суду від 21 грудня 1867 р. Згідно ст. 1 цього закону імперський суд створено з метою вирішення спорів між владою і спірних питань публічного права, що виникають у королівствах і землях представлених у рейхсраті.

Імперський суд приймав остаточне рішення у спорах:

- між судовою і урядовою владою з приводу того, чи належить дана справа до підвідомчості судової або урядової влади, у випадках передбачених законом;
- між представниками будь-якої області і вищою урядовою владою, щодо спору про право видавати адміністративні розпорядження;
- між місцевою та незалежною владою різних областей в справах, що належать до сфери їхнього управління;
- щодо претензій королівств та областей до держави і навпаки;
- щодо претензій королівств і областей одне до одного;

© Гриб Н., 2012

- відносно претензій громад, корпорацій та приватних осіб до королівств, областей та держави в цілому, якщо такі претензії не підсудні загальним судам;
- щодо скарг громадян з приводу порушення будь-якого з гарантованих конституцією публічних прав, після того як справу було розглянуто відповідно до закону в адміністративному порядку.

Прийняття рішення, щодо того чи підсудна справа імперському суду чи ні належало до його виключної компетенції. Якщо ж Державний трибунал вирішував, що справа належить до компетенції іншого суду чи державного органу, той не мав права відмовлятися від її розгляду.

Внаслідок конституційних змін 1869 р. відновлено діяльність повітових судів, ліквідованих законом від 1853 р. Існуючі у Галичині 17 округів і 176 повітів краю були ліквідовані. Замість них створено 74 повітових староства. У кожному старостві створено 2-3 повітових суди, а судочинство повністю відокремлено від адміністрації.

Повітові суди розглядали всі цивільні справи, за винятком тих, які належали до підсудності вищих судів. Із кримінальних справ їм були підсудні справи про злочини, зокрема про неповагу до влади, до державного герба, прапора, гімну. Повітові суди були судами першої інстанції і діяли у складі одноособового повітового судді або колегії у складі 3 суддів.

Із 1870 р. у Східній Галичині діяв один крайовий суд у Львові та п’ять окружних судів: у Перемишлі, Станіславі, Самборі, Тернополі і Золочеві. Окрім цього, на території підсудній Львівському крайовому суду було три, а на території згаданих окружних судів по одному міському делегатському суду. Крайовий суд Західної Галичини знаходився у Кракові. Крайові суди розглядали складні цивільні справи в першій інстанції, виступали як суди другої інстанції щодо справ, вирішених повітовими одноособовими і повітовими колегіальними судами. Вони діяли як колегіальні судові органи.

Крім загальних судів в Австрії і на західноукраїнських землях, існували ще спеціальні суди (військові, промислові, торговельні та ін.). Так, для військовослужбовців існували окремі військові суди трьох інстанцій – військовий суд, вищий військовий суд і верховний військовий трибунал. До 1912 року ці суди розглядали справи на підставі застарілого й суворого кримінального кодексу 1768 року, прийнятого за часів правління Марії-Терезії.

Спірні питання між робітниками, робітниками і підприємцями розглядав створений у Львові в 1896 р. промисловий суд. У Дрогобичі діяв третейський суд кас взаємодопомоги гірничих товариств. Цивільні справи між австрійськими та угорськими підданими за кордоном в першій інстанції розглядали австрійські консулати як консульські суди.

У 1875 р. для вирішення адміністративних спорів між державним органом і громадянами у Відні був заснований Адміністративний трибунал без нижчих адміністративних судів. У 1914 р. було порушено питання про створення у Галичині крайового адміністративного трибуналу, а на розгляд Галицького крайового сейму подано регламент його роботи. Однак, зазначений суд так і не був створений.

Для розгляду деяких категорій кримінальних справ про злочини, за які передбачалось покарання не нижче п’яти років позбавлення волі, при окружних судах створювалися суди присяжних. Їхнє створення було передбачено ст. 11 Конституції Австрії 1867 року. Фактично ж вони були організовані законом від 1 березня 1869. Австрійський кримінально-процесуальний кодекс 1873 року розширив компетенцію судів присяжних і зарахував до їхнього розгляду 22 види тяжких злочинів, вчинення яких загрожувало позбавленням волі терміном не менше як п'ять років, а також дев'ять злочинів і два проступки політичного характеру. Справи про тяжкі злочини розглядав суд присяжних засідателів у складі сенату.

До їх складу входили три професійні судді (зі складу суддів сенату крайового суду) і 12 присяжних засідателів. Списки присяжних щорічно складалися адміністративними органами з осіб, які відповідали вимогам майнового, вікового та освітнього цензів. Присяжні виносили вердикт про вину, а судді визначали міру покарання. Відновивши суди присяжних уряд передбачив, що Рада Міністрів має праву призупинити їх дію терміном на один рік, але для цього необхідно отримати згоду обох палат парламенту.

Особливе становище в судовій системі посідав Верховний маршалківський суд на чолі з великим придворним маршалком, який розглядав справи, пов'язані із членами панівної динас-

тії, за винятком імператора. Другою інстанцією для нього був вищий крайовий суд у Відні, а останньою – Верховний судовий і касаційний трибунал.

Підсумовуючи необхідно зазначити, що Австрійська конституція 1867 р. закріплювала принцип розподілу влад, обмежувала владу імператора, розширювала повноваження парламенту та передбачала створення системи незалежних судів. Однак процес впровадження на практиці положень даної конституції виявився складним і тривалим. ЇЇ прийняття було лише одним з перших кроків Австрії на шляху до конституціалізму та демократії.

ДІЯЛЬНІСТЬ ІСТОРИКО-ПРАВОВОЇ ШКОЛИ ПРАВА НА ЮРИДИЧНОМУ ФАКУЛЬТЕТІ ЛЬВІВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Кахнич В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Діяльність історико-правової школи права представлена на юридичному факультеті Львівського університету багатьма вченими юристами, які зробили значний внесок у розвиток цієї школи. Одним з перших основоположником цієї школи, людиною яка заклала початки діяльності став вчений Освальд Мар'ян Бальцер. Він один з перших заклав глибокі знання та розуміння історичної школи права у своїх працях, що важливою ознакою сучасної української історико-правової науки є помітне зростання інтересу дослідників до переосмислення творчих здобутків минулих поколінь. Такі дослідження допомагають забезпечити створення об'єктивної картини історичного розвитку правового світогляду вітчизняних мислителів. В цьому аспекті аналіз наукового доробку видатного вченого і громадського діяча Освальда Бальцера видається корисним і актуальним.

Важливим чинником актуалізації теми дослідження є те, що окремі концептуальні погляди та оцінки, відображені у працях О. Бальцера, потребують наукового перегляду. Нова історична доба зумовлює зміну інтерпретації постаті О. Бальцера, як ученого, актуалізує його правові та світоглядні орієнтири, висвітлює окремі аспекти його правових ідей і дає нам кращі можливості пізнати його праці.

Загальний обсяг бальцерознавства становить чималу кількість наукових досліджень. Це праці таких вітчизняних науковців, як В.С. Кульчицького, Б.Й. Тищика, Т.Г. Андрусяка, І.Й. Бойка, А.В. Кольбенка, М.М. Кобилецького, Ю. Шемшученко, І. Усенко та ін.. Віддаючи належне їх внеску у дослідженні правового аспекту світогляду О. Бальцера, зауважимо, що вони не вичерпали, та й не могли вичерпати всіх питань, які перебували в професора. Це пояснюється тим, що не всі праці вченого перебували у науковому обігу і залучалися до вивчення. Нині, коли науковим співтовариством сприйнято методологічний плюралізм, використання сучасних методів відкриває можливість поглибленого опрацювання наукових текстів ученого, нового комплексного дослідження системи його правових ідей, що стосуються різних сфер життєдіяльності людини і суспільства.

Ім'я професора О. Бальцера невіддільне від історії юридичного факультету Львівського університету. Відомий вчений, історик права, завідувач кафедри історії німецького і польського права Львівського університету, вчений європейського маштабу, він був почесним доктором кількох європейських університетів та членом академій, деканом юридичного факультету, ректором Львівського університету.

Народився Освальд Мар'ян Бальцер 23 січня 1858 р. у м. Ходорові на Львівщині у сім'ї австрійського урядовця за національністю – австрійця, мати його теж була австрійкою. Навчався у німецькій школі, де від дітей навчився польської мови. Батько виховував у ньому допитливість, любов до науки, пошану до влади.

У 1867 р. Галичина, перебуваючи у складі Австрії, отримала можливість викладання в навчальних закладах і вузах польською мовою.

1870 р. став учнем третьої цісарсько-королівській гімназії ім. Франца Йосифа у Львові, де предмети викладалися німецькою і польською мовами. Закінчивши з відзнакою гімназію, 1878р. вступив на юридичний факультет Львівського університету.

Студент Бальцер відвідував лекції і семінарські заняття відомих професорів – правників К. Ліске (історія права), Г. Рошковського (філософія права і міжнародне право), Ф. Гризецького (церковне і державне право) та ін. У студентському альманасі він опублікував кілька цікавих наукових статей.

Закінчивши Львівський університет, О. Бальцер у Краківському університеті 1883 р. захистив дисертацію та склав іспити для отримання ступеня доктора права. Пізніше проходив річне стажування у Берлінському університеті та готувався до захисту докторської дисертації (габілітації).

© Кахнич В., 2012

Коли О. Бальцер став викладачем Львівського університету, йому було доручено читати курс "Історія польського права". Читав він свій предмет цікаво і студенти різних курсів охоче відвідували його лекції.

У травні 1887 р. О. Бальцеру присвоєно наукове звання надзвичайного професора, а у червні 1890 р., – звичайного професора (у віці 32 роки). Цього ж року він очолив у Львівському університеті новостворену кафедру історії польського права. Він започаткував також читання курсу польського судового права, а з 1894 р. почав читати ще й курс історії державного устрою Австрії. 1899 р. видав з цього предмету підручник, який отримав високу оцінку польських і австрійських вчених.

Бальцер керував студентськими науковими семінарами з своїх предметів, прищеплюючи студентам смак до наукових досліджень, копіткої праці з першоджерелами, архівами, крайовою і зарубіжною літературою. Чимало з них потім стали відомими науковцями (П. Домбковський, Л. Ерліх, А. Віняж та ін.).

Професор дотримувався власної системи проведення семінарських занять. Кожного року він розпочинав свої заняття ґрунтовним викладом мети і завдань, які стояли перед студентами, називав основну літературу, роблячи наголос на першоджерелах, у тому числі на архівних документах. Пропонував студентам найбільш актуальні теми рефератів, хоча не нав'язував їх нікому, даючи можливість самостійно обирати конкретну тему. Вказував на головну мету кожного конкретного дослідження і найважливіші його проблеми. Підготовлений реферат кожен студент зачитував на семінарі, після чого починалася загальна дискусія, у якій повинні були брати участь всі присутні. Цінив і виділяв тих студентів, які могли відстояти свої позиції, відповісти на критику. Слідкував за чистотою мови доповідачів, логікою їх викладу. Вимагав виправлення допущених помилок і неточностей, іноді й сам редагував ці реферати. Найцікавіші з них допомагав опублікувати у наукових журналах "Квартальнику історичному", "Огляд права і адміністрації" та ін.

Авторитет проф. О. Бальцера, як науковця і організатора постійно зростав. У 1888 р. він став членом, у 1900 – віце–головою, а у 1915 р. – головою екзаменаційної суддівської комісії судового департаменту Галицького намісництва, його постійно обирали до складу Вченої ради Львівського університету. Двічі (у 1892/93 та 1913/14 навчальних роках) ставав деканом юридичного факультету, а у 1895/96 н. р. – ректором університету.

Будучи ректором, проф. О. Бальцер запропонував міністру освіти у провідних університетах Австро-Угорщини створити кафедри порівняльної історії слов'янського права, а також виступив з проектом аналогічного наукового журналу. Для початку О. Бальцер хотів створити таку кафедру у Львівському університеті, але не знайшов відповідного професора, який би зміг її очолити.

О. Бальцер брав активну участь у з'їздах польських істориків та істориків права, виступав на них з доповідями. Правда, намагався не втручатися у гостраполітичні дискусії, не вступав до жодної політичної партії, був лояльним до австрійської влади в Галичині.

Отже, діяльність історико-правової школи на юридичному факультеті Львівського університету була відома у багатьох відомих університетах Європи. Її авторитет і популярність була представлена видатним педагогом і науковцем, істориком права О. Бальцером – знаковою постаттю юридичного факультету і Львівського університет у другій половині XIX – поч. XX ст. Кілька десятиліть працював викладачем, був одним з найвідоміших учених-правознавців, а точніше істориків державного устрою і права. У свій час був ученим з європейським іменем і славою. Зростання інтересу сучасних вчених до переосмислення творчих здобутків минулих поколінь допоможуть забезпечити розвиток правових поглядів вітчизняних науковців до діяльності історико-правової школи права на юридичному факультеті Львівського університету.

РИМСЬКЕ ПРАВО ТА УТВОРЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКИХ УНІВЕРСИТЕТІВ

Кобилецький М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Початок зародження сучасної європейської юридичної науки більшість дослідників пов'язують із створенням перших європейських університетів. Однією з причин створення університетів, зокрема Болонського, стала необхідність вивчення римського права, зокрема кодифікації візантійського імператора Юстиніана. Поширення на територію Італії кодифікації Юстиніана пов'язують тісними зв'язками між Західною та Східною Римською імперіями та взаємовпливу правових джерел. Так, на території Італії діяли закони візантійського імператора Леона III (717-741 рр.). Особливого розповсюдження закони Леона III, що врегульовували норми міжнародного, військового, поліцейського та морського права мали на півдні Італії. На півдні Італії також діяли закони іншого візантійського імператора Василія. Зв'язок між Візантією та італійськими територіями втратився після завоювання екзархату Равенни у 751 р. германськими племенами ломбардів, яка з 754 р., яка належала новоствореній папській області. Равенські юристи використовували Кодифікацію Юстиніана до кінця X ст. У так званих не ломбардських областях Італії вплив візантійського права був досить незначний. Після завоювання Сицилії арабами у IX ст. та у XI ст. норманського завоювання окремих італійських територій, вплив візантійського права став ще менш значним. Необхідність використання універсального права сприяло повернення до вивчення римського права та використання Кодифікації Юстиніана. Необхідність використання римського права сприяло утворенню північно-італійських та інших європейських університетів. Після виникнення університетів у Франції, Німеччині та інших європейських країнах не зменшив приплив студентів до різних італійських університетів. Тут працювали найвідоміші викладачі права, а здобуті в італійських університетах наукові ступені мали найвищу у юридичній науці цінність. У Болонському університеті в XII ст. навчались представники 18 народів. Поступово виникає болонська та паризька університетські моделі. У Болоні та інших італійських університетах існували так звані схоласти, які самостійно обирали ректора. Серед схоластів було багато освічених та заможних людей. Університети, де домінували юристи відносились до болонського типу. Французькі університети в період раннього середньовіччя не відігравали вагомої ролі у вивченні римського права. Зокрема, у 1219 р. Папа римський Гоноріус III заборонив вивчати римське право у Паризькому університеті. Деякі науковці пов'язують дану заборону з бажанням Папи римського зменшити перехід студентів з богослов'я на вивчення юриспруденції. Усі університети намагалися отримати папське та світське визнання з допомогою монархів (імператорів, королів, князів). У тогочасних нормативних актах університетів йшлося про повне навчання студентів-юристів (studium generale) та часткове навчання (stadium particulare). Очолювались університети ректорами, які обирались з числа викладачів або схоластів.

Болонський університет серед інших європейських та італійських університетів характеризувався незалежністю, що вимагало від ректора та викладачів вносити власні кошти для функціонування університету. З XIV ст. кошти на утримання Болонського університету почала виділяти католицька церква, а з XV ст. органи державної влади. Серед викладачів права основне місце займали доктори. У невеликих університетах їх було не менше двох. Один з яких був легіст, викладач римського права, а інший каноніст – викладач канонічного права. У великих університетах кількість докторів права була не менше п'яти. До великих університетів відносились італійські та французькі університети, а також два німецькі університети у Кельні та Ерфурті. Серед докторів права до середини XIII ст. відбулись певні зміни. Зокрема, майже не було університетів, у яких доктори могли одночасно викладати римське та канонічне право. Після чого в університетах заохочувались доктори права, які одночасно могли викладати римське і канонічне право. В університетах, де викладали римське і канонічне право, більшість докторів складали легісти - викладачі римського права, оскільки навчальний курс римського права був тривалішим за курс канонічного права. В окремих французьких університетах Ор-

© Кобилецький М., 2012

леану, Тулузи та Авіньйону серед докторів переважали легісти – доктори римського права. У свою чергу у німецькомовних університетах в основному викладали канонічне право. Так, Віденський університет був заснований у 1365 р., а перша кафедра римського права з'явилась у 1494 р. У Ляйпцігському університеті створеному 1409 р., кафедра римського права виникла у 1447 р. Юридичний факультет Ерфурту з часу заснування університету носив назву факультет канонічного права (Fakultas Juris canonici). У деяких університетах легісти – викладачі римського права виконували лише допоміжні функції. Поряд з докторами права в університетах працювали ліцентіати (licentiati), які виконували допоміжні функції до отримання докторського ступеня. В окремих університетах викладати могли і бакалаври. У італійських університетах викладачам виплачували дуже високі зарплати. Так, у Педуанському університеті у 1422-1423 рр. молодий викладач права отримував 15 дукатів, а відомий юрист доктор Рафаель Фулгосіус – одну тисячу дукатів. У іншому італійському університеті міста Пізи відомий дослідник римського права Філіп Дегус в 1471 р. отримував 470 флоринів, а наприкінці наукової кар'єри в 1525 р.- 2625 флоринів. Інший початкуючий викладач права Галеаццо Вісконті в 1200 р., працюючи асистентом у відомого глоса тора Балдуса де Балдіса отримував 60 флоринів. Частина коштів на виплату заробітної плати в університеті Падуа виплачувала Венеціанська Республіка.

Отже, створення європейських університетів пов'язане з необхідністю запровадження в Європі універсального права та його вивчення. Першими дослідниками римського права, що працювали у європейських університетах стали глоса тори та коментатори.

АНТИЧНІ КОНЦЕПЦІЇ ЯК ОСНОВА РОЗВИТКУ ТА ФОРМУВАННЯ СВІТОГЛЯДУ СУЧАСНОГО СУСПІЛЬСТВА

Коваль А.

Львівський національний університет імені Івана Франка.

Теорії походження Всесвіту, Землі, Людства, природних та соціальних явищ були і залишаються предметом теоретичних та прикладних дискусій серед відомих мислителів та науковців. Як відомо, у найдавніших, так званих, «річкових» цивілізаціях (Месопотамія, Єгипет, Індія, Китай) розвивались перші уявлення про природний та соціальний «світ». Через розвиток міфологічних, релігійних та моральних уявлень суспільство постійно перебуває в динаміці. На кожній стадії розвитку суспільства можна виявити як ідеї (першопричини) таких змін, так і «реалізаторів» даних ідей.

Досліджуючи основні засади організації життя народів Давнього Сходу і Греції, їх культуру, звичаї, першоджерела, усвідомлюєш та розумієш, що сучасна людина мислить і «живе» багатьма категоріями та базовими знаннями цих давніх суспільств. Багато думок мислителів Стародавнього Сходу та Греції є основоположними та актуальними для поглядів на право та державу сучасних теоретиків.

Найважливішим досягненням месопотамської цивілізації справедливо вважають «шумерський клинопис», який містив до 1,5 тис знаків (малюнків). Письмо з цього часу стало невід'ємною складовою подальшого розвитку суспільства. Письмо вивчали у давніх школах (академіях), використовували у господарському діловодстві, за його допомогою фіксували культові тексти, писали прислів'я, правила поведінки тощо. Найдавнішими письмовими пам'ятками месопотамської та вавилонської культур вважають аккадський "Епос про Гільгамеша" та старовавилонську "Поему про Атрахасиса". У них йде мова про створення людини, всесвітній потоп, безсмертя та сенс людського існування. Досягненнями у науці математика та астрономія, а саме, позиційною системою цифр, поділом кола на 360 градусів, години — на 60 хвилин, а хвилини — на 60 секунд беззастережно користується сучасний світ. Це ж можемо і сказати про певні досягнення культури, які в моральному, соціальному та правовому полі практично не змінилися.

«Традиційний» культовий розвиток найдавніших цивілізацій вплинув на появу перших уявлень про мораль, релігію, мистецтво, політику, право та державу. Такі культурологічні уявлення вплинули на розробку міфологічних, релігійних та моральних суспільних концепцій. Завдяки традиціоналізму у членів суспільства вироблялась особлива повага до минулого, мудрості, досвіду, звичаїв, культів, релігійних святинь, обережне ставлення до будь-яких новацій у суспільстві. За таких обставин прихильники таких концепцій вважали, що людина фактично не має свободи і, відповідно, повинна безумовно виконувати культовий та релігійний регламенти, свої «рольові» суспільні обов'язки та побутові функції. Це вплинуло на створення рабовласницьких суспільств, а також на формування та суспільне визнання касти «найвищих», «недоторканних», «всемогутніх». Навіть давньогрецькі ідеї свободи, політики, народовладдя та громадянства стосувались лише верхівки, а не всього суспільства.

У одній з найдавніших цивілізацій Месопотамії був започаткований східний традиціоналізм, етноцентризм, месіанізм. Досягнення давньої месопотамської культури підтверджують розроблені уявлення про потойбічний світ, душу, боротьбу злих і добрих духів, землеробські і скотарські культи (божества), культ космічних та астральних божеств, теорію створення Всесвіту, та систему космогонії (Всесвіту), що складається з Всесвітнього океану, неба, атмосфери та землі. На основі цих ідей вавилоняни розробили ідеологію про божественність царя і царської влади, робили спроби встановити монотеїзм та реформувати ієрархічну систему жерців.

З II тис. до н. е. "царем богів" був бог сонця Ра, фараон вважався сином бога, а у ставленні до нього залишилося чимало рис культу племінного вождя, царя, якого вважали магічним уособленням сил природи та їх розпорядником. Храми завдяки великим багатствам ставали могутньою політичною та економічною силою.

© Коваль А., 2012

Отже, єгипетська культура зважаючи на міфологічно-релігійні уявлення, заупокійний культ і обожнення фараона була провідною серед культур сусідніх африканських народів. Найважливіше місце в організації держави та права мала богиня порядку та істини, — Маат, боги-творці на думку єгиптян знищили первісний хаос, і в створеному ними людському суспільстві стали гарантами всезагальної гармонії. Найдавнішими пам'ятками єгипетської культури були міфи та такі релігійні збірники, як: "Тексти пірамід", "Тексти саркофагів", "Книга мертвих", «Повчання Птахотепа», «Повчання Гераклеопольського царя своєму синові», «Повчання Аменемхета І», «Літопис Тутмоса ІІІ» тощо.

У цих унікальних історичних пам'ятниках культури та давньої єгипетської думки обґрунтовувалась божественність державної влади, вихвалялась єгипетська диспотія, соціальна нерівність людей, оправдовувались насильні дії по встановленню божественного порядку. На вершині «суспільної» піраміди були боги та фараони, а в основі — ремісники, селяни, общинники та раби. Між ними були жерці, знать та чиновники. Єгипетські мислителі пропонували не зловживати владою, переборювати в собі корисні прагнення, поважати старших, не грабувати бідних, а також не ображати та принижувати слабших.

Цікавим джерелом політичної та правової думки Давнього Вавилону є «Закони із Ешнунни» (назва держави, яка існувала ІІ тис. років до н.е.). У цьому документі подана детальна характеристика соціальних класів держави Ешнунни, а також пояснюються майнові та правові відносини між ними. Законодавство зовсім не згадує за права рабів, а також їхню можливість стати вільними.

Відомою пам'яткою давньо-вавилонської культури є «Закони Хамураппі, Царя Вавилону», який об'єднавши різні народи у єдину державу, намагався створити для цих народів єдине законодавство. Ці норми довший час історії використовували різні держави при формуванні власного законодавства.

Не менш цінними для сьогодення є джерела політичної та правової думки Стародавньої Індії, зокрема, такі збірники релігійних та ритуальних текстів як «Рігведа», «Самаведа», «Яджурведа» та «Атхарваведа». У них теоретично досліджується космос, людина, влада та порядок. Різні класи (варни) суспільства формували складну та розгалужену кастову соціальну систему, яка проіснувала практично до 50-их років XX століття.

У «Законах Ману» можна виявити двоякий характер походження влади. В одному випадку влада передається царю від богів, в іншому випадку царя через згоду в суспільстві обирають шляхом укладення договору між царем та підданими. Саме про такий договір у Новому Часі будуть розмірковувати Томас Гоббс, Джон Локк та інші прихильники договірної теорії походження держави.

Цікавим джерелом політичної та правової думки Індії є і маловідома «Книга мудреця Яджнавалкі». Особливо цікавим є розділ про судовий процес.

Не менш цікавим є вивчення виникнення рабовласницького суспільства і держави у Китаї, яке датується ІІ тисячоліттям до н.е. Історію давнього Китаю поділяють на дві великі епохи: І – Іньське рабовласницьке суспільство (поч. ІІ тис. – XII ст. до н.е.); ІІ – Джоуське рабовласницьке суспільство (XII – III ст. до н.е.).

Панівною політичною ідеологією була ідеологія, в якій значне місце займала ідея божественного походження і характеру царської влади. Міф про божественне походження і характер земної влади був представлений у моноперсональній версії (особа верховного правителя піднебесної (імператора) – єдина точка зв'язку з вищими небесними силами.

Відтак, вся влада сконцентрована в особі правителя у вигляді внутрішньої сили, всі інші службові особи і державний апарат в цілому лише помічники і провідники влади правителя.

Для давнього Китаю характерною є розробка ідей ролі народу в управлінні державою, про владу правителів, про її межі, про природниче право, критика насильства і тиранії, ідея верховенства народу та ін.

Із утворенням Іньської держави, у якій панувала іньська знать, була висунута ідея, що це панування є санкціоноване Небом. Державна ідеологія представляла царя надприродною істотою, називала його "сином неба". Вважалося, що цар керує "Піднебесною" за повеліннями Неба. Для обґрунтування панування іньської знаті існували ідеї дотримання ритуалу ("лі"), до-

тримання чеснот ("де") і пошани до предків ("сяо"). Ідея "сяо" використовувалася з метою консолідації всіх верств в умовах загострення існуючих суперечностей.

Лао-цзи (VI-V ст. до н.е.), засновник вчення "даосизм" критикує конфуціанство. Погляди мислителя викладені у книзі «Дао-де-цзин» («Книга про дао і де»), яка була складена його послідовниками у IV-III ст. до н.е. Прихильники даосизму висловлюються проти втручання влади у справи суспільства. Вчення Лао-цзи – це філософсько-етичне і політичне вчення, яке відкидає божественне начало, протиставляючи йому природний закон "дао". "Дао" – невидиме, невідчутне, проте таке, що все проникає, започатковує і завершує всі явища і речі.

Згідно із вченням – все соціальне зло є породжене "людським дао", тобто законами, що встановлені людьми і за своїм змістом порушують природний закон, згідно з яким всі люди є рівні. Саме на принципі рівності базується ідеальний суспільний устрій, конструйований у вченні. Цей устрій Лао-цзи бачить у первісних порядках. Критикує позитивне право (тобто закон), віддаючи перевагу природному законові (звичай, традиція). Бо закон, створений людьми, як і все інше, що створене людством, є відхиленням від загального закону «дао». Так Лао-цзи говорив: «…Коли у країні багато забороняючих законів, народ стає бідним». Базуючись на вимогах природних законів люди не повинні втручатись у суспільне життя, повинні відмовитись від боротьби і тоді насильство правителів саме по собі буде ліквідоване. Людина може наблизитись до дао, абстрагувавшись від оточуючого світу. Засуджуючи насильство і жорстокість правителів, мислитель попереджає їх про те, що вони порушують "дао", а це має свої наслідки: "Жорстокі і тирани не помирають своєю смертю".

Лао-цзи також протиставляв бідність мас і розкішне життя багачів, називає цю розкіш результатом розбою і зазначає, що і це є порушенням природного закону "дао". Підкреслюючи роль мислителів, він говорить про те, що найблагороднішим завданням їх є служіння народові. "Мудра людина не має власного серця. Її серце складається із сердець народу".

Лао-цзи звертає свій погляд і до питання війн. Так він засуджує їх: "Хто служить народові за допомогою дао, не підкоряє інші народи за допомогою війська. ... Так, де побували війська, там росте терен і колючки. Після великих війн настають голодні роки". Однак, оборонні, вимушені війни є необхідними. «Досконало мудрий правитель з повагою ставиться до сусідів і не починає війну перший».

"Найкращий правитель той, про кого народ знає, що він існує, бо все повинно йти своїм природним шляхом". Держава у концепції Лао-цзи є природним утворенням, яке не залежить від волі і діяльності людей. "Держава є витвором духу і впливати на неї не можна. Будь-які спроби втручання завжди приречені на невдачу і розбивають єдність". Мета держави – відновлення природного стану людських відносин, які є у первісних часах. Даосизм згодом став релігією і вже не впливав на розвиток політичних ідей.

Такі ідеї визначних мислителів Стародавнього Сходу стали вихідними точками як європейської так і світової культури. Більшість цих думок сьогодні сприймаються як аксіоми життя людства.

ПРАВОВИЙ СТАТУС УКРАЇНСЬКОЇ МОВИ У СКЛАДІ РОСІЙСЬКОЇ Й АВСТРІЙСЬКОЇ ІМПЕРІЙ: ІСТОРИКО-ПРАВОВЕ ПОРІВНЯННЯ

Козьмук Б.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У зв'язку із втратою українським народом адміністративно-правової автономії наприкінці XVIII ст. державною мовою на українських землях у складі Російської імперії остаточно стала російська мова. Становище української мови дискримінувалось владодою Російської імперії, що особливо чітко відображено у Валуєвському циркулярі 1863 р. та Емському указі 1876 р.

Валуєвським циркуляром 18 липня 1863 року називають таємне розпорядження міністра внутрішніх справ Російської імперії Петра Валуєва до територіальних цензурних комітетів, в якому наказувалося призупинити видання значної частини книг, написаних «малоросійською», тобто українською мовою. Згідно з указом заборонялась публікація релігійних, учбових і освітніх книг, однак дозволялась публікація художньої літератури. Мотивом до видання циркуляру став страх царської влади, що публікації книг українською мовою стимулюють зростання сепаратистських, пропольських та антицарських настроїв.

Валуєвський циркуляр був одним із яскравих виявів шовіністичної політики російського самодержавства, спрямованої на посилення національного, духовного і політичного гноблення українського народу.

Правовий статус української мови зазнав ще більш негативних змін із прийняттям Емського указу — розпорядження російського імператора Олександра II від 18(30) травня 1876, спрямоване на витіснення української мови з культурної сфери і обмеження її побутовим вжитком. Свою назву Емський указ отримав від німецького міста Бад Емс, де Олександр II вніс поправки і підписав підготовлений спеціальною комісією указ. До складу комісії увійшли міністр внутрішніх справ Олександр Тімашев, міністр народної освіти граф Дмитро Толстой, шеф жандармів Потапов і помічник попечителя Київського учбового округу Михайло Юзефович. Вважається, що виданню указу передував меморандум, надісланий імператору М. Юзефовичем, в якому той заявляв, що українці хочуть «вільної України у формі республіки з гетьманом на чолі».

Емський указ доповнював основні положення так званого Валуєвського циркуляра 1863 року. Указ забороняв ввозити на територію Російської імперії з-за кордону книги, написані українською мовою, видавати нею оригінальні твори і робити переклади з іноземних мов, тексти для нот, театральні вистави і публічні читання. Дозволялося видавати українською історичні літературні пам'ятки та художні твори, але лише за умови їх написання згідно з загальноросійською орфографією та отримання попереднього дозволу на публікацію від Головного управління у справах друку. Місцевій адміністрації наказувалося посилити нагляд, щоб у початкових школах не велося викладання українською мовою, та щоб з бібліотек були вилучені книги українською мовою, що не відповідають зазначеним вимогам.

На підставі Емського указу було закрито Південно-Західний Відділ Російського Географічного Товариства у Києві, припинено видання «Кіевского телеграфа», ліквідовано Громади, звільнено ряд професорів-українців з Київського університету (М.Драгоманова, Ф.Вовка, М. Зібера, С.Подолинського та ін.). В 1878 на Паризькому літературному конгресі М. Драгоманов виступив на захист української мови і культури і різко засудив Емський указ.

Емський указ не був скасований офіційно, однак втратив чинність 17 жовтня 1905 року з виданням так званого "Маніфеста громадянських свобод" імператором Миколою II.

У 1909 р. на засіданні Державної Думи професор Київського університету І.Лучицький виступив з пропозицією про використання української мови в судовому процесі. Проте чорносотенні депутати зірвали обговорення цієї пропозиції.

У 1772 р. Галичина увійшла до складу Австрійської імперії, в якій державними мовами були латинська та німецька. Конституційні порядки, встановлені першою австрійською Кон-

© Козьмук Б., 2012

ституцією 1849 р., яка була затверджена цісарським указом від 4 березня 1849 року № 150, та проголошені нею основні демократичні права та свободи громадян надавали певні можливості для забезпечення як прав людини, так і прав окремих народів Австрії.

Так, у статтях 23 і 25 Конституції 1849 р. проголошувалося: «…Австрійським громадянам надається право на загальну народну освіту при наявності навчальних закладів… Народна освіта доступна всім.» (ст. 23), «Усі діти – учні в державі є рівноправними. Кожний має право на виховання і опікунство етносу (народу) в загальному суспільстві і своєї мови зокрема. Держава гарантує рівноправність усіх мов, якими розмовляють у краю, в школах, урядових органах і громадському житті» (ст. 25).

Під впливом революційних подій австрійський уряд цісарським патентом від 29 вересня 1850 р. ухвалив для Галичини «Крайову Конституцію», в якій зазначалось, що народи русинський (український), польський та інші етноси користуються рівними правами, і кожна нація (етнос) має непорушне право плекати свою мову, народність, культуру. Тобто, з погляду австрійського законодавства, визнавалося існування русинського (руського, українського) народу, який має свою мову, проголошувалася рівноправність польського та українського народів. Отже, польська та українська мови у 1850 р. отримали статус «крайових мов».

Відповідно до норм австрійських конституційних актів 1849–1850 рр. та постанови австрійського уряду від 1857 р., українська мова була включена до навчальних програм не лише українських гімназій, але й польських, як обов'язковий предмет. Утім польська шляхта виступила проти цих законодавчих змін і підняла хвилю протестів польської громадськості, вимагаючи права вибору мови батьками учнів шкіл.

Трансформація Австрійської імперії в Австро-Угорщину в 1867 р. зумовила визнання прав народностей, котрі населяли імперію та націоналізацію школи. Австрійський парламент (рейхсрат) 21 грудня 1867 р. прийняв п'ять конституційних законів, які регулювали структуру державного апарату та права громадян. Ці закони становили грудневу Конституцію 1867 р., яка мала некодифікований характер і діяла до 1918 р. Зокрема, законом про загальні права громадян для королівств і країв була закріплені рівність усіх національних мов у кожній провінції імперії.

Закон зобов'язував губернатора й органи місцевого самоврядування Східної Галичини реалізувати принцип рівноправності чинних мов так, щоб не зумовлювати міжнаціональних суперечностей, не применшуючи при цьому значення української мови. Проте конституційними правами українців польська шляхта нехтувала і вони залишалися лише декларацією.

Вирішальним у мовному протистоянні став Закон про шкільництво в Австрії, прийнятий 14 травня 1869р.. Він остаточно надавав перевагу польській мові. Всупереч ст. 19 австрійської Конституції 1867 р., яка формально визнавала рівноправність усіх мов в управлінні і в суспільному житті, українська мова грубо ігнорувалась.

Мова судочинства на території Галичини мала свої особливості. На початку встановлення австрійської влади на цих землях, зокрема актами і рекомендаціями імператриці Марії-Терезії протягом 1772-1774 років, за судами було закріплено, як офіційну, латинську мову. Ситуація змінилась внаслідок реформ її спадкоємця, імператора Йосифа II. За його указом від 1790 р. мала бути введена замість латинської німецька на пост офіційної мови судочинства. Такий крок був сприйнятий з обуренням місцевими привілейованими соціальними групами, тобто польською шляхтою. Об'єднавши сили із угорськими магнатами, вони створили сильну опозицію імператору та його однодумцям. Найгіршим у цьому конфлікті було те, що власне мова корінного і переважаючого по кількості населення Галичини узагалі не враховувалася.

Наслідком цього протистояння було те, що указ 1790 р. так і не вступив у дію. Законодавець вирішив не задівати дане питання, щоб не активізовувати конфлікт знову. Неймовірно, але вплив у державі польської шляхти був настільки великим, що їм вдалося скорегувати волю самого імператора. Таким чином, був штучно створений законодавчий вакуум закріплення офіційної мови судового процесу на території Галичини. Це явище, звичайно ж, негативно позначалося на роботі судової системи. Однак судова практика відповідно до вимог часу формувала тенденції та вирішувала конкретні справи найбільш зручною для себе мовою.

На цей час на території Галичини діяли 3 крайові суди, 5 кримінальних судів і 97 міських магістратів, які також здійснювали судочинство. Крім того, залишилось 127 домінікаль-

них судів, які поділялись на юстиціарні та мандаторні. Магістрати, крайові та кримінальні суди вживали при розгляді справ латинську мову. Отже, вони продовжували дотримуватись імператорських актів ще з 1774 р., які в тогочасних умовах не відповідали вимогам часу. Домінікальні суди вживали польську або німецьку.

Імператорський лист 18 лютого 1826 року встановив остаточно офіційною мовою німецьку. У той же час, побоюючись негативної реакції польської еліти, центральна влада надіслала запит місцевій крайовій, щоб та дала оцінку таким нововведенням. Місцева влада Галичини, що представляла інтереси польської шляхти, висловила на це свої заперечення, тому розпорядженням імператора 3 вересня 1830 р., було встановлено, що все-таки мова судочинства буде німецька, але перед адвокатами і суддями ставилася вимога володіти латинською, німецькою і хоча б однією слов'янською мовою.

Скориставшись революційними подіями 1848 р., польськомовні чиновники вдалися до наступу. У цьому році Львівський крайовий суд видав ухвалу, за якою фактично закріплював офіційний статус у суді за польською мовою. З того часу австрійська центральна влада намагалась повернути у суди німецьку. Їй усіляко протидіяла місцева влада, для якої була звичнішою польська. Нарешті, від юристів-представників української громади у 1848 р. надійшло прохання у Відень про надання рівної значимості у судовому процесі українській мові поруч з німецькою та польською. Віденський апеляційний суд відхилив його.

Ця напружена ситуація між мовами в судах Галичини була дещо вирішена розпорядженням імператора у 1852 р. Згідно з його основними положеннями, польська й німецька мова у судовому процесі були рівноправні з переважанням на користь німецької. Крім того, позови у суд могли подаватись і на українській мові, але її слід було записувати латинськими літерами. Отже, українські юристи все ж таки добились певного успіху.

Декретом міністерства справедливості від 6 грудня 1857 р. встановлювалося, що висновки прокурора й адвоката у кримінальних справах повинні складатися німецькою мовою. Це був новий етап ствердження німецької мови, як офіційної у судочинстві, який відбувався на фоні проведення судових контрреформ в Австрійській імперії. Згідно з розпорядженням міністерства юстиції Австрії від 9 липня 1860 року судочинство в суді мало проводитися мовою, в якій подано до суду прохання або усну заяву до протоколу. Якщо дві сторони у процесі користувалися різними мовами, то суд виносив ухвалу, якою встановлював мовою ведення розгляду справи мову сторони, яка скоріше звернулася з цим проханням. Це розпорядження внесло позитивний демократизм у мовне питання.

Цікаво, що Найвищий Віденський трибунал переважну більшість своїх рішень видавав двома мовами – німецькою і тою, що стосувалася відповідної території. В умовах Австро-Угорщини польська мова у судах Галичини стала непорушною. Міністерство справедливості своїм рескриптом від 10 грудня 1869 р. рекомендувало усім судами Галичини в процесі листування з органами і посадовими особами австрійської центральної влади вживати німецьку мову.

Протистояння трьох мов та їх ролей у судовому процесі була завершена 5 червня 1869 р. найвищою спільною постановою одразу кількох австрійських міністерств. Вона оголосила польську мову офіційною мовою судочинства. Інтереси української мови узагалі не були враховані. У цих історичних умовах важко було розраховувати на більш сприятливе для українців вирішення конфлікту. Аналогічною була ситуація в усіх сферах державного життя Австро-Угорщини. Щодо судового процесу, то українська мова залишилась лише на рівні повітових судів.

Отже, з 1 жовтня 1869р. державною мовою у судах і прокуратурі, як і в управлінні, була польська. Всупереч статті 19 конституції Австро-Угорщини 1867 р., яка формально визнавала: «Всі народи держави рівноправні, й кожен народ має право берегти й розвивати свою національність та мову. Держава визнає рівноправність усіх вживаних у краї мов у школі, уряді та приватному житті», українська мова відверто ігнорувалась. Такою була основна риса цієї конституції – декларативність основних демократичних принципів. Щоправда, закон надавав право звертатися до суду на рідній мові, але практичного значення це не мало, особливо в умовах Східної Галичини.

Підсумовуючи історико-правове порівняння правового статусу української мови в складі Російської й Австрійської імперій, варто зазначити, що австрійське законодавство було значно демократичнішим, ніж російське. Це можна пояснити, насамперед, тим, що в другій половині XIX ст. Австрія перейшла до формування конституційних основ монархічної влади. Натомість Російська імперія до кінця свого існування зберігала тенденцію щодо обмеження національних прав підвладних їй народів.

ЗАКОННИК ЦАРЯ СТЕФАНА ДУШАНА – ВИЗНАЧНА ПАМ'ЯТКА СЕРБСЬКОГО СЕРЕДНЬОВІЧНОГО ПРАВА

Кольбенко А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Вже у XIIст. Сербія стала досить великою державою, яка складалася з багатьох племен. Велике значення для посилення її державної могутності мало правління «великого жупана» - Стефана Неманя. Саме йому вдалося примусити візантійського імператора за договором 1190 року визнати незалежність Сербської держави. За часів Неманя Сербії вдалося об'єднати під своєю владою велику частину Балканського півострова. Продовжив цю діяльність син Неманя – Стефан Першовінчаний. Саме за його часів Сербія стала королівством. Однак найбільшої могутності Сербія досягла за часів короля Стефана Душана, який правив країною більше 20-и років, зумів здійснити 13 успішних походів на Візантію і проголосити себе «царем сербів і ромеїв». Тому, в цей час, виникла потреба юридичного закріплення існуючих соціально-економічних відносин та соціальної структури суспільства.

В 1349 році у м. Скопле на соборі вищих сербських духовних і світських феодалів був прийнятий Законник Стефана Душана. Цей документ узаконив ті звичаї та традиції, які панували у тогочасному сербському суспільстві і задовольняли духовенство та великих феодалів – властелів. Крім цього, Стефан Душан намагався наслідувати інших тогочасних європейських правителів, котрі втілювали свою волю у подібних документах.

У соборі, крім інших великих феодалів, приймали участь також тогочасний сербський патріарх Іонікій та сам Стефан Душан. Джерелами Законника були місцеві звичаї, попередні соборні постанови та королівські укази, які стосувалися торговельних договорів з іноземними державами і хрисовули церквам, властелям та містам. Певний вплив на розвиток сербського права мало також канонічне та окремі джерела візантійського права.

Законник закріпив привілеї православної церкви, феодалів та залежне становище кріпосник селян. Текст Законника дійшов до наших часів у багатьох списках, з яких жодний не відповідає, на думку істориків права, оригіналові. Всього Законник нараховує біля 200 статей. Він є яскравою пам'яткою соціально-політичних та державно-правових відносин тогочасної Сербії.

Основними видами права феодальної власності згідно Законника були баштина та пронія. Баштина розглядалася як власність, котру можна було продавати, дарувати та вчиняти інші цивільно-правові правочини. Баштина була звільнена майже від усіх феодальних платежів та обов'язків. Зокрема, це було передбачено у ст. ст. 38, 40, 41. Де сказано, що «всі хрисовули (привілеї) і накази, що кому надала моя царська величність і що кому надасть хай будуть тверді, як і перших правовірних царів. Хай буде дозволено їм: дарувати церкві, або віддати на спомин душі, або продати будь-кому іншому».

«Всі баштини хай будуть вільні від усіх податків мого царства, хіба що деякі та ходять на війну по закону». Дальше сказано, що «не дозволено царю, ні кралю ні в кого брати баштину насильно, ні купувати, ні обмінювати , хіба що хто сам забажає». Баштина переходила за спадковістю до дітей, а при їх відсутності до найближчих родичів. Про це сказано в ст.39. «Якщо властель не має дітей або ж має дітей і вони помруть, після його смерті баштина пуста, поки не знайдеться від його роду до третього племінника, той і отримає його баштину».

Натомість розпорядження пронією обмежувалося. Їх володілець не міг вчиняти будь-яких цивільно-правових правочинів без згоди свого сюзерена. Це сказано у ст.58. «Не має права ніхто продати пронію, або купити її. З проніярської землі ніхто не має права віддати церкві, якщо ж віддасть, то це буде незаконно».

Належним чином у Законнику, крім землі, захищалось право на кріпосних селян, котрі належали окремим феодалам. «Хто полегшить втечу чужої людини в чужу землю, то зобов'язаний господарю доставити сімох» (ст.93).

Частина сербських селян-сербів була вільною. Вони мали землю в общинній власності (задрузі) і платили податки до царської скарбниці. Меропхи належали до закріпачених селян і

© Кольбенко А., 2012

повинні були згідно ст.67 працювати 2 дні на феодала, також платити 1 перпер (грошова одиниця), один день безкоштовно косити йому сіно і обробляти виноградник.

Сімейним відносинам збірник приділяв небагато уваги. Очевидно це пояснюється тим, що їх в основному регулювало канонічне право і справи про шлюбно-сімейні відносини переважно розглядалися у церковних судах.

Що стосується кримінального права, то Законник передбачав такі види злочинів: проти релігії, особи та власності. Про виступи проти короля та інших вищих посадовців майже нічого не говорилося. Протиправність таких дій була очевидно зрозумілою без зайвого нагадування. Цілий ряд статей розглядали різні злочини проти церкви. Особи, які виступали проти офіційної православної церкви карались тавруванням і проганялися.

Вручатися у церковні справи мали право тільки конкретно визначені особи: цар, патріарх і завідуючий патріаршою канцелярією – логофет.

Крім злочинів проти церкви, Законник також встановлював кримінальну відповідальність за пограбування, зраду, підробку грошей та інше. Чим вищим було становище злочинця, тим меншу відповідальність він ніс за злочин.

В деяких випадках передбачалося покарання навіть родичів засудженого. За розбій і пограбування дозволялося грабувати все село, в якому жив винний, а жителів могли примусити відшкодовувати збитки. «Якщо хтось підпалить будинок або тік, або солому, або село, то село зобов'язане видати підпалювача. Якщо ж село не видасть, нехай платить воно все те, що зобов'язаний був заплатити і зазнати підпалювач».

Покарання за злочини були досить різноманітними: смертна кара через повішення вниз головою, осліплення, відрубування рук, спалення, відрізування вух, носа, штрафи та інші.

Судова система Сербії очолювалась королем, але справи, що стосувалися шлюбу і сім'ї, а також злочини священників розглядалися у церковному суді. Деякими судовими функціями володіли жупани, челники та інші особи царської адміністрації.

В Законнику також був передбачений суд поротників (присяжних). Для вирішення складних справ залучалося 24 поротники, для дрібніших 12, а для незначних 6. Це передбачала ст.153. «Ці поротники не можуть нікого помирити, а тільки виправдати або звинуватити, і нехай буде кожна порота в церкві, і в пороті, за кого більшість клянеться і кого більшість виправдає тим необхідно і вірити».

За упереджені вердикти поротників до них застосовувався штраф у розмірі 1000 перперів «і нехай більше не вірять цим поротникам і ніхто з них ні заміж не виходить, ні жениться» (ст.156). З цього слідує, що поротниками могли бути не тільки чоловіки, але і жінки.

В 1354 році Стефаном Душаном до Законника були внесені доповнення. Зокрема, ще суворішими стали покарання за розбій, грабіж, пияцтво та інші правопорушення. Правда, одночасно з цим, він дещо обмежив судове та адміністративне свавілля великих сербських феодалів та інших чиновників.

Таким чином Законник Стефана Душана увібрав у себе основні риси середньовічної Сербії. Він відобразив тогочасні соціально-економічні та політичні відносини, закріпив стосунки між різними соціальними групами .а також способи врегулювання конфліктів між ними.

ЗЕМЕЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО ЗАХІДНО-УКРАЇНСЬКОЇ НАРОДНОЇ РЕСПУБЛІКИ

Кульчицький П.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Земельне законодавство ЗУНР складали: Конституція ЗУНР, "Основи земельної реформи" від 7 березня 1919 р., "Закон про землю Західної області УНР" від 14 квітня 1919 р., "Закон про заборону дій, які могли б зупинити виконання земельного закону" від 15 квітня 1919 р. та інші підзаконні нормативні акти (наприклад, розпорядження "Про примусове використання землі в 1919 р.").

В умовах розпаду Австро-Угорської імперії українська парламентська репрезентація сформувала Українську Національну Раду та взяли курс на створення незалежної держави, демократичного законодавства. 13 листопада К. Левицький від імені уряду вніс на розгляд УНРади Тимчасовий основний закон про державну самостійність українських земель колишньої Австро-Угорської монархії – Конституцію ЗУНР, який одноголосно схвалили. Важливою ознакою держави є її територія (земля), кордони, простір, на який поширюється державна влада. Тому, Артикул ІІ Конституції ЗУНР закріплює, що територія Західно-Української Народньої Республіки складається з української суцільної етнографічної області в межах колишньої австро-угорської монархії – коронних країв Галичини з Володимирією і Буковини, з українськими частинами Спиш, Шариш, Земплин, Уг, Берег, Угоча і Мармориш, – як вона визначена на етнографічній карті австрійської монархії Карла барона Черніга.

Також було сформовано перший уряд — Державний секретаріат на чолі якого був К. Левицький. "Тимчасовий Основний закон" від 13 листопада 1918 року закріпив принцип верховенства і суверенітет народу, який здійснює свої права через представницькі органи, обрані на основі загального, рівного, прямого, таємного голосування за пропорційною виборчою системою. Для проведення земельної реформи Українська Національна Рада створила спеціальну комісію на чолі з Левом Бачинським. 21 лютого 1919 р. видано розпорядження "Про примусове використання землі в 1919 р.", згідно з яким всі придатні для обробітку землі повинні бути оброблені. Власники і орендарі, що не в змозі були або не хотіли обробляти паї, повинні були заявити до 10 березня земельній комісії, подавши при цьому докладний опис ґрунтів. Якщо ж вони цього не робили, передбачалось покарання у вигляді штрафу від 200 до 500 корон за кожний необроблений гектар.

30 січня 1919 року у Державному секретаріаті земельних справ під проводом М.Мартинця було обговорено прект земельної реформи, запропонований Л.Бачинським. Не раз на засіданнях УНРади М. Мартинець піднімав питання про вирішення земельних справ, наголошував на труднощах, з якими стикалася комісія при опрацюванні законопроекту.

7 березня 1919 р. земельна комісія УНРади ухвалила проєкт закону "Основи земельної реформи", одним із співавторів якого був М. Мартинець. Цей проєкт мав доопрацювати спеціально створений комітет, який згодом мав бути розглянутий на засіданні УНРади.

Законом "Про вивласнення великих табулярних посілостей" від 18.03.1919 року було започатковано аграрну реформу на селі. Ним установлювався порядок конфіскації земель у великих землевласників. До ухвалення земельного закону у власність народу передавалися посілості великих землевласників. Кількість землі, що залишалася у власності колишніх поміщиків, не могла перевищувати 200 моргів (1морг-0,57га.). Націоналізовані землі переходили в тимчасове управління повітових земельних комісій, які розподіляли їх поміж селянами. Виснажене війною, галицьке селянство збиралося на сходи, які самочинно виносили рішення щодо розподілу поміщицьких земель. Так було, наприклад, у Яворівському, Дрогобицькому, Калуському та інших повітах.

14 квітня 1919 року УНРада прийняла Закон про земельну реформу. Цей закон регламентував конфіскацію поміщицьких, монастирських, церковних, спекуляцій них, земель різних установ. З них мав бути створений Єдиний державний земельний фонд ЗУНР. Органами, які безпосередньо приймали рішення стосовно виділення землі були повітові, громадські земельні

© Кульчицький П., 2012

комісії з досить широкими повноваженнями, а також сільські комісії, склад яких підлягав щорічному оновленню. Із створеного таким чином земельного фонду належало наділити землею всіх бажаючих в певній послідовності (інваліди, вдови, сироти та ін.). Землею наділялись у першу чергу військовослужбовці української армії та безземельні і малоземельні селяни. Законом не передбачались форми власності землі. Ст. 18 Закону окремо передбачала, що "наділення землею не може бути розпочато до закінчення війни і поверненням жовнірів і полонених додому". Отже, фактично йшлося про зволікання земельної реформи. Закон передбачав покарання за порушення процесу проведення "впорядкування" земельної справи. Так, ст. 21 Закону надавала місцевій владі право ув'язнювати на 6 місяців, а також додатково штрафувати на суму до 10 тисяч крон за "самовільне захоплення землі", розподіл націоналізованих Законом будинків, інвентарю тощо. Видання Земельного закону в такому вигляді, викликало критику, особливо в УНР. Цим законом земля була конфіскована у поміщиків і церкви без компенсації. Селян наділялося нею безоплатно. Розглядаючи питання, пов’язані із проведенням земельної реформи, на мою думку, автори закону мали на меті вирішення дуже важливого питання – наділення землею селян, а отже вирішення харчової проблеми, оскільки це забезпечувало широку підтримку народних мас реформам, які проводила ЗУНР.

Не мали права на отримання землі засуджені за дезертирство з лав українськоі армії, за злочини проти Української республіки, її збройних сил,а також громадяни інших держав. Особам, що втратили землю внаслідок націоналізації, передбачалась компенсація в певних випадках. Без компенсації відбирали землі: власників, що воювали проти Української держави; становили державну власність Австро-Угорщини; набуті спекуляцією в роки війни.

Частина земель фонду залишалася для державних потреб, громадських та загальних економічних, добродійних потреб, створення господарств, рільничих шкіл. Пасовища і полонини, які не були власністю селян чи церкви, переходили до громад. Ліси не підлягали розподілу, а становили лісовий фонд ЗУНР.

Особливістю земельного законодавства ЗУНР була його соціальна спрямованість. Основна мета цієї реформи – вивласнення великих землевласників, наділення галицьких селян землею. Ми можемо зважити всі плюси і мінуси цієї реформи, але однозначно можна ствердити, що проведення земельної реформи було надзвичайно демократичним кроком керівництва ЗУНР в умовах нестабільності і постійних військових дій.

СИСТЕМА І КОМПЕТЕНЦІЯ ОРГАНІВ САМОВРЯДУВАННЯ В ПЕРШІЙ РЕЧІ ПОСПОЛИТІЙ (ДРУГА ПОЛОВИНА XVI – XVIII СТ.)

Липитчук О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В середньовічних станових монархіях поряд із міським самоврядуванням виникали різні форми місцевого самоврядування. Зазвичай вони мали характер станового самоврядування та утворювалися місцевою феодальною верствою. Типовим проявом такого самоврядування було польське земське самоврядування, яке здійснювалося у формі земських сеймиків, як з'їздів всієї шляхти даної землі. Свій початок земські сеймики брали від давніх віч доби роздробленості.

Розвиток і значення земських сеймиків було зумовлено послабленням діяльності вального (загальнодержавного) сейму та занепадом провінційних (генеральних) сеймиків, а також обмеженим характером королівської влади при одночасному зростанні ролі і значення середньої шляхти. Значне посилення позиції земських сеймиків відбулося внаслідок видання польським королем Казимиром IV привілеїв в 1454р.

Розвиток земських сеймиків призвів до диференціації їх назв в залежності від функції та компетенції. Функції сеймиків як органів місцевого самоврядування розвивалися поступово упродовж XVII століття. Земські сейми в добу шляхетської Речі Посполитої в залежності від ролі, яку виконували, мали назву:

а) передсеймові сеймики, які виникли в другій половині XV століття та їх функцією було: заслуховування королівського універсалу про скликання сейму, обрання послів на вальний сейм та складання для них інструкції з переліком питань, вирішення яких вони повинні були добиватися на сеймі;

б) елекційні сеймики, які виникли в XV столітті та визначали по чотири кандидатури на вакантні земські суддівські уряди, з – поміж яких призначав король. Сеймик збирався у разі потреби;

в) реляційні (звітні) сеймики, виникли в XVI столітті, на яких посли вального сейму, повернувшись, доповідали про його роботу та рішення, а також приймали ухвали, пов'язані з виконанням сеймових конституцій;

г) каптурові сеймики, які функціонували від 1572 року. Ці сеймики були організовані на засаді конфедерації. Утворювали владу конфедерації та каптурові суди для воєводства або землі на період безкоролів'я;

д) депутатські сеймики, які діяли від 1578 року і щорічно обирали депутатів до Коронного Трибуналу;

ж) господарські сеймики, які функціонували від початку XVII століття. Приймали ухвали в земельних справах і зборах податків, визначених сеймом; обирали збирачів податків і контролювали їх діяльність. Окрім того, сеймики визначали воєводські податки, вирішували питання про витрати воєводського скарбу, ухвалювали військовий повітовий набір та визначали його головнокомандуючих, обирали комісара до Скарбового Трибуналу, а також утворювали воєводські скарбові суди щодо тих, хто не сплатив податків та звітів збирачів податків.

В принципових справах на сеймиках вирішували магнати, які діяли за посередництвом відданій їм шляхти, натомість, в справах місцевих – шляхта.

Сеймик був добровільним об'єднанням членів упривілейованого стану – шляхти даної землі, воєводства чи провінції та відігравав подвійну роль. Був основною інституцією шляхетського місцевого самоврядування і водночас головним способом участі шляхти в політичному житті держави. Свій початок сеймики брали від звичаєвого права.

Сеймик скликав король, або воєвода чи староста на підставі окремого універсалу. На сеймик з'їжджалася уся шляхта земель (воєводств), а також магнати та середня шляхта. Король був представлений через свого легата (посла). У Великопольщі на засіданнях сеймику головував староста, в Малопольщі – воєвода, а в інших випадках вища посадова особа.

© Липитчук О., 2012

Можна стверджувати, що сеймикові уряди розвинулися в умовах упадку значення центральних влад, передусім, сейму. Сеймики перейняли на себе в значній мірі місцеве управління.

Проте, це самоврядування ні в чому не схоже на сучасне самоврядування. Джерелом його стало звичаєве право, а не позитивне право.

Це була одна із форм станового самоврядування, єдиного стану – шляхетського.

Остаточно сеймикові уряди ліквідувала конституція 1717 року, яка відібрала у сеймиків значну частину компетенції. Обмеживши земське шляхетське самоврядування, реформа не запровадила нових органів влади. Лише тільки в другій половині XVIII століття відбулися важливі зміни. Стан упадку діяльності сеймиків подолали реформи часів польського короля Станіслава Понятовського (1764-1798 рр.). Згідно закону 1791 року на кожному сеймику необхідно було обрати двох послів і замість воєводських сеймиків утворено у відповідній пропорції повітові сеймики. У 1789 році були утворені цивільно – військові комісії як органи місцевого управління. Водночас вони перебрали на себе компетенцію посади – уряду старости, яку було ліквідовано Чотирирічним сеймом (1788-1792 рр.). Ці комісії були зобов'язані виконувати розпорядження центральної влади. У квітні 1791 року був схвалений закон про зміни устрою міського самоврядування, які стосувалися вільних королівських міст.

Відтепер ці міста мали бути так зв. зібраннями, що приймають ухвали , а також складалися з власників нерухомості, які здійснювали обрання виконавчих урядів – магістратів з війтом або президентом на чолі. В невеликих містах утворювалося одне зібрання, що складалося з власників нерухомості. Великі міста були поділені на циркулі із циркульними зібраннями та циркульними бурмістрами як адміністративно – судовими органами нижчої інстанції. Окрім циркульних зібрань для всього міста скликалися загальне зібрання. Країна була поділена на райони, кожний з яких містив визначену кількість міст. Для міст даного району утворювалося окреме зібрання, що збиралося кожні два роки. На цих зібраннях обирали міських уповноважених на сейм. Таке обмежене міське самоврядування було під контролем центральної влади.

Золотий вік шляхетських вольностей, боротьба політичних угрупувань, суперечки короля зі шляхтою, безкарність магнатів і шляхти, анархія та безвладдя призвели до упадку політичного значення Польщі у XVIII столітті, розладу державних інституцій, збільшення впливу сусідніх держав на внутрішні справи, і як наслідок, втрати державності.

Відтак, подальший розвиток територіального самоврядування на польських землях було пов'язано із державним устроєм Пруссії, Австрії та Росії, до складу яких увійшли польські землі.

ДІЯЛЬНІСТЬ ГАЛИЦЬКОГО НАМІСНИЦТВА ПІД ЧАС ПЕРШОЇ СВІТОВОЇ ВІЙНИ

Моряк-Протопопова Х.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Перша світова війна, яка розпочалася 1914 р. та тривала до 1918 р. сприяла розпаду кількох імперій (Російської, Австро-Угорської тощо), появі багатьох нових держав (серед яких ЗУНР, Югославія, Чехословаччина, тощо). Напередодні війни в Австро-Угорщині, до складу якої з 1772 р. до 1918 р. входила частина українських земель (Східна Галичина), відбувається часткова перебудова центральних та місцевих органів влади. Ці зміни перед усім торкнулися прикордонних земель.

Передумови війни було закладено, ще на Берлінському конгресі 1878 р., коли Австро-Угорщина отримала право на управління Боснією та Герцеговиною, які формально входили до складу Оттоманської імперії. Анексія цих земель Австрійською монархією 1908 р. викликала невдоволення серед населення Боснії і Герцоговини, розпочалася Боснійська криза. Незадоволення сербів Боснії і Герцеговини австро-угорським правлінням та вбивство ерцгерцога Франца Фердинанда, спадкоємця Австро-Угорського престолу, сербом Г. Принципом 28 червня 1914 р. послужило безпосередньою причиною до початку Першої світової війни.

В Австрії на початку ХХ ст. відновлюють цензуру, яку було скасовано після ухвалення австрійської конституції 1867 р. У одному з своїх листів намісник граф К. Г. Гуйн звертав увагу директора львівської поліції, що з початку війни працівники зайняті у цензурі листів, недостатньо ретельно виконували свої обов'язки. На думку намісника, ситуація могла б змінитися лише у випадку, коли принаймні б у Львові тільки гідні довіри політичні діячі могли здійснювати цензуру листів, а тому він доручив директору без зволікань подати оновлений персональний склад працівників цензури. Особливу увагу цензори звертали на польські видання в яких починають писати про "незалежність Польщі" та про "австрійську окупацію".

Початок Першої світової війни дав галицьким українцям надію на те, що Росія буде переможена, а Австро-Угорщина знесилена перемогою буде змушена провести поділ Галичини на дві частини польську і українську, з наданням їм права автономії у складі федеративної держави. Австрійський ж уряд побоювався, що з наближенням російських військ буде посилюватись москвофільський (русофільський) рух серед українського населення.

Окупація Росією Східної Галичини (весною 1914 р.) та співробітництво русофілів з новою владою дали підстави польсько-австрійській адміністрації Галичини для переслідування всього українського населення. У невдачах на фронті, у відсутності патріотизму правлячі кола звинувачували українців. Циркуляр Галицького намісництва від 8 серпня 1914 р. виданий до усіх старост і дирекцій поліції у Львові і Кракові проголошував: "Сучасні напружені відносини між нашою імперією і Росією вимагають енергійної боротьби з москвофільським рухом, який не приховує своїх симпатій до Росії". Чиновникам було наказано вжити законних заходів проти будь-яких русофільських виступів, публічних маніфестацій, зборів, виступів у пресі, широко застосовуючи засоби екзекуції проти винних. За іншим розпорядженням намісника В. Коритовського усі запідозрені в русофільстві піддавались арешту. За свідченнями одного з таких в'язнів, тільки у львівській в'язниці "Бригідки" у ніч з 27 на 28 серпня 1914 р. перебувало до 2 500 осіб.

На думку С. Попика, на початку Першої світової війни "Абсолютно обґрунтовані превентивні заходи перетворилися з вини як центрального уряду, так і крайових адміністрацій Галичини та Буковини у безконтрольний терор проти всього українського населення." М. Стахів наводить жахливі цифри репресованого українського населення Галичини у роки Світової війни: 36 тис. розстріляних чи повішаних і ще стільки ж загиблих у концентраційних таборах. Він писав, що "перші арешти були проведені за списками начальників повітів, були для своїх жертв ще "щасливі". бо витримавши усі поневіряння таборів, вони мали шанс добитися якогось правового процесу. Зате арештовані пізніше, під час війни, підлягали негайним військовим судам, які очолювані звичайно польськими старшинами, засуджували невинних українсь-

© Моряк-Протопопова Х., 2012

ких людей до негайного повішання. Відомий львівський історик О. Сухий пише, що причиною "...жахливого переслідування українців у Галичині австро-угорською адміністрацією..." була "...легенда про "руську зраду" чи ототожнення українців Галичини з "п'ятою колоною". У цей час доноси на співробітників в органах влади офіційно могли бути покладені в основу рішення про притягнення особи до відповідальності. Повітовим органам влади у воєнний час повернули деякі судові повноваження, а здійснення правосуддя у звичний спосіб стало неможливим.

З приходом російських військ цивільне населення краю почала переслідувати російська адміністрація. Д. Дорошенко писав : "...нещасливий український народ в Галичині попав між молото і ковадло: з одного боку його карано за русофільство, з другого, – йшли "визволителі" і карали за мазепинство та австрофільство." Це підтверджував П. Мілюков, який з думської трибуни назвав перебування російських військ у Галичині "європейським скандалом", а політику адміністрації такою, що "мала фатальні наслідки для російських інтересів, бо узборіла проти Росії ціле українське населення Галичини, що на початку зустрічало російську армію зовсім не вороже і яке могло поставитись до неї справді як до "визволительки", як би це "визволення" не обернулось відразу на огидне насильство над совістю та переконаннями мільйонів людей".

Українські посли у Відні засуджували дії польської крайової адміністрації та домагались, щоб намісником Галичини було призначено австрійського німця. З відновленням влади у краї в 1916 р. дії адміністрації в Галичині стали предметом обговорення широкої громадськості, і австрійський уряд намагався витлумачити терор помилками армії, непорозумінням між нею та жителями краю, які не знають німецької мови, тощо.

З 1915 р. функції намісників у зв'язку з війною фактично виконували австрійські генерал-губернатори призначувані імператором (але вони і надалі іменували себе цісарсько-королівськими намісниками). Це були Герман фон Коллард, Еріх фон Діллер та Карл Георг Гуйн. У деяких польських джерелах науково-популярного характеру можна знайти інформацію про те, що останнім галицьким намісником був відомий український політик та правник В. Децикевич, який упродовж 1906 – 1916 рр. очолював галицький департамент у Міністерстві внутрішніх справ Австрії, а у 1918 р. був першим заступником Галицького намісника. Такий висновок зроблено тому, що саме йому 1 листопада 1918 р. передав владу намісник Карл Георг Гуйн. У свою чергу, В. Децикевич того ж таки дня передав усю владу в краї Українській національній раді. З нашого погляду не коректно вважати В. Децикевича австрійським намісником з двох причин: перше – намісників згідно закону номінував особисто імператор і друге – у ніч з 31 жовтня на 1 листопада 1918 р. Львів перейшов до Української національної ради силами Українських січових стрільців, отож дії австрійської адміністрації в таких умовах юридичного значення вже не мали.

Ще 22 травня 1911 р. імператор розпорядився створити спеціальну комісію для проведення адміністративної реформи. Метою діяльності комісії було реформування управління освітою та фінансами, взаємодії центральних органів влади та місцевої адміністрації, а також реформування усієї адміністрації за винятком управління закордонними справами, судочинства та справ пов'язаних з управлінням залізницею. Діяльність комісії передбачала окрім іншого організацію наукових подорожей за кордон, запрошення на засідання спеціалістів з тих чи інших питань, отримання необхідних даних від органів влади. Реформа не була спішною, отож комісія мала працювати виважено і щорічно звітувати про виконану роботу. Та у зв'язку з початком Першої світової війни, жодних реформ проведено не було.

На початку XX ст. було реорганізовано деякі діючі австрійські міністерства та створено нові, серед яких Міністерство народного здоров'я, яке очолив відомий український вчений-біохімік І. Горбачевський.

Під час Першої світової війни 25 травня 1816 р. прийняли рішення створити новий структурний підрозділ намісництва – Крайовий центр управління господарської відбудови Галичини (далі – Центр) з метою відбудови знищених війною містечок, ґмін, місцевостей, комунікацій, водогонів і т. д., землеробства, промислу і торгівлі в Галичині. Вже тоді було зрозумілим, що Галичина, як один з головних театрів триваючого протистояння, постраждала чи не найбільше з усіх країв Австрії. За даними намісництва, у звільнених повітах було цілко-

вито знищено 188 981 будинок, з них 69 716 – це житло цивільних осіб. Цілком знищено було 112 міст і містечок та 680 сіл. Без даху над головою залишилось 63 216 родин. Діяла запроваджена в березні 1915 р. карткова система на хліб (200 грам муки в день на одну особу у місті і 300 – у селі). Уряд був змушений регулювати ціни на деякі товари у зв'язку з інфляцією.

Згодом Центр перейменували у Крайове управління відбудови. Йому були передані усі справи, що стосувались відбудови крайового господарства. Очолював Центр призначений намісником державний урядовець. Намісник самостійно визначав штат службовців Центру. Центр складався з таких трьох підрозділів: будівельного; рільничого та лісового; ремесла, промисловості і торгівлі. Діяв Центр управління та його відділення на місцях відповідно до окремих інструкцій намісника.

Детальніше зупинимось на роботі третього підрозділу Центру, який відповідав за відновлення ремесла, промисловості і торгівлі, оскільки сфера його діяльності виходила за межі власне відбудови, для чого цей підрозділ отримав широкі повноваження та відповідне фінансування від уряду (200 мільйонів крон). На керівні посади у ньому були призначені фахові спеціалісти, і він почав діяти як управління, що підтримувало розвиток місцевої промисловості. Третій підрозділ інвестував у виробництво, кредитував його під низькі відсотки та поповнював обігові кошти підприємств краю, створював резерви будівельних матеріалів тощо. Це сприяло не тільки відродженню діючих до війни підприємств, а й утворенню нових.

Як дорадчий орган при Центрі управління була створена прибічна рада, яка складалась з 38-ми осіб (6 осіб призначав Крайовий виділ і 32 – намісник, з урахуванням думки зацікавлених у цьому кіл та національного складу краю). Участь у засіданнях ради не оплачували. Очолював її або сам намісник, або призначений ним заступник. Прибічну раду поділяли на секції: 1) відбудови зруйнованих сіл і міст, 2) відбудови сільського і міського господарства, 3) відбудови ремесла, промисловості та торгівлі. За потребою створювались повітові прибічні ради.

Як окремий підрозділ при Центрі управління діяло статистичне бюро, що підраховувало збитки від війни та об'єкти, які треба було відбудовувати. Також при ньому діяло відділення, для надання безпосередньої фінансової допомоги потребуючим.

З 1916 р. також було спрощено порядок прийняття на роботу службовців XI найнищого рангу у зв'язку тим, що під час війни більшість з них не могли отримали належної повної освіти.

По завершенню війни мирна конференція, що працювала у Парижі 25 червня 1919 р. з метою "забезпечити мирне населення і майно Східної Галичини від більшовицьких банд" прийняла рішення "уповноважити збройні сили Польської республіки" зайняти всю Галичину. 10 вересня 1919 р. згідно умов Сен-Жерменського мирного договору Австрія зрікалась суверенності над Східною Галичиною, новими суверенами східногалицьких земель стали країни Антанти, а Польща – тимчасовим окупантом краю як "найбільш кваліфікована, щоб запровадити незалежне і нормальне управління у Східній Галичині". Вже 14 березня 1923 р. Рада послів Антанти прийняла рішення про беззастережне визнання Східної Галичини як частини польської держави.

ХАРАКТЕРИСТИКА МІСЬКОГО САМОВРЯДУВАННЯ НА ВОЛИНІ У СКЛАДІ ВЕЛИКОГО КНЯЗІВСТВА ЛИТОВСЬКОГО ТА РЕЧІ ПОСПОЛИТОЇ

Омельчук І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У сучасних умовах утвердження незалежності України відбуваються значні зміни у всіх сферах суспільного життя. Актуальним постає питання демократизації суспільних відносин відповідно до міжнародних стандартів та орієнтирів. Важливим у цьому процесі є чітке врегулювання участі громадян та їх територіальних об'єднань у державотворчих процесах. Враховуючи вітчизняні історичні традиції, свідовий досвід, Україна відряджує інститут місцевого самоврядування, який може і повинен створити надійний механізм активної участі громадян в управління територіями, вирішенні багатьох важливих територіальних проблем.

Однією з передумов вирішення цієї проблеми повино бути вивчення національного досвіду місцевого самоврядування в Україні. Науковий інтерес представляє проблема формування на функціонування міського самоврядування на Волині у складі Великого князівства Литовського та Речі Посполитої.

Після припинення існування Галицько-Волинської держави 1349 р., її землі стали об'єктом захоплення Польським королівством та Великим князівством Литовським. З початку XV ст. у Великому князівстві Литовському активно розгорнулася діяльність, підтримувана Польщею, спрямована на ліквідацію автономії українських земель. Спочатку її втратили такі удільські князівства як Волинське, Новгород-Сіверське, Київське, Подільське (Західне Поділля захопила Польща). На цих землях поширилася влада Великого князівства Литовського. Волинська, Київська землі і Поділля були перетворені на воєводства, що безпосередньо підлягали великому князеві. Землі воєводства поділялися на повіти на чолі із старостами. Посади воєвод і старост займали місцеві магнати.

Формування мережі міських поселень на Волині відноситься ще до княжих часів. Саме тоді з'явились такі міста як Володимир, Луцьк, Дубно, Кременець тощо. Продовжилось заснування нових міст і за часів литовського та польського панувань: Вишнівець, Любар, Торчин. Усього на кінець XV ст. на Волині, за підрахунками П. Саса існувало 21 місто, натомість, згідно з уточненнями А. Зайця – 18. На далі це число тільки зростало. Так, у XV – 60-х рр. XVI ст. на Волині існувало 121 місто. А загалом протягом XV- першої половини XVII ст. тут виникло ще 190 нових міст. Це було більше, ніж у будь-якому іншому регіоні України. Очевидно, що згадані міста розрізнялись за розміром, який визначався за кількістю будинків. За своєю приналежністю міста поділялись на королівські (державні), шляхетські, церковні.

Зарахування поселення до міст відбувалось на основі отримання локаційного привілею – королівського документу, що дозволяв заснування міста, створював для цього правові підстави та надавав йому міські права. У цих документах, у більшості випадків, надавали місту магдубурзьке право, інколи з вказівкою на взірець, на який потрібно було орієнтуватися – чи то конкретне місто ("прикладом инших головных мест наших, а особливе Луцка"), інколи загальним чином ("как ся в инших местах наших справуют и радять"). Локаційний привілей часто включав і норми, що регулювала специфічні права даного міста – право на проведення торгів і ярмарків, функціонування ремесла тощо.

Ще одним видом документів, що надавав містам міське право, були великокнязівські/королівські привілеї. Власники приватних міст у швидкому часі після видання локаційного привілею часто надавали своїм підданим так звані локаційні документи, які більш детально окреслювали умови створення нового міста.

Загалом дослідники вказують на те, що поняття міського право у часи польсько-литовського панування на українських землях застосовувалось у трьох значеннях: 1) право громади на самоврядування з власним судочинством, право на участі в управлінні торгівельними і ремісничими об'єднаннями, право на прийняття власних статутів; 2) право як сукупність актів органів міського самоврядування, звичаєве право, яке сформувалось безпосередньо

© Омельчук І., 2012

в умовах міста; 3) право на здобуття міського громадянства, правовий зв'язок між міщанами і міською громадою.

Самоуправління у містах Волині залежало багато в чому від того, були ці міста привілейовані чи непривілейовані, мали вони своє окреме міське право чи ні. Очевидно, що і у містах, які не отримали магдебурзького права (непривілейованих), самоврядування було обмеженим: маємо відомості про зібрання в таких містах віча, копних судів, наявність десятників і сотників (наприклад, Баранівцях, Березdові, Закриничному) – інституцій, добре відомих ще з часів Київської держави IX-XIII ст. Однак загальне управління містом здійснював його власник: чи то сам, чи то через свою довірену особу. Такою довіреною особою міг бути хтось із місцевих мешканців, або ж спеціально призначена людина-клієнт власника. Як правило, з пошуком достойної кандидатури такої проблеми не виникало, оскільки інститут клієнтели – залежної від волі магната чи багатого шляхтича дрібної шляхти та представників інших верств – у Речі Посполитій був доволі добре розвинутий.

Що стосується міст, котрі отримали від своїх власників магдебурзьке право, тут системи органів самоврядування була цілком іншою. Під магдебурзьким правом, згідно з В. Кульчицьким, розуміємо середньовічне міське право, за яким міста звільнялися від управління і суду великих земельних власників та створювали органи місцевого самоуправління, закріплювало права міських станів (купців, міщан, ремісників), встановлювало порядок виборів і функції органів міського самоврядування, суду, купецьких об'єднань, цехів, регулювало питання торгівлі, опіки, спадкування, визначало покарання за різні види злочинів тощо. Назву це право отримало від міста Магдебург, яке отримало його у 1188 р. У цей час у Німеччині формується модель вільної міської громади, виникає місто у юридичному розумінні як громада вільних людей в укріпленому місці. Саме по собі магдебурзьке право не являло єдиного зводу відповідних норм, а базувалась на цілому комплексі різноманітних правових джерел. Як правило, воно викладалось у вигляді певного комплексу правових норм, супроводжених відповідним коментарем. На українських землях головними збірками магдебурзького права були "Саксонське зерцало" (1221-1225), "Порядок прав цивільних магдебурзьких" (1557-1559), "Артикули права магдебурзького" (1557). У Польщі воно було відомими завдяки публікаціям Б.Гроїцького, П. Щербіча, М. Яскера. Часто норми цього міського права зазнавало модифікацій, до нього вносились окремі місцеві звичаєві норми. У випадку необхідності практикувалось і повторне надання магдебурзького права, як це було і з Кременцем, зруйновним татарами у 30-х рр. XVI ст.

Магдебурзьке право надавало містам ряд імунітетів (у тому числі судовий, податковий) та визначало порядок обрання і функціонування органів місцевого самоуправління. Керування містом здійснював магістрат, котрий відав адміністративними, господарськими, фінансовими, поліцейськими та судовими справами. Магістрат складався з ради, на котру покладалось вирішення адміністративно-господарських справ, та лави, що виконувала судові функції. Разом рада та лава творили так званий "уряд" міста. Радників, лавників, бурмістра обирали мешканці міста, хоча були випадки, коли власник призначав усіх (Ковель) чи частину (Немиричів) райців. Центральною постаттю у системі органів управління міста був інститут війтівства, а сам війт очолював лаву. Війта призначив власник міста – король або великий князь литовський, приватний власник (шляхтич). Очевидно, що таке призначення відбувалось або за особистої присутності власника, або, ймовірніше, за присутності його довірених осіб.

Функцонування органів міського самоврядування на основі норм німецького права, очевидно, неозначало повної самостійності у вирішенні всіх питань. Адже вони були змушенні прислухатись до думки власника міста. Додамо, що і свобода населення таких міст була обмеженою. У деяких з них (наприклад, Немиричеві) міщани, котрі хотіли б покинути місто, мали заплатити на користь власника грошову компенсацію – 6 грошів; свідченням залежності міщан від власника були також повинності, які вони виконували на його користь: грошовий чинш, натуральні данини, підводну, мостову повинності, часткову панщину. Власник інколи виконував роль апеляційної установи для мешканців міста у випадку їх незгоди із магістратом.

Ситуація із самоуправлінням міст у другій половині XVI-XVIII ст. суттєво не змінилось. Зрозуміло, що в умовах загальної кризи, що огорнула Річ Посполиту після національно-

визвольної ситуації, становище мешканців міст погіршилось, натомість суттєво зросли впливи власників на міста, однак загальна система управління була сталою.

Додамо, що в останній чверті XVIII ст. згідно з подимним реєстром 1776 р. у Волинському воєводстві було 103 міста і містечка. У кінці цього ж століття, згідно з "Географічним та економічним описом Волинської губернії 1798 р.", на території Волинської губернії було зафіксовано 146 міських поселень, з низ 12 міст (Житомир, Володимир-Волинський, Дубно, Заслав, Ковель, Кременець, Луцьк, Овруч, Острог, Новоград-Волинський, Рівне, Старокостянтинів) і 134 містечка. Набільше їх було у Дубнівському повіті – 19, найменше – у Острозькому та Заславському – по 8. Що стосується містечок, то їх кількість протягом першої половини XIX ст. практично не змінювалась, лише інколи коливалась в залежності від врахування тих чи інших обставин (фігурують, зокрема цифри 115 та 129 містечок). Так, зокрема, у 1840 р. волинський губернатор пропонував перевести до рангу сіл ті містечка, котрі не мали документів на підтвердження своїх привілеїв.

Напередодні приєднання до складу Російської імперії міста і надалі залишались центрами ремесел і промислів. Однак і надалі місцева міська людність включала у себе значний прошарок селян. Аграрні передмістя ставали основною базою економічного, демографічного і територіального росту міст і містечок.

Таким чином, необхідно зазначити, що розвиток міського самоврядування Волині в складі Великого князівства Литовського та Речі Посполитої ґрунтувався на органічному поєднанні українських самоврядних традицій і рецепції магбудерзького права. Це, у свою чергу, зумовило формування європейської моделі органів міського самоврядування волинських міст. Щоправда, на їхнє становище негативно позначився загальний політико-правовий і соціально-економічний занепад Речі Посполитої у XVIII ст. Тому їх реформування було цілком логічним у наступному історичному етапі.

СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК СТРАХОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ (ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ)

Панич Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Інтеграція ринку фінансових послуг України у світові фінансові ринки нагально потребує приведення у відповідність до міжнародних стандартів українського фінансового законодавства. Особливо гострою у даному аспекті є проблема модернізації законодавства України про страхування, що вже деякий час не повною мірою відповідає реаліям сучасного страхового ринку України і потребує реформування. Водночас, зазначене удосконалення страхового законодавства України немислиме без врахування позитивного історико-правового досвіду його становлення і розвитку на різних етапах українського державотворення.

Історичні начала становлення страхового законодавства на українських землях сягають своїм корінням XI – XII ст. Вже тоді пам'ятка права Київської Русі – Руська Правда – у ст. 3 містила норми, спрямовані на врегулювання в тому числі і відносин страхування. Зокрема, даною статтею встановлювався обов'язок сплати громадою певної суми коштів у випадку вбивства княжого мужа або простолюдина. Інші статті цієї пам'ятки, зокрема, ст.6 та 8, містили окремі елементи договору страхування цивільно-правової відповідальності, а також, по суті, закладали правові підвалини для діяльності товариств взаємного страхування.

Окремі елементи норм страхового права, яке було усним та не фіксувалося у збірниках права, притаманні також широко поширеному в Україні в період з XV ст. до середини XIX ст. чумацтву. Вони, зокрема, передбачали, що у випадку заподіяння майнової шкоди (втрати вола або пошкодження товару) чумацьке товариство зобов'язувалося відшкодувати чумакові вказану шкоду.

Малодослідженим на даний час залишається питання розвитку страхового законодавства в період козацько-гетьманської держави. Відомо, що в цей час, зокрема, в середині XVII ст. в Західній Європі виникають перші страхові товариства, діяльність яких стосувалася морського страхування та страхування від вогню. Оскільки як Запорізька Січ, так і Гетьманщина проводили активну торговельну політику, в тому числі на морі, очевидність існування усних страхових норм на їх теренах не викликає сумніву. Однак політико-правова невизначеність того часу, постійні загрози військового характеру не сприяли подальшому письмовому напрацюванню нормативно-правого регулювання страхової діяльності на території тогочасних українських земель.

Суттєвий вплив на становлення та розвиток страхового законодавства України мав поділ українських територій між Російською та Австрійською імперіями. В 1772 році, після приєднання західноукраїнських земель до складу Австрії, на їх території поступово припинялася дія польського феодального цивільного права та запроваджувалося прогресивне, як на той час, австрійське цивільне законодавство. У 1797 році в австрійській державі завершилися кодифікаційні роботи по переробці цивільного кодексу (ABGB), який з 1 січня 1812 року набув чинності на всій території Австрії, в тому числі і на західноукраїнських землях. Його окремі статті (§ 1288 - § 1292) стосувалися безпосередньо укладення договору страхування, визначаючи обсяг відповідальності страховика (§ 1288), встановлюючи предмет договору страхування (ч.1 § 1289), закріплюючи обов'язки страхувальника повідомляти страховика про настання страхового випадку (ч.1 § 1290) та визначаючи підстави звільнення страховика від сплати страхового відшкодування (ч.2 § 1290). Окремі норми цього кодексу мали відсильний характер; вони зокрема, визначали, що правове регулювання морського страхування здійснювалося спеціальним законом, яким згідно § 1292 кодексу був морський закон.

Паралельно з Цивільним кодексом в Галичині діяв австрійський закон «Про договір страхування» 1917 року, а також постанова про державний нагляд за страховими товариствами від 18 серпня 1880 року, котрі, по суті, створили правову основу для започаткування і розвитку страхування на західноукраїнських землях. Цьому сприяла також відміна у 1873 році

© Панич Н., 2012

австрійським кайзером заборони на діяльність іноземних страхових товариств на цих територіях.

Не залишалося без уваги держави, а отже - і без відповідного правого регулювання страхування також і на українських територіях у складі Російської імперії. В 1780 році було опубліковано маніфест, згідно якого вводилася заборона на страхування шкоди у іноземних страховиків, оскільки держава прагнула запобігти виведенню грошової маси за кордон. Завдяки цьому в Росії у XIX ст. широкого розвитку набула діяльність вітчизняних страхових товариств, насамперед, у сфері страхування від вогню. За активної підтримки держави з 1839 року розвиваються також нові галузі страхування, зокрема, морське страхування, страхування річкового транспорту і його вантажів, а також вантажів, які перевозилися внутрішніми наземними шляхами.

Слід відзначити, що тогочасний розвиток страхового законодавства на територіях українських земель відбувався загалом повільніше у порівнянні з іншими європейськими державами, насамперед, Італії та Німеччини. Діяльність страхових товариств на територіях цих земель була активною вже у XVII ст., вона характеризувалася відповідним напрацюванням її нормативно-правового забезпечення. На українських землях розвиток стразової справи штучно гальмувався, насамперед, шляхом монополізації страхування з боку держави, встановлення заборони на діяльність іноземних страхових товариств. Останні поступово переміщували свою діяльність в західноєвропейські держави, зокрема, в Німеччину, яка з часом зайняла провідні позиції на ринку страхування, свідченням чого стало, зокрема, утворення у 1874 р. Міжнародного об'єднання транспортного страхування у м. Берліні.

Після розпаду Австро-Угорської імперії та революції в Росії розпочалась третя доба становлення української державності, а з нею – і новий етап розвитку страхового законодавства Української Народної Республіки та Західноукраїнської Народної Республіки. Враховуючи тогочасну історико-політичну ситуацію та тривалі воєнні конфлікти, в які були втягнуті обидві держави, на їх територіях було тимчасово дозволено дію законодавчих актів у сфері страхування, якщо такі не суперечили засадам правового порядку республік.

Після падіння УНР та ЗУНР та їх окупації Польщею та Росією історичний розвиток страхового законодавства на українських землях в складах обох держав здійснювався в подібному руслі. Заснована в 1921 році у Польська Дирекція взаємного страхування була наділена монопольним правом надання страхових послуг на території Польщі. І лише подальше реформування польського страхового ринку стало передумовою появи на ньому приватних страхових товариств, в тому числі на західноукраїнських землях (напр., «Дністер», «Riunione Adriatica di sicurta», «Piast» та інші). На українських територіях, які ввійшли до складу Росії, приватні страхові товариства продовжували діяти до 1918 року, коли, згідно Декрету радянського народного комітету «Про організацію страхування в Росії», страхування стало монополією держави. В 1925 році всі галузі страхування були проголошені державною монополією, а виключним правом з надання послуг страхування було наділене єдине страхове підприємство «Госстрах». Поступове зняття заборони на участь у страховій діяльності приватних осіб розпочалося з відновленням української державності після прийняття у 1993 році Декрету Кабінету Міністрів України «Про державне мито», а також ухвалення Верховною Радою України у 1996 році Закону України «Про страхування».

Аналізуючи становлення та розвиток страхового законодавства України, слід відзначити, що навіть на етапі сьогодення це законодавство потребує подальшого реформування і удосконалення. Закон України «Про страхування» далеко не завжди містить норми, які повністю відповідають Цивільному та Господарському кодексам України. Положення цього закону як спеціального правового акту у сфері страхування, що спрямовані на регулювання відносин, у більшості західноєвропейських держав давно закріплені в окремих законах. Це, насамперед, окремі норми щодо договору страхування, здійснення нагляду за страховою діяльністю тощо. Більш того, окремі держави на пострадянському просторі вже давно ведуть дискусії про необхідність запровадження спеціалізованих законів про договір страхування, а в Україні у цьому питанні зрушень поки не помітно. Хоча приклади позитивного історико-правого досвіду вирішення даної проблеми є – насамперед це стосується згаданого вже закону про договір страхування від 1917 року, який діяв на території західноукраїнських земель у складі Австро-

Угорщини. Успішний розвиток страхового законодавства повинен супроводжуватися також і удосконаленням нагляду за діяльністю страховиків. Українська держава в особі Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг повинна, враховуючи свій позитивний історичний досвід, посилювати ефективність такого нагляду, враховуючи при цьому принципи Solvency II. Використовуючи надані законом повноваження Держфінпослуг також в подальшому повинен вживати активних заходів для покращення страхового законодавства України, його приведення у відповідність страховому законодавству Європейського Союзу.

ДОСЛІДЖЕННЯ ГЕОРГА ШТАММЕРА ПРО ДОСВІД ФУНКЦІОНУВАННЯ СУДІВ У СПРАВАХ МАЛОЛІТНІХ У США НА ПОЧАТКУ XX СТ.

Ригіна О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Вже на початку XX ст. досвід функціонування судів у справах малолітніх у різних державах був достатньо цікавим та актуальним. Неодноразово піднімалося питання про те, що повинні бути відмінності провадження кримінальних справ про злочини, вчинені дітьми та повнолітніми злочинцями. Припускалося, що внаслідок психологічної незрілості дитина не може настільки, як і повнолітня особа, усвідомлювати суспільну небезпечність та караність вчиненого діяння.

Німецький дослідник Георг Штаммер, детально проаналізувавши працю американського вченого Самуеля Дж. Барровса „Суди у справах малолітніх у Сполучених Штатах" („Children's courts in the United States"), здійснив висновки та запропонував запозичити досвід США. Результати досліджень Г. Штаммера були актуальними й на території Російської імперії, оскільки його працю було перекладено російською мовою й опубліковано 1910 р. у Санкт-Петербурзі („Американскіе суды для малольтних, ихь возникновеніе, развитие и результаты").

У передмові до російськомовного видання вказувалося: „Коли Ви бачите перед собою хлопчика чи дівчинку в кайданах, який (яка) стоїть перед суддею або дванадцятьма високоповажними засідателями, запрошеними виголосити вердикт „винний" чи „невинний", а за довгим суддівським столом в урочистій обстановці, в своїх мундирах, знаходяться суддя, прокурор та секретар; коли Ви прослухаєте цей публічний розгляд, покази свідків, котрим задають запитання прокурор і захисник, промови останніх, з яких перший зазначить, що ця дитина, настільки зіпсована та розбещена, що ніколи з неї нічого доброго не вийде, другий − пристрасно доводитиме, що ця дитина не тільки не вчинила жодного злочину або проступку, а й вчинити їх не могла, оскільки всі свідки обвинувачення говорять неправду, що правду говорять лише ті, хто вказує на невинуватість дитини... Зважаючи на це, виникає питання: що буде з цією дитиною у майбутньому? Вас не може не тривожити доля дитини і не лише внаслідок того, що вона вчинила чи може вчинити, а скоріше, яким чином вплинули суд і судова процедура на неї, її дитячу душу та дитячий світогляд? ...Якщо дитина невинна та була виправдана, невже вона вийде із зали суду такою ж, як і увійшла до неї? Звичайно ні. Вона пережила велику драму, була перед судом, багато вислухала, і це залишить в її душі стійкий відбиток. Однак, коли дитина була винною, але її виправдали? Тоді вона виходить переможцем. ...Ця дитина повертається зі суду в ті самі обстановку та умови... Крім цього, дитина зрозуміла, що, зважаючи на „малолітство", вона уникнула покарання".

Тому основна увага зосереджувалася на тому, що суди, вповноважені розглядати справи про злочини, вчинені малолітніми, повинні особливо ретельно встановлювати всі обставини вчиненого злочину, оцінювати докази, котрі свідчать про винність та невинність дитини. Якщо дитина не була визнана винною, суд зобов'язаний, якщо це можливо, попередити вчинення нею злочинів і проступків у майбутньому. Суд повинен „відсторонити" її від негативних умов, які так чи інакше сприяють „перетворенню" дитини на злочинця (негативний вплив оточення, в котрому вона перебуває або відсутність піклування та нагляду батьків чи осіб, які їх замінюють).

Як зазначив Г. Штаммер, у всіх американських штатах визнавалося, що із жодною дитиною не можна поводитися як із злочинцем. Передбачалися суттєві відмінності між веденням судового процесу в кримінальних справах про обвинувачення у вчиненні злочинів малолітніми та повнолітніми особами. Судді мали передусім пам'ятати, що запитання по суті справи задаються не особі-злочинцеві, а дитині, в котрої ще не в повній мірі сформувався світогляд і життєві установки.

© Ригіна О., 2012

Такий запобіжний захід, як утримання під вартою, мав застосовуватися у виняткових випадках. Більш того, якщо малолітній підозрюваний чи обвинувачений утримувався під вартою, він не мав знаходитися в одному приміщенні з повнолітніми затриманими.

У судовому процесі, дослідивши повно та об'єктивно всі обставини вчиненого злочину, суддям необхідно було особливо розважливо підходити до визначення міри покарання, оскільки найперше всі заходи впливу повинні були мати не стільки каральний характер, як превентивний. Якщо малолітній визнався винним у вчиненні злочину, головною метою покарання мала бути не стільки відплата за вчинене, скільки „урятування від подальших зіпсованості та розпущеності, потерпілим від котрих він став". Найдійовіший засіб у боротьбі із злочинністю малолітніх убачався в попередженні вчинення ними „поганих кроків у житті й захист від продовжуючих шкідливих наслідків проступку, якщо такий уже був учинений". Основним завданням мало бути виправлення та „зцілення" дитини.

Вказані ідеї підтримувалися багатьма американськими штатами, про що свідчили достатньо розвинуте „законодавство про малолітніх" та функціонуванням судів у справах малолітніх. Уже на початку XX ст. останні діяли у штатах Вісконсин, Індіана, Колорадо, Міннесота, Міссурі, Мічиган, Нью-Джерсі, Нью-Йорк, Оклахома, Пенсильванія.

Звичайно, в кожному законі будь-якого штату існували особливості щодо ведення судового процесу в кримінальних справах про злочини, вчинені малолітніми, але Г. Штаммер виокремив спільні риси, характерні для законодавства всіх штатів. Зокрема, підсудними в судах у справах малолітніх могли бути особи, не старші 16 років; деколи допускалися винятки (не старші 17 років). Відповідні суди розглядали не лише кримінальні справи про вчинення злочинів малолітніми особами, а й інші категорії справ. Скажімо, справи дітей, яких було затримано під час збирання милостині, незважаючи – просили вони милостиню чи „жалісливо благали купити у них будь-який товар". Також справи бездоглядних дітей, які пропускали шкільні заняття, знаходилися на вулиці у нічний час, відвідували трактири, брутально висловлювалися, богохулили або перебували в оточенні злочинців, п'яниць чи повій. Суди у справах малолітніх також розглядали справи про встановлення „опіки" над дітьми (тобто, визначення місця їхнього проживання), якщо у них не було батьків або інших осіб, що їх заміняли, а також справи тих дітей, котрі не мали постійного місця проживання або житло яких було місцем знущання чи розбещення.

Г. Штаммер зауважив, що відповідно до сформованої судової практики у США, існувала так звана „класифікація" осіб, справи яких розглядалися в судах у справах малолітніх. Виокремлювали „дітей-покинутих", „дітей-зіпсованих", „дітей, котрі ризикували стати злочинцями", „дітей-злочинців", та „дітей-невиправних".

Суд у справах малолітніх, діючий як суд штату (у США дуалістична судова система; діють окремо федеральні суди, а кожен штат має власну судову систему), мав розташовуватися окремо від інших установ; у його складі повинен був бути принаймні один суддя. Судді мав допомагати допоміжний судовий персонал; вестися архів справ. Суддями цих судів мали призначатися особи, відібрані особливо ретельно, котрі вміли спілкуватися з дітьми. Вони повинні були уособлювати не владу, завданням якої є покарання винних, а „батьківську турботу штату". Передбачалася, що у судовому процесі відношення до малолітнього підсудного мало бути доброзичливим.

В окремих штатах суддя суду в справах малолітніх був суддею лише цього суду (Індіана), в інших штатах, наприклад, Каліфорнії та Нью-Йорку, для виконання обов'язків судді цього суду запрошувалися судді інших судів.

При кожному суді у справах малолітніх діяло бюро статистики, яке щорічно складало звіт про кількість розглянутих справ, „моральні якості" дітей, справи котрих були заслухані, результати розгляду справ. При цьому, бюро не мало права вказувати імена дітей та їхніх батьків.

При судах у справах малолітніх діяв інститут піклувальників-офіцерів (*Probation officers*). Відповідними посадовцями призначалися ретельно відібрані особи обох статей, котрі мали педагогічні навики. Їхня кількість залежала від розміру штату, в якому діяв суд у справах малолітніх. Якщо їх було декілька, серед них призначався головний, котрий здійснював контроль за діяльністю підпорядкованих піклувальників. Вважалося, що передусім піклувальники

діють на „благо штатів”, зважаючи на це, у деяких штатах виконання їхніх обов’язків було безоплатним, у інших − фінансувалося з благодійних фондів, ще в інших − оплачувалося з місцевого бюджету.

Справи, підсудні судам у справах малолітніх, порушувалися на підставі показів „добропорядного” громадянина штату, котрий вказував на дитину, яку вважав злочинцем чи мав підстави вважати, що така могла стати злочинцем. Покази „добропорядного” громадянина мали підтверджуватися належними доказами. Справу мав право порушити й сам суд, якщо, на його думку, це відповідало інтересам суспільства або дитини. У цьому випадку доставити в судове засідання малолітнього мав піклувальник-офіцер.

Якщо у малолітнього були батьки чи інші особи, які „мали владу над ним”, вони викликалися у судове засідання разом з дитиною. Повістка про виклик до суду мала вручатися не пізніше, аніж за 24 год. до початку слухання справи. Якщо малолітній не був доставлений до суду з вини батьків чи інших осіб, які „мали владу над ним”, вони підлягали накладенню штрафу. У випадку поважних причин, вони повинні були завчасно повідомити суд про неможливість явки у визначений термін.

Здійснюючи висновки, зазначимо, що вже на початку ХХ ст. у США суди в справах малолітніх діяли у багатьох штатах (Вісконсин, Індіана, Колорадо, Міннесота, Міссурі, Мічиган, Нью-Джерсі, Нью-Йорк, Оклахома, Пенсильванія). Крім цього, в той час ідеї про необхідність розроблення законодавства про „малолітніх”, у тому числі не лише кримінального, підтримувалися Німецькою та Російською імперіями.

Як наголосив Г. Штаммер, ставлення суду до малолітнього підсудного мало бути „доброзичливим”; мета же покарання вбачалася у його „перевихованні”. Однак, незважаючи на ці гуманістичні ідеї, в США до 1988 р. застосовували смертну кару до осіб, котрі вчинили злочини (за які вона передбачена) до досягнення 16-річного віку; до 2005 р. засуджували до неї осіб, що вчинили злочини у віці від 16 до 18 років. Щоправда, зважаючи на перегляд вироку в апеляційному порядку (вищим судом штату, на території якого був вчинений злочин, а також Верховним Судом США) спливало немало часу та засуджений, на момент виконання смертної кари, вже досягав 18-річного віку. Отже, вказані Г. Штаммером гуманістичні ідеї в США поширювалися лише на малолітніх, які не вчинили тяжких чи особливо тяжких злочинів, та тих, котрі могли стати злочинцями в майбутньому. Вважалося, що виховні заходи стосовно цієї категорії малолітніх можуть виявитися ефективними. Таким чином, на початку ХХ ст. у законодавстві США закріплюються окремі гарантії захисту прав малолітніх підсудних у кримінальному процесі.

Крім цього, завданням судів у справах малолітніх було визначення місця проживання та призначення „опікуна”, якщо дитина не мала батьків або інших осіб, що їх заміняли. Отже, у вказаний час продовжує розвиватися національний механізм захисту прав дитини у США.

«ПЕРШІ ЄВРОПЕЙСЬКІ КОНСТИТУЦІЇ (ПОЛЬЩІ І ФРАНЦІЇ – 1791 Р.), ЇХ ПОРІВНЯЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА (ДО 220-РІЧЧЯ ПРИЙНЯТТЯ)»

Тищик Б.

Львівський національний університет імені Івана Франка

XVII – XVIII ст. були у Європі епохою буржуазних революцій, ліквідації феодально-абсолютистських державно-політичних режимів, початком ери конституціоналізму. Зокрема, у Голландії на початку XVII ст. повалено чужоземне (іспанське) панування, проголошено республіку, прийнято ряд конституційних законів. У середині XVII ст. пройшла переможна буржуазна революція у Англії, повалено абсолютизм, теж прийнято ряд важливих конституційних законів, на деякий час була проголошена республіка, потім знову відновлено монархію , але вже конституційну, парламентську.

Бурхливі революційні події у XVIII ст. охопили й інші країни Європи, зокрема Польщу і Францію.

Польща переживала ще з доби пізнього Середньовіччя гострі потрясіння. У XVII ст. відбулися криваві польсько-українські , польсько-російські та польсько-шведські війни. Країну роздирали гострі соціальні протиріччя, політична боротьба магнатсько-шляхетських угруповань , у яку, як і загалом у внутрішню та зовнішню політику країни, все частіше втручалися могутні сусіди – Росія, Австрія та Пруссія. Передові державно-політичні діячі країни розуміли необхідність проведення демократичних реформ, обмеження економічної і політичної сваволі магнатів і шляхти. Зокрема, з програмою реформ у 60-ті роки XVIII ст. виступив А. Замойський (згодом – коронний канцлер). Сейм прийняв щодо їх реалізації у 1764 р. низку законів, які прийнято у польській правничій літературі вважати початком нового етапу у розвитку державності – конституційного.

Правда, політичні конфлікти ці реформи не згладили. Консервативні кола магнатерії і шляхти настійливо вимагали зберегти і гарантувати їхні численні привілеї, тому Сейм у 1768 р. на догоду їм прийняв т.зв. Кардинальні закони.

Скориставшись загостренням внутрішньополітичної ситуації у Польщі, у лютому 1772 р. Росія , Австрія і Пруссія захопили частину польських земель (близько 210 тис. км^2 території з населенням 4,5 млн. осіб). Відбувся т.зв. перший поділ Польщі.

Але ні територіальні втрати, ні нашестя чужоземців не отямили консервативні дворянські кола країни: у 1775 р. поновлено і розширено їхні «кардинальні права», зокрема, право відмовляти королеві у послуху, одноголосність при голосуванні у Сеймі, обмежено політичні і релігійні права т.зв. «дисидентів» (некатоликів).

Правда, у 80-х роках у Речі Посполитій намітився перелом у суспільно-політичних настроях. З'явилася група впливових осіб, яка рішуче виступала за проведення державно-політичних реформ (С. Сташіц, Г. Коллонтай і ін.).

У жовтні 1788 р. у Варшаві відкрився Сейм , котрому судилося відіграти особливу роль у становленні польського конституціалізму. Він отримав назву Чотирирічного (діяв з 1788 по 1792 рр.). Сейм прийняв ряд важливих законів. Найважливішим його актом було прийняття Основного закону країни – Конституції (Ustawa Rządowa) від 3 травня 1791 р. Це була перша діюча Конституція не тільки Польщі, а й Європи (друга у світі – після Конституції США 1787 р.). У 2011 р. виповнилося 220 років від часу прийняття.

Її основними авторами вважаються король Станіслав Август Понятовський, І. Потоцький – один з видатних політиків того часу, та ксьондз Г.Коллонтай. Конституцію прийнято у процесі гострих дебатів та політичних дискусій.

Конституція 1791 р. складалася зі вступу і 11 артикулів (розділів), деякі з яких дуже обширні. Перший з них стосувався віросповідних питань (закріплювалось домінуюче становище католицької релігії у країні); другий – правового становища шляхти; третій – міщан; четвертий – селян; п'ятий – встановлював засади державно-політичного устрою країни; шостий – законодавчої влади; сьомий – виконавчої; восьмий – судової; дев'ятий регулював правове стано-

© Тищик Б., 2012

вище сеймиків; десятий – засади регентства та забезпечення королівських дітей; одинадцятий – військові проблеми.

Конституція гарантувала дворянству усі попередні права та привілеї , головну роль у суспільно-політичному житті. Надано певні права міщанам (напр., особистої недоторканності, право набувати землю, займати нижчі адміністративні та судові посади). Селянство оголошувалось «найбільшою творчою силою» країни, проте залишалося закріпаченим. Правда, йому обіцяли «опіку права і властей». Конституція декларувала свободу віросповідання, але зазначала, що трон , міністерські та інші вищі державні посади могли обіймати тільки католики. Під поняттям «польський народ» розумілось вже не тільки дворянство, як до цього, а й міщани та селяни.

В основі побудови державного устрою покладено принцип розподілу властей – на законодавчу, виконавчу і судову. Записано, що вся влада виходить з волі народу і належить йому.

Законодавчий орган – двопалатний Сейм, проте , зберіг свій становий характер. У верхній палаті (Сенаті) засідали вищі урядовці, церковники, магнати. У нижчій (Польській ізбі) – дворянство та «уповноважені» від міст (з дорадчим голосом).

Давня вимога одноголосності була ліквідована: рішення приймались за більшістю голосів. Посли Сейму вважались представниками всього народу, а не регіону, де їх обрали, тому місницькі інтереси на загал відступили на задній план. Послів Посольської ізби обирали місцеві (повітові) сеймики на дворічний термін. Скликав сесії парламенту король або маршалок (голова) Сейму.

У порівнянні з державним устроєм ранньої Речі Посполитої внесено значні зміни у правове становище короля.

Отож, Польща і далі залишалася монархією , але , на відміну від попередніх століть, коли короля обирали на з'їздах дворянства чи сеймах, встановлено засаду спадковості трону. Після смерті чи зречення короля Сейм обирав його наступником старшого сина. При відсутності синів, отже, вигасненні династії, Сейм обирав нового короля, який започаткував нову правничу династію. Король вже не був третьою структурною частиною парламенту, а лише головою Сенату. Правда, він мав право законодавчої ініціативи.

З попередніх повноважень за королем збереглось право (і обов'язок) скликати Сейм, призначати вищих урядовців, представляти державу у зовнішніх зносинах, мав право помилування, від його імені видавались усі акти державних властей.

Конституція передбачала створення нового центрального виконавчого органу – уряду, під назвою Сторожа законів. Його головуючим був король. Встановлено засаду індивідуальної конституційної відповідальності (судової та політично-парламентарної) міністрів.

Травневу Конституцію можна на загал оцінити позитивно, хоч і мала вона компромісний характер. Вона стала важливим кроком на шляху демократичних реформ. Конституція проголосила конституційну монархію , але зберігала майже непорушними основні засади феодалізму, всевладдя дворянства, кріпосне право, численні повинності селян та ін.

Що стосується Франції тої ж таки другої половини XVIII ст., то тут події розвивалися значно радикальніше. Гострі соціальні протиріччя, які назрівали у країні з кінця XVII – у XVIII ст. між народними масами , з одного боку, та монархією, дворянством і духовенством, з другого, криза феодального способу виробництва , побудованого на особистій залежності селянства, численних повинностях селян і міщан перед абсолютною монархією та своїми сеньйорами призвели до вибуху у 1789 р. революції, яку враховуючи її послідовність, розмах та наслідки, в історії названо Великою.

Вже на першому етапі цієї революції повалено абсолютну монархію , відмінено різноманітні права і привілеї дворянства, розігнано королівську адміністрацію, прийнято історичної ваги документ – Декларацію прав людини і громадянина». На цьому ж етапі також прийнято першу Конституції Франції (другу європейську – після польської) – 3 вересня 1791 р.

Конституція складалася з короткого вступу, повного тексту Декларації прав людини і громадянина та 7 розділів (1-й – «Основні положення, забезпечені Конституцією»; 2-й – «Про поділ Королівства»; 3-й – «Про державну владу»; 4-й – «Про збройні сили держави»; 5-й – «Про державні податки»; 6-й – «Про становлення французької нації до інших націй»; 7-й – «Про перегляд конституційних постанов».

Як бачимо, структурно польська і французька Конституції значно відрізняються. Щодо основних засад і змісту, то французька Конституція значно радикальніша. Зокрема, у вступі зазначалося, що безповоротно відміняються «усі установи і явища , які спричинили шкоду свободі й рівноправності»; «немає більш ні дворянства, ні спадкових чи станових відмінностей, ні феодальних порядків, ні вотчинної юстиції, ні продажу, ні спадкування державних посад». Таких революційних перемін у польській Конституції не передбачалось: феодально-дворянські засади у Польщі залишалось непорушним.

У першому розділі французької Конституції йшлося про права і свободи громадян, зокрема про свободу , власність, безпеку і опір насильству; за всіма громадянами закріплено право на вільний доступ до будь-яких посад, свободу пересування і проживання, свободу висловлювання, віросповідання, друку, зборів , недоторканність приватної власності, виборність служителів культу і ін. Нічого подібного у польській Конституції не було. Права і привілеї були у ній закріплені тільки за дворянством і духовенством, і лише деякі , незначні, за міщанами.

Що було подібне в обох Конституціях, так це монархічна форма правління та унітарна форма державного устрою. В обох йшлося про «народний суверенітет», «верховенство народу» (але у французькій мався на увазі справді увесь народ, а у польській – привілейовані стани і аж ніяк не особисто залежні від дворянства і духовенства селяни, які мали виконувати усі попередні повинності, платити податки і побори).

В основу побудови державного апарату покладено засаду розподілу властей Ш. Монтеск'є. У французькій Конституції зазначалось, що ніякий орган, жодна особа не можуть присвоїти собі виключного права представляти суверенітету народу, узурпувати владу. Монарх у Франції втратив суверенне , домінуюче становище в країні, дотеперішню концепцію теократичного (божественного) походження королівської влади відкинено: король з цього часу був лише найвищим урядовцем держави, який до того ж, присягав на вірність Конституції. Ці положення були для тогочасної Європи насправді дуже революційними, нетиповими. Навіть у польській Конституції писалось (арт. VII): «Особа короля є свята і безпечна від усього», він ні за що не ніс відповідальності , за його дії і рішення відповідали міністри.

Законодавча влада згідно з обома Конституціями , належала виборним колегіальним органам – парламентам. У Польщі , як ми зазначали, становому двопалатному Сеймові, а у Франції – однопалатним Національним зборам, які обиралися громадянами країни що два роки. Але не усіма , а т.зв. «активними» , до яких належали чоловіки, які мали французьке громадянство, їм виповнилося 25 років, не менше року проживали у даній місцевості платили визначений податок та були членами Національної гвардії. Вибори , до того ж, були двоступеневі «Активних» громадян у Франції тоді налічувалося біля 4,3 млн. осіб (з 26 млн. населення). Це було немало – голосувала третина дорослого населення країни.

У Польщі ситуація була гіршою – у верхній палаті (Сенаті) засідали дворяни (вищими урядовцями теж переважно були дворяни), а у нижчу палату – Посольську ізбу послів теж обирали місцеві дворянські сеймики. Кілька «уповноважених» від міст мали лише дорадчий голос.

У Польщі , крім того, діяли і відігравали помітну роль місцеві (воєводські і повітові) дворянські сеймики. У Франції їх не було.

Зате у Франції значимішою була особа короля, більшими – його повноваження. Король й далі був особою недоторканною, але у деяких випадках його можна було позбавити трону. Він був главою держави і виконавчої влади , верховним головнокомандуючим, призначав на вищі військові , дипломатичні і адміністративні посади, йому доручено «охорону прав і володінь» та безпеки королівства, мав право відкладного вето на закони (польський король такого права не мав).

Отже, загалом обидві Конституції 1791 р. – французька і польська – були прогресивними історичними документами у ряді аспектів подібними між собою, обидві зберегли існуючі у своїх країнах монархії , але перетворили їх у конституційні , закріпили ряд нових демократичних положень, зокрема стосовно прав і свобод громадян.

ОСОБЛИВОСТІ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВОВИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ ПРИВАТНОГО ПРАВА В ЄВРОПІ (XIX-XXСТ.)

Федущак–Паславська Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Визначення тенденцій та перспектив розвитку права є важливим завданням правової науки. На підставі аналізу джерел приватного права, обставин за яких вони створювалися та як впливали на формування законодавства країн західної правової традиції, можна визначити основні ознаки приватного права XIX - XX ст., а відтак виявити особливості регулювання відносин у сфері приватного права.

Основою кодифікацій початку XIX ст.. були раціоналізм, природна справедливість як складові нового юридичного типу праворозуміння, що спочатку виражався у ідеях представників природничо-правової школи права.

Природничо-правові засади кодифікаційних робіт у Австрії, Франції виражалися гаслом: «свобода, власність, договори». І якщо у сфері права особи та сімейного права, які формально базувалися на засадах рівності і загальності, зберігалися сильні патріархальні акценти, а також егалітаризм, викликані пережитками попередніх епох, то речове право повністю базувалося на засадах індивідуалізму та лібералізму. У сфері речового права вирішальними були дві фундаментальні засади, що конкретизували вищу ідею автономії волі особи у приватноправовій сфері: 1) засада вільної, необмеженої приватної власності і 2) свобода договору.

Аналіз норм Цивільного кодексу Франції (1804 р.) дає змогу підкреслити його індивідуалізм, світський характер, раціоналістичні засади. Як і класичне римське право, яке є рецептоване у ньому, Кодекс Наполеона своїми джерелами має не релігійні традиції і звичаї, а раціоналістичний світогляд.

Принцип абсолютного права приватної власності виражений такими словами: «власність є правом користуватися і розпоряджатися речами найбільш абсолютним способом». Як і в римському праві, на відміну від грецького, власність на землю включає в себе власність на те, що є над і під землею.

У Кодексі також закріплено принцип формально рівної правоздатності громадян та принцип непорушності умов договору: угоди, законно укладені, займають місце закону для тих, хто їх уклав.

Як зазначалося вище, Австрійський цивільний кодекс (1811 р.) також був складений на основі природничо-правової концепції, доповненої досягненнями римського права. Історія його створення є досить тривалою, оскільки від часу сформування у 1753 р. імператрицею Марію-Терезою комісії і до моменту подання остаточного варіанту проекту Цивільного кодексу імператору Францу I у 1808 р. пройшло більше, ніж півстоліття.

Закріпивши принципи рівності, звільнення особи від опіки держави, економічної свободи, надавши суддям право за певних умов заповнювати прогалини у законі, спираючись на природниче право і т.д., тобто будучи за змістом прогресивним законодавчим актом, Австрійський цивільний кодекс не відповідав загальному рівню розвитку культури і суспільним обставинам у країні.

Відтак, багато положень кодексу були піддані критиці. Зокрема, професор Віденського університету Джозеф Унгер критикував його за норми, відповідно до яких суддя, при тлумаченні має спиратися на природничо-правові принципи та за визнання людини носієм вроджених природничих прав.

Така критика спричинила до створення у 1904 р. за пропозицією Дж. Унгера комісії з перегляду Австрійського цивільного кодексу, робота якої завершилася 1914-16 рр. виданням доповнення до Кодексу. На зроблених змінах відчутний вплив німецької юриспруденції та Німецького цивільного уложення. У результаті, Кодекс зазнав скорочень ціною багатьох прогалин. І це поклало тягар відповідальності при вирішенні казуїстичних питань на судову практику та одночасно дало змогу й викликало потребу проявляти гнучкість при тлумаченні норм Кодексу.

© Федущак–Паславська Г., 2012

Суспільні конфлікти, які привели до перегляду ліберальних цінностей звичайно вплинули і на норми Австрійського Цивільного кодексу. Виникають програми реформ, сформульовані у суспільному дусі під гаслами суспільного солідаризму та забезпечення незахищених слабких осіб перед егоїзмом економічно сильніших індивідів. Антиіндивідуалістичні та антиліберальні тенденції торкнулися основних засад майнового права: свободи власності та свободи договору, які починають обмежуватись і в законодавстві, і при здійсненні судочинства. Ця ж соціальна течія зруйнувала традиційні межі системи приватного права. З одного боку з'явилися до того невідомі інститути, що привело до виділення нових галузей, таких як аграрне право, трудове право, господарське право. Зокрема, Італійський цивільний кодекс (1865 р.) вводить положення про працю, що є на той час новелою. З другого боку, в середину системи приватного права, разом із інтеграцією держави у сферу приватноправових відносин, проникають публічно-правові методи їх регулювання, тобто відбувається публіцизація приватного права, що викликає помітні зміни у системі права.

На час розробки Німецького цивільного уложення (1900р.), тобто, станом на кінець XIX ст. настали зміни в цивільному праві: свобода договору підлягає обмеженням під гаслом захисту економічно слабших (а ще у 50-х рр. – найважливішою була свобода договору); до кола учасників обороту включаються щоразу нові суб'єкти: жінка (яка починає заробляти), робітничі трести і синдикати (раніше не відомі системі цивільного права). Відповідно, змінам підлягає сфера, пов'язана зі становищем жінки – сімейне право. Якщо раніше йшлося про права власника, то тепер щораз частіше – про його обов'язки тощо. Більших чи менших змін зазнали всі інститути цивільного права, що так чи інакше повинно було відобразити у своїх нормах Німецьке цивільне уложення.

Зокрема, норми Уложення відступають від необмеженого права приватної власності, від найбільш повної сили договору.

У Німецькому цивільному уложенні є норми абстрактного характеру, , однак, порівняно з Швейцарським цивільним кодексом (1907 р.) їх зовсім мало. Швейцарський кодекс містить механізм правового регулювання рамкового характеру, що передбачає обов'язок судді заповнювати прогалини у правовому регулюванні, спираючись на критерії врахування конкретних обставин, здорового глузду і справедливості.

Часто цитований артикул 1 Швейцарського цивільного кодексу визнає наявність прогалин і доручає їх подолання суддям, вказуючи при цьому критерії, на підставі яких вони мають діяти: "У випадку відсутності відповідних норм у законі суддя зобов'язаний приймати рішення відповідно до звичаєвого права. Якщо й у ньому відповідна норма відсутня, то суддя має діяти так, якби він був законодавцем, слідуючи при цьому добрій науковій теорії і практиці". Тобто суддя заповнює прогалини виходячи не із своїх суб'єктивних уявлень, а як законодавець, спираючись на пануючу доктрину і традицію.

Т.ч., Швейцарський цивільний кодекс є тією моделлю, що відкриває широкий простір для подолання і навіть заповнення суддями прогалин у законі, дає можливість поступового розвитку ними норм закону, сформульованих у загальному вигляді. Тобто, тут є вдале поєднання загальних принципів та конкретних норм з активною правотворчістю практики, яка дає змогу відгукуватися на потреби сьогодення, базуючись на досягненнях науки та не відходячи від фундаментальних традицій, врешті реалізовуючи основне питання правового регулювання – вирішення конкретних життєвих проблем, розв'язання існуючих спорів, при цьому не вносячи змін у законодавство.

ЗАХИСТ ПРАВ СЕЛЯН У СУДАХ ВОЛОСЬКОГО ПРАВА ГАЛИЧИНИ (XIV-XVIII СТ.)

Шандра Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Протягом кількох століть (приблизно з XIV по XVIII ст.) на території Галичини поширювалось та застосовувалось волоське звичаєве право. Воно регламентувало відносини сільського населення в галузі місцевого самоврядування, судочинства, оподаткування тощо.

Сільська громада волоського права могла реалізувати свої права у сфері судочинства за допомогою сільських судів. Найбільш активну участь громада брала у діяльності сільського суду (одноосібного суду кнеза, суду кнеза та присяжних, кнеза та громади) та зборових (окружних) судів.

В документальних джерелах зафіксовано небагато відомостей відносно суддівських повноважень голови сільської громади волоського права. Кнези реалізовували свої повноваження у відповідності до звичаєвого права, окремі норми якого, особливо коли це стосується території Галичини, почали закріплюватись в офіційних документах лише у XV ст. В основному це були привілеї, якими дозволялось заснувати село волоського права або перевести його на зазначене право. Однак, навіть у цих документах відомості щодо суддівських повноважень кнеза надзвичайно незначні.

Дослідивши окремі привілеї, польський науковець А. Стадницький вважав, що до компетенції голови сільської громади належала виключна судова влада над усіма мешканцями відповідного села. Ця влада, на думку науковця, була настільки велика, що жоден із селян не міг бути засуджений чи покараний ніким іншим, окрім свого кнеза. Таку свою позицію вчений мотивував тим, що мешканці сіл волоського права в усіх справах належали до юрисдикції судів волоського права і жодним іншим місцевим судам та владам не підкорялися. Відповідно, судити їх могли лише особи обізнані з цим правом. Оскільки єдиними правовими нормами відомими загальним судам були норми державного права, то здійснення судочинства за волоським правом повинно було покладатися саме на кнеза.

На думку Ю. Гошко, характерною рисою грамот про надання права на заснування сіл волоського права є відсутність у них згадок про наділення кнезів суддівськими повноваженнями. І справді, у багатьох привілеях про такі повноваження взагалі не згадується і тому визначити їхній обсяг досить складно. Однак, це стосується далеко не усіх грамот на заснування кнезатів. Так, у привілеї від 26 квітня 1513 р. про заснування села волоського права Ропенка у Сяноцькому старостві кнезу надається право: «в усіх справах, як кримінальних, так і смертельних, судити, розглядати та засуджувати - як ухвалює та вимагає право волоське» *(«in omnibus causis tam criminalibus quam capitalibus iuaicanaum, sententiandum et condemnandum secundum quod ius walachicum exigit et postulat, eandem facultatem concedimus et admittimus»).* У локаційному привілеї короля Сигізмунда від 1532 р. на с. Нанова згадується, що мешканців цього села буде судити лише кнез або перемишльський староста чи його заступники.

Голова сільської громади здійснював судочинство, як правило, за участю обраних на певний період присяжних. Кількість присяжних у складі сільського суду не перевищувала семи осіб. Кнез міг здійснювати одноосібне судочинство здійснювати лише у малих справах та в присутності людей з громади. Одноособовий розгляд кримінальних справ, за винятком тих випадків, коли таке право прямо виписувалось у привілеї, до його компетенції не входив.

Однак, кнеза та присяжних не можна визначати як повний склад сільського суду, а лише як його складову частину. Аналізуючи матеріали податкових ревізій сіл волоського права, І. Линниченко звертає увагу на те, що їхні громади самостійно слідкували за порядком, а судочинство здійснювалось усією громадою села. Отже, у склад сільського суду входили усі повноправні члени сільської громади і тому, навіть за наявності привілею, кнез був зобов'язаний враховувати їхню думку при винесенні рішення по справі.

Сільські суди волоського права мають багато спільного із громадськими судами, що проводилися слов'янами задовго до утворення першої української держави - Київської Русі.

© Шандра Р., 2012

Безпосередніми суддями у слов'янських громадських судах були старійшини (подібно як кнези та присяжні у селах волоського права). Проте суд завжди відбувався у присутності усієї громади, яка брала активну участь у розгляді та вирішенні справи. Спільне рішення усіх членів громади, безперечно, мало вирішальне значення для вирішення справи.

Громади сіл волоського права мали виключне право приймати рішення про винуватість або невинуватість особи у кримінальних справах. Таке рішення мало силу незаперечного доказу та вважалось дійсним, якщо виражало одностайну думку усієї громади. У разі відсутності одностайності, підозрюваного віддавали у замкову в'язницю для подальшого розслідування. Якщо беззаперечних доказів винності особи не було знайдено, судді кримінального суду знов звертались до громади, для винесення рішення про його винність (konwinkacya) або ж про звільнення із в'язниці. При цьому, громадою бралась до уваги попередня поведінка такої особи. Якщо в минулому вона не вчиняла ніяких проступків і не було доказів вчинення нею злочину, членами громади надавалась присяга і особу звільняли.

Громади сіл волоського права, що входили до складу одного сільського округу, збиралися разом на окружні суди, так звані «збори», один або два рази на рік. Склад зборового суду кожного з судових округів міг мати певні відмінності. Судді обиралися перед початком судового засідання. До складу суду могли входити крайник, кнези та інші повноважні особи.

На окружних судах розглядали та вирішували судові справи, що стосувалися населення відповідного округу. Ю. Гошко вважав, що до компетенції зборових судів відносились усі без винятку справи, які виникали в межах країни. У невичерпному переліку він вказує справи про чаклунство, зловживання службовими особами сільських урядів своїми повноваженнями, сімейні справи, справи про крадіжки та знищення майна, умисні та необережні вбивства. При цьому слід зауважити, що суди волоського права були позбавлені права призначати смертну кару; тому, кримінальні справи залагоджувались громадою за допомогою мирової угоди. У разі відмови родини померлого від примирення справа передавалась у державний суд, який розглядав її, виносив вирок та призначав покарання.

До компетенції зборових судів входили також різноманітні цивільні справи, значну частину яких становили справи про посвідчення цивільно-правових договорів, заповітів, факту проведення розрахунків між сторонами договору тощо. Такі правочини становлять більшу частину усіх актів, що вносилися у актові книги зборових та сільських судів. Подібно як і копні, зборові суди розглядали різноманітні земельні спори, що виникали між селянами. Спільною рисою зборових і копних судів також був їхній примирний характер, адже основним завданням такого суду було примирити сторони та забезпечити правопорядок у межах сільського округу.

Оскільки кожен повноправний член громади повинен був брати участь у засіданні зборового суду і міг впливати на здійснення ним судочинства, то жоден з них не наважувався ставити під сумнів обов'язковість виконання судового рішення. Авторитет суду був настільки великим, що засуджений до покарання у вигляді арешту у сільській в'язниці зобов'язаний був виконувати судове рішення і перебувати у місці позбавлення волі незалежно від того чи знаходився він під вартою чи ні. У такій в'язниці могло не бути замків та вартових.

Значення громади сіл волоського права у здійсненні судочинства було великим. Вона виступала у кримінальному процесі як слідчий, судовий і виконавчий орган. Громада виділяла присяжних для визначення «композиції» (винагороди потерпілому) та для примирення сторін на підставі звичаю. Попередній розгляд справи і визначення винуватця було обов'язком громади та її органів. Усі процесуальні дії відбувалися на місці вчинення злочину. Громада розслідувала злочини вчинені у межах її території, переслідувала злочинців, засуджувала їх. Слідчі функції громади випливали з факту її колективної відповідальності за нерозкриті злочини. Якщо злочинець не був викритий або якщо громада його відпустила чи відмовилась видавати, вся відповідальність покладалась на неї.

У разі помилкового звинувачення особи, громада могла брати таку особу на поруки, при цьому поручителі брали на себе обов'язок доставити звинуваченого на суд і відповідати, щоб він не втік. Взяти особу на поруки могла як громада, так і окремі її члени.

Безперечним позитивом функціонування таких сільських судів була певна незалежність мешканців сіл волоського права від феодалів та держави у сфері судочинства, можливість без-

посередньої участі у захисті їхніх прав та інтересів, а також збереження звичаєвих правових норм, в основі яких було покладено принцип справедливості (на відміну від державного права, яке, перш за все, забезпечувало економічні інтереси феодалів). Однак, вже в XVI ст. відбулося інтенсивне закріпачення селян, внаслідок якого значення та вплив сільських судів значно зменшилися.

КРИМІНАЛЬНИЙ КОДЕКС 1786 Р. - ПЕРШИЙ КОДИФІКОВАНИЙ АКТ У ГАЛУЗІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА АВСТРІЇ

Шуп'яна М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У сучасних умовах відбувається активний процес удосконалення чинного законодавства України , для ефективності якого значний інтерес має врахування як міжнародного , так і національного правового досвіду . Певне зацікавлення викликає огляд кодифікаційних процесів у галузі кримінального права в Австрійській монархії , в складі якої з 1772 р. перебувала Галичина , а з 1774 р. – Буковина .

Робота над кодифікацією кримінального права розпочалася в другій половині XVIII ст. Результатом діяльності кодифікаційної комісії був затверджений у грудні 1786 р. імператрицею Марією Терезією Кримінальний кодекс.

Даний кодекс містив норми матеріального і процесуального права. Ним декларувалися засади австрійської політики освіченого абсолютизму, які насправді переплітaлися із залишками середньовічного інквізиційного права.

Австрійський Кримінальний кодекс 1786 р. складався з двох частин: про кримінальне судочинство і про злочини, що підлягають кримінальному розгляду, та їх покарання.

У поняття і кваліфікацію кожного складу злочину кримінальний кодекс 1786 р. вводив точну вимогу конкретного злочину. Складом злочину вважалося те, що заборонялося конкретними законами саме в цій сфері.

Крім загальних правопорушень, що вміщувались в першій частині кожна стаття другої частини описувала за якими доказами можна порушувати справу, а за якими необхідно вести допит з використанням тортур; пом'якшуючі та обтяжуючі обставини співвідносилися з кожним окремим складом злочину і не мали універсального значення: те, шо пом'якшувало або обтяжувало вину за одним складом, не мало значення для іншого. .

Кримінальний кодекс 1786 р. передбачав дуже широке коло допустимих обставин пом’якшення чи обтяження відповідальності. Це було, мабуть , найважливішим нововведенням у австрійському кримінальному праві. Так, до обов’язкового збільшення покарання вело неодноразове вчинення злочину , групою осіб . До пом’якшення відповідальності - досконале в юному віці, не у свідомості того, що відбувається і т. п. Досить докладно регламентувалося звільнення від відповідальності за злочини, вчинені в порядку необхідності. У разі вбивств розрізнялися покарання за навмисні і ненавмисні вбивства, за вчинені випадково; звільняло від відповідальності вчинення вбивства за потребою або в силу припису права.

Кодекс звужував діапазон кримінальних репресії. Багато дрібних злочинів було віднесено до компетенції поліцейської юстиції.

Вводилося точне визначення поняття злочину та їх класифікація . Всі злочини кодекс поділяв на: публічні та приватні.

До перших належали злочини проти релігії, корони і держави, а також посадові злочини ; до других – вбивство , крадіжка, злочини на сексуальному грунті, злочини проти моралі та сімейного укладу тощо. Обмежуючи церковну юрисдикцію , кримінальний кодекс 1786 р. несподівано велике місце приділив сексуальним злочинам і злочинам проти моралі та сімейних устоїв. Чи не вперше в кримінальному законі тут були зафіксовані злочини, вчинені шляхом друку (пасквілі, карикатури і т. п.).

Хоч кримінальний кодекс 1786 р. і обмежував тортури (точно вказувалися види дозволених тортур і підстави для їх застосування), однак у цій частині кодекс усе ще мав інквізиційний характер: передбачалися лещата для рук і ніг, «іспанські чоботи», припалювання свічками, розтягування на драбині (1776 тортури було скасовано) . Кодекс виключив найжорстокіші види покарань (утоплення, розірвання кіньми, поховання живим) , проте зберіг такі покарання як спалення, четвертування, колесування, повішення, відрубування голови. Поряд зі смертною карою застосовувалися обтяжуючі покарання — проганяння крізь стрій,

© Шуп'яна М., 2012

тюремне ув'язнення, заслання , громадські роботи . Ще одним видом покарань були штрафи. Кодекс передбачав також покарання, що накладалися на розсуд судді: усунення з посади, позбавлення деяких прав тощо; додатковою мірою покарання була конфіскація майна - повністю або частково.

У додатку до кодексу було дано кілька десятків офіційних ілюстрацій-гравюр, на яких детально зображує допустимі прийоми і знаряддя тортур (в основному, лещата для рук і ніг, "іспанські чоботи», підвішування і розтягування на особливій сходах; допускалося також припікання боків підслідного особливими пачками свічок; інші довільні методи виключалися).

Однак цей кодекс не діяв у Галичині в частині матеріально-кримінального права, але був запроваджений у 1774 р. в частині процесуального права, яке було дещо змінено на протязі найближчих років.

Загалом кримінальний кодекс 1786 р. залишався кодексом Середньовіччя. Реформа судочинства у дусі Просвітництва була проведена сином Марії Терезії — імператором Йосифом II, під час правління якого було прийнято в 1787 Кримінальне уложення Иосифа II (Constitutio criminalis Josephi-niana).

У даному кодексі : скасовувалися судово-слідчі тортури , гарантувалося надання деяких прав обвинуваченому на захист , повністю скасовувалися можливості призначення не визначених у законі покарань.

Радикально була змінена система покарань. Спеціально було обумовлено, що «смертна кара не може бути дозволена, інакше , як у випадку, якщо вчинив замах суб'єкт , який підлягає військовому закону» . Єдиним видом смертної кари в разі таких військових злочинів визначалося повішення.

Іншими видами покарань встановлювалися: вміст у кайданах, ув'язнення з каторгою, просте тюремне ув'язнення, биття батогом або палицями, виставлення біля ганебного стовпа . Найбільш деталізованим з покарань було тюремне ув'язнення. Строки його могли бути значними: від 30 до 100 років .

Вперше законом передбачалися і різні режими відбування покарань. Режим тюремного ув'язнення виражався в різних ступенях примусових робіт, заковування в більш важкі або легкі кайдани , обмеженні їди.

У відношенні тілесних покарань також встановлювалося обмеження: не більше ста ударів за раз.

Одним з найбільш важливих нововведень «Йозефіни» було обмеження покарання навіть за найтяжчі злочини тільки особистістю злочинця; позбавлення дворянства стосувалося тільки самого злочинця. Однак у випадку державної зради передбачалася, разом з тюремним ув'язненням і загальна конфіскація майна, що об'єктивно не могло не ставитися до сім'ї.

Таким чином , австрійський кримінальний кодекс 1786 р. , незважаючи на збереження в ньому інквізиційності процесу та жорстокості покарань , був значним досягненням тогочасної австрійської правотворчості , оскільки започаткував кодифікацію кримінального права , яка і дала поштовх до подальших робіт у галузі кодифікації кримінально – правових норм в Австрійській імперії , які поширювали свою чинність , зокрема і на Галичину і Буковину.

АДМІНІСТРАТИВНО-СУДОВИЙ КОНТРОЛЬ У НІМЕЧЧИНІ

Якимець О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Адміністративно-судовий контроль в Німеччині в основному орієнтований на систему індивідуального правового захисту. Тому чим більше значення цього поза сумнівом важливого елементу правового захисту, тим ширшими є повноваження адміністративних судів в питаннях змістовного контролю над адміністративними рішеннями, тобто рішеннями у сфері невизначених правових питань та розсуду самого органу державного управління.

Федеральний адміністративний суд і Федеральний конституційний суд Німеччини у своїй практиці наголошують на визначальному аспекті надання адміністративним судам необмеженої можливості повторної перевірки щодо використання розсуду органів публічної адміністрації при ухваленні рішень. При цьому насамперед Федеральний конституційний суд Німеччини посилається на основні права потерпілого громадянина, які обумовлюють необхідність повноцінної перевірки адміністративних рішень у фактичному і правовому сенсі, що має на увазі також і перегляд рішень, що базуються на невизначених правових умовах, що допускають спроможність використання внутрішнього розсуду державних органів. В якості ще одного аргументу наводиться абз. 4 ст. 19 Основного Закону (Конституції ФРН), згідно з яким будь-який акт державної влади підлягає повному судовому контролю.

Згідно з практикою вищевказаних судових органів Німеччини лише в окремих виняткових випадках предметом розгляду стає свобода вибору адміністративними органами своїх оцінок, який звільняє такі від судового контролю. Мова йде про п’ять груп таких випадків:

1. Рішення екзаменаційного характеру (випускні іспити в школі, державні іспити і т.д.) і близькі до них рішення (наприклад, в сфері шкільної освіти);

2. Характеристика державних службовців з точки зору прав держслужбовця (наприклад, службова характеристика держслужбовця його начальником);

3. Рішення оцінного характеру з боку органів, до складу яких входять абсолютно особливі експерти або які складаються з осіб, що представляють інтереси різних суспільних груп (наприклад, оцінка друкованих видань, що містять загрозу інтересам молоді – спеціально створеним Федеральним відомством Німеччини з перевірки друкованих видань, що містять загрозу інтересам молоді);

4. Рішення-прогнози та оцінка ризиків, насамперед у галузі екологічного та економічного права;

5. Рішення адміністративно-політичного характеру.

Спільним для усіх цих випадків є те, що перевірка рішення з боку адміністративного суду в силу різних причин або утруднена, або взагалі неможлива.

Однак слід звернути увагу, що створення певних спеціальних органів може призвести до применшення гарантії широкого правового захисту, тим більше, що рішення таких органів не піддаються іншому контролю, наприклад, внутрішньому адміністративному або парламентському контролю.

Адміністративно-судовий контроль, на відміну від внутрішнього адміністративного контролю, є контролем правомірності, а не контролем доцільності. Тому за адміністративними судами повинен закріплюватися певний основний мінімум контрольних повноважень, таких як: розслідування обставин справи, контроль за дотриманням з боку адміністративного органу меж його компетенції, а також процедурних норм та приписів про дотримання певної форми.

Однак адміністративний орган в певних випадках, що пов’язані з належним здійсненням ним своїх повноважень, повинен отримувати свободу щодо вироблення власної оцінки, в рамках якої він має право незалежно від вказівок зверху приймати автономні рішення. Адміністративні суди повинні погоджуватися з цими рішеннями. Вони володіють правом лише перевіряти, витримуючи межі цієї свободи з боку адміністративних органів.

Тобто, якщо законодавець свідомо використовує невизначені правові умови при формулюванні текстів закону, він саме таким чином надає органу управління право приймати самос-

© Якимець О., 2012

тійні адміністративні рішення, які можуть бути піддані лише обмеженій судовій перевірці. В більшості питань управління органи публічної адміністрації наділені більшою компетентністю та досвідом, аніж адміністративні суди. Крім того, за адміністрацією в цілому, що є втіленням самостійної державної функції, повинна також визнаватися самостійна сфера відповідальності, що є відмінною від компетенції судів.

Останнім часом критиці піддається також вчення про свободу вибору оцінок, перш за все з точки зору концепції широких гарантій правового захисту (абз.4 ст. 19 Конституції Німеччини). Але, як і раніше, можна стверджувати, що позиція судової практики і позиція правової науки являють собою дві протилежні точки зору. Навіть коли спірні питання, які вирішуються в адміністративних судах відповідно до директив Федерального конституційного суду і Федерального адміністративного суду Німеччини, вважаються дозволеними, в Німеччині не затихає дискусія до вказаної вище проблематики, так як остаточне та у всіх сенсах задовільне рішення виявляється все-таки не знайденим.

Зобов'язання адміністративного органу щодо застосування внутрішнього розсуду випливають з §40 Закону про адміністративне судочинство. Якщо адміністративний орган уповноважений діяти на власний розсуд, то це право він зобов'язаний здійснювати відповідно до мети наданих йому повноважень та дотримуватися встановлених законом меж дій вільного розсуду.

Частина 1 §114 Кодексу адміністративного судочинства Німеччини містить опис меж повноважень адміністративних судів при здійсненні судової перевірки рішень, прийнятих на розсуд адміністративного органу: якщо адміністративний орган уповноважений здійснювати свою діяльність на власний розсуд, то суд також перевіряє, чи є адміністративний акт або відмова від його видання або бездіяльність протиправними по тій причині, що були перевищені встановлені законом межі розсуду або право на вільний розсуд було здійснено у формі, яка не відповідає меті наданих повноважень.

Інших приписів (не кажучи про спеціальні приписи, які в змістовному плані в цілому відповідають §40 Закону про адміністративне судочинство), що регулюють застосування розсуду, в німецькому праві не існує, що є предметом широкої критики.

Довгий час спірним був, насамперед, питання про обсяг контролю над прийнятими на розсуд адміністративних судів рішеннями, оскільки § 114 Кодексу адміністративного судочинства передбачає лише дуже розпливчасті рамки контролю. Принаймні, зазначені вище положення чітко показують, що не існує вільного розсуду, а існує розсуд, який обмежується правом. Адміністративні органи, зокрема, дотримуються законодавчих рамок та цілей прийняття рішення на розсуд. Якщо дані параметри не витримуються, то дії адміністративного органу виявляються протизаконними. Дотримання цих параметрів може бути піддано перевірці адміністративними судами. Однак слід звернути увагу на те, що тут мова йде виключно про перевірку правомірності, а не про встановлення більшої доцільності іншого можливого рішення адміністративного органу (тобто не про перевірку на доцільність).

«Набагато більше значення має те, – писав чотири десятиліття тому німецький науковець Вернер Вебер, – що в судовому контролю разом із наслідками дисциплінування використання влади виявляється не лише дійсний устрій основоположних сил держави, але й їхній підйом до відповідальної публічної адміністрації».

Тому встановлюючи принцип судового контролю за носіями влади, такий повинен чітко бути спрямований на те, щоби державні рішення ухвалювалися якомога вірніше, тобто органами, які завдяки своїй організації, складу, функції та способу діяльності мають для цього найкращі передумови; окрім того цей принципи повинен діяти задля стримування свавілля органів державної влади.

СЕКЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НАУК

ОСНОВНІ РИСИ І ОСОБЛИВОСТІ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

Бориславський Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Юридична відповідальність – важливий інститут будь-якої правової системи, одна із суттєвих ознак права, необхідний елемент механізму його дії. Вона один із основних засобів організації належного виконання правових норм і приписів, попередження і припинення небажаної поведінки з точко зору суб'єктів конституційно-правових відносин. Властивий всім галузям права, включаючи і конституційне.

В даний час в Україні відбувається становлення інституту конституційно-правової відповідальності як міри державного примушення. Це особливий вид юридичної відповідальності, зміст і особливості якої зумовлені місцем і значенням конституційного права в системі національного права України. Будучи одним із видів юридичної відповідальності конституційно-правова відповідальність володіє всіма загальними ознаками, які властиві правовим явищам такі, як влада, держава, народовладдя, політика і т.п. Вона, як і будь-яка інша юридична відповідальність, є мірою державного примушення, підставою осудження і настання негативних наслідків для правопорушника. Разом з тим конституційно-правова відповідальність – це не тільки кара за порушення конституційно-правових норм. Тут на перший план виступає правовідновлювальна функція.

Зауважимо, що певний період інститут конституційно-правової відповідальності розвивався як політико-правовий інститут. Побутувала думка, що реалізація норм конституційного (державного) права здійснюється організаційними засобами. Але в самій цій галузі права не має санкцій: невиконання її приписів забезпечується, у випадку потреби, санкціями інших галузей права – адміністративного, кримінального, частково цивільного. Сьогодні можна сказати, що такий підхід був необґрунтованим навіть тоді, коли взагалі було мало норм конституційного (державного) права, які би містили міри відповідальності, хоча і в той час вони існували, наприклад, позбавлення громадянства СРСР, відкликання депутата, скасування рішень та актів тощо.

Висновок про те, що дія норм конституційного (державного) права забезпечується санкціями інших галузей права, не враховував того, що останні застосовуються не за конституційно-правові делікти (правопорушення). Фактично були наявні два види порушень – за перше наступала конституційно-правова відповідальність. За друге – галузева. Наприклад, повноваження члена ДВК припиняються достроково виборчою комісією, яка її утворила. У зв'язку із повторним або одноразово грубим порушенням законодавства України про вибори, встановленим рішенням суду або рішенням виборчої комісії вищого рівня. А для винуватого в пошкодженні (незаконному знищенні) виборчої документації кримінальна відповідальність. Ще одна причина, по якій не визнавалось конституційно-правової відповідальності і санкцій (мір) – це досить обмежений розвиток конституційно (державно) – правових відносин.

Поряд із загальними ознаками, властиві всім видам відповідальності, конституційно-правова відповідальність має особливості не властиві ні одному іншому виду юридичної відповідальності.

Конституційно-правовій відповідальності властива якість, яка надає їй специфічного виду. Такою якістю є політичний характер конституційно-правової відповідальності. І це цілком закономірно, бо вона має особливу вагу відповідальності, в якій реалізуються інтереси суб'єктів конституційно-правовій відповідальності. Ось чому відповідальність органів державної влади, їх посадових осіб чи депутатів якісно відрізняється від «звичайної» юридичної відповідальності. Специфічні ознаки конституційно-правової відповідальності, які випливають із характеру конституційно-правових відносин і специфіки санкцій, що забезпечують додержання конституційно-правових норм можуть бути виділені:

© Бориславський Л., 2012

По-перше, конституційно-правова відповідальність може мати позитивний аспект на відміну, наприклад, адміністративної чи кримінальної відповідальності. Це обумовлено тим, що конституційно-правова відповідальність поширюються на суб'єктів, які здійснюють публічно-правові, владно-політичні функції, приймають загальнообов'язкові рішення. І відповідальність, яку несуть ці суб'єкти за порушення конституційно-правових норм, тісно переплітається із їх обов'язком нести позитивну конституційно-правову відповідальність за проведення в життя певного політичного курсу чи соціально-економічної програми. Оцінка поведінки суб'єкта конституційно-правових відносин зв'язана не тільки з його протиправною діяльністю, чи поведінкою, але й з його діяльністю як суб'єкта політико-правової, організаційної діяльності.

По-друге, конституційно-правова відповідальність характеризується особливим суб'єктним складом. Іншими словами, суб'єктами відповідальності і інстанція застосування мір конституційно-правової відповідальності в більшості випадків виступають органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи, політичні партії і громадські організації, депутати, тобто носії публічних, політико-владних повноважень. В ряді випадків громадяни, які володіють особливим конституційно-правовим статусом.

По-третє, міри конституційно-правової відповідальності передбачені Конституцією та законами України, які регулюють основи правового регулювання суспільних відносин. Вони встановлюють відповідальність за делікти, які зазіхають на найбільш значимі сторони здійснення державної влади та місцевого самоврядування, діяльність політичних партій і громадських організацій, дії інститутів безпосередньої демократії, дотримання конституційних права і свобод громадян.

По-четверте, мірі конституційно-правової відповідальності не мають матеріального змісту. В основному вони спрямовані на усунення неправомірної діяльності чи поведінки суб'єктів конституційно-правових відносин.

По-п'яте, конституційно-правовій відповідальності притаманне поєднання спеціальної судової процедури застосування санкцій з не судовими формами.

Специфічною рисою конституційно-правової відповідальності є те, що вона застосовується не тільки тоді, коли наявні чітко виражені критерії для оцінки поведінки суб'єктів конституційно-правових відносин як порушеного закону, але і в тих випадках, коли формально такі критерії відсутні, однак тим не менше поведінка суб'єктів конституційно-правових відносин дає підставу говорити про те, що вона протирічить цілям і принципам діючого законодавства (духу Конституції). При цьому в якості підстав відповідальності можуть розглядатись недосягнення необхідного результату, недоцільність дій, не бажана поведінка суб'єктів і т. п.

Своєрідність конституційно-правових відносин з приводу конституційно-правової відповідальності дозволяє зробити висновок про відносну самостійність конституційно-правової відповідальності як важливого інституту конституційного права України. Тому поняття «конституційно-правової відповідальності» необхідно закріпити в конституційному законодавстві, надавши йому чіткий понятійний зміст і визначивши роль в конституційно-правовому регулюванні. Як було показано, конституційне право України характеризується наявністю власного потенціалу забезпечення дієвості своїх норм, тобто є власний інститут юридичної відповідальності. Більше того, тільки при наявності самостійної відповідальності – як вирішальною умовою і важливою підставою самостійності галузі – конституційне право України свідчить про свою власну повноту і внутрішню завершеність.

ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО І ПРАВОВА ДЕРЖАВА: ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ.

Гураль П.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Ідея громадянського суспільства є досить поширеною у сучасному світі. Для багатьох цивілізованих країн вона – невід'ємна складова офіційних доктрин і законодавства. Україна поступово наближаючись до світових загальнолюдських цінностей, також проголосила створення сучасної демократичної правової держави, стрижнем якої є громадянське суспільство.

Протягом останніх двох століть провадиться активна розробка концепції громадянського суспільства вченими різних країн світу. Не відстають від них і українські дослідники громадянського суспільства, зокрема, такі як В. Бабкін, В. Барков, А. Карась, А. Колодій, І. Кресіна, В. Крисаченко, М. Михальченко, В. Селіванов, Ю. Шемчушенко та ін..

Необхідно зазначити, що спектр проблем, які об'єднують нині концепцію громадянського суспільства є дуже широка. Ще дотепер працівники суспільних наук продовжують давати різні відповіді на питання про те, що таке громадянське суспільство. Про те, все ж таки можна відзначити значні здобутки сучасної науки у переосмисленні концепції громадянського суспільства протягом останнього тридцятиріччя. Зросли її евристичні можливості, а саме категорія, на думку американського дослідника професора Дж. Александера, прийшла тепер у суспільну науку надовго. Сталося це передусім тому, що з крахом комунізму і кризою соціалістичних ідеологій центр уваги у дослідженні соціальних проблем було перенесено на демократію.

Складність концепції громадянського суспільства, її розбіжність і поліфонічність, що сформулювались протягом віків, відобразилась на її визначені й понятті. Так, Дж. Александр дає найкоротше і найпоширеніше за значенням визначення цього поняття: «громадянське суспільство – це сфера людської солідарності». Подібним є погляд іншого американця – Майкла Уольцера, який визначає громадянське суспільство як «простір не примусової людської асоціації», а також німецького філософа Юргена Габормаса, який розглядає громадянське суспільство як «публічну сферу суспільної взаємодії та, як життєвий світ людини».

Український дослідник Ф. Рудич відзначає, що «громадянське суспільство є основою держави…. його становлення відбувається у тісному взаємозв'язку із становленням правової соціальної демократичної держави».

В юридичній науці поширеним є визначення громадянського суспільства Ю. Шемчушенка, як суспільства з розвиненими економічними, політичними, духовними та іншими відносинами і зв'язками, але взаємодіє з державою та функціонує на засадах демократії і права. Побудова громадянського суспільства є метою суспільного розвитку, засобом всебічного забезпечення інтересів, прав та свобод людини і громадянина».

У методологічному контексті найбільш продуктивним є такий підхід. Громадянське суспільство є основою держави, його становлення відбувається у тісному зв'язку із становленням правової, соціальної, демократичної держави. Громадянське суспільство – суспільство зрілих громадян із високим рівнем економічної, соціальної, духовної, політичної культури, яке спільно з державою утворює розвинені правові відносини. Це суспільство вільних громадян, яке вільне від держави, але взаємодіє з нею заради спільного блага. Сутність громадянського суспільства полягає у забезпеченні законних прав людини. Особа в такому суспільстві має гарантоване право вільного вибору тих чи інших форм економічного і політичного буття, ідеології, світогляду, а також можливість вільно висловлювати свої думки, обмінюватися поглядами.

Науковці виділяють такі основні параметри, які розкривають сутність громадянського суспільства. В політичному плані формою існування громадянського суспільства є демократія: діють механізми загальних і вільних виборів, розподілу функцій влади, примат права. В економічному плані громадянське суспільство є системою ринкового типу, в основі якої – приватна власність. З точки зору соціальної структури для громадянського суспільства харак-

© Гураль П., 2012

терна багатоманітність соціальних груп і прошарків. Однак соціальною базою громадянського суспільства є середній клас.

У духовному аспекті громадянське суспільство характеризується плюралізмом ідей і думок, толерантністю, критичним ставленням до дійсності, раціоналізмом і гуманізмом.

Цінність і значущість громадянського суспільства визначаються його функціями. Це – функція інтегративна (створення необхідних економічних, політичних, духовно-культурних умов для саморозвитку різноманітних і різнорівневих суб'єктів); функція ціледосягнення (досягнення консенсусу в суспільстві); функція відновлення структури і зняття соціальної напруги.

Громадянське суспільство тісно пов'язане з державою. Громадянське суспільство і держава перебувають у складних взаємовідносинах і взаємно доповнюють одне одного. У реальній дійсності спостерігаємо три діалектично суперечливі варіанти взаємовідносин громадянського суспільства і держави.

1. Громадянське суспільство придумується державою, як наслідок виникає тоталітарний режим. Тобто такий державно-політичний устрій суспільства, основою якого є сильна харизматична особистість (особиста диктатура), повний (тотальний) контроль партії над політичною, економічною, соціальною і духовною сферами життя суспільства. Тоталітаризм є найбільш витонченою формою авторитаризму.

2. Існує чітка рівновага між громадянським суспільством і державою, і тоді виникають авторитарні режими різного ступеня жорстокості. Авторитарний режим: (авторитаризм) – державно-політичний устрій суспільства, при якому носієм влади є одна людина або група людей; режим спирається на силу; монополізує владу і політику; опозиція існує умовно; авторитаризм обмежно втручається в економіку; кадри призначаються згори, при цьому переважають особисті симпатії і вірність вождю. Авторитаризм є перехідним етапом від тоталітаризму до демократії і за відповідних умов може вивести суспільство з економічної кризи, сприяти розвитку демократії, формулюванню правової держави і громадянського суспільства.

3. Держава виконує волю громадянського суспільства, діє в рамках права як правова держава. Тоді виникає і діє демократичний режим. Тобто такий державно-політичний устрій, за якого в суспільстві управлінські функції виходять з основного принципу: народ є джерелом влади. В державі чітко визначені функції законодавчої, виконавчої, судової влади. Функціонує багатопартійна система, а також офіційна опозиція, яка конкурує зі своїми політичними суперниками, що сприяє розв'язанню соціально-економічних проблем.

Підсумовуючи можна виділити суттєві ознаки розвинутого громадянського суспільства, які підкреслюються багатьма дослідниками.

1. Суспільство стає громадянським тільки тоді, коли набір, розвиток і конфігурація недержавних об'єднань спроможні приборкати державу, змусити її стати активним захисником інтересів громадян, спонукати стати правовою державою. Тим суспільства, в якому панує закон, називають «громадянське суспільство».

2. Громадянське суспільство досягає такої оптимальної ситуації, коли економіка підконтрольна державі, але не залежить від неї.

3. Ця суттєва ознака полягає в тому, що зовсім не свавілля, а свобода є основою буття особистості у такому суспільстві. Чим більше розвинуте громадянське суспільство, тим більше підстав для демократичних режимів; чим менше розвинутих суспільство, тим більша ймовірність існування авторитарних і тоталітарних режимів.

ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТЕРИТОРІАЛЬНОГО РОЗВИТКУ АДМІНІСТРАТИВНО-ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ОДИНИЦЬ

Заяць І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Досвід держав світу підтверджує той факт, що проблема оптимальної організації території та влади має перманентний характер і тому є однією з найбільш складних та ресурсноємною. Потреба вдосконалювати територіальну організацію держави виникла практично одночасно з появою самої держави. Та, будучи нерозривно пов'язаною з рівнем політико-правової культури, вона характеризується швидкою видозмінністю, що обумовлює пошук все нових і нових шляхів розв'язання.

З бігом часу, територіальна організація української держави ще не один десяток раз змінювалась. І, як правило, каталізатором цих змін була трансформація елементів форми держави (форма правління, форма державного устрою, політичний режим). Не останню роль тут слід віднести міжнародному фактору, а іноді ще й особистості конкретного глави держави та його оточенню.

Сьогодні адміністративно-територіальний поділ «село, селище, місто, район, область» є запозиченням з радянської системи. Проте, це не означає, що відбулося калькування існуючої колись радянської моделі територіальної організації публічної влади. З проголошенням незалежності України відбулася трансформація політико-правової природи засад територіального устрою. Запозичена система адміністративно-територіального устрою України являла собою складну неупорядковану чотириступеневу ієрархічну структуру. Новим ідеологічним та політико-правовим змістом наповнено юридичне забезпечення засад територіального устрою.

Слід розрізняти державно-правові засади, які застосовувались на час утворення конкретних адміністративно-територіальних одиниць в УРСР, та нові засади, які викладено у статті 132 Конституції України. У положеннях Конституції України 1996 р. не вказано про потребу чи можливість формування нової системи адміністративно-територіального поділу в Україні.

У цій системі є чимало неточностей і суперечностей. Так, одні й ті ж адміністративно-територіальні одиниці: міста районного значення, селищні та сільські ради можуть належати як до третього, так і до четвертого рівня ієрархії. Відсутність в адміністративно-територіальному устрої України найнижчого базового рівня та різноманіття адміністративно-територіальних одиниць третього та четвертого рівнів: міста районного значення, селищні, сільські ради, ускладнюють адміністративно-територіальну схему по горизонталі. Особливої актуальності ця проблема набуває для специфічних міських адміністративно-територіальних утворень, на території яких діють кілька інших адміністративно-територіальних одиниць, але які не складають єдиної територіальної громади. Це передусім, стосується 64 міст обласного значення, на території яких знаходиться ще понад 200 інших адміністративно-територіальних одиниць, де діють органи місцевого самоврядування.

Нічого не згадує про можливість утворення нових областей, їхньої ліквідацію чи зміну меж. Лише у п.13 ст. 92 у дуже загальній формі йдеться про те, що територіальний устрій України визначається виключно законами, і рішення з його реорганізації має право приймати виключно парламент.

У Конституції розмежовано зміст понять «засади територіального устрою», «географічні і демографічні особливості територіального устрою», «етнічні та культурні традиції територіалдьного устрою». Тут чітко акцентується на можливості перманентного вдосконалення цієї системи шляхом уточнення меж, ліквідації чи розширення окремих районів. Звичайно, такий підхід потребує взяття до уваги «**особливостей**» *(історичних, економічних, екологічних, географічних і демографічних)* та «**традицій**» *(етнічних і культурних)*.

Поєднавши нові засади територіального устрою зі «старою» системою адміністративно-територіального поділу, законодавець прагнув досягти «зміни суті при збереженні форми». Реалізація нових засад відбуватиметься через нові підходи в організації влади в межах старих територій. Це ще раз підтверджує той факт, що адміністративно-територіальне утворення є не

© Заяць І., 2012

лише просторово визначена територіальна одиниця, але й автономна модель організації публічної влади в межах певної території.

Передбачені засади територіального устрою визначають загальний порядок взаємовідносин усіх без винятку територіальних одиниць в державі і за своєю природою є універсальними. На сьогодні їх визнають і в інших політико-правових системах. Проте, така універсальність не дає підстав говорити про тотожність конституційно-правового статусу адміністративно-територіальних одиниць. Конституційно-правовий статус адміністративно-територіальних одиниць обумовлюється їх функціональним призначенням та особливостями конституційно-правового регулювання.

Окремими нормативно-правовими актами законодавець не лише змінив правовий статус органів публічної влади, територіальна юрисдикція яких обумовлена адміністративними межами території, але й сформулював функціонально нові завдання для відповідних адміністративно-територіальних одиниць. Такий підхід проглядається при аналізу Законів України: «Про спеціальний режим інвестиційної діяльності на територіях пріоритетного розвитку та спеціальну економічну зону «Порт Крим» в Автономній Республіці Крим»; «Про спеціальну економічну зону «Закарпаття»; «Про статус гірських населених пунктів в Україні», «Про затвердження Загальнодержавної програми розвитку малих міст», «Про транскордонне співробітництво», Закон «Про столицю України – місто-герой Київ» або Постанови КМУ «Про затвердження Списку історичних населених місць України» та інших чинних нормативно- правових актів.

ПОВНОВАЖЕННЯ ТА ДІЯЛЬНІСТЬ ПРЕМ'ЄР-МІНІСТРА УКРАЇНИ В СФЕРІ ВНУТРІШНЬОЇ ПОЛІТИКИ ДЕРЖАВИ

Кобрин В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Як і будь-який орган державної влади Прем'єр-міністр України як голова українського уряду має свій специфічний, притаманний лише йому правовий статус. Можна сперечатися про те, що в себе цей статус буде включати, які складові елементи його будуть наповнювати, як він буде співвідноситися із статусом Кабінету Міністрів України та інших його членів, але заперечити що він існує не можливо.

Безспірним є той факт, що одним із ключових елементів в системі правового статусу Прем'єр-міністра України є його повноваження (компетенція).

Повноваження (компетенція) Прем'єр-міністра України регулюються Конституцією України, Законом України «Про Кабінет Міністрів України» та Регламентом Кабінету Міністрів України.

Проаналізувавши ці нормативні документи можна визначити, що повноваження Прем'єр-міністра України можна розподілити за різними критеріями. Одним із таких критеріїв є напрям (сфера) діяльності. Згідно даного критерію повноваження Прем'єр-міністра України серед іншого можна поділити на: повноваження у внутрішній та повноваження у зовнішній політиці держави. Спробуємо провести дослідження перших.

Внутрішня політика держави згідно словника з політології – це діяльність державних органів, установ, правлячих партій, спрямована на узгодження інтересів окремих верств населення країни, на певне їхнє підпорядкування та можливе за конкретних умов задоволення, на збереження існуючого стану в суспільстві або на цілеспрямоване його перетворення, на забезпечення цілісності, взаємозв'язку і взаємодії окремих сфер суспільства.

Якщо ж говорити про повноваження Прем'єр-міністра України у сфері внутрішньої політики держави, то можна визначити, що це діяльність власне Прем'єр-міністра України, спрямована на забезпечення ефективної роботи Кабінету Міністрів України з метою якнайповнішого задоволення потреб та інтересів суспільства та держави.

Якщо ж робити аналіз зазначених вище актів, то повноваження Прем'єр-міністра України описує ст. 42 Закону України «Про Кабінет Міністрів України», а також велика кількість норм, які ідуть в розвиток положень закону передбачає Регламент Кабінету Міністрів України.

Так в п. 1 ст. 42 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» вказується, що Прем'єр-міністр України серед іншого спрямовує діяльність Кабінету Міністрів України на забезпечення здійснення внутрішньої політики держави. Власне ось ця спрямовуюча дія глави українського Уряду і відображається частиною його повноважень у сфері внутрішньої політики держави.

Наступні пункти Закону України «Про Кабінет Міністрів України» чітко розподіляють повноваження за вищевказаним критерієм на: повноваження у внутрішній (п. п. 2, 4 – 7 ст. 42) та зовнішній (п. п. 8 – 10 ст. 42) політиці держави.

Так Прем'єр-міністр України вносить на розгляд Президента України: подання про призначення членів Кабінету Міністрів України, керівників центральних органів виконавчої влади та їх заступників; подання про утворення, реорганізацію та ліквідацію міністерств, інших центральних органів виконавчої влади в межах коштів, передбачених Державним бюджетом України на утримання цих органів;подання про призначення на посаду голів місцевих державних адміністрацій. Крім того Прем'єр-міністр України формує проект порядку денного та скликає засідання Кабінету Міністрів України, головуючи на них та за їх результатами підписуючи напрацьовані Урядом акти. Також глава українського Уряду скріплює підписом (контрасигнує) акти Президента України у випадках, передбачених Конституцією України.

Інший набір повноважень Прем'єр-міністра України передбачає Регламент Кабінету Міністрів України. Так наприклад без згоди Прем'єр-міністра України члени Кабінету Міністрів

© Кобрин В., 2012

України не можуть оприлюднювати будь-яку інформацію про перебіг засідання Уряду та позицію на цьому засіданні його членів.

В сфері трудових відносин всередині Кабінету Міністрів України відпустки членам Кабінету Міністрів України затверджуються за графіком, затвердженим Прем'єр-міністром України. Також з Прем'єр-міністром України погоджуються усі відрядження членів Кабінет у Міністрів.

В сфері організаційній Прем'єр-міністр України скликає засідання Кабінету Міністрів України, а також може прийняти рішення про скликання позачергового або про проведення закритого засідання Уряду. Більше того за рішенням Прем'єр-міністра України у разі необхідності та для запобігання виникненню надзвичайних ситуацій глава українського Уряду може прийняти рішення про проведення засідання Кабінету Міністрів України у визначеному Регламентом складі, тобто без наявності кворуму та всіх міністрів Кабінету Міністрів України.

Крім зазначених вище повноважень Прем'єр-міністр України схвалює проект засідання Кабінету Міністрів України, а також одноособово вирішує питання про присутність на засіданні Уряду представників ЗМІ та проведення кіно-, відео- та фотозйомки. Член Кабінету Міністрів України, який не може бути присутній на засіданні свою неучасть погоджує особисто з Прем'єр-міністром України.

На самому засіданні Уряду як вже зазначалося Прем'єр-міністр України здійснює головування, а також наперед з ним узгоджуються питання, які будуть предметом обговорення. Надважливим повноваженням наділяється Прем'єр-міністр України в частині прийняття рішень Кабінету Міністрів України. Так всі рішення Кабінету Міністрів України приймаються шляхом голосування більшістю голосів. У випадку рівного розподілу таких голосів вирішальним є голос Прем'єр-міністра України.

Стосовно правотворчої сфери Прем'єр-міністр України стосовно схваленого Кабінетом Міністрів України проекту Закону України або акту Президента України повинен завізувати таке подання. Крім того у пакеті документів, які передаються до Верховної Ради України та до Адміністрації Президента України обов'язково повинен бути супровідний лист за підписом Прем'єр-міністра України. Більше того, у випадку з поданням проекту закону до Верховної Ради України у супровідному листі, який підписує Прем'єр-міністр України визначається доповідач, який представлятиме проект у Верховній Раді України.

Поряд з тим Кабінет Міністрів України скасовує акти центральних органів виконавчої влади повністю чи в окремій частині у разі їх невідповідності Конституції і законам України, актам Президента України та актам Кабінету Міністрів шляхом прийняття відповідних розпоряджень. Проект такого розпорядження готує Мін'юст за дорученням Прем'єр-міністра України.

Також Прем'єр-міністр України, керуючи роботою Кабінету Міністрів, дає доручення, які є обов'язковими для виконання, членам Кабінету Міністрів, керівникам інших центральних органів виконавчої влади, крім тих, діяльність яких спрямовується і координується Кабінетом Міністрів через відповідних міністрів, Голові Ради міністрів Автономної Республіки Крим та головам місцевих держадміністрацій. Доручення Прем'єр-міністра оформляється як офіційний документ організаційно-розпорядчого характеру на спеціальному бланку.

Прем'єр-міністр України, здійснюючи надані законом повноваження, проводить наради, робочі зустрічі та консультації з керівниками центральних органів виконавчої влади, Головою Ради міністрів Автономної Республіки Крим та головами місцевих держадміністрацій, заслуховує інформацію керівників зазначених органів з окремих питань їх діяльності, надсилає їм офіційні листи.

Як бачимо повноважень у Прем'єр-міністра України у сфері внутрішньої політики держави є достатньо багато, а їх вміле використання разом із злагодженою роботою дадуть можливість провадити ефективну діяльність вищого органу в системі органів виконавчої влади – Кабінету Міністрів України.

ПОНЯТТЯ ПУБЛІЧНОЇ ІНФОРМАЦІЇ

Пілат Є.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Говорити про те, що нормотворча діяльність нашої Держави не зачіпала проблеми правового забезпечення права на доступ до інформації не відповідає дійсності, оскільки певні кроки в цьому напрямі все ж таки робилися. Знаковим кроком у створенні механізмів забезпечення права на доступ до інформації стало визначення «Плану заходів з виконання обов'язків та зобов'язань України, що випливають з її членства в Раді Європи», затвердженим Указом Президента України від 20.01.2006 р. № 39, затвердження «Концепції подолання корупції в Україні «На шляху до доброчесності», яка затверджена Указом Президента України від 11.09.2006 р. № 742, що прямо випливало із суті вимог Резолюції Парламентської Асамблеї Ради Європи від 05.10.2005 р. № 1466 «Про виконання обов'язків та зобов'язань Україною».

Разом з тим чітко простежувалася одна з найбільших проблем законодавства про доступ до інформації - це відсутність належних та системних правових механізмів, які б могли працювати достатньо злагоджено та містили б мінімальну кількість законодавчих прогалин та колізій. До недавнього часу основною проблемою у цій сфері була проблема розмежування публічної та приватної інформації, яку так і не вдалося вирішити внесенням численних змін до Закону України «Про інформацію». До порушень, які найбільш часто виникали на практиці можна віднести наступні:

- незаконне віднесення інформації до відповідної категорії, яка перебуває під спеціальним режимом правової охорони, що тягло за собою відмову у задоволенні інформаційного запиту;
- неправомірне застосування грифів «опублікуванню не підлягає», «не для друку», «для службового користування»;
- ігнорування інформаційних запитів;
- перешкоди в отриманні громадянами локальних нормативно-правових актів місцевих органів влади, не говорячи вже про проекти таких актів;
- неналежне виконання органами влади вимоги оприлюднювати інформацію про свою діяльність (в тому числі через мережу Інтернет) тощо.

Усе вищевказане свідчило на користь необхідного прийняття Закону України «Про доступ до публічної інформації», який максимально чітко дозволив би розмежувати власне публічну інформацію від інших видів інформації, встановив би чіткі правила гри у цій сфері.

Законодавче визначення публічної інформації як «відображеної та задокументованої будь-якими засобами та на будь-яких носіях інформації, що була отримана або створена в процесі виконання суб'єктами владних повноважень своїх обов'язків, передбачених чинним законодавством, або яка знаходиться у володінні суб'єктів владних повноважень, інших розпорядників публічної інформації, визначених цим Законом» дає можливість зняти проблеми у питаннях віднесення інформації до відповідного виду та суттєво звужує можливості для зловживань розпорядників інформації при роботі з інформаційними запитами.

Україна далеко не перша держава, яка спрямувала вектор законотворення у напрямку забезпечення права особи на доступ до публічної інформації. Дослідження чинного законодавства дала можливість виявити найбільшу подібність норм вітчизняного законодавства із Законом Естонії «Про публічну інформацію», який прийнятий ще у 2000 році. Він містить таке визначення публічної інформації: ***публічна інформація*** (далі - інформація) - це відображена та задокументована будь-яким способом і на будь-якому носії інформація, отримана або створена в процесі виконання публічних обов'язків, встановлених законами або виданими на їх підставі правовими актами.

Тобто загалом вітчизняне визначення у принципових моментах відповідає дефініції, яка міститься у Законі Естонії з того ж питання; проте, це лише на перший погляд. Що передусім привертає увагу, так це те, що український варіант визначення відрізняється наступним:

© Пілат Є., 2012

по-перше, у естонському законі міститься вказівка на спосіб документування, тоді як в українському йде мова про засіб;

по-друге, в ньому міститься адміністративно-правова категорія - «суб'єкт владних повноважень» та вказується на існування поряд з ним й інших розпорядників публічної інформації (а вони вже деталізуються в подальших нормах цього ж таки Закону);

по-третє, слід зауважити, що поряд з інформацією, яка «отримана чи створена» чітко вказується на інформацію, «яка знаходиться у володінні» відповідного суб'єкта (розпорядника інформації). І якраз з неоднозначністю цього положення можуть виникнути певні труднощі для праворозуміння, а відтак, і для правозастосування.

Спробуємо розібратися детальніше - з однієї сторони видається однозначним те, що інформація у суб'єкта владних повноважень може з'явитися лише в «процесі виконання … своїх обов'язків, передбачених чинним законодавством», оскільки ***по-перше***, згідно ч.2 ст.6 Конституції України «органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України», ***а по-друге***, (що найважливіше) відповідно до ч.2 ст.19 Конституції України «органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України». Відтак, будь-який результат діяльності органів публічної влади завжди є наслідком процесу виконання ним своїх обов'язків.

Способів же за якими відповідний суб'єкт владних повноважень отримує інформацію є два: а) отримує від інших суб'єктів; б) створює в процесі своєї діяльності. Відповідно із самого визначення не до кінця зрозуміло навіщо законодавець акцентує увагу на різницю між отриманою в процесі діяльності інформацією та інформацією, «яка знаходиться у володінні суб'єктів владних повноважень», оскільки неминучим наслідком отримання у будь-який спосіб інформації є те, що вона після цього починає знаходитись у володінні розпорядника інформації.

Інший підхід дозволяє зробити додаткові висновки. Галузева наука цивільного права оперує поняттями пов'язаними із правом власності, яке включає в себе право володіння, користування та розпорядження. Якщо спробувати накласти цю концепцію на термінологію аналізованого закону (зразу слід зробити застереження про те, що використовуємо лише логіку цієї концепції, а не її термінопонятійну структуру), то отримаємо наступне:

1. Суб'єкт, у нашому випадку розпорядник інформації у окремих випадках володіє певною інформацією.

2. Якщо суб'єкт не володіє інформацією то він (виходячи з логіки визначення) все ще є розпорядником інформації.

Виникає резонне питання - як він може бути розпорядником інформації якою не володіє? Тобто такий логічний підхід дав нам змогу знову підтвердити попередню гіпотезу про те, що: а) розмежовувати інформацію на таку якою володіє розпорядник інформації та якусь іншу (оскільки говорити про таку, якою розпорядник не володіє помилково, бо законодавча вказівка щодо цього відсутня) не можна; б) інформацію, яка наявна у розпорядника слід позначати оминаючи поняття «володіння», оскільки він не має однозначного тлумачення та призводить до термінологічної плутанини.

ДОСВІД ПОЛЬСЬКОЇ РЕСПУБЛІКИ В СФЕРІ ОРГАНІЗАЦІЇ ПРЕДСТАВНИЦЬКИХ ОРГАНІВ НА РАЙОННОМУ РІВНІ

Прус В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

При здійсненні реформування вторинної, або проміжної ланки в системі місцевого самоврядування України необхідно враховувати досвід держав, які в своїй історії становлення та розвитку вже мають схожі напрацювання. Потрібно брати до уваги той фактор, що всі країни мають свої історичні, географічні, економічні, національні особливості, та відповідно до них провадять свою територіальну організацію, згідно з якою втілюється в життя право жителів територіальних одиниць на самоорганізацію. Яскравим прикладом вдалої адміністративно-територіальної реформи є Польська Республіка. Ця держава схожа до України за своїми розмірами, кількістю населення та історичним минулим. Стан сучасного розвитку цієї держави, її вдалі інтеграційні процеси свідчать про те, що ті реформи, які були проведені польським суспільством є успішними і їх дослідження є актуальним для України.

Відповідно до Розділу І статті 16 Конституції Республіки Польщі від 2 квітня 1997 року: «Всі жителі одиниць основного територіального поділу складають у силу закону самоврядну спільноту. Територіальне самоврядування бере участь у здійсненні публічної влади. Належну йому в межах законів більшу частину публічних завдань самоврядування виконує від свого імені, та несе за це особисту відповідальність.» Розділ VII Конституції присвячений територіальній самоорганізації визначає, що первинною одиницею територіальної самоорганізації є гміна, не вказуючи при цьому наступні два рівні місцевого самоврядування в Польщі: повіт та воєводство. В даному розділі лише вказується, що інші одиниці регіонального або локального територіального самоврядування встановлюються законом. На нашу думку такий порядок закріплення системи місцевого самоврядування в Польщі зумовлено тим, що по-перше на час прийняття Конституції Республіки Польща ще однозначно не було вирішено які елементи місцевого самоврядування будуть існувати після проведення адміністративної реформи, і по-друге такий відсильний характер даної норми можна пояснити бажанням підвищити стабільність Конституції Республіки Польщі, якщо виникне потреба в подальшому реформуванні місцевого самоврядування.

Статус представницьких органів місцевого самоврядування на вторинному рівні територіальної організації у Польщі було визначено Законом від 5 червня 1998 року «Про самоврядування повіту». Насамперед, хотілось зазначити, що закріплення статусу тої чи іншої територіальної одиниці, системи її представницьких органів в окремому нормативно-правовому акті є позитивним досвідом. Такий формат регулювання суспільних відносин сприяє ефективному розумінню системи діяльності повіту, процесу організації представницьких органів та здійснення ним своєї компетенції. Адже для реальної реалізації громадянами свого природного права на місцеве самоврядування потрібно досягти належного рівня правової культури населення. Розділ третій Закону «Про самоврядування повіту» присвячений владі повіту. В статті 8.1 зазначено, що жителі повіту приймають рішення за допомогою загального голосування – через вибори і повітовий референдум, чи за представництвом органів повіту. До органів повіту належать рада повіту, та управління повіту – виконавчий орган повіту, або як його ще називають «староство», який очолюється старостою повіту. Таким чином на районному рівні в Польщі до представницьких органів місцевого самоврядування включено як раду повіту, так і її виконавчий комітет, чого на даний момент не передбачено в українському законодавстві. Діяльність органів повіту є відкритою, обмеження відкритості можуть виходити лише із закону. Відкритість діяльності органів повіту в Польщі включає в себе право жителів повіту на доступ до інформації, виступів на сесії ради, перебування при роботі комісій ради, а також доступу до документів які стосуються реалізації публічних завдань, в тому числі протоколів засідань виконавчих органів повіту, а також повітових комісій. Таким чином ще у 1998 році Польською Республікою було відповідно до європейських принципів організації місцевого самоврядування забезпечено відкритість реалізації публічної влади та доступу до публічної

© Прус В., 2012

інформації. Умови доступу до документів які стосуються реалізації публічних завдань визначаються статутом повіту. Існування такого установчого акту як статут повіту на районному рівні в державі є надзвичайно позитивним явищем. Таким нормативно-правовим актом можна по-перше встановлювати певні загальні процедури організації управління повіту, процедури реалізації жителями своїх прав. І по-друге у зв'язку з існуванням економічних, географічних, екологічних особливостей район має необхідність регулювати ті чи інші суспільні відносини, які виникають з таких особливостей. Наявність можливості урегульовувати такі проблеми власним установчим нормативно-правовим актом лише б сприяло реалізації жителями своїх прав на самоврядування. Цікавою для українських реалій є й норма стосовно визначення кількісного склади повітової ради. Пунктом четвертим статті 9.1 Закону Республіки Польща «Про самоврядування повіту» зазначено, що до складу повітової ради входять радні в кількості п'ятнадцятьох осіб в повітах з кількістю населення до сорока тисяч жителів та додатково по троє осіб на кожні початі двадцять тисяч населення, але в сумарній кількості не більше тридцяти дев'яти осіб. Таким чином кількість представників у повітовій раді прямо залежить від кількості населення в конкретному повіті. І таке законодавче положення, на нашу думку, є логічно виправданим виходячи з представницького характеру такого органу місцевого самоврядування. У цьому контексті слід звернути увагу на регулювання даного питання у вітчизняному законодавстві. Певні сумніви викликає положення стосовно визначення загально складу (кількості депутатів) районної ради. Якщо в старій редакції Закону України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» від 6 квітня 2004 року рішення про загальний склад (кількість депутатів) районної ради приймається відповідною радою поточного скликання, то у новій редакції цього нормативно-правового акту такі повноваження передалися відповідним обласним радам. Запровадженням такого положення певним чином встановлюється прихована ієрархічність системи органів місцевого самоврядування. Цікавим є правовий статус головуючого повітової ради та його заступників, який кардинально відрізняється від статусу голови районної ради в Україні. Відповідно до статті 14.1 повітова рада абсолютною більшістю шляхом таємного голосуванням обирає зі свого складу головуючого і одного або двох віцеголовуючих. Завданням головуючого повітової ради є виключно організація роботи ради та проведення засідань ради. У випадку відсутності головуючого на засіданні його функції виконує віцеголовуючий, у випадку якщо їх є двоє то той віцеголовуючий, який найстарший за віком. В свою чергу виконавчим органом повіту в Польській Республіці є управління повіту. До складу управління повіту входять староста, як його очільник, його заступник та інші члени управління. Роботу в управлінні повіту не можна суміщати з членством в іншому органі місцевого самоврядування чи працею в урядовій адміністрації, а також з мандатом посла і сенатора. Рада повіту обирає управління повіту в кількості від трьох до п'яти осіб включно з старостою та його заступником протягом трьох місяців з моменту оголошення результатів виборів до повітової ради. Виходячи з цього закону можна зробити висновок, що обрання старости, його заступника та членів управління повіту є одним із основних завдань повітової ради як установчого та легітимізуючого органу. Відповідно до статті 29.1 вказаного закону, якщо рада протягом трьох місяців не обере управління повіту вона підлягає розпуску, та призначаються позачергові вибори. У випадку, якщо позачергово обрана повітова рада також не зможе обрати протягом визначеного строку управління повіту на чолі зі старостою вона також розпускається, але позачергові вибори не призначаються. До наступних чергових виборів до повітової ради завдання та компетенцію ради та її управління буде виконувати урядовий комісар, який призначатиметься Головою Ради міністрів за поданням відповідного міністра у справах публічної адміністрації. Таким чином основний акцент в організації роботи управління повіту ставиться на залучення до роботи та реалізації публічних завдань компетентних людей, професіоналів у своїй справі, а не на одного з членів ради, серед складу якої може і не виявитися людини спроможної правильно і ефективно здійснювати виконавчу діяльність.

Таким чином, досвід Польської Республіки в сфері організації місцевого самоврядування на вторинному територіальному рівні згідно з принципами децентралізації та деконцентрації влади, субсидіарності надзвичайно корисний та актуальний для України. Розроблена і реалізована з врахуванням європейського досвіду організація публічної влади у Польщі сприяла ста-

новленню цієї держави як правової, демократичної, забезпечила належний економічний розвиток та в кінцевому результаті зробила можливим інтеграцію Польської Республіки в Європейське товариство та набуття повноцінного членства в ньому.

ГРОМАДЯНСТВО ЯК ОСНОВНИЙ КРИТЕРІЙ САМОІДЕНТИФІКАЦІЇ ОСОБИ

Софінська І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У запропонованому виступі йдеться про громадянство, яке, зазвичай, поєднує у собі такі елементи самоідентифікації особи, як ім'я, національність, етнічність, місце народження (місце проживання, якщо вони не співпадають) тощо. Часом до перелічених вище чинників самоідентифікації особи ще додають віросповідання та рідну мову (мову спілкування, якщо вони не співпадають), які, загалом, теж фігурують у загальній концепції громадянства в розрізі правової антропології. Зокрема такі тенденції можна простежити у ст. 2 ч. 1 Конституції США від 1787 р., де йдеться про особу, яка може бути обраною Президентом США, чи у ст. 2 Акту про престолоспадкування в Об'єднаному Королівстві від 1701 р., коли йдеться про ймовірного спадкоємця престолу. Переконані, що на даний час в Україні питання громадянства є важливим чинником як для самоідентифікації особи, так і для ефективного розвитку взаємовідносин у своєрідному розрізі тріади співіснування: особа – суспільство – держава.

Мета звернення до актуальної на даний час питання громадянства полягає, насамперед, у наголошенні на важливості дослідження цього питання, оскільки, визначення громадянства, як основного критерію самоідентифікації особи залежить від рівня правового, геополітичного, соціально-економічного та демографічного розвитку суспільства і держави та її місця на міжнародній арені Європи та світу.

Питання громадянство з давніх-давен викликало багато плідних дискусій в Україні, ставало предметом численних обговорень у Європі та загалом у світі. З метою законодавчого регулювання питання громадянства було прийнято декілька важливих міжнародних нормативно-правових документів на рівні ООН та Ради Європи, які є ратифіковані Україною. Серед них найосновнішим документом, без сумніву, є Європейська конвенція про громадянство від 6 листопада 1997 р., яка (на переконання багатьох європейських вчених) вважається своєрідною кодифікацією міжнародного звичаєвого права щодо громадянства.

Основною підставою громадянства вважався «реальний та ефективний зв'язок» між державою та громадянином, концепція якого була започаткована (на переконання багатьох європейських вчених) у рішенні Міжнародного суду ООН по справі *Nottebohm* (Ліхтенштейн проти Ґватемали) від 1955 р. і отримала своє подальше застосування у Європейському Союзі. Отже, в межах Європейського Союзу була вироблена концепція «вільного пересування осіб» (freedom of movement of persons) на підставі громадянства ЄС (le citoyen à la une de l'Europe), додаткового до громадянства кожної держави-учасниці ЄС і передбаченого у ст.ст. 20, 21 Угоди про функціонування ЄС (в редакції після вступу у законну силу Лісабонської угоди). Детальніше це питання неодноразово ставало предметом розгляду справ Європейським судом справедливості, який у своїх рішеннях зокрема у справах *Micheletti 1992, Martinez Sala 1998, Grzelzyk 2001, Baumbast 2002, Garcia Avello 2003, Bidar 2005, Grunkin and Paul 2006, Rottmann 2010, Zambrano 2011* виробив однозначну і чітку позицію, наголошуючи на тому, що «громадянство ЄС є основним статусом громадян держав-членів ЄС, даючи можливість тим, хто опинився у схожій ситуації, отримати однакове ставлення, передбачене на законодавчому рівні, незалежно від їх національності».

Протягом останніх 10-ти років найбільшу роль у дослідженні громадянства, як основного критерію самоідентифікації особи, відіграють праці, насамперед, таких європейських вчених-правників, як К. Барнард, Ґ. де Бурки, Дж.Г.Г. Вейлера, Б. де Вітте, Ю. Габермаса, Т. Гаддлстоуна, Ж.-Р. де Ґрота, С. Засен, Д. Костакопулу, П. Креґа і С. Каррери, М. ла Торре, Н. Фостера, Г. Шнайдер і Дж. Шоу, які у своїх численних монографіях неодноразово аналізували проблематику концепції громадянства та інших основних чинників, які відіграють важливе значення для самоідентифікації особи.

Що ж до України, то у ст. 4 Конституції є згадка про єдине громадянство, а також цьому питанню присвячений чинний базовий закон про громадянство від 18 січня 2001 р., де у ст. 1 є

© Софінська І., 2012

зазначено, що «громадянство України – це правовий зв'язок між фізичною особою і Україною, що знаходить свій вияв у їх взаємних правах та обов'язках».

Початково, основними критеріями набуття громадянства, а звідти і ймовірної самоідентифікації особи були право крові (*jus sanguinis*), з яким пов'язували ім'я німецького вченого Й.Ґ. Фіхте, і право ґрунту (*jus solis*), суть якого найяскравіше розкрив його французький опонент Е. Ренан. В обох випадках громадянство напряму було пов'язане лише з національною ідентичністю, проте під різним кутом зору. Однак, у нашому дослідженні самоідентифікація особи є тотожна самовизначенню особи і національна ідентичність є лише елементарною складовою частиною загального поняття, а тому переконані, що початок розвитку концепції сучасного громадянства був запроваджений Ж.-Ж. Руссо у розділі VIII «Про громадянський стан» його трактату «Про суспільну угоду, або принципи політичного права» 1762 р.

Звернення до питання громадянства, як до основного критерію самоідентифікації особи в Україні, є зовсім невипадковим. Зокрема, в Конституції України правовому аспекту громадянства присвячено декілька статей у різних розділах. Так, у розділі І додатково до вищезгаданої ст. 4, слід звернути увагу також на ст. 13 щодо права користування природними об'єктами, ст. 14 щодо права власності на землю та ст. 17 щодо забезпечення соціального захисту громадян України, які перебувають на службі у Збройних Силах України.

Слід відзначити, що громадянство, будучи основним правовим критерієм самоідентифікації особи, розглядається за допомогою декількох інших важливих критеріїв, таких як соціальний, політичний, релігійний, національний, етнічний, тощо. Часом всі ці критерії збігаються і відображають єдність усіх вимірів ідентичності особи. Саме таку єдність можна простежити у розділі ІІ чинної Конституції України, де йдеться про права, свободи та обов'язки людини і громадянина, коли питання громадянства безпосередньо торкаються ст.ст. 22, 24, 25, 32, 33, 36–39, 41, 43, 46, 49, 53–55, 57, 63–65, 67

Незважаючи на те, що наразі існує чимало різних версій щодо впливу громадянства на самоідентифікацію особи, переконані, що на підставі аналізу чинного законодавства України, слід наголосити, що громадянство відіграє важливе значення, насамперед, для правової антропології, категорії не дуже відомої в Україні. Саме у розділі ІІІ Конституції України знаходимо чудовий приклад положення правової антропології, суть якої полягає у взаємозалежності між громадянством та іншими критеріями самоідентифікації особи і з можливістю брати участь у безпосередньому чи опосередкованому управлінні державними справами, зокрема йдеться про ст. 70 щодо права голосу і ст. 72 щодо оголошення всеукраїнського референдуму. Продовження використання громадянства, як основного чинника правової антропології, бачимо у наступних розділах Конституції України, зокрема у ст. 76 про вимоги до кандидата в народні депутати України; ст. 103 про вимоги до кандидата на пост Президента України; ст. 127 про вимоги до кандидата на посаду судді; ст. 148 про вимоги до кандидата на посаду судді Конституційного суду України тощо.

Варто зауважити, що громадянство як основний критерій самоідентифікації особи є базовим елементом правової антропології, а відтак беззастережно впливає на роль особи у суспільстві і державі. Дивлячись на загальні засади самоідентифікації особи, слід нагадати, що протягом останніх десятиліть відбулося значне переосмислення громадянства як основного політико-правового критерію самоідентифікації особи.

Проводячи низку міжнародних конференцій, симпозіумів, «круглих столів», семінарів щодо гармонізації міжнародних законодавчих положень про громадянство з огляду на застосування європейських гуманітарних стандартів і подальшого вдосконалення національного законодавства, слід пам'ятати, що найосновнішим допоміжним елементом самоідентифікації особи є її ім'я, яке, насамперед, відображає її соціальну, політичну, релігійну, національну та етнічну ідентичність.

Українські та європейські вчені неодноразово наголошували, що основними функціями імен є ідентифікація та класифікація. Тоді як перша функція належить більше до приватної сфери, служить для індивідуального позначення і характеризує походження дитини, її батьків, їх смак, національну, релігійну чи мовну приналежність, друга функція перебуває у публічній сфері, оскільки йдеться насамперед про взаємовідносини дитини і держави через реєстрацію у актах цивільного стану (починаючи з її народження) органами реєстрації актів цивільного ста-

ну громадян Міністерства юстиції України. Зазвичай, ім'я виконує ще й додаткову функцію, оскільки характеризує дійсне мовно-культурне і релігійне середовище місця народження дитини чи походження її батьків, якщо вони не збігаються. Іншою особливістю імені як основного елементу самоідентифікації особи є їх вибір на підставі класичних принципів набуття громадянства, відомих ще із римського права, як *jus sanguinis* і *jus soli.* Якщо перший принцип, право крові, притаманний ідентифікації, то другий принцип, право ґрунту, стосується класифікації. Слід наголосити на тому, що у нашому випадку *jus sanguinis* передбачає надання імені новонародженій дитині та його реєстрацію в органах РАЦС відповідно до походження її батьків, а *jus soli* як право ґрунту стосується власне самого місця народження дитини чи місця постійного проживання її батьків, якщо вони не збігаються. Безумовно, обидва принципи можуть «зливатися» і використовуватися у т.з. гібридній формі, оскільки ім'я дитини може одночасно відповідати і походженню її батьків, і традиціям країни її народження чи місця постійного проживання її батьків.

Переконані, що дослідження витоків концепції громадянства та аналіз еволюції цього поняття заслуговує додаткового вивчення, будучи одним із основних сучасних європейських гуманітарних стандартів та відіграючи пріоритетну роль у проведенні самовизначення особи.

ПРАВО НА СВОБОДУ ТА ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАННІСТЬ: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Тищук Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Ідея непорушності прав і свобод, їх рівності та невідчужуваності відображає багатовікове прагнення людства до знищення будь-яких форм насильства, експлуатації і пригноблення, прагнення до співіснування, заснованого на принципах справедливості, демократизму і гуманізму. В сучасному світі ступінь реальності і забезпеченості прав і свобод особи є важливим показником досягнутого суспільством і державою рівня цивілізованості. Права і свободи людини є найвищою гуманістичною цінністю, без них втрачається сама суть людської особистості, смисл її існування.

Забезпечення права на свободу та особисту недоторканність набуває особливої значущості за умов побудови правової демократичної держави і підвищення в ній ролі громадянського суспільства. Сьогодні свобода та особиста недоторканність є загальновизнаною соціально-правовою цінністю, що знайшло своє закріплення у міжнародних і національних правових актах.

Концепція свободи та особистої недоторканності, які проголошенні у міжнародних деклараціях та конвенціях отримали свої відображення у Основному Законі України – Конституції 1996 року (далі Конституція). Таким чином, як соціальну цінність почала визнаватися вся система, передбачених міжнародним правом, прав та свобод, як цілісна система нормативної регламентації суспільних відносин.

Як Основний Закон держави, Конституція закріпила у статті 29 право на свободу та особисту недоторканність, проте для того, щоб дати відповідь на питання: «Чи дотримані гарантії реалізації права на свободу та особисту недоторканність, проголошенні в Конституції, у галузевому законодавстві, необхідно провести детальний аналіз ст. 29 Основного Закону.

1. Ч.1 ст. 29: « Кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність».

Свобода – у широкому філософському розумінні – природний стан народу, або окремої людини, який характеризується можливістю діяти на власний розсуд. У вузькому розумінні свобода – це суб'єктивна можливість людини і громадянина здійснювати або не здійснювати певні дії, що ґрунтуються на його конституційних правах і свободах.

У Конституції термін «свобода» знайшла своє відображення у назві ІІ Розділу «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина», а також у декількох статтях, зокрема, це: 1). ст.21, ст.22, ст.23 та інші, які регламентують «свободу» у загальному її розумінні, 2). ст.33 (свобода пересування), ст.34 (свобода думки і слова), ст.35 (свобода світогляду та віросповідання), ст.36 (свобода об'єднань у політичні партії і громадські організації), ст.54(свобода літературної, художньої, наукової і технічної творчості) поняття «свобода» розкривається під іншим кутом зору – як конкретна можливість.

Під поняттям недоторканність у загальному розумінні необхідно розуміти охорону від усяких посягань з боку будь-кого, закріплену законом або те, що не можна псувати, знищувати, паплюжити через значимість, важливість. Об'єктивна потреба у безпечному існуванні обумовлює необхідність забезпечення її особистої недоторканності, яка в державно-організованому суспільстві набуває характеру суб'єктивного права.

У Конституції поняття недоторканність, окрім ст.29 зазначається у ст.3 «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю», ст.30 (кожному гарантується недоторканність житла), що належать до так званої загальної недоторканності (нею наділена кожна особа). Однак, Конституція передбачає і спеціальну недоторканність, яка виникає за певних умов та по відношенню до певних суб'єктів конституційно-правових відносин. Такий вид недоторканності передбачений наступними статтями: ст.80 (народному депутату України гарантується депутатська недоторканність), ст.105 (Президент України користується правом недоторканності на час виконання повноважень), ст. 126 (незалежність і недоторканність суддів гарантується Конституцією і

© Тищук Т., 2012

законами України), ст.149 (на суддів Конституційного Суду України поширюються гарантії незалежності).

Недоторканність особи (людини), яка передбачена ст.3 Конституції є загальною, по відношенню до якої особиста недоторканність є спеціальним поняттям. У зміст недоторканності людини, на відміну від особистої недоторканності входить не лише фізична (тілесна, соматична) недоторканність, а це є суб'єктивним правом громадян, яке складається з багатьох правомочностей, що забезпечують фізичну (тілесну) та моральну недоторканність людини, свободу її самовизначення. Недоторканність особи полягає в захисті людини не тільки від незаконних та необґрунтованих арештів і затримань, а й взагалі від всіляких неправомірних посягань на її свободу, життя, здоров'я, майно, честь та гідність. Недоторканність особи – це забезпечення всіх виявів свободи особи за умови її правомірної поведінки.

2. Ч.2 ст.29: «Ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом».

Арешт (лат. Arrestum - судова постанова) – запобіжний захід, який полягає у взятті під варту (затриманні обвинуваченого й доставлені до місця попереднього ув'язнення).

Затримання - захід кримінально-процесуального примусу, який полягає у короткочасному затриманні (позбавленні волі) особи, підозрюваної у вчиненні злочину, за який може бути призначене покарання у вигляді позбавлення волі, з метою з'ясування причетності затриманого до злочину і вирішення питання про застосування до нього запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

Підстави та порядок затримання та арешту чітко регламентовані нормами Кримінально-процесуального кодексу України (далі КПК) і відповідно до них та з дотриманням Конституції може відбуватися обмеження свободи ти особистої недоторканності особи.

Із формулювання цієї частини статті 29 Конституції чітко видно, що регулятором у відносинах, які виникли між громадянином та органами державної влади є суд. Суд, як арбітр виносить своє рішення у вигляді постанови про законність затримання чи про задоволення скарги і визнання затримання незаконним (ч.8 ст.106 КПК).

3. Ч.3 ст.29 Конституції: «У разі нагальної необхідності запобігти злочинові чи його перепинити уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом сімдесяти двох годин має бути перевірена судом. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом сімдесяти двох годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою».

У даному положенні містяться два випадки, відповідно до яких уповноважені органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід. Це: 1. Запобігання злочину; 2. Припинення злочину. Різниця між цими поняттями полягає у наступному: Припинення полягає в діях, спрямованих на зупинення злочинної діяльності, що вже почалася, та на недопущення настанню злочинного результату. На відміну від запобігання злочинам, припинення не звільняє від кримінальної відповідальності за замах на злочин.

Обґрунтування застосування запобіжних заходів означає таку їх властивість, за якої при застосуванні запобіжного заходу були вирішенні всі питання , що виникають при підставах і порядку їх застосування, відповідно до закону, з достовірністю випливають з повністю зібраних і правильно оцінених судом доказів. В зміст обґрунтування застосування запобіжних заході окрім підстав і порядку їх застосування, входить також і мета їх застосування, яка передбачена ч. 1 ст. 148 КПК.

Під ухиленням треба розуміти – відступ від головного, правильного, прийнятного, порушення чогось. Перешкоджання – умисне створення перешкод у діяльності. Продовжувати – тривати, розвиватися, відбуватися не зупиняючись, поновлюватись (після перерви). Забезпечення виконання – сукупність заходів, що забезпечують реальність виконання.

Обґрунтування застосування запобіжних заходів є гарантією дотримання проголошених Конституцією і законами України прав і свобод людини і громадянина.

4. Ч. 4 ст. 29: «Кожному заарештованому чи затриманому має бути невідкладно повідомлено про мотиви арешту чи затримання, роз'яснено його права та надано можливість з моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правовою допомогою захисника».

«Мотив» від франц. Motif – спонукальна причина, первісно, той, що приводиться у рух. Мотив – це внутрішня рушійна сила, що спонукає людину до дії. Таким мотивом у даному випадку може бути необхідність перешкодити особі ухилятися від розслідування або справити негайний вплив на його перебіг; виключити можливість продовження злочинної діяльності; забезпечити її ізоляцію від суспільства до застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

Дане положення дублюється у ч.2 ст.43-1 КПК, а саме – підозрюваний має право знати в чому він підозрюється. Обсяг повідомлення мотивів затримання чи арешту має відповідати тим даним, які отримані органами дізнання та досудового слідства до або у момент затримання чи арешту.

Обов'язковою умовою забезпечення гарантій дотримання прав і свобод, передбачених Конституцією та законодавством України є залучення захисника до першого допиту. Проте, у випадку, коли є потреба у проведенні невідкладних слідчих чи інших процесуальних дій з участю захисника, а підозрюваний чи обвинувачений ще не встиг запросити захисника або явка обраного захисника неможлива, особа, яка провадить дізнання, слідчий своєю постановою вправі призначити захисника тимчасово до явки обраного захисника. Це право особи є обов'язковим для забезпечення, що підтверджується і Постановою Пленуму Верховного Суду України «Про застосування законодавства, яке забезпечує підозрюваному, обвинуваченому, підсудному право на захист», у п.5 якої зазначається, що надання побачення підозрюваному та обвинуваченому з захисником до першого допиту має важливе значення як для здійснення права на захист, так і для об'єктивного розгляду справи.

У разі, якщо не було дотримано право на захист до першого допиту, то дані, які були отримані внаслідок здійснення цих процесуальних дій не можуть братися до уваги як доказ.

5. Ч. 5 ст. 29: «Кожний затриманий має право у будь-який час оскаржити в суді своє затримання».

Відповідно до ч.1 ст.55 Конституції: «Права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб».

Порядок оскарження затримання чи арешту регламентується ч.7 ст.106 КПК. У цій же статті, у ч.9 визначено право на апеляційне оскарження.

Проте лише цими засобами право особи на судовий захист, передбачений ч.1 ст.55 Конституції, не вичерпується. Відповідно до ч.3 ст.55 Конституції: «Кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна». Оскільки поняття «суд», яке використовується у даній частині статті 29 має загальне поняття, то з огляду на ч.1 ст.32 судом є: Верховний Суд України, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, Апеляційний суд Автономної Республіки Крим, апеляційні суди областей, міст Києва і Севастополя, районні, районні у містах, міські та міськрайонні суди, суддя, який одноособово розглядає справу.

Отже, використання всіх національних засобів правового захисту означає проходження кожної ланки, яка входить в систему судів загальної юрисдикції по розгляду кримінальних справ.

6. Ч. 6 ст.29: «Про арешт або затримання людини має бути негайно повідомлено родичів заарештованого чи затриманого».

Під родичем розуміється – особи, пов'язані між собою кровним спорідненням. Родичі походять один від одного або від загального предка. Родичами є прадід (прабаба), дід (баба), батько (мати), син (дочка), внук (внучка), правнук (правнучка), брати та сестри, дядьки (тітки), племінники (племінниці). КПК до близьких родичів відносить : батьків, дружину, дітей, рідні брати і сестри, діда, бабу, внуків.

Оскільки, норми Основного Закону по відношенню до КПК є основоположними, а кримінально-процесуальний закон їх деталізує, то в даному випадку під поняттям родичі необхідно застосовувати роз'яснення дане в КПК.

Під поняттям «негайно» розуміється здійснення, відбування відразу, без затримки, терміново.

Отже проаналізувавши по частинам статтю 29 Конституції України та встановивши її аспекти можна ще раз підтвердити важливість права на свободу та особисту недоторканність. В Україні у зв'язку з проведенням цілого комплексу глибоких соціально-економічних, політичних, ідеологічних і культурних перетворень проблема забезпечення прав і свобод людини набуває особливого значення. Суть цієї проблеми полягає як у наявності певних складнощів в реалізації деяких закріплених в Конституції прав і свобод, так і в недостатньому рівні їх захищеності від правопорушень. Це обумовлює необхідність проведення подальших науково-теоретичних досліджень, спрямованих на поглиблене вивчення системи і механізму забезпечення прав і свобод особи, аналіз його головних чинників і пошук напрямів підвищення їх дієвості та ефективності в сучасних умовах. Дієвість правової системи в цілому має визначатись з точки зору реальної ефективності забезпечення прав і свобод особи. Тільки за цієї умови наша держава зможе з повним правом іменуватися правовою і соціальною.

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ПАРЛАМЕНТСЬКОЇ ОПОЗИЦІЇ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

Чорненький В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

На етапі активного правового закріплення демократичних здобутків України, які мали місце зокрема після проголошення незалежності України у 1991р. та демократичних процесів 2004р. на особливому місці стоїть належне конституційно-правове забезпечення діяльності, зокрема, парламентської опозиції, як невід'ємної частини політичної системи українського суспільства.

На мою думку, Україні слід скористатись позитивними досвідом зарубіжних країн з питань законодавчого забезпечення діяльності парламентської опозиції.

Так, наприклад, у Великобританії, де існує двопартійна система, в основу відносин між парламентською більшістю та опозицією покладений принцип, відповідно до якого, між ними не повинно існувати істотних розбіжностей з питань, які торкаються основ конституційного та політичного ладу. Як слушно зазначає О.В. Совгиря, між парламентською опозицією та більшістю існує взаємна відповідальність. В уряду – відповідальне управління, в опозиції – відповідальна критика. Основними умовами для діяльності опозиції, зокрема, є обов'язкове надання можливості виступу представникам опозиції, міністрам «тіньового уряду», створення та функціонування «тіньового» уряду.

У США, як і у Великобританії домінує двопартійна система, проте, запозичивши у Великобританії певні риси цього інституту, США додали до нього певні свої риси, зокрема, можливість надання партії меншості права призначати певну частину персоналу допоміжного апарату, готувати, у випадку необхідності, альтернативні доповіді комітету, розпоряджатися певною частиною бюджету комітету.

У Федеративній республіці Німеччина парламентська опозиція віднесена до основоположних інститутів державного права. Бюджетний комітет парламенту та комітет з петицій очолюються представниками опозиції, позитивним, на думку автора, є і те, що робота всередині фракцій ведеться по робочих групах, число і напрямки діяльності яких приблизно відповідають числу предметної орієнтації комітетів Бундестагу, оскільки це забезпечує більшу виваженість та професійність при опрацюванні тих або інших питань. Парламентські фракції, у тому числі, опозиційні, отримують грошові субсидії за рахунок бюджету парламенту, залежно від кількості членів фракції, а також від внесків від своїх депутатів і пожертвувань від різноманітних неурядових організацій. Як і у Великобританії, стосунки між німецькими опозиційними фракціями та Урядом, побудовані на принципах співпраці, «штучна» конфронтація в такому випадку виключається.

Правовий розвиток інституту парламентської опозиції у Франції не був настільки прогресивним як у Великобританії, США чи ФРН. На думку переважної більшості науковців, така ситуація мала місце у зв'язку з частими політичними трансформаціями. Проте, позитивні здобутки функціонування парламентської опозиції у Франції, характеризуються тим, що механізм участі парламентської опозиції у діяльності парламенту висвітлюється у прямих трансляціях дебатів з Урядом та надання слова для запиту в такому порядку, щоб в рамках одного засідання чергувалися питання, поставлені від парламентської більшості та від опозиції.

При аналізі досвіду функціонування парламентської опозиції в Японії, на думку О.В. Совгирі, слід звернути особливу увагу на ті моменти, які стосуються взаємовідносин між опозицією та правлячою партією, що побудовані на засадах «обструкція – протидія обструкції». В українському законодавстві потрібно уникнути закладення механізмів, які б давали можливість будувати відносини між вказаними суб'єктами таким чином, створюючи конфліктні ситуації у парламенті, тим самим унеможливлюючи його роботу. Також корисним для української демократії було б запозичення почуття поваги до прав парламентської меншості, яке існує в Японії.

© Чорненький В., 2012

Країни латинської Америки характеризуються практичною відсутністю опозиції, водночас будучи яскравим прикладом того, що навіть формальне існування багатопартійної системи із закріпленням демократичних засад її функціонування не є свідченням існування цивілізованої опозиції. Ці країни є достатнім підтвердженням того, що у країнах із недостатньо розвинутими демократичними традиціями діяльність парламентської опозиції повинна регламентуватися на рівні законодавства, а не на рівні традицій.

У деяких країнах Африканського континенту чітко простежується тенденція до законодавчого закріплення правового статусу опозиційних політичних партій (ПАР, Папуа-Нова Гвінея та інші). Наприклад у конституціях Сейшельських островів та Фіджі містяться положення про лідера опозиції, порядок його призначення та права. Спостерігається чітка спрямованість на детальне регламентування прав опозиції.

У багатьох демократичних країнах діяльність опозиції практично не врегульована на рівні законодавства. Натомість, у перехідних та нестабільних демократіях, спостерігається чітке регламентування прав опозиції. У зв'язку з чим напрошується питання про те, чи є необхідність врегульовувати діяльність опозиції законодавчо. У державах, для яких парламентська опозиція є новим інститутом, з огляду на законодавче забезпечення практично всіх інших аспектів парламентської діяльності, все ж є необхідність нормативного регламентування діяльності парламентської опозиції. У таких державах таке законодавче регламентування покликане відгородити парламентську опозицію, як новий та не зовсім зрілий інститут, від добре налагоджених та відпрацьованих механізмів державної влади, шляхом регламентації тих аспектів діяльності парламентської опозиції, у яких проявляється її взаємодія із державною владою, а також тих, які можуть стати об'єктом створення штучних перешкод для її діяльності (до останніх, зокрема, можна віднести створення низки формальних умов для утворення парламентської опозиції, покликаних штучно обтяжити цей процес тощо).

На мою думку, жорстке законодавче регулювання функціонування парламентської опозиції не є необхідним, зокрема, в умовах України. Видається достатнім розширення прав опозиції при проведенні сесій парламенту (чергування виступів представників більшості та опозиції, виступ лідера опозиції з кожного принципового питання), можливість деяких кадрових призначень, функції яких стосуються контролю за діяльністю уряду (рахункова палата, окремі парламентські комітети). Безумовно, одним із заключних факторів нормальної діяльності опозиції має стати абсолютно нова побудова відносин у форматі «влада-опозиція», яка має ґрунтуватись виходячи із взаємоповаги та співпраці з метою зміцнення конституційного ладу, забезпечення добробуту громадян та дотримання основоположних прав людини.

СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ТА ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ НАУК

ІСТОРИЧНО — ПРАВОВІ ЗАСАДИ ДІЯЛЬНОСТІ ОЩАДНИХ БАНКІВ: СУЧАСНИЙ СТАН

Бойчук Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Парадигма розвитку ощадної діяльності безпосередньо пов'язана з історією діяльності ощадних установ та природним бажанням людини не втратити свої заощадження. Бурхливий розвиток фінансових правовідносин, зокрема становлення ринкових засад економічної системи, обумовлюють особливе значення досліджень правової природи ощадних установ та еволюції їх розвитку. Адже завдяки їм, значною мірою, забезпечується загальна стабільність розвитку економіки, і сьогодні важливо створити, за допомогою правових методів, систему стимулювання заощаджень населення та їх зберігання в грошово-кредитній системі. А це можливо за умови врахування історичного досвіду, ментальності народу, рівня довіри населення до ощадних установ, чинного законодавства та інших чинників.

Еволюційний розвиток ощадних інститутів продемонстрував процес переходу від первинних форм організації приватних заощаджень, з метою формування фондів благодійного характеру, до формування спеціалізованих фінансових концернів, що успішно конкурують з іншими кредитними установами.

Цікавим є досвід функціонування ощадних банків на пострадянському просторі. У Білорусі його об'єднали з комерційним банком «Білорусь», у Молдові — спочатку акціонували за участю держави, а пізніше власність перейшла до приватного інвестора, у Киргизії — ліквідували як установу, в Естонії — акціонували за участю іноземних інвесторів і банк став другим за показниками діяльності серед усіх банків Балтійських країн.

Щодо України, то на даний час невирішеним залишається питання стосовно статусу Ощадного банку на ринку банківських послуг. Яким він повинен бути: універсальним чи спеціалізованим? Тобто: він повинен пропонувати значний спектр послуг для широкого кола клієнтів чи вузький спектр — для визначеного кола клієнтури. Але це питання потребує ґрунтовного вивчення та не є предметом даної статті.

Виходячи зі світового досвіду універсалізації та спеціалізації банків, він має свої як позитивні, так і негативні аспекти. Вища стабільність універсалізованих банків пояснюється тим, що вони завдяки великому асортименту послуг можуть уникати продажу тих чи інших активів у несприятливий для них час, тобто коли ціна на них тимчасово знижена. Крім того, внаслідок вищої диверсифікації активів вони є менше вразливими ринковим ризиком.

Спеціалізація має, на перший погляд, негативні риси, оскільки спеціалізованим установам важче хеджувати власні ризики внаслідок вузького спектра здійснюваних операцій та низької диверсифікації. Однак, з іншого боку, що вужча спеціалізація, то менше коштів витрачає банк на одну операцію, тобто спеціалізовані банки в своїй сфері можуть бути ефективнішими, ніж універсальні.

Наразі в Україні діяльність спеціалізованих банків майже не врегульовується. Національний банк України хіба що встановив вищі вимоги щодо обов'язкового резервування від залучених коштів для спеціалізованих ощадних банків, керуючись тезою стосовно їх «вищої ризикованості для населення, що вклало в них гроші». Цей крок обумовив зменшення рентабельності цих банків (через формування додаткових резервів) або зменшення обсягів залучення коштів фізичних осіб, хоча перше й друге суперечить основним цілям розвитку банківської системи України, задекларованим Національним банком.

Якщо зважити на назву банку, він має спеціалізуватись на ринку послуг для фізичних осіб, однак, через викладені вище обставини, у найближчій перспективі спеціалізація не може бути ефективною для Ощадного банку України. Але у довгостроковій перспективі, за умови зміни підходів Національного банку до регулювання діяльності спеціалізованих банків, це

© Бойчук Т., 2012

може стати перспективним напрямом розвитку банку та допоможе йому посісти гідне місце на ринку банківських послуг.

Варто зазначити, що Ощадний банк України є єдиним банком в Україні, вклади фізичних осіб у якому гарантуються державою. Така гарантія створює певні переваги в процесі залучення заощаджень, однак подальша практична реалізація таких гарантій, які не передбачені державним бюджетом, та не закріплені законодавчо, може поступово призвести до зниження ефективності та привабливості такої гарантії як надійного інструменту.

У цьому контексті слід звернути увагу й на ту обставину, що усі виплати, пов'язані із виконанням Закону України «Про державні гарантії відновлення заощаджень громадян України», фактично здійснюються через філії Ощадбанку.

З огляду на вищенаведене та у зв'язку із відсутністю адекватного врегулювання порядку та процедури здійснення виплат за втраченими та знеціненими заощадженнями населення здійсненими в Ощадному банку СРСР, на наш погляд, доцільно залишити Ощадний банк України у державний власності.

ПЕРСПЕКТИВИ СТВОРЕННЯ ФОНДУ ЗАГАЛЬНООБОВ'ЯЗКОВОГО ДЕРЖАВНОГО СОЦІАЛЬНОГО МЕДИЧНОГО СТРАХУВАННЯ

Жмурко О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В Україні сформована система охорони здоров'я, основні принципи побудови якої зародились з основ системи охорони здоров'я колишнього Союзу РСР. Україна запровадила чотири основні види соціального страхування, які передбачені Основами законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування. Також були створені чотири соціальних фонди. Проте, за останні декілька років актуальним стало запровадження загальнообов'язкового державного соціального медичного страхування та створення п'ятого фонду соціального страхування. Не викликає сумніву те, що основним суб'єктом цього виду страхування має бути соціальний медичний фонд.

На нашу думку, одним з першочергових кроків до ухвалення нового законодавчого акту про загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування має бути визначення передумов до створення соціального медичного фонду, визначення умов його діяльності, порядку управління ним та взаємодія з іншими учасниками соціального медичного страхування.

Основним нормативним актом станом на сьогодні, який регулює питання забезпечення охорони здоров'я є Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я». Даний нормативно-правовий акт визначає правовий статус громадян України, як таких, яким надається медична допомога, визначає перелік органів охорони здоров'я, закладів охорони здоров'я та основні функції держави у сфері охорони здоров'я. Проте в ньому не закріплені основи загальнообов'язкового державного медичного страхування, не врегульовано питання діяльності п'ятого фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування.

Вважаємо за доцільне виокремити основні аспекти щодо створення соціального медичного фонду:

1. Прийняття нормативно-правового акту, який би закріплював основи правової діяльності, порядку управління та фінансово-правову відповідальність працівників соціального медичного фонду. Таким актом повинен бути Закон України «Про загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування».

2. Визначення «соціального медичного фонду» окремим суб'єктом у системі загальнообов'язкового державного соціального медичного страхування. Закріплення визначення у Законі України з державного соціального медичного страхування. Під соціальним медичним фондом розуміємо форму управління загальнообов'язковим державними соціальним медичним страхуванням. Тобто, це є установа, що здійснює акумуляцію страхових внесків та їх розподіл, витрачання (забезпечення оплати медичної допомоги) страхових внесків та здійснення контролю за використанням коштів соціального медичного страхування.

3. Необхідність здійснення управління соціальним медичним фондом надавачами медичної допомоги (закладами охорони здоров'я, медичні та фармацевтичні працівники) та застрахованими. Таке управління дасть змогу сумлінно виконувати обов'язки працівниками соціального медичного фонду, якісного та справедливого розподілу та використання коштів фонду та здійснення наглядових повноважень з подальшим притягненням до відповідальності.

4. Необхідність встановлення та нормативного закріплення фінансової відповідальності працівників соціального медичного фонду. Сьогодні, згідно діючої системи охорони здоров'я фінансування здійснюється з державного та місцевих бюджетів і фінансуються заклади охорони здоров'я. Кошти, які були отримані закладом охорони здоров'я не в повній мірі чи часто взагалі використовуються не за цільовим призначенням. За використання коштів повністю чи частково не за цільовим призначенням лікарі практично у всіх випадках позбавлені обов'язку відповідати за свої дії. Тому питання фінансової відповідальності як медичних працівників та, у перспективі, працівників соціального медичного фонду, є надзвичайно актуальним сьогодні. Надалі пропонується здійснювати збір та розподіл коштів на соціальне медичне страхування

© Жмурко О., 2012

соціальним медичним фондом. Відповідно, доцільно було б визначити в законодавстві порядок притягнення працівників соціального медичного фонду до фінансової відповідальності.

5. Основними положеннями в Законі України «Про загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування» повинні бути норми про взаємодію соціального медичного фонду з надавачами медичної допомоги та застрахованими. Зазначеними вище суб'єктами соціального страхування спільно повинні вирішувати наступні питання: порядку управління соціальним медичним фондом, розміру внесків в соціальний медичний фонд в залежності від кількості населення на адміністративно-територіальній одиниці, порядку та методів розподілу та використання страхових коштів, умов вибору закладу охорони здоров'я, який надаватиме медичну допомогу, порядку здійснення нагляду за діяльністю соціального медичного фонду.

На підставі наведеного вище робимо висновок про те, що необхідно визначити основи створення соціального медичного фонду. Для цього потрібно ухвалити Закон України «Про загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування», особливим положенням у якому має стати порядок утворення, управління та основи нагляду та контролю за діяльністю соціального медичного фонду. Для того, щоб соціальний медичний фонд належно виконував свої завдання, потрібно встановити умови та порядок надання медичної допомоги застрахованим та визначити чітку взаємодію соціального медичного фонду з надавачами медичної допомоги та застрахованими.

ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ ЗА ЗВЕРНЕННЯМИ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ПОДАТКОВОЇ СЛУЖБИ

Ільницький О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кінець 2010 – початок 2011 р.р. у соціально-економічному плані ознаменувався, в першу чергу, впровадженням податкової реформи, нормативною підставою якої став Податковий кодекс України, прийнятий 2 грудня 2010 р. З огляду на масштабність та загальність реформаційного процесу, не могли залишитися осторонь дотичні сфери функціонування механізму держави. Одним з них став Кодекс адміністративного судочинства України в частині визначення правил судових проваджень, відкритих за ініціативою органів Державної податкової служби України.

З моменту роботи над моделлю адміністративного судочинства, одним із проблемних питань, які підлягали до вирішення з боку дослідників, а згодом – втілення на практиці, була юрисдикція справ за зверненнями суб'єктів владних повноважень у випадках встановлених Конституцією та законами України (на сьогодні п. 5 ч. 2 ст. 17 КАС України). Особливо прискіпливо у цьому аспекті слід звертати увагу на сферу діяльності суб'єктів владних повноважень при здійсненні ними контрольно-наглядових функцій, де відбуваються найгрубші форми можливого втручання таких суб'єктів у сферу приватного та ділового інтересу осіб. А тому, цілком слушно було засуджено практику Вищого адміністративного суду України, який у своїй ухвалі від 21.04.2006 р. вказав на те, що звернення органів державної контрольно-ревізійної служби про надання дозволу на проведення перевірки за своєю природою носить господарський характер, оскільки сама перевірка пов'язана із обстеженням та вивченням окремих ділянок фінансово-господарської діяльності підприємства.

Вказаний напрямок руху був вчасно скорегований. Більше того, зміни до КАС України, внесені у зв'язку із прийняттям ПК України, підтвердили той факт, що незважаючи на те, що одним із об'єктів при розгляді справи за зверненнями органів ДПС є майнові права особи у сфері її фінансово-господарської діяльності, все ж природа справи є публічно-правовою, виходячи з суб'єктного складу (суб'єкт владних повноважень при здійснені ним владних управлінських функцій) та предмету (суб'єктивні права, свободи та інтереси особи, що реалізуються у сфері здійснення владних управлінських функцій). Щоправда, слід зазначити, на сьогодні ПК України відмовився від концепції необхідності отримання судового рішення для проведення будь-якого виду податкових перевірок (п. 77.4. ст. 77, п. 78.4. ст. 78 ПК України).

При включенні до КАС України статті 183-3 («Особливості провадження у справах за зверненням органів державної податкової служби») законодавець безперечно керувався благими намірами підвищити ефективність визначених процесуальних інститутів. Відповідаючи на одвічні запити практики, нею було визначено можливі випадки звернення органів ДПС до суду та однозначну необхідність їх розгляду за правилами адміністративного судочинства, встановлено чіткі процесуальних правил розгляду визначених у ч. 1 ст. 183-3 КАС України вимог, підвищено оперативність розгляду справ за рахунок істотного та чіткого скорочення процесуальних строків, закріплено негайне виконання постанов за наслідками вказаних проваджень. Водночас, вказаною нормою, на нашу думку, було покладено початок надзвичайно небезпечній тенденції у розвитку адміністративної юстиції.

Ст. 183-3 КАС України визначила, що підставою для відкриття провадження у справах за зверненням органів державної податкової служби при здійсненні ними передбачених законом повноважень є *подання* таких органів щодо зупинення видаткових операцій платника податків на рахунках платника податків, підтвердження обґрунтованості адміністративного арешту майна платника податків, стягнення коштів за податковим боргом. Така форма звернення абсолютно не узгоджується із рештою нормативних приписів КАС України, який побудований за моделлю позовного провадження, і відповідній їй формі звернення до суду – адміністративному позові. Однак, ця словесно-формалістична новела не мала б такого значення, якщо

© Ільницький О., 2012

б його не доповнювало положення п. 2 ч. 4 ст. 183-3 КАС України («Суд ухвалою відмовляє у прийнятті подання у разі, якщо: … 2) із поданих до суду матеріалів вбачається спір про право.») Цим засвідчено створення у межах діяльності адміністративної юстиції України, у випадках звернення з визначених підстав органів ДПС з вимогами до приватних осіб, *безспірного* провадження. Вказане є надзвичайно тривожним симптомом з точки зору збереження суті та принципів адміністративного судочинства як правозахисного, а не правообмежувального механізму.

З моменту прийняття КАС України, на рівні принципового (засадничого) підходу в основі діяльності адміністративних судів було закладено концепцію розгляду та вирішення публічно-правового спору між юридично рівними сторонами, заявленого перед судом, з низкою додаткових процесуальних гарантій на стороні приватної особи, які б дозволили їй знівелювати первинну та очевидну перевагу суб'єкта владних повноважень при доведенні власної позиції. Саме через визнання існування та розв'язання публічно-правового спору між особою та суб'єктом владних повноважень вдалося подолати їх фактичну правосуб'єктну нерівність з первинних спірних правовідносин.

Вказаний підхід визначив існування єдиної нормативної форми провадження у адміністративних судах – позовне провадження, що ґрунтується на вирішенні спору між процесуально рівними суб'єктами. А звідси – формулювання ключового поняття судочинства – «справа адміністративної юрисдикції (адміністративна справа)» – саме через категорію публічно-правового спору, що переданий на вирішення адміністративного суду. Надалі ж, поняття адміністративної справи використовується для розкривається значення категорій адміністративного суду, адміністративного судочинства, позивача, відповідача, ухвали, постанови і т.д., імплементуючи в основу їх розуміння спірність природи провадження у адміністративних судах. Припис про безспірність проваджень за зверненнями органів ДПС знищує цю структуровану систему. Джерелом цього підходу слід вважати все ті ж запити практичної діяльності, оскільки з моменту прийняття КАС України, судді Вищого адміністративного суду України звертали увагу, що КАС України не містить норм, які б регулювали судову процедуру розгляду подання податкового органу про продовження строку адміністративного арешту активів.

З огляду на визначені новели, видається незрозумілим наступне – якщо спір про право відсутній, чи повинен взагалі тоді суд втручатися у відносини між суб'єктами владних повноважень та особами ? Вся справа у тому, що згідно зі ст. 41 Конституції України принцип непорушності права власності, допускає обмеження у чітко визначених законом випадках і виключно за рішенням суду. Оскільки з точки зору суб'єктного та предметного критерію, йдеться про реалізацію суб'єктом владних повноважень (заявниками-органами ДПС України) своїх владних управлінських функцій щодо обмеження прав, свобод та інтересів осіб у сфері публічно-правових відносин застосування заходів податково-фінансового примусу, які впливають на статус власника та правовий режим його майна, відповідно найбільш обґрунтовано ці справи відносити саме до підвідомчості адміністративних судів.

Однак чи справді тут відсутній спір про право ? На нашу думку – ні. Йдеться радше про штучне заперечення його існування. Прирівнювання діяльності адміністративних судів у цьому випадку до санкціонерів застосування «втручально-примусових» повноважень органів державного управління, призводить до викривлення онтологічної сутності існування адміністративної юстиції і заміни її орієнтирів «особа проти держави» до «держава проти особи», наповнює діяльність адміністративних судів юрисдикційно-репресивними функціями, від яких тривалий час їх всіляко намагалися відгородити.

Як же у цьому випадку можливо заперечити спір, якщо йдеться про певне обмеження або й позбавлення одного з базових соціально-економічних прав особи, щодо якого очевидно особа володіє певною зацікавленістю та існуванням заперечною позицією щодо створення їй обмежень. А тому, їй повинна бути надана повна можливість у відповідному судовому порядку, що визначає ряд гарантій, довести власну позицію щодо необґрунтованості чи незаконності застосовуваного до неї заходу податкового примусу. Лише за таких умов можна позитивно сприймати надання органам адміністративної юстиції повноважень по розгляду звернень суб'єктів владних повноважень, спрямованих проти особи, із випливаючим із них подальшим можливим застосуванням заходів примусового характеру. Але тоді, відповідно до загальних

принципів та форми адміністративного судочинства, повинно йтися про пред'явлення адміністративного позову та його розгляд за правилами позовного провадження.

До очевидних переваг провадження за ст. 183-3 КАС України слід віднести той факт, що із його появою справи із стягнення коштів за податковим боргом вилучені з-під сфери дії ст. 183-2 КАС України, яка регламентує дійсно, так зване «скорочене провадження», і застосовується, в тому числі, у справах щодо стягнення грошових сум, які ґрунтуються на рішеннях суб'єкта владних повноважень, щодо яких завершився встановлений цим Кодексом строк оскарження.

Описані у ст. 183-3 КАС України види вимог є не єдиними, з якими законодавство надає можливість органам ДПС України звертатися до суду: п. 20.1.12 ст. 20 ПК України та абз. 5 ч. 2 ст. 38, абз. 4 ч. 2 ст. 46 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» передбачають можливість звернення з вимогою щодо припинення юридичної особи та підприємницької діяльності фізичної особи-підприємця про визнання недійсними установчих (засновницьких) документів суб'єктів господарювання; п. 20.1.19 ст. 20 ПК України – щодо стягнення з дебіторів платника податків, який має податкових борг, сум дебіторської заборгованості, строк погашення якої настав та право вимоги якої переведено на органи державної податкової служби, у рахунок погашення податкового боргу такого платника податків; п. 11 ст. 10 Закону України «Про державну податкову службу України» – подають до судів позови до підприємств, установ, організацій та громадян про визнання угод недійсними і стягнення в доход держави коштів, одержаних ними за такими угодами, а в інших випадках – коштів, одержаних без установлених законом підстав; п. 11-1 ст. 10 вказаного Закону – подають до судів позови про застосування санкцій, пов'язаних із забороною організації і проведення азартних ігор на території України; абз. 2 п. 11 ст. 10 цього ж Закону – в інших випадках, передбачених законом. Виходячи з проаналізованих критеріїв та практики, вказані справи теж на сьогодні підвідомчі адміністративним судам. В цих умовах не вірним було визначати статтю як особливості провадження у справах за зверненням органів ДПС, оскільки, як продемонстровано, йдеться лише про незначну частину допустимих вимог цього органу до особи.

ПК України та КАС України збагатилися новими взаємними колізіями: так, наприклад, п. 87.11. ст. 87 ПК України визначає, що орган стягнення звертається до суду з позовом про стягнення суми податкового боргу платника податку-фізичної особи, коли п. 3 ч. 1 ст. 183-3 КАС України вимагає внесення подання.

Створення особливих проваджень завжди натикається на проблему розгляду комплексних позовних вимог, що має місце і у нашому випадку. Так, наприклад, п. 89.4. ст. 89 ПК України визначає, що у разі недопуску податкового керуючого до здійснення опису чи неподання документів, необхідних для його проведення, орган державної податкової служби звертається до суду щодо зупинення видаткових операцій на рахунках платника податків, заборону відчуження таким платником податків майна та зобов'язання такого платника податків допустити податкового керуючого для опису майна у податкову заставу. Оскільки для першої з цих вимог діє особливий процесуальний порядок вирішення, а для інших – загальний позовний, з цього логічно та нормативно виходить, що орган повинен внести до суду відповідне подання та щодо решти вимог – подати окремий позов. В цих умовах про спрощення та полегшення діяльності як для органів державної податкової служби, так і для судів не може йтися й мови, а тому, питання доцільності змін у цій редакції до адміністративно-процесуального законодавства, на нашу думку, залишається відкритим.

З огляду на вищевикладене, вважаємо слушним запропонувати привести редакцію ст. 183-3 КАС України у відповідність до висловлених міркувань, присвятивши її регулюванню особливостей проваджень за *окремими* видами звернень органів ДПС; відмовитися від теорії безспірності вказаних у ній категорій справ та визначення форми звернення – подання, що є засадничо та системно-методично не вірним.

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ГОЛОВИ СУДУ

Кіт Х.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Навколо питання про порядок призначення на посаду голови суду протягом тривалих років точилися гострі дискусії. Повноваження щодо призначення голів судів перебирали на себе і Президент України, і Рада суддів України, а зараз вони належать Вищій раді юстиції. Свою позицію з цього питання неодноразово висловлював Конституційний Суд України.

Така уваги щодо посади голови суду зумовлена його адміністративно-правовим статусом.

Питання адміністративно-правового статусу голови суду у науковій літературі обговорювалося не багатьма науковцями. Більша увага присвячувалася порядку призначення на посаду голови суду. Проте саме поняття «правовий статус», «адміністративно-правовий статус» досліджувалося такими науковцями, як: Н.О. Армаш, У.І. Ляхович, Л.Т. Ряболов, О.К. Намясенко, В.В. Сердюк та ін.

Аналізуючи поняття «адміністративно-правовий статус», У.І. Ляхович вважає, що вихідним моментом для розуміння терміна «адміністративно-правовий статус» є дефініція «правовий статус». Термін «status» із латинської мови означає «становище, положення, у зв'язку із чим визначають місце певного суб'єкта правовідносин серед інших суб'єктів». Відповідно, правовий статус - це комплексна правова категорія, за допомогою якої можна визначити правове становище в суспільстві та державі будь-яких учасників правовідносин. Маючи правовий статус, суб'єкт може реалізувати свої права, свободи і законні інтереси та захистити їх.

Голова суду є носієм загального правового статусу та спеціального, а саме адміністративно-правового статусу.

Аналізуючи наукову літературу, присвячену дослідженню правового статусу посадової особи, можна виділити наступні елементи: вимоги, що висуваються до особи, яка може займати відповідну посаду; порядок заміщення цієї посади; зміст правового статусу, тобто права та обов'язки; відповідальність за невиконання чи неналежне виконання своїх повноважень.

Вимоги до осіб, які хочуть зайняти посаду судді передбачені Конституцією України та Законом України «Про судоустрій та статус суддів». Перше призначення на посаду судді здійснюється Президентом України за рекомендацією кваліфікаційної комісії суддів. Правовий статус судді виникає з моменту прийняття присяги у присутності Президента України.

Права та обов'язки судді, відповідальність за результати його діяльності передбачені у Законі України «Про судоустрій та статус суддів».

Голова суду, на відміну від інших суддів, займає адміністративну посаду і наділений адміністративно-правовим статусом, елементом якого є наявність в особи владних повноважень.

Спеціальні вимоги передбачені законодавством щодо Голови Верховного Суду України та Голови Конституційного Суду України. Головою суду загальної юрисдикції, адміністративного чи господарського суду, може бути особа, яка працює суддею цього суду.

Адміністративно-правовий статус голови суду, виникає з моменту призначення його на адміністративну посаду, тобто з моменту видання адміністративного акту про призначення. Відповідно до частини 2 статті 20 Закону України «Про судоустрій та статус суддів»: «голова місцевого суду, його заступник, голова апеляційного суду, його заступник, голова вищого спеціалізованого суду, його заступники призначаються на посади строком на п'ять років із числа суддів цього суду та звільняються з посади Вищою радою юстиції за поданням відповідної ради суддів». Щодо Голови Верховного Суду України, заступника Голови Верховного Суду України, то відповідно до частини 3 вище згаданого Закону вони обираються на посади і звільняються з посад Пленумом Верховного Суду України у порядку, встановленому Законом.

У наукові літератури виникають дискусії щодо питання, чи наділений голова суду владними управлінськими функціями, тобто чи він є суб'єктом владних повноважень.

Вважаємо, що голова відповідного суду є суб'єктом владних повноважень, оскільки, тільки голова суду, враховуючи його повноваження, передбачені Законом України «Про судо-

© Кіт Х., 2012

устрій та статус суддів», може відноситися до категорії посадових осіб. Підтвердженням цього є наступне: по-перше, голова суду перебуває на службі у державному органі і представляє цей орган; по-друге, його діяльність породжує певні правові наслідки для осіб, які вступають з ним у службово-трудові правовідносини; по-третє, на голову суду покладено здійснення окремих контрольних повноважень.

Відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» голови місцевих, апеляційних та вищих спеціалізованих судів наділені такими управлінськими повноваженнями як: контролювати ефективність діяльності апарату суду; вносити керівникові територіального управління Державної судової адміністрації України подання про призначення на посаду керівника апарату суду, заступника керівника апарату суду та про звільнення їх з посад, а також про застосування до керівника апарату суду, його заступника заохочення або накладення дисциплінарного стягнення відповідно до законодавства; забезпечувати виконанням рішень зборів судів місцевого суду; контролювати ведення в суді судової статистики, дбати про інформаційно-аналітичне забезпечення суддів з метою підвищення якості судочинства; визначати адміністративні повноваження заступника голови місцевого суду; представляти суд як орган державної влади у зносинах з іншими органами державної влади, органами місцевого самоврядування, фізичними та юридичними особами тощо.

Відповідно до Закону України «Про судоустрій та статус суддів» голова суду, як й інші судді, може бути притягнений до дисциплінарної відповідальності. До голови суду може бути застосоване дисциплінарне стягнення у вигляді звільнення з адміністративної посади, що не припиняє його повноважень судді. Проте у законодавстві не передбачено підстав звільнення судді з адміністративної посади, що може призвести до неправомірного впливу на голову суду з боку представників інших гілок влади. Цей момент викликав критичні застереження у міжнародних експертів.

Критичні зауваження також викликало нововведення щодо розширення повноважень Вищої ради юстиції, яка має право призначати суддів на адміністративні посади, оскільки склад Вищої ради юстиції не може забезпечити незалежний відбір суддів на адміністративні посади.

Суддя американського федерального суду претензій Богдан Футей зазначає, що процедура призначення голів суду, так як це передбачено новим законом, є занадто політизованою. Залучення Вищої ради юстиції до процесу може призвести до політизації процедури призначення голів суду.

Відповідно до Конституції України третьою гілкою влади є судова влада, яка повинна бути незалежною від виконавчої та законодавчої гілок влади в тому числі і глава держави. На жаль, в Україні склалася тенденція щодо намагань підпорядкування судів, шляхом здійснення впливу на голову суду.

Враховуючи передбачені чинним законодавством України повноваження голови суду, можна з упевненістю сказати, що голова суду є керівником надзвичайно важливої державної інституції, незалежність, якої свідчить про демократію у країні. Тому при призначенні суддів на адміністративні посади недопустимо керуватися політичною доцільністю.

КЛАСИФІКАЦІЯ ВИБОРЧИХ СПОРІВ, ЩО НАЛЕЖАТЬ ДО ЮРИСДИКЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ

Криса Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У ст. 3 Конституції України передбачено, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.

Зазначені правові норми є свого роду маніфестом гуманізму, ідеєю, яка визначає шлях розвитку держави.

Для реалізації задекларованих цілей, держава повинна вибудувати ефективний механізм утвердження та забезпечення прав і свобод людини. Така політика як найкраще вказує на зміст і соціальну спрямованість діяльності держави.

Особливе місце в системі прав людини займають виборчі права. Адже саме вони надають особі можливість вільно обирати і бути обраним до органів державної влади та органів місцевого самоврядування і в такий спосіб безпосередньо брати участь в управлінні державними та суспільними справами.

Як свідчить досвід, сфера реалізації виборчих прав досить складна та багатогранна, що об'єктивно може створювати певні труднощі в здійсненні останніх та приводити до виникнення виборчих спорів.

У свою чергу наявність суперечок між суб'єктами виборчого процесу з приводу реалізації виборчих прав є підставою проведення наукових досліджень в зазначеній сфері з метою покращення законодавства та практики його застосування. Одним із напрямків такого дослідження є проведення класифікації виборчих спорів.

Класифікація виборчих спорів має як теоретичне так і практичне значення. Адже робота щодо систематизації останніх дозволяє уяснити коло тих адміністративних справ, що належать до юрисдикції адміністративного суду, з'ясувати особливості процесуальних засобів, що застосовуються судом при вирішенні конкретних справ, тощо.

Зеленцов А.Б. з цього приводу зазначає, що спектр публічно-правових відносин, з яких може виникати публічно-правовий спір, досить широкий, що зумовлює розмаїття його конкретних проявів. Адміністративно-правові спори розрізняють за суб'єктами спору, характером оспорюваних прав, юридичною природою оскаржуваних актів управління, підставами виникнення. Все це зумовлює необхідність їхньої класифікації, розподілу на взаємопов'язані види відповідно до найбільш суттєвих ознак. Класифікація сприяє глибшому розумінню природи адміністративно-правових спорів, конкретних особливостей їх змісту і вирішенню практичних питань, пов'язаних з визначенням їх підвідомчості.

В концептуальному плані класифікація сприяє науковому осмисленню всього масиву адміністративно-правових спорів, характерних для сфери публічного управління. В практичній площині вона забезпечує науковий підхід у виборі методів правового регулювання, націленого на встановлення оптимальних форм вирішення адміністративно-правових спорів.

В цьому контексті актуальним завданням видається напрацювання і обґрунтування основних критеріїв класифікації виборчих спорів.

Проводячи класифікацію виборчих спорів, розглянемо позицій окремих науковців.

Змістовною, на наш погляд, є класифікація виборчих спорів, запропонована Л. А. Кисельовою. Так, Л. А. Кисельова, у своїй роботі, здійснює класифікацію виборчих спорів залежно від виду права, яке підлягає захисту:

1) про захист активного виборчого права (невключення до списку виборців; виключення зі списку; помилки, пов'язані з прізвищем, ім'ям та по батькові);

© Криса Т., 2012

2) про захист пасивного виборчого права (права бути обраним). Ця група в свою чергу поділяється залежно від суб'єктного складу спірного правовідношення на спори про захист:

а) певного суб'єкта (громадянина, громадського об'єднання), наприкалад: про визнання відмови в реєстрації кандидата на виборну посаду недійсною; про відмову у визнанні депутатських повноважень та видачі депутатського посвідчення; про визнання незаконними дій виборчої комісії, яка відмовила в прийнятті документів для реєстрації кандидата на виборну посаду);

б) необмеженого кола осіб. У цій групі об'єднуються два різновиди вимог про захист виборчих прав, спрямованих на захист як пасивного, так і активного виборчого права (до них належать, наприклад, постанови про перенесення дати проведення виборів, про визнання недійсним закону суб'єкта Російської Федерації про вибори).

Ще однин критерій за яким можна класифікувати виборчі спори запропонований М. К. Треушниковим. Автор проводить класифікацію виборчих спорів залежно від стадії розвитку виборчого процесу:

1) про формування виборчих округів;
2) про правильності списків виборців;
3) про висунення та реєстрацію кандидатів у депутати;
4) проведення передвиборчої агітації;
5) проведення голосування та підрахунку голосів;
6) закріплення результатів голосування.

Дослідженню питання про класифікацію виборчих спорів присвятив увагу і М.В. Жушман. Науковець зазначає, що класифікацію виборчих спорів можна здійснювати за різними ознаками, які безпосередньо пов'язані з сутністю спорів.

Виборчі спори, на думку М.В. Жушмана, можна класифікувати таким чином:

1. За об'єктом судового захисту:

– спори про захист активного виборчого права;

– спори про захист пасивного виборчого права;

2. За предметом виборчого спору:

– спори пов'язані з неправильностями з списках виборців;

– спори, пов'язані з порядком утворення виборчих комісій відповідних рівнів;

– спори, пов'язанні з порушеннями в ході проведення передвиборчої агітації;

– спори пов'язані з порушеннями при проведенні процедури голосування по виборах представників до органів місцевої влади та Верховної Ради Автономної Республіки Крим, виборів народних депутатів України, виборів Президента України; спори пов'язані з встановленням результатів виборів та референдуму;

3. За суб'єктами виборчого спору:

– спори за участю суб'єктів, які реалізують виборче право (виборці, кандидати на виборні посади);

– спори за участю суб'єктів, які наділені владними, в тому числі розпорядчими повноваженнями (виборчі комісії різних рівнів, органи влади та місцевого самоврядування, посадові та службові особи цих органів);

– спори за участю суб'єктів, які сприяють реалізації виборчих прав (довірені особи кандидатів, засоби масової інформації, виборчі блоки та об'єднання, громадські організації, ініціативні групи виборців).

Поряд з наведеними точками зору з приводу класифікації виборчих спорів Ю. А. Попова пропонує класифікувати всі виборчі спори за предметом спору і виділяє: 1) спори, які виникають з виборчих правовідносин у зв'язку з порушенням організаційно - процедурних правил організації та проведення виборів та референдумів; 2) спори про порушення нормативно - правового регулювання виборів та проведення референдуму.

Проводячи наукову роботу щодо розподілу виборчих спорів на окремі види, доцільно звернути увагу і на класифікацію проведену законодавцем.

Так, в КАС України визначено предмет оскарження у виборчому процесі, шляхом вказівки законодавця на конкретні категорії справ, які належать до юрисдикції адміністративного суду. За предметним критерієм ці справи можна розділити на наступні групи:

1) справи про оскарження рішень, дій або бездіяльності осіб, які є суб'єктами виборчого процесу:

— справи про оскарження рішень, дій або бездіяльності виборчих комісій, членів цих комісій (ст. 172 КАС України);

— справи про оскарження дій або бездіяльності кандидатів, їхніх довірених осіб, партії (блоку), місцевої організації партії (блоку місцевих організацій партій), їхніх посадових осіб та уповноважених осіб, офіційних спостерігачів від суб'єктів виборчого процесу (ст. 175 КАС України);

2) справи про оскарження рішень, дій або бездіяльності осіб, які не є суб'єктами виборчого процесу:

— справи про оскарження рішень, дій або бездіяльності органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, засобів масової інформації, підприємств, установ, організацій, їхніх посадових та службових осіб, творчих працівників засобів масової інформації, що порушують законодавство про вибори (ст. 174 КАС України);

3) інші справи:

— щодо уточнення списку виборців (ст. 173 КАС України);

— справи пов'язані із виборами Президента України (ст. 176 КАС України)

На нашу думку виборчі спори можна також класифікувати беручи до уваги критерій підсудності останніх.

Так, залежно від предметної підсудності адміністративних справ, що пов'язані з виборчим процесом виділимо ті, що підсудні:

— місцевим загальним судам як адміністративним;

— окружним адміністративним судам;

— Київському апеляційному адміністративному суду;

— Вищому адміністративному суду України як суду першої інстанції (справи щодо встановлення Центральною виборчою комісією результатів виборів).

Залежно від територіальної підсудності адміністративних справ, що пов'язані з виборчим процесом виділимо ті, що підсудні:

— адміністративним судам за місцезнаходженням відповідача;

— адміністративним судам за місцем вчинення дії чи місцем, де ця дія повинна бути вчинена.

Залежно від інстанційної підсудності адміністративних справ, що пов'язані з виборчим процесом виділимо ті, що підсудні:

— місцевим адміністративним судам (місцевим загальним судам як адміністративним судам та окружним адміністративним судам), та Вищому адміністративному суду України як судам першої інстанції ;

апеляційним адміністративним судам та Вищому адміністративному суду України (судові рішення Київського апеляційного адміністративного суду) в апеляційному порядку як судам апеляційної інстанції;

Визначаючи критерії для класифікації виборчих спорів, необхідно пам'ятати, що ознака за якою здійснюється розподіл виборчих спорів на види, являється характеристикою не всього спору в цілому, а лише окремої його характеристики: предмета, суб'єкта, змісту тощо. Так, ознаки які характеризують предмет спору, і лягають в основу класифікаційного критерію, безпосередньо не стосуватимуться суб'єкта спору, і навпаки. Таким чином для глибшого розуміння природи виборчих спорів, конкретних особливостей їх змісту, вирішення практичних питань варто брати до уваги одночасно кілька класифікаційних критеріїв.

МИТНІ ПЛАТЕЖІ В СИСТЕМІ МИТНОГО ПРАВА

Мостовий А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Процеси розвитку податкового законодавства України ставлять вимогу реформування суміжних галузей права, які прямо залежать від норм визначених у Податковому кодексі України (далі – ПКУ). До галузей національного права, що тісно пов'язані з реалізацією положень податкового законодавства належить митне право. Взаємозалежність податкового та митного права обумовлена передусім справлянням податків за переміщення товарів через митний кордон, про що прямо вказано у положеннях ПКУ, де зазначено про приналежність митних та податкових органів до контролюючих.

Прийнятий ПКУ містить низку норм пов'язаних з оподаткуванням товарів, переміщуваних через митний кордон. До Загальних положень Кодексу включено норму про виділення в окрему галузь порядку оподаткування ввізним (імпортним) або вивізним (експортним) митом при тому, що до податкового законодавства віднесено також норми встановлені Митним кодексом та іншими законами з питань митної справи. У податковому законодавстві також подано поняття митних платежів, як податків, що відповідно до цього Кодексу або митного законодавства справляються під час переміщення або у зв'язку з переміщенням товарів через митний кордон України та контроль за справлянням яких покладено на митні органи.

Аналіз вище зазначених норм вказує, що всі податки, які справляються з товарів переміщуваних через митний кордон України будуть вважатись митними платежами. З іншої сторони, виявляються нелогічним виокремлення у ПКУ в окремі порядки справляння від товарів переміщуваних через митний кордон податку на додану вартість (далі – ПДВ), та окремо акцизного податку (далі – АП), а також екологічного податку. Особливу увагу в цьому аспекті привертає положення п.35.3. ПКУ, яким визначається, що порядок сплати податків та зборів встановлюється цим Кодексом або законами з питань митної справи для кожного податку окремо. Згідно з нормами ПКУ податковий обов'язок також виникає при кожному виду податку окремо як це визначено в п. 37.1.: «Підстави для виникнення, зміни і припинення податкового обов'язку, порядок і умови його виконання встановлюються цим Кодексом або законами з питань митної справи.»

Виділення в окремі норми порядку справляння окремих податків та зборів при переміщенні товарів через митний кордон України створює неузгодженість та заплутаність правил. На підтвердження цього є результати порівняльного аналізу норм щодо особливостей оподаткування при переміщенні товарів через митний кордон України ПДВ та АП. Щодо ПДВ, у ПКУ заміщено норми щодо порядку справляння у відповідності до кожного з видів митних режимів. Варто звернути увагу на правила справляння ПДВ при тимчасовому ввезенні товарів, у яких закріплено норми щодо повного умовного звільнення від оподаткування та часткового умовного звільнення від оподаткування з посиланням на положення додатків B.1 - B.9, C, D до Конвенції та статті 4 додатка E до Конвенції про тимчасове ввезення. Норми ПКУ щодо справляння АП у випадку тимчасового ввезення товарів є відмінними від порядку справляння ПДВ. Зокрема у ПКУ відсутні положення щодо звільнення від оподаткування тимчасового ввезення товарів з комерційною метою. Відсутність у ПКУ будь-яких положень про часткове оподаткування, означає справляння АП у повному обсязі, що суперечить положенням Міжнародної конвенції про тимчасове ввезення, де визначено системи тимчасового ввезення з повним або частковим звільненням від сплати мита, а саме Додатку E де передбачено положення про тимчасове ввезення з частковим звільненням від мита та податків.

Вказані вище особливості правового регулювання можуть бути подолані шляхом запровадження єдиного порядку справляння митних платежів. Визначення єдиного порядку виявляється можливим з огляду на норми діючого законодавства з питань оподаткування. Передумовою для виділення такого порядку є передусім визначення у ПКУ поняття митних платежів. Виокремлення та об'єднання всіх податків, що справляються за переміщення товарів через

© Мостовий А., 2012

митний кордон, вказує на особливу правову природу даного інституту та його значення для реалізації зовнішньоекономічної та зовнішньополітичної політики в Україні.

Представлений нижче аналіз податкового та митного законодавства вказує на можливість виокремлення спеціального порядку справляння митних платежів в Україні.

Передусім варто зазначити, що митні органи України у відповідності до положень ПКУ є контролюючими органами щодо мита, АП, ПДВ, інших податків, які відповідно до податкового законодавства справляються у разі ввезення (пересилання) товарів і предметів на митну територію України або територію спеціальної митної зони або вивезення (пересилання) товарів і предметів з митної території України або території спеціальної митної зони. Дана норма встановлює спеціального суб'єкта адміністрування митних платежів в Україні – митні органи. Правове регулювання статусу митних органів закріплено в Митному кодексі. Серед основних завдань митних органів є завдання захисту економічних інтересів України, що у свою чергу не співпадає з завданнями податкових органів, які є контролюючими органами за додержанням податкового законодавства.

Іншою підставою, для відокремлення порядку справляння митних платежів є виключення з Глави 2 ПКУ «Податкова звітність» норм пов'язаних з поданням митних декларацій. В ПКУ також передбачено особливий порядок сплати суми податкового зобов'язання при переміщенні товарів через митний кордон. На відміну від загального порядку сплати податкового зобов'язання у десять календарних днів, у випадку подання митної декларації, такий обов'язок повинен бути виконаний до моменту митного оформлення. Процедури, а також час початку та закінчення митного оформлення регулюються виключно митним законодавством України.

Особа, яка переміщує товари через митний кордон має спеціальний статус - декларанта, який зобов'язаний до виконання вимог щодо сплати митних податків та зборів, що виходить за межі визначення особи встановленої податковим законодавством. Отже, можемо спостерігати невідповідність положень митного та податкового кодексів у сфері окреслення платників митних платежів.

Також, вважаємо за необхідне звернути увагу на неузгодженість між податковим та митним правом у сфері правового регулювання податкового зобов'язання особи платника. Постає питання, як у випадку порушення правил використання товарів відповідно до митних режимів при умовному звільнені від оподаткування належить тлумачити зобов'язання платника податків (а точніше – декларанта), як податкове зобов'язання чи податковий борг ? Вважаємо, що при порушенні законодавства, не може виникати обов'язок сплати податків (т.б., податкове зобов'язання), а лише борг, оскільки до особи порушника будуть застосовані пеня та заходи адміністративної відповідальності і відповідно така особа не буде звільнятись від сплати митних податків та зборів.

На завершення, варто звернутись до загальних положень другого розділу ПКУ «Адміністрування податків, зборів (обов'язкових платежів)», де передбачено, що у разі якщо іншими розділами цього Кодексу або законами з питань митної справи визначається спеціальний порядок адміністрування окремих податків, зборів (обов'язкових платежів), використовуються правила, визначені в іншому розділі або законі з питань митної справи, що дає пряму можливість виділення та сформування єдиного порядку справляння митних платежів в Україні. Беручи до уваги вище зазначене та особливу природу правового інституту митних платежів, можна стверджувати про необхідність закріплення порядку справляння митних платежів у митному законодавстві України.

З метою створення сприятливих умов нормативного характеру для розвитку зовнішньоекономічної діяльності в Україні необхідно провести уніфікацію норм щодо всіх податків та зборів, що справляються при переміщенні товарів через митний кордон, закріплених не тільки у різних розділах ПКУ, але і у різних нормативних актах. Запровадження спільних правил справляння митних платежів у єдиному нормативному актів дозволить створити прозоре та уніфіковане правове регулювання оподаткування товарів переміщуваних через митний кордон України.

ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ПРОЦЕДУРИ РЕАЛІЗАЦІЇ ІНСПЕКЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ

Самагальська Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В адміністративно-правовій літературі адміністративна процедура визначається як сукупність послідовних, організаційно пов'язаних і нормативно закріплених юридично значущих дій, які мають на меті надати змогу компетентним органам та їх посадовим особам на практиці реалізувати свої повноваження. Адміністративна процедура стосується врегулювання різних видів діяльності органів публічної адміністрації, зокрема здійснення контрольно-наглядових повноважень.

Хоча термін «контрольно-наглядові повноваження» і використовуються в українському законодавстві, проте, вважаємо, що коректніше використовувати термін «інспекційні повноваження» під якими Банчук О.А. розуміє діяльність органів публічної адміністрації щодо здійснення перевірок, ревізій, обстеження, аніж термін «контрольні повноваження», під якими в європейських державах розуміється контроль за органами публічної адміністрації.

Інспекційні повноваження – це передбачений законодавством правобов'язок спеціальних органів публічної адміністрації, їх посадових осіб, що здійснюють перевірку дотримання вимог законодавства, з метою забезпечення інтересів людини, громадянина, держави та суспільства.

Концепція адміністративної реформи в Україні 1998р. передбачила створення інспекцій для здійснення контрольно-наглядових функцій, що і було реалізовано в Законі України «Про центральні органи виконавчої влади» від 17.03.2011р., де одним з видів центральних органів виконавчої влади виступають державні інспекції. Не зважаючи на це, в Україні досі діє достатньо розгалужена система контролю (адміністрацій, департаментів, управлінь, комісій, тощо).

О.Продан вважає, що головною перепоною корупції в органах публічної адміністрації має бути чітка детальна регламентація усіх процедур – що посадовець крок за кроком повинен робити в тій чи іншій ситуації.

В Україні досі не існує правового регулювання загальної адміністративної процедури. Лише умовно актом загальнопроцедурного характеру можна вважати Закон України «Про звернення громадян» 1996 року. Проте даний законодавчий акт є радянським не лише за фактичним походженням, але й за закріпленими у ньому підходами, зокрема під його дію (захист) не підпадають юридичні особи. Також проблему становить і те, що даний Закон взагалі не регулює проблематику втручальних проваджень (з ініціативи адміністративного органу, у тому числі у порядку здійснення ним контрольних повноважень).

Окрім того, треба врахувати наявність різного тематичного (спеціального) законодавства, зокрема у сфері соціального забезпечення, підприємництва тощо. Кожен вид перевірки регулюється «по-своєму». Для прикладу Закон України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування» від 08.07.2010р. передбачає, що Пенсійний фонд та його територіальні органи мають право проводити не частіше ніж один раз на календарний рік планову, а у випадках, передбачених законом, - позапланову перевірку на підприємствах, в установах і організаціях, у фізичних осіб - підприємців бухгалтерських книг, звітів, кошторисів та інших документів про нарахування, обчислення та сплату єдиного внеску, достовірності відомостей, поданих до Державного реєстру загальнообов'язкового державного соціального страхування, отримувати необхідні пояснення, довідки і відомості з питань, що виникають під час такої перевірки. Планові та позапланові перевірки проводяться у порядку, затвердженому Кабінетом Міністрів України за погодженням із сторонами соціального діалогу.

Найповніше в Україні врегульована адміністративна процедура здійснення інспекційних повноважень в підприємницькій діяльності. Питання нормативного регулювання податкових перевірок було вирішено Податковим кодексом України від 02.12.2010р., в якому передбачено види таких перевірок, порядок та строки їх проведення. Також поряд з Кодексом діє Закон

© Самагальська Ю., 2012

України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» від від 05.04.2007 року, який містить лише окремі елементи адміністративної процедури проведення перевірок. В кожному з цих актів передбачені принципи здійснення контролю, права, обов'язки як органів котролю, так і підконтрольних суб'єктів. Процедура оскарження результатів перевірки теж регламентована в кожному нормативно-правовому акті окермо.

Ще більшою проблемою регламентації адміністративної процедури є домінування актів підзаконного рівня в регулюванні відносин між органами публічної адміністрації та приватними особами. Тому не випадково, що органи влади, розробляючи «для себе» положення чи врегульовуючи порядок надання певної адміністративної послуги, керуються насамперед відомчими (корпоративними) інтересами, що не сприяє захисту прав та законних інтересів приватних осіб.

Тому є очевидна необхідність якнайшвидшого прийняття Адміністративно-процедурного кодексу України, проект якого давно розроблений. Одним з основних завдань цього Кодексу повинно стати упорядкування відносин між органами публічної адміністрації та приватними (фізичними і юридичними) особами, раціональне та справедливе правове регулювання порядку вирішення адміністративних справ. Кодекс має встановити для органів публічної адміністрації принципи та правила адміністративної процедури, зокрема: адміністративних проваджень за заявами приватних осіб (надання адміністративних послуг), втручальних проваджень (за власною ініціативою органів публічної адміністрації, в тому числі контрольно-наглядових), адміністративного (досудового) оскарження.

Також важливим завданням Кодексу є встановлення нових процедурних гарантій захисту прав приватних осіб, зокрема: забезпечення права приватної особи бути вислуханою перед прийняттям адміністративного акта (індивідуального рішення органу публічної адміністрації), який може на неї негативно вплинути; надання особі доступу до матеріалів справи, на основі яких прийматиметься рішення; обмеження дискреційних повноважень адміністративних органів; обов'язкове мотивування (обґрунтування) органом прийнятого адміністративного акта; визнання права приватної особи на допомогу та представництво в адміністративній процедурі; повідомлення особі порядку оскарження адміністративного акта та забезпечення засобів правового захисту у зв'язку з цим актом; встановлення обов'язку для посадових осіб щодо обов'язкового викладу мотивів прийняття негативного для приватної особи рішення, донесення їй даного пояснення в письмовій формі протягом розумного строку тощо. Такі гарантії сприятимуть захисту приватних осіб від вільного розсуду органів публічної адміністрації, що в свою чергу сприятиме суттєвому зменшенню корупційних ризиків. Кодекс також повинен урегулювати правила перегляду адміністративних актів та їх відкликання (визнання недійсними).

Після ухвалення Адміністративно-процедурного кодексу потрібно буде провести ревізію спеціальних (тематичних) законів з метою їх узгодження з принципами та правилами загальної адміністративної процедури, та з метою уникнення юридичних колізій.

З огляду навищевкладене, можна зробити висновок про те, що на сьогоднішній день різні види перевірок мають різний вид правового запезпечення, що зумовлюється швидше недосконалістю національного законодавства, аніж потребою в такому забезпеченні. Треба пам'ятати, що діяльність органів публічної адміністрації повинна здійснюватись на основі чіткого дотримання норм закону, а результати такої діяльності завжди мають юридично значущі наслідки. Тому таке регулювання має бути спрямоване на захист прав приватних осіб, врахування їхніх інтересів при прийнятті рішень.

Не варто забувати, що проведення перевірки – це досить складна процедура і вимагає кваліфікованих працівників інспекції, затрати часу, та відволікає тією чи іншою мірою особу, яку перевіряють, від її основної діяльності. Тому адміністративна процедура реалізації інспекційних повноваженнь заслуговує окремого дослідження та детальної, обов'язково саме законодавчої регламентації.

СТРОКИ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ

Ткач Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Роль строків в адміністративному процесі є надзвичайно важливою. Вони сприяють досягненню юридичної визначеності, перешкоджають безпідставному затягуванню справ і виступають гарантією швидкого поновлення порушених прав громадян та юридичних осіб.

В Кодексі адміністративного судочинства України визначено два види строків: а) строки звернення до адміністративного суду та б) процесуальні строки.

Строки звернення до адміністративного суду, це строки, протягом яких особа має право звернутися з адміністративним позовом і розраховувати на одержання судового захисту.

Процесуальні строки – це певний період в часі, протягом якого вчиняються процесуальні дії в адміністративному суді.

Строки звернення до адміністративного суду можна поділити на загальні та спеціальні. Загальний строк звернення до адміністративного суду за захистом прав, свобод та інтересів особи відповідно до змін, внесених до ч.2 ст.99 КАС України (від 07.07.2010 р.) становить шість місяців з дня, коли особа дізналася або повинна була дізнатися про порушення її прав, свобод чи інтересів. Цей строк застосовується в усіх випадках, коли законом не встановлені інші (спеціальні) строки звернення з адміністративним позовом.

Для звернення до суду у справах щодо прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби встановлено місячний строк. Такий самий строк встановлений у випадках, коли передбачена можливість досудового порядку вирішення спору і позивач ним скористався, а також у випадку звернення до адміністративного суду щодо оскарження рішення суб'єкта владних повноважень, на підставі якого ним може бути заявлено вимогу про стягнення грошових коштів.

Дана норма підлягала застосуванню також щодо податкових повідомлень-рішень, прийнятих контролюючими органами на підставі чинного до 1 січня 2011 року Закону України « Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетними те державними цільовими фондами». Однак з набранням чинності з 1 січня 2011 року Податкового кодексу України, строк давності визначення податкових зобов'язань становить 1095 днів (ст.102) з моменту отримання такого рішення. Цей строк вважається спеціальним строком звернення до адміністративного суду і має перевагу в застосуванні порівняно із загальним строком звернення до адміністративного суду, визначеним ч.2 ст. 99 КАС України.

Поряд з цим в п.56.18 ст.56 Податкового кодексу України передбачено, що платник податків має право оскаржити в суді податкове повідомлення-рішення або інше рішення контролюючого органу про нарахування грошового зобов'язання у будь-який момент після отримання такого рішення.

Така процедура вважається досудовим порядком вирішення спору.

Варто наголосити, що положення цієї статті є вдосконаленим варіантом правового регулювання питання строків оскарження рішень контролюючого органу про нарахування грошового зобов'язання. Це було зроблено на підставі Закону України від 7.07.2011 « Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо вдосконалення окремих норм Податкового кодексу».

Внесені зміни конкретизували строки давності, протягом яких платник податків має право оскаржити в суді рішення контролюючого органу про нарахування грошового зобов'язання шляхом посилання на ст.. 102 цього Кодексу. Це дасть можливість судам, розглядаючи адміністративні справи, однаково тлумачити зміст п.56.18 ст. 56 Податкового кодексу щодо тривалості строку для оскарження в суді рішень контролюючого органу. Відповідно до ст. 102 Податкового кодексу України цей строк становить 1095 днів.

Також, беручи до уваги внесені зміни, з 6 серпня 2011 року строк звернення до суду з позовом про визнання рішення контролюючого органу незаконним не продовжується на час

© Ткач Г., 2012

процедури адміністративного оскарження, з якого скористався скаржник, як це передбачалось у попередній редакції.

В п. 56.19 ст.56 Податкового кодексу України зазначається, що коли до звернення з позовом до суду, платник податків скористався процедурою адміністративного оскарження, він має право оскаржити в суді податкове повідомлення-рішення або інше рішення контролюючого органу про нарахування грошового зобов'язання протягом місяця, що настає за днем закінчення процедури адміністративного оскарження, відповідно до п.56.17 ст.56.

На основі викладеного можна констатувати що законодавець не усунув неузгодженості між положеннями п.56.18 ст.56 та п.56.19 ст.56 Податкового кодексу України, які і надалі порізному регулюють питання строків судового оскарження рішень контролюючого органу про нарахування грошових зобов'язань.

Ці неузгодженості стосуються: по-перше, тривалості строку, протягом якого платник податків має право звернутись до суду з позовом щодо протиправності рішення контролюючого органу. В п.56.18 ст.56 законодавець відсилає до ст..102 Податкового кодексу (строки давності 1095 днів), а в п.56.19 ст. 56 передбачено місячний строк для судового оскарження, тобто строк оскарження не продовжується на строк, що фактично пройшов з дати звернення платника податків зі скаргою до контролюючого органу до дати отримання таким платником остаточного рішення контролюючого органу.

По-друге, неузгодженість також стосується початку перебігу строку. Відповідно до п.56.18 ст.56 Податкового кодексу строк починає свій перебіг від дня, що настає за днем отримання платником податків рішення контролюючого органу. А строк, встановлений п.56.19 ст.56 – від дня, що настає за днем закінчення процедури адміністративного оскарження.

Таке неоднакове регулювання тих самих відносин буде створювати на практиці проблеми в застосуванні зазначених норм, зокрема унеможливить їх одночасне застосування.

Вихід із цієї ситуації запропонований Вищим Адміністративним судом, який у своєму листі від 01.11.2011 року зазначив, що при розв'язанні законодавчої колізії суди повинні вирішувати справи на користь платника податків, керуючись п.56.21 ст.56 Податкового кодексу.

Окрім цього в такій ситуації при прийнятті позовної заяви від платника податків про оскарження податкових повідомлень-рішень та інших рішень про нарахування грошових зобов'язань суди повинні вирішувати питання на користь платників податків, застосовуючи п.56.18 ст.56 Податкового кодексу України . Така позиція щодо дотримання судами правил вирішення колізій у податковому законодавстві на користь позивача, відображається і в рішеннях Європейського Суду з прав людини.

НЕГАЙНЕ ВИКОНАННЯ СУДОВОГО РІШЕННЯ ЯК МЕХАНІЗМ ЙОГО РЕАЛІЗАЦІЇ.

Труш М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Обов»язковість судових рішень є конституційною засадою судочинства (стаття 129 Конституції України) відтвореною у КАС України як принцип адміністративного судочинства згідно статті 7 КАС України.

Однією із найгостріших проблем вітчизняного судочинства є реальне виконання судових рішень. Конституція України (стаття 124) встановлює, що судові рішення ухвалюються судами іменем України і є обов»язковими до виконання на всій території України. Ці положення також відображені у ст.ст. 1, 11 Закону України «Про судоустрій України», із уточненням по колу осіб, а саме: судові рішення, що набрали законної сили, є обов'язковими до виконання усіма органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами, об'єднаннями громадян та іншими організаціями, громадянами та юридичними особами на всій території України, та ст.7, 14 КАС України. Реальне виконання рішення суду сприяє втіленню законів у життя та зміцненню їх авторитету, судове рішення за своєю суттю охороняє права, свободи та законні інтереси громадян, окрім того є завершальною стадією судового провадження. Крім того, за своєю суттю та правовими наслідками судове рішення має силу закону, хоч при цьому не створює нових правових норм, а лише відновлює порушене право. Швидкий розгляд адміністративної справи та швидке виконання рішення суду є запорукою ефективності правосуддя. Це відображено зокрема і в рішеннях Європейського суду з прав людини, які після ратифікації Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод (1997 рік) стали частиною національного законодавства. У них відзначається, що адміністративні органи є складовою держави, яка керується принципом верховенства права, а відтак інтереси цих органів збігаються з необхідністю належного здійснення правосуддя. Якщо адміністративні органи відмовляються або неспроможні виконати рішення суду, чи навіть зволікають з його виконанням, то гарантії, надані статтею 6 Конвенції стороні на судовому етапі, втрачають сенс.

Питаннями виконання судового рішення неодноразово займався і Європейський суд з прав людини, за висновками якого виконання є частиною судового розгляду справи у суді. На інституті виконання судових рішень завжди зосереджували свою увагу також як юристи-практики, так і науковці, позаяк, маючи судове рішення, настав «другий» етап роботи, не менш копіткий і виснажливий – його виконання, попри те, що функції його забезпечення покладені на визначені законом органи. До того ж прийняття Кодексу адміністративного судочинства України також вимагає адекватного реформування державної виконавчої служби.

Згідно із ст. 254 Кодексу адміністративного судочинства (КАС) постанова або ухвала суду першої інстанції, якщо інше не встановлено КАС, набирає законної сили після закінчення строку подання заяви про апеляційне оскарження, яке встановлює КАС, якщо таку заяву не було подано.

Виконання рішення, яке набрало законної сили, застосовують у разі, якщо не встановлено підстав для негайного та попереднього виконання.

Негайне виконання — це виконання рішення ще до набрання ним законної сили. Негайне виконання застосовують, як правило, за результатами попередньої юрисдикційної діяльності суду у формі відправлення правосуддя або забезпечення ходу процесу. Підстави для застосування негайного виконання чітко передбачено у чинному законодавстві.

Аналогічно з Цивільним процесуальним кодексом України в КАС також є стаття, що передбачає негайне виконання постанов суду (в ЦПК – судових рішень). Відповідно до ст. 256 КАС до постанов суду, які виконуються негайно, належать: постанови щодо присудження виплати пенсій, інших періодичних платежів з Державного бюджету України або позабюджетних державних фондів – у межах суми стягнення за один місяць; постанови щодо присудження виплати заробітної плати, іншого грошового утримання у відносинах публічної служби – у

© Труш М., 2012

межах суми стягнення за один місяць; постанови щодо поновлення на посаді у відносинах публічної служби; постанови стосовно припинення повноважень посадової особи у разі порушення нею вимог щодо несумісності; постанови стосовно уточнення списку виборців; постанови щодо обмеження реалізації права на мирні зібрання; постанови стосовно усунення обмежень у реалізації права на мирні зібрання.

Вищезазначена стаття спрямована забезпечити життєво важливі інтереси особи, яка є стягувачем або особи, яка позивається за захистом публічно-правових інтересів до набрання законної сили постановою суду, якою надано захист таким охоронюваним Законом інтересів.

Необхідність негайного виконання судового рішення може бути обумовлена різними причинами – потреба надати швидкий захист життєво важливим інтересам зацікавленої особи (позивача), публічним чи іншим інтересам, яким може бути заподіяна значна шкода, якби не було передбачено негайного виконання.

Питання про негайне виконання у вищенаведених випадках є обов»язковим, не залежить від бажання сторони і підлягає вирішенню судом у порядку винесення постанови (п.6 ч.1 ст. 161 КАС України).

За заявою осіб, які беруть участь у справі або з власної ініціативи, суд, який розглядав справу може звернути до негайного виконання постанову у випадку стягнення всієї суми боргу при присудженні платежів, визначених пунктами 1 і 2 ч. 1 ст. 256 КАС; про тимчасову заборону (зупинення) окремих видів або всієї діяльності об’єднання громадян; про примусовий розпуск (ліквідацію) об’єднання громадян; про примусове видворення іноземця чи особи без громадянства.

Тобто, в даному випадку йдеться про активну роль учасників адміністративного процесу, так і ініціативність самого адміністративного суду.

Заява про звернення постанови суду до негайного виконання розглядається у триденний строк в судовому засіданні з повідомленням про дату, час та місце судового розгляду осіб, які беруть участь у справі.

З огляду на вищевикладене, доцільним було б вирішувати в аналогічному порядку щодо постанов, які визначені у частині 1 статті 256 КАС України, якщо при ухваленні суд помилково не допустив їх до негайного виконання.

У разі задоволення адміністративного позову суд може прийняти постанову про : визнання протиправним рішення суб»єкта владних повноважень чи окремих його положень, дій чи бездіяльності і про скасування або визнання нечинним рішення чи окремих його положень, про поворот виконання цього рішення чи окремих його положень із зазначенням способу його здійснення; зобов»язання відповідача вчинити певні дії або утриматись від вчинення певних дій; стягнення з відповідача коштів; тимчасову заборону (зупинення) окремих видів або всієї діяльності об»єднання громадян; примусовий розпуск (ліквідацію) об»єднання громадян; примусове видворення іноземця чи особи без громадянства за межі України; визнання наявності чи відсутності компетенції (повноважень) суб»єкта владних повноважень, а також іншу постанову, яка б гарантувала дотримання і захист прав, свобод, інтересів людини і громадянина, інших осіб у сфері публічно-правових відносин.

Слід також зазначити і про те, що законодавець покладає обов»язок виконувати не лише судові рішення, що набрали законної сили, які відповідно до норм КАС України виконуються негайно після їх проголошення, але й ухвали, які проголошуються судом з метою реалізації прав заявника (позивача), як наприклад, ухвали з питань забезпечення адміністративного позову чи ухвала про тимчасове вилучення доказів для дослідження судом чи застосування інших заходів процесуального примусу.

Судові рішення, які підлягають негайному виконанню є обов»язковими для всіх органів державної влади і місцевого самоврядування, посадових чи службових осіб, фізичних та юридичних осіб і підлягають виконанню на всій території України.

Значення негайного виконання судового рішення полягає в тому, що воно є певним законодавчо закріпленим процесуально-правовим засобом, який забезпечує виконання рішень суду на підставах, у спосіб та в межах, встановлених Законом, і тим самим реалізує захист суб»єктивних прав та публічно-правових інтересів фізичних і юридичних осіб, тим самим забезпечуючи режим законності у публічно-правових відносинах фізичних і юридичних осіб,

органів державної влади та органів місцевого самоврядування, посадових осіб, запобігає правопорушенням і створює певний вплив на громадян, службових і посадових осіб щодо розуміння необхідності належного, своєчасного і повного виконання ними вимог законів України.

ОСОБЛИВОСТІ ПУБЛІЧНО-ПРАВОВИХ СПОРІВ, ПРЕДМЕТОМ ЯКИХ Є НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ АКТИ.

Хлібороб Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Згідно з положеннями ст. 6 КАС України, кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до адміністративного суду, якщо вважає, що *рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта* владних повноважень порушені її права, свободи або інтереси. До адміністративних судів можуть бути оскаржені *будь-які рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів* владних повноважень, крім випадків, коли щодо таких рішень, дій чи бездіяльності Конституцією чи законами України встановлено інший порядок судового провадження. Це гарантується ч. 2. ст. 2 КАС України.

У наступних положеннях Кодексу законодавець конкретизує, що саме розуміється під рішеннями суб'єкта владних повноважень. Так, відповідно до п. 1 ч.2 ст. 17 КАС України юрисдикція адміністративних судів поширюється на публічно-правові спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (*нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії)*, дій чи бездіяльності. Отже, в розумінні КАС України рішеннями суб'єкта владних повноважень є нормативно-правові акти та правові акти індивідуальної дії.

На сьогодні, законодавче визначення нормативно-правового акта міститься у Наказі Міністерства юстиції України «Про вдосконалення порядку державної реєстрації нормативно-правових актів у Міністерстві юстиції України та скасування рішення про державну реєстрацію нормативно-правових актів» від 12.04.2005 р. № 34/5 . Так, нормативно-правовий акт – офіційний письмовий документ, прийнятий уповноваженим на це суб'єктом нормотворення у визначеній законодавством формі та за встановленою законодавством процедурою, спрямований на регулювання суспільних відносин, що містить норми права, має неперсоніфікований характер і розрахований на неодноразове застосування. Варто відзначити, що таке розуміння нормативно-правового акта узгоджене із теоретичними позиціями, висловленими у вітчизняній науці. На жаль в законодавстві України, не встановлено загальних вимоги щодо прийняття нормативно-правових актів. Свого часу на розгляд Верховної ради України був поданий проект закону «Про нормативно-правові акти». Даний законопроект був прийнятий та переданий Президенту України, який повернув його з власними зауваженнями. А вже в червні 2010 року даний законопроект було відхилено. Тобто, ймовірність прийняття цього фундаментального для нашої правової системи нормативно-правового акта була дуже високою Проте, на жаль, з певних причин цього не сталося. Даний проект визначав нормативно-правовий акт як офіційний документ, прийнятий (виданий) уповноваженим на це суб'єктом у визначених законом формі та порядку, який встановлює норми права для неозначеного кола осіб і розрахований на неодноразове застосування. Окремі вимоги, що стосувались порядку прийняття нормативно-правових актів були поширені проектом цього закону і на акти індивідуальної дії.

Разом з загальними нормами, які визначають право фізичної, юридичної особи оскаржити до адміністративного суду будь яке рішення суб'єкта владних повноважень, то у частині, що стосується оскарження нормативно-правових актів, законодавець встановлює конкретні види нормативно-правових актів, які можуть бути оскаржені, а також процесуальні особливості розгляду таких адміністративних справ.

Відповідно до ст. 171 КАС України, особливості провадження у справах щодо оскарження нормативно-правових актів органів виконавчої влади, Верховної Ради Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування та інших суб'єктів владних повноважень поширюються на розгляд адміністративних справ щодо:

1) законності (крім конституційності) постанов та розпоряджень Кабінету Міністрів України, постанов Верховної Ради Автономної Республіки Крим;

2) законності та відповідності правовим актам вищої юридичної сили нормативно-правових актів міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, Ради міністрів Ав-

© Хлібороб Н., 2012

тономної Республіки Крим, місцевих державних адміністрацій, органів місцевого самоврядування, інших суб'єктів владних повноважень.

Окремо законодавець визначає й особливості провадження адміністративних справ, які виникають у зв'язку з оскарженням постанов Верховної Ради України, указів і розпоряджень Президента України; актів Вищої ради юстиції; дій чи бездіяльності Верховної Ради України, Президента України, Вищої ради юстиції, рішень, дій чи бездіяльності Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. Такі особливості передбачені ст. 171-1 КАС України.

У контексті з'ясування сутності нормативно-правових актів як предмета публічно правового спору неможливо оминути проблематику регуляторних актів. На сьогодні, прийняття регуляторних актів це велика за обсягом частина діяльності органів публічної адміністрації.

Регуляторний акт, у чинному законодавстві України, використовується лише у контексті правового регулювання господарських та адміністративних відносин між регуляторними органами та суб'єктами господарювання. Так, відповідно, до ст. 1 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» регуляторний акт визначається як прийнятий уповноваженим регуляторним органом нормативно-правовий акт, який або окремі положення якого спрямовані на правове регулювання господарських відносин, а також адміністративних відносин між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання. Особливістю визначення регуляторного акта є те, що регуляторним актом визнається офіційний письмовий документ незалежно від того, чи вважається він відповідно до закону, що регулює відносини у певній сфері, нормативно-правовим актом, за умови, що він відповідає переліченим ознакам. Таким чином, регуляторні акти є нормативно-правовими актами.

На сьогодні, регуляторні акти, про які хоча і прямо не йдеться в тексті КАС України, можуть бути предметом публічно-правового спору. Вони можуть бути оскаржені до адміністративного суду, оскільки є видом нормативно-правового акта, про який йдеться в п.1 ч.2 ст. 17 КАС України. Варто звернути увагу на те, що важливою гарантією для суб'єктів господарювання є законодавчо визначена процедура прийняття регуляторних актів, що підвищує ефективність захисту їх прав, свобод, інтересів у відносинах з органами публічної адміністрації. Адже, будь-які недотримання цієї процедури є підставою для оскарження регуляторного акта.

Варто звернути увагу на особливості публічно-правових спорів, предметом яких є нормативно-правові акти.

1. Законодавче визначення осіб, які можуть бути суб'єктом публічно-правового спору з приводу оскарження нормативно-правових актів. Одним із суб'єктів публічно-правового спору можуть виступати лише особи, щодо яких його застосовано, а також особи, які є суб'єктом правовідносин, у яких буде застосовано цей акт.

2. Встановлення спеціальних строків розгляду публічно-правового спору, предметом якого є нормативно-правовий акт в адміністративному суді. Так, адміністративна справа щодо оскарження нормативно-правових актів вирішується протягом розумного строку, але не пізніше одного місяця після відкриття провадження у справі. У виняткових випадках з урахуванням особливостей розгляду справи суд ухвалою може продовжити строк розгляду справи, але не більш як на один місяць.

3. Законодавцем визначено юридичні наслідки, у випадку, якщо нормативно-правовий акт прийнятий з порушенням законодавчих вимог, що ставляться до такого виду актів. Так, за наслідками розгляду такої адміністративної справи, суд може визнати нормативно-правовий акт незаконним чи таким, що не відповідає правовому акту вищої юридичної сили, повністю або в окремій його частині.

4. Законодавець покладає додаткові зобов'язання суб'єкта владних повноважень, як суб'єкта публічно-правового спору, предметом якого є нормативно-правовий акт. Так, у випадках відкриття провадження в адміністративній справі щодо оскарження нормативно-правового акта суд зобов'язує відповідача опублікувати оголошення про це у виданні, в якому цей акт був або мав бути офіційно оприлюднений.

На наше глибоке переконання, необхідність забезпечення єдності судової практики, а також ефективності захисту прав приватних осіб від порушень, що можуть бути заподіяні їм прийняттям протиправних актів суб'єктами владних повноважень зумовлює особливості розг-

ляду публічно-правових спорів, предметом яких є нормативно-правові акти. З огляду на це, судова практика має забезпечити умови за яких жоден правовий акт не може бути виведений з-під контролю судів щодо його конституційності, законності, або його відповідності правовому акту вищої юридичної сили.

СИСТЕМНІСТЬ РОЗВИТКУ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРОЦЕДУРНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Школик А.

Постійною потребою суспільства і держави є розвиток та удосконалення національного законодавства. Зумовлено це, передусім, швидкими змінами в економіці та технологіях, але також і розробкою нових моделей правового регулювання, котрі відповідають духові часу. Однак, будь-які зміни в частині запровадження нового законодавства повинні бути виваженими та враховувати вимогу системності, тобто, забезпечувати оптимальне співвідношення цих змін з нормами інших правових актів.

В Україні стан розвитку національного законодавства про адміністративну процедуру викликає ряд застережень. Незважаючи на кілька спроб розгляду у Верховній Раді (2004 та 2008 роки) проекту Адміністративно-процедурного кодексу, до цього часу його не прийнято. В результаті наша держава, на відміну від переважної більшості членів Європейського Союзу (крім Французької Республіки), а також і держав колишнього Радянського Союзу (крім Російської Федерації) до цього часу немає загального закону про адміністративну процедуру. Поряд з цим, приймаються інші нормативно-правові акти, тою чи іншою мірою дотичні до регулювання адміністративної процедури.

В першу чергу, тут варто назвати прийняття кількох рамкових законів у сфері господарської діяльності, котрі загалом покращили правове забезпечення адміністративної процедури в частині правовідносин органів публічної адміністрації з суб'єктами господарювання: закони «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» від 6 вересня 2005 року та «Про основні засади державного контролю (нагляду) у сфері господарської діяльності» від 5 квітня 2007 року. Обидва закони становлять добрий приклад, оскільки є рамковими в двох основних напрямах функціонування публічної адміністрації: у сфері надання адміністративних послуг (видача дозволів) та здійсненні контрольно-наглядової (інспекційної) діяльності. І один і другий закони включають норми про адміністративну процедуру: перший встановлює порядок діяльності дозвільних органів та державних адміністраторів, а другий - порядок здійснення державного контролю (нагляду) у сфері господарської діяльності. Загалом зазначені закони покращують правове регулювання адміністративної процедури у відповідній сфері.

Однак, якщо проаналізувати сферу дії обох законів та їх місце у правовому забезпеченні діяльності публічної адміністрації, впадає у вічі не надто широке коло правовідносин, що регулюється ними. По-перше, обидва закони, як випливає із назви та змісту, врегульовують взаємовідносини органів публічної адміністрації виключно з суб'єктами господарювання, якими є юридичні особи або фізичні особи-підприємці. Тобто, фізичні особи, які не займаються підприємницькою діяльністю не підпадають під покращене названими законами правове регулювання. По-друге, в обох законах визначено цілий ряд сфер, на які ці закони не поширюються, навіть у відповідних сферах діяльності публічної адміністрації: видачі документів дозвільного характеру чи здійсненні державного контролю (нагляду).

В результаті такого розвитку законодавства ми можемо отримати стан, коли кількість винятків із дії загального рамкового закону може перевищувати кількість сфер, для яких він буде чинним. Більше того, у випадку прийняття Адміністративно-процедурного кодексу, в якому,в свою чергу, передбачаються ряд сфер, на які цей законодавчий акт не поширюватиме свою дію, правове регулювання ще більше ускладнюється. Адже норми, що закріплюють порядок діяльності органів публічної адміністрації (адміністративну процедуру) будуть розміщені на трьох рівнях:

1) спеціальних законів та підзаконних нормативно-правових актів;

2) рамкових законів у тій чи іншій сфері діяльності публічної адміністрації;

3) загального Адміністративно-процедурного кодексу.

Така трирівнева система правового забезпечення діяльності публічної адміністрації видається доволі складною і може викликати колізії у практиці правозастосування. Тобто, традиційна проблема визначення співвідношення норм загальних та спеціальних нормативно-правових актів в Україні доповнюється додаванням третього, проміжного рівня рамкових за-

© Школик А., 2012

конодавчих актів, який необхідно узгоджувати як із спеціальними, так і загальним актом, що містять адміністративно-процедурні норми. Саме тому розвиток адміністративно-процедурного законодавства повинен відбуватись системно, із врахуванням необхідності закріплення чіткого співвідношення між нормами правових актів усіх рівнів правового забезпечення діяльності публічної адміністрації.

Таким чином, в частині системності формування національного законодавства про адміністративну процедуру приходимо, принаймні, до двох висновків.

По-перше, правове регулювання порядку діяльності органів публічної адміністрації не повинно здійснюватись на рівні підзаконних нормативно-правових актів. З огляду на важливість реалізації прав фізичних та юридичних осіб та виконання ними своїх обов'язків у відносинах з публічною адміністрацією видається недоцільним правове регулювання адміністративної процедури не лише Кабінетом Міністрів України та центральними органами виконавчої влади, але й органами місцевого самоврядування. Адже об'єктивно відмінності в різних адміністративно-територіальних одиницях не є настільки великими, щоб виправдати відмінне правове регулювання адміністративної процедури у різних регіонах.

По-друге, законодавцю необхідно максимально чітко визначити співвідношення спеціального та рамкового законодавства, що містить адміністративно-процедурні норми. У випадку ж прийняття загального Адміністративно-процедурного кодексу – також максимально чітко закріпити, який законодавчий акт: спеціальний, рамковий чи загальний діятиме у випадку виникнення колізій. Адже відсутність такого врегулювання сприятиме ситуаціям, коли буде застосовуватись найвигідніший для певного суб'єкта правовідносин законодавчий акт і, відповідно, збільшиться можливість для зловживань в діяльності органів публічної адміністрації. Питання пріоритету спеціального, рамкового чи загального закону, що містить адміністративно-процедурні норми по-різному закріплюється у законодавстві зарубіжних державах. В Україні ж цю проблему треба вирішити із врахуванням наявності уже достатньо складної системи нормативно-правових актів, що визначають порядок функціонування органів публічної адміністрації. В протилежному випадку ми не досягнемо мети правового регулювання адміністративної процедури – покращення реалізації та захисту прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб у їх відносинах з публічною адміністрацією.

Підсумовуючи, законодавство про адміністративну процедуру в Україні, яке перебуває до цього часу на етапі становлення, повинно розвиватись системно. Необхідною видається на цьому етапі є розробка Концепції розвитку адміністративно-процедурного законодавства та схвалення її на загальнодержавному рівні. Продовження ж часткового удосконалення нормативно-правової бази у цій дуже широкій і важливій сфері правового регулювання нагадуватиме швидше «ямковий» ремонт дороги місцевого значення.

ОНОВЛЕННЯ АНТИКОРУПЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ТА ПРОБЛЕМИ ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ

Янюк Н.

Питання боротьби з корупцією не є новим для світових держав, у тому числі й України. Вперше заходи протидії корупційним проявам були визначені у Законі України «Про державну службу» (1993 р.), а саме у ст.16, в якій знайшов відображення перелік обмежень при проходженні державної служби. Пізніше був прийнятий спеціальний Закон України «Про боротьбу з корупцією» (1995 р.). Згідно із цим Законом було розширено сферу дії обмежень, що тепер охоплювала не лише органи державної влади, але й державні підприємства, установи та організації, а також поряд з терміном «*державний службовець*» з'явився новий – «*особа, уповноважена на виконання функцій держави*», чим було розширено коло суб'єктів, які несли адміністративну відповідальність за порушення встановлених Законом обмежень. Проте запровадження таких заходів не сприяло покращенню ситуації щодо реального подолання корупційних проявів. У першу чергу на це впливала невизначеність багатьох понять, які містив Закон України «Про боротьбу з корупцією», відсутність дієвого механізму контролю та притягненню до відповідальності.

У 2003 р. була прийнята Конвенція ООН проти корупції. Вона була відкрита для підписання і Україна її ратифікувала. Це зумовило необхідність переглянути національне антикорупційне законодавство.

Антикорупційне законодавство України охоплює нормативно-правові акти різної юридичної сили, серед яких законодавчі і підзаконні акти. Головним актом, навколо якого має формуватися подальша нормативна база у сфері подолання корупції став чинний сьогодні Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції».Після складного і тривалого процесу прийняття Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції» набув чинності з 1 липня поточного року. Виняток становлять лише ст. 11 «Спеціальна перевірка щодо осіб, які претендують на зайняття посад, пов'язаних із виконанням функцій держави і місцевого самоврядування» і ст.12 «Фінансовий контроль», які набирають чинності з 1 січня 2012 р.

Прийняття нового антикорупційного законодавства мало би сприяти формуванню системи профілактичних заходів виникнення корупційних діянь та створенню механізму протидії корупції. Саме заходи запобігання були визнані як перший міжнародний інструмент протидії корупції. Цей закон мав би попереджати так звані «корупційні ризики», на відміну від Закону України «Про боротьбу з корупцією» (1995 р.), основним завданням якого було визначити заходи відповідальності за наявні корупційні прояви (*корупцію, корупційні діяння, правопорушення, пов'язані з корупцією)*.

На перший погляд Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції» містить новели, яких не було у попередньому законодавстві, зокрема:

– оновлений термінологічний апарат: «близькі особи», «конфлікт інтересів» (до цього часу згадувався лише у Загальних правилах поведінки державного службовця), корупційне правопорушення (щоправда, вживання у законодавстві нових термінів не завжди є достатньо аргументованим);

– значно розширено коло осіб, які є суб'єктами відповідальності за корупційні правопорушення, до них віднесли не лише публічних службовців, а й інших осіб:

- посадових осіб юридичних осіб публічного права, які не належать до органів публічної влади, але отримують заробітну плату за рахунок державного чи місцевого бюджету;
- осіб, які не є публічними службовцями, але надають публічні послуги (аудитори, нотаріуси, оцінювачі, експерти, арбітражні керуючі, незалежні посередники, члени трудового арбітражу, третейські судді під час виконання ними функцій, інші особи в установлених законом випадках);
- посадових осіб іноземних держав, іноземних третейських суддів, осіб, які уповноважені вирішувати цивільні, комерційні або трудові спори в іноземних державах у порядку альтернативному до судового;

© Янюк Н., 2012

- посадових осіб міжнародних організацій, а також членів міжнародних парламентських асамблей, учасником яких є Україна, та суддів і посадових осіб міжнародних судів;
- осіб, які постійно або тимчасово обіймають посади, пов'язані з використанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або особи, спеціально уповноважені на виконання таких обов'язків у юридичних особах приватного права незалежно від організаційно-правової форми, відповідно до закону;
- посадових осіб юридичних осіб, фізичні особи – у разі одержання від них, або за їх участю одержання особами, уповноваженими на виконання функцій держави, неправомірної вигоди;

– передбачено обмеження після звільнення особи з посади або припинення діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави, місцевим самоврядуванням (такий інститут відомий багатьом зарубіжним країнам, у тому числі і країнам-членам Європейського Союзу, відмінність полягає лише у тривалості дії такого обмеження);

– Змінено порядок здійснення фінансового контролю за особами, які претендують на посаду чи перебувають на посаді, пов'язаної з виконанням функцій держави, місцевого самоврядування, зокрема передбачено обов'язковість декларування доходів, витрат і зобов'язань фінансового характеру (такий інститут відомий багатьом країнам і є важливим засобом запобігання і протидії корупції);

– визначено обов'язковість проведення антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів, зокрема наголошено на актах Президента України, інших нормативно-правових актах, що розробляються Кабінетом Міністрів України, міністерствами, іншими центральними органами виконавчої влади;

– названо форми участі громадськості в заходах щодо запобігання і протидії корупції, однак при цьому обумовлено обмеження щодо використання таких форм, зокрема, коли це віднесено законом до виключної компетенції спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції.

– Проте згаданий закон використовує значну кількість положень, які мають бути конкретизовані у відповідних законодавчих атктах, інакше втрачається їх практична цінність. Особливу небезпеку для такого виду законодавчого регулювання має використання формулювання – «*в інших випадках, встановлених законом*», «передбачається…. *законами та іншими нормативно-правовими актами, що визначають організацію і порядок діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування*», «*крім випадків, передбачених законом або міжнародними договорами України»*. Професор В.Б. Авер'янов часто висловлював зауваження щодо використання такої конструкції у законах, оскільки це призводить до обмеження інформації для пересічного громадянина, а також стає підставою для розширеного тлумачення відповідних категорій при використанні у правозастосовчій діяльності. Особливо небезпечним є наявність великої кількості банкетних норм в обмежувальному законодавстві, за порушення якого передбачена відповідальність, а згідно із ст.21 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» передбачено притягнення до кримінальної, адміністративної, цивільно-правової та дисциплінарної відповідальності.

Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції» дійсно передбачив чимало заходів запобіжного характеру, однак не визначивши механізму використання їх на практиці, зводить до відповідні заходи нанівець. Серед таких заходів передбачено здійснення фінансового контролю, дотримання правил професійної етики та урегулювання конфлікту інтересів. Ці заходи відповідають тим, які були визначені як перший міжнародний інструмент у запобіганні корупційним проявам. Однак про їх цінність можна було б вести мова лише за наявності відповідних законодавчих актів, які б чітко визначили процедуру використання їх на практиці.

У 2009 році проект Закону України «Про правила професійної етики на публічній службі та запобігання конфлікту інтересів» (4420-1) був відхилений. Сьогодні немає інформації про повернення до роботи над цим законопроектом. На розгляді у комітетах Верховної Ради України знаходиться законопроект «Про Державну службу з питань декларування», у якому лише згадано, що повна перевірка фінансових інтересів суб'єкта декларування має включати наявність фінансового конфлікту інтересів або потенційного фінансового конфлікту інте-

ресів. Але чи ці положення враховані у новій редакції базового Закону України «Про державну службу» (2011 р.)?

Знову виникає проблема, що оновлення антикорупційного законодавства відбувається фрагментарно, без комплексного врегулювання низки питань, без яких не можна досягнути успіху у застосуванні профілактичних заходів на шляху подолання корупції.

СЕКЦІЯ ЦИВІЛІСТИЧНИХ НАУК

КОМЕРЦІЙНЕ ПРЕДСТАВНИЦТВО НА РИНКУ ЦІННИХ ПАПЕРІВ

Верес І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Для дослідження комерційного представництва на ринку цінних паперів необхідно проаналізувати поняття «брокерська діяльність» та «андеррайтинг», а також з'ясувати вимоги до брокерів, андеррайтерів та їхніх клієнтів.

Однією з видів професійної діяльності на фондовому ринку є діяльність із торгівлі цінними паперами (ч. 2 ст. 16 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок»). Професійна діяльність з торгівлі цінними паперами включає брокерську діяльність, яка полягає в укладенні торговцем цінними паперами цивільно-правових договорів (зокрема, договорів комісії, доручення) щодо цінних паперів від свого імені (від імені іншої особи), за дорученням і за рахунок іншої особи (ч. 1, 2 ст. 17 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок», п. 1 Правил (умов) здійснення діяльності з торгівлі цінними паперами: брокерської діяльності, дилерської діяльності, андеррайтингу, управління цінними паперами). Відзначимо невдале формулювання визначення поняття «брокерська діяльність», адже воно не чітко розмежовує договори доручення та комісії як підстави для здійснення брокерської діяльності та правочини, на вчинення яких уповноважується брокер. Більш вдалим є визначення брокерської діяльності як вчинення торговцем цінними паперами цивільно-правових правочинів щодо цінних паперів від свого імені або від імені іншої особи та за рахунок іншої особи. Щодо підстав здійснення брокерської діяльності, то згідно із Законом України «Про цінні папери та фондовий ринок» (ч. 2 ст. 17) та Правилами (умовами) здійснення діяльності з торгівлі цінними паперами: брокерської діяльності, дилерської діяльності, андеррайтингу, управління цінними паперами (п. 1 розділу 2) - це може бути договір доручення (договір, за яким одна сторона зобов'язується вчинити щодо цінних паперів від імені та за рахунок другої сторони певні юридичні дії), договір комісії (договір, за яким одна особа зобов'язана за дорученням другої сторони за плату вчинити один або декілька правочинів щодо цінних паперів від свого імені, за рахунок комітента) та договір на брокерське обслуговування (договір, укладений між торговцем та клієнтом на визначений строк, який передбачає надання послуг клієнтові щодо укладення правочинів з цінними паперами на підставі разових замовлень клієнта). В юридичній літературі пропонують для врегулювання цих відносин застосовувати договірну конструкцію у вигляді агентського договору.

Для визначення характеру дій, які вправі вчиняти брокер, необхідно проаналізувати окремі законодавчі положення. У ч. 2 ст. 17 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» брокерська діяльність визначається як укладення торговцем цінними паперами цивільно-правових договорів; одночасно, відповідно до ч. 1 ст. 16, професійна діяльність на фондовому ринку може полягати в наданні фінансових та інших послуг у сфері обігу цінних паперів (вчинення правочинів, пов'язаних із переходом прав власності на цінні папери і прав за цінними паперами). Правилами (умовами) здійснення діяльності з торгівлі цінними паперами: брокерської діяльності, дилерської діяльності, андеррайтингу, управління цінними паперами (роздл 5, 6) передбачено вчинення певних юридичних дій - надання послуг із купівлі, продажу або міни цінних паперів (згідно договору доручення), а також можливість надання додаткових послуг, зокрема, надання інформаційних та консультаційних послуг щодо курсів цінних паперів, умов їх обігу (згідно договору на брокерське обслуговування). Отже, брокера можна уповноважити на вчинення не лише юридичних дій, а й пов'язаних з ними фактичних дій.

Відповідно до ч. 1 ст. 17 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» професійна діяльність із торгівлі цінними паперами також включає андеррайтинг, а саме: розміщення (підписка, продаж) цінних паперів торговцем цінними паперами за дорученням, від імені та за рахунок емітента (ч. 4 ст. 17). Розміщення цінних паперів передбачає відчуження цінних

© Верес І., 2012

паперів андеррайтером шляхом укладення цивільно-правового договору з першим власником (ст. 1). Слід зауважити, що андеррайтер, відповідно до Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» (ст. 4), Правил (умов) здійснення діяльності з торгівлі цінними паперами: брокерської діяльності, дилерської діяльності, андеррайтингу, управління цінними паперами (розділ 9), Типового договору про андеррайтинг, здійснює розміщення (підписку, продаж) цінних паперів, при цьому також вчиняє як юридичні, так і фактичні дії. Згідно з Правилами договір андеррайтингу має містити наступні права торговця: самостійно визначати регіональні ринки для виконання обов'язків, які передбачено договором андеррайтингу; установлювати за погодженням з емітентом нову ціну продажу цінних паперів у разі зміни умов розміщення (у випадках, передбачених законодавством); у разі публічного розміщення цінних паперів брати на себе зобов'язання за домовленістю з емітентом щодо гарантування продажу усіх цінних паперів емітента, що підлягають розміщенню, або їх частини; у разі публічного розміщення цінних паперів здійснити повний або частковий викуп нереалізованих цінних паперів за визначеною в договорі фіксованою ціною на засадах комерційного представництва. Таким чином, фактичні дії разом з юридичними є складовою предмета договору андеррайтингу.

Серед учасників фондового ринку Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» виділяє професійних учасників фондового ринку, визначаючи їх як юридичних осіб, які на підставі ліцензії, виданої Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку, провадять на фондовому ринку професійну діяльність, види якої визначені законами України (ч. 2 ст. 2). Як вже було наголошено, серед таких видів професійної діяльності Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» виділяє діяльність із торгівлі цінними паперами, яка включає брокерську діяльність, андеррайтинг (ч. 2 ст. 16, ч. 1 ст. 17). Тому варто проаналізувати вимоги, які законодавчо визначені для такого виду комерційний представників як професійних учасників фондового ринку – торговців цінними паперами. Відповідно до п. 2 гл. 1 Ліцензійних умов провадження професійної діяльності на фондовому ринку – діяльності з торгівлі цінними паперами, професійну діяльність на фондовому ринку– діяльність з торгівлі цінними паперами - провадять торговці цінними паперами– господарські товариства, для яких операції з цінними паперами є виключним видом діяльності, а також банки. Отже, торговцями цінними паперами можуть бути лише юридичні особи – господарські товариства або банки.

Інша позиція щодо визначення кола потенційних учасників ринку цінних паперів закріплена в Законі України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг». Насамперед слід зауважити, що відповідно до ч. 1 ст. 1 даного Закону до ринків фінансових послуг належать професійні послуги - операції цінними паперами, а ринок фінансових послуг визначено як сферу діяльності учасників ринків фінансових послуг з метою надання та споживання певних фінансових послуг. Учасниками таких ринків визнають юридичних осіб та фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності. Підкреслимо, що Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» встановлює лише загальні правові засади у сфері надання фінансових послуг, тому пріоритет у застосуванні мають положення Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» та Ліцензійних умов. ГК України, визначаючи, що посередницькою діяльністю у сфері випуску та обігу цінних паперів є підприємницька діяльність суб'єктів господарювання (ч. 1 ст. 356), допускає можливість існування громадян України, іноземців та осіб без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці (ч. 2 ст. 55). Одночасно, ГК України уточнює, що торговцями цінними паперами є суб'єкти господарювання, яким така діяльність дозволена законом (ч. 1 ст. 356). Цим законом є Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок». Отже, згідно з чинним законодавством торговцем цінними паперами можуть бути лише юридичні особи – господарські товариства або банки.

Наголосимо, що умовою для здійснення професійної діяльності на ринку цінних паперів є не лише державна реєстрація відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців», з якою закон пов'язує набуття статусу юридичної особи, але й отримання ліцензії на такі види діяльності на ринку цінних паперів, як брокерська діяльність, андеррайтинг (ч. 1 ст. 4 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні»). Ліцензування професійної діяльності на ринку цінних паперів здійснює Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку, враховуючи Закон України

«Про ліцензування певних видів господарської діяльності», Ліцензійні умови провадження професійної діяльності на фондовому ринку – діяльності з торгівлі цінними паперами.

Важливо зауважити, що згідно з ч. 5 ст. 21 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» членами фондової біржі можуть бути виключно торговці цінними паперами, які мають ліцензію на право провадження професійної діяльності на фондовому ринку та взяли на себе зобов'язання виконувати всі правила, положення і стандарти фондової біржі. Пункт 2 розділу 5 Положення про функціонування фондових бірж підкреслює, що у біржових торгах можуть брати участь лише уповноважені представники учасників торгів, які мають сертифікат фахівця з торгівлі цінними паперами, отриманий у встановленому законодавством порядку. Дані положення вказують на професійність торговців цінними паперами - брокерів та андеррайтерів.

Відповідно до п. 1 розд. 2 Правил (умов) здійснення діяльності з торгівлі цінними паперами: брокерської діяльності, дилерської діяльності, андеррайтингу, управління цінними паперами, клієнт – це особа, в інтересах та за рахунок якої діє торговець на підставі відповідного договору. Для даного дослідження важливо з'ясувати статус клієнта, інтереси якого представляють на фондовій біржі на підставі договору андеррайтингу та договору доручення (або договору про брокерське обслуговування). У першому випадку клієнтом торговця цінними паперати – андеррайтера, завжди виступає емітент. Відповідно до ч. 2 ст. 2 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок», емітент – юридична особа, Автономна Республіка Крим або міські ради, а також держава в особі уповноважених нею органів державної влади, яка від свого імені розміщує емісійні цінні папери та бере на себе зобов'язання щодо них перед їхніми власниками. Якщо торговець цінними паперами – брокер вчиняє правочини, пов'язані з переходом прав власності на цінні папери і прав за цінними паперами від імені та за рахунок клієнта, останнім може бути будь-яка юридична або фізична особа. Будь-яких вимог щодо організаційно-правової форми, державної реєстрації, ліцензування діяльності законодавець не передбачає.

Отже, брокерську діяльність (вид професійної діяльності з торгівлі цінних паперів) не завжди можна кваліфікувати як діяльність, яка здійснюється в рамках правовідносин комерційного представництва. Професійну діяльність з торгівлі цінними паперами – брокерську діяльність - можна визначати як діяльність, яка може здійснюватися в межах правовідносин комерційного представництва лише за умови, що вона полягає у вчиненні брокером правочинів з цінними паперами від імені клієнта (фізичної або юридичної особи, які є суб'єктами підприємницької діяльності), а також у здійсненні пов'язаних з ними фактичних дій. Щодо такого виду професійної діяльності з торгівлі цінними паперами як андеррайтинг, то він відповідає ознакам діяльності в рамках правовідносин комерційного представництва, за умови, якщо емітентом виступає юридична особа, яка є суб'єктом підприємницької діяльності.

ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ІНСТИТУТІВ ЗАКРИТТЯ ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВІ ТА ЗАЛИШЕННЯ ЗАЯВИ БЕЗ РОЗГЛЯДУ НА СТАДІЯХ ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ

Воробель У.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним із важливих аспектів правового регулювання інституту звершення провадження у цивільній справі без ухвалення рішення є врегулювання питання про можливість застосування норм цього інституту на тих стадіях цивільного судочинства, які пов'язані із переглядом судових рішень. У науковій літературі проблеми застосування норм інститутів закриття провадження у справі та залишення заяви без розгляду, як форм закінчення розгляду цивільних справ без ухвалення рішення у справі, досліджувались виключно в межах стадії розгляду справи в суді першої інстанції, а от проблемним питанням застосування цих норм на інших стадіях цивільного судочинства, зокрема на стадії апеляційного, касаційного оскарження судових рішень, перегляду судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами чи на стадії перегляду судових рішень Верховним Судом України (далі – ВСУ) увага практично не приділялась. Слід зазначити, що науковці взагалі не ставили собі за мету дослідити можливість застосування норм цих інститутів на стадіях перегляду судових рішень.

На сьогоднішній день питання про можливість завершення провадження у справі у формі закриття провадження чи залишення заяви без розгляду на стадіях перегляду судових рішень врегульовано лише щодо апеляційного та касаційного проваджень. Так, відповідно до ст. 310 Цивільного процесуального кодексу України (надалі − ЦПК України) рішення суду підлягає скасуванню в апеляційному порядку із закриттям провадження у справі або залишенням заяви без розгляду з підстав, визначених статтями 205 і 207 ЦПК України. Проте у випадку ухвалення судом першої істанції законного і обгрунтованого рішення, смерть фізичної особи чи припинення юридичної особи − сторони у спірних правовідносинах після ухвалення рішення, що не допускає правонаступництва, не може бути підставою для закриття апеляційного провадження у справі, за пунктами 6 і 7 ст. 205 ЦПК України. Аналогічні правила ЦПК містятить і щодо касаційного провадження (ст. 340 ЦПК України).

Проте щодо можливості застосування норм інститутів закриття провадження у справі та залишення заяви без розгляду на інших двох стадіях перегляду судових рішень законодавець взагалі нічого не говорить. Так, наприклад, в главі 4 розділу V ЦПК України, яка регулює провадження у зв'язку з нововиявленими обставинами, взагалі не згадується про можливість застосування положень ст. 205 та 207 ЦПК України (як це, наприклад, вчинено у відповідних главах ЦПК України, що регулюють апеляційне та касаційне провадження, про що вже вище нами зазначалось), а відповідно до ч. 2 ст. 365 ЦПК України до повноважень суду за наслідками розгляду заяви про перегляд рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами належить лише: або постановлення ухвали про задоволення заяви і скасування рішення, ухвалу суду чи судового наказу у зв'язку з нововиявленими обставинами, або постановлення ухвали про відмову у її задоволенні. Тобто, виходячи із буквального тлумачення цієї норми, можна зробити висновок, що законодавець не передбачає можливості завершення провадження у зв'язку з нововияленими обставинами у формі закриття провадження у справі чи залишення заяви без розгляду.

Проте не усі погоджуються з таким законодавчим вирішенням цього питання. Так, наприклад, відомий російський процесуаліст Т. Т. Алієв, неодноразово зазначав про необхідність розширення повноважень суду на стадії перегляду судових рішення за нововиявленими обставинами, шляхом надання права на постановлення ухвал про закриття провадження у справі та залишення заяви без розгляду. Проте в основі обґрунтування своєї позиції, науковець поклав положення про те, що принцип диспозитивності – право сторін розпоряджатися своїми матеріальними правами, а також процесуальними засобами їх захисту, діє на будь-якій стадії цивільного судочинства, а отже, якщо не закріпити за судом відповідних повноважень законодавець проігнорує дію цього принципу, що є недопустимим. Проте, вчений чомусь упускає

© Воробель У., 2012

той момент, що підставами застосування інститутів закриття провадження у справі та залишення заяви без розгляду є не лише використання позивачем (заявником) розпорядчих права, але й інші підстави, які свідчать про неможливість, недопустимість чи недоцільність розгляду справи.

Не дає однозначної відповіді на це питання і ВСУ. Так в Узагальненні судової практики перегляду судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами в порядку цивільного судочинства він лише звертає увагу на те, що провадження у зв'язку з нововиявленим обставинами не може бути закрите з підстави, передбаченої п. 4 ч. 1 ст. 205 ЦПК України, оскільки укладення мирової угоди є одним із способів вирішення спору між сторонами, а «розгляд судом заяви про перегляд судового рішення, ухвали або судового наказу у зв'язку з нововиявленими обставинами є стадією судочинства, під час якої суд не вирішує спору, а досліджує, чи наявні визначені законодавством нововиявлені обставини, що дають підставу для перегляду рішення». А як бути з іншими підставами закриття провадження у справі та залишення заяви без розгляду, чи можливе завершення провадження у зв'язку з нововиявленими обставинами із інших підстав, що передбаченні ст. 205 чи ст. 207 ЦПК України? Це питання ВСУ залишає без відповіді.

Видається, що у вирішенні питання по можливість звершення провадження у зв'язку з нововиявленими обставинами у формі закриття провадження у справі чи залишення заяви без розгляду слід враховувати специфіку цієї стадії цивільного судочинства. Зокрема, ту особливість, що основною метою, основним завданням суду на стадії перегляду судового рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами є не розгляд справи по суті, не перевірка законності та обґрунтованості судового рішення (зокрема, суд не перевіряє правильність застосування судом матеріального закону, здійснення тих чи інших процесуальних дій, правильність оцінки доказів), а лише з'ясування, чи заявлені заявником підстави належать до кола обставин, які законом визнаються нововияленими, чи ні (суд лише перевіряє правомочність та своєчасність звернення заявника до суду із заявою про перегляд цивільної справи у зв'язку з нововиявленими обставинами, а також перевіряє наявність нововиявлених обставин). У зв'язку з цим, завершення цієї стадії цивільного судочинства не можливе не лише у зв'язку з укладенням мирової угоди, але й у зв'язку із здійсненням інших розпорядчих прав (відмовою від заяви, визнанням заяви тощо), та й з будь-якої іншої підстави, передбаченої ст. 205 чи 207 ЦПК України в цілому.

Скористатись цими правами, а також застосувати інші підстави закриття провадження у справі чи залишення заяви без розгляду сторони і суд, відповідно, зможуть після постановлення судом ухвали про задоволення заяви про перегляд справи у зв'язку з нововиявленими обставинами і скасування рішення, а саме вже під час того, як суд буде розглядати справу повторно із врахуванням нововиявлених підстав.

Аналогічна невизначеність у правовому регулюванні цього питання простежується і щодо стадії перегляду судових рішень ВСУ. Так, як і главі 4 розділу V ЦПК України, яка регулює провадження у зв'язку з нововиявленими обставинами, законодавець нічого не згадує про можливість застосування норм ст. 205 та 207 ЦПК України і в главі 3 розділу V ЦПК України, яка регулює перегляд судових рішень ВСУ. А відповідно до ч. 1 ст. 360-3 ЦПК України ВСУ за наслідками розгляду справи має лише право: або прийняти постанову про повне або часткове задоволення заяви, або – постанову про відмову в задоволенні заяви. Хоча у науковій літературі, зокрема О. С. Ткачуком та Д. Д. Луспеником, зазначається, що таке законодавче врегулювання повноважень ВСУ є недосконалим, оскільки, на їхній погляд, правильним та таким, що відповідатиме логіці право розуміння, буде застосування ВСУ у своїй процесуальній діяльності загальних положень процесу, зокрема і тих, які стосуються права на відмову від заяви, заявлення клопотання про закриття провадження у справі тощо.

На нашу думку, зважаючи на теперішній статус ВСУ та відповідний обсяг його повноважень, при вирішенні цього питання, як і на стадії перегляду судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами, слід враховувати, що метою цієї стадії є не розгляд справи по суті чи перевірка законності та обґрунтованості судового рішення, а лише встановлення наявності чи відсутність підстав, з якими закон пов'язує можливість скасування ВСУ судових рішень та направлення справи на новий розгляд до суду касаційної інстанції (у випадку скасування з пі-

дстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 355 ЦПК України) або до суду, який виніс оскаржуване рішення (у випадку скасування рішення з підстави, передбаченої п. 2 ч. 1 ст. 355 ЦПК України). У зв'язку з цим, завершення цієї стадії цивільного судочинства у формі закриття провадження у справі чи залишення заяви без розгляду є недопустимим, адже суперечитиме меті самої стадії.

Підсумовуючи вищенаведене, можна зробити висновок, що норми інститутів закриття провадження у справі та залишення заяви без розгляду можуть бути застосовані судом лише на двох із чотирьох стадій перегляду судових рішень: на стадії апеляційного та касаційного перегляду судових рішень. В силу специфіки стадій перегляду судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами та перегляду судових рішень ВСУ завершення провадження на цих стадіях у формі закриття провадження у справі чи залишення заяви без розгляду, на нашу думку, неможливе. З метою ж внесення визначеності у це питання видається доцільним врегулювання його на законодавчому рівні, у зв'язку з чим потребує відповідних доповнень ЦПК України.

ОСОБЛИВОСТІ ДЕРЖАВНОЇ РЕЄСТРАЦІЇ РЕЧОВИХ ПРАВ НА НЕРУХОМЕ МАЙНО.

Герц А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Систему органів державної реєстрації прав становить спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади з питань державної реєстрації прав - Міністерство юстиції України, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері державної реєстрації прав, та його територіальні органи, які є органами державної реєстрації прав.

Державна реєстраційна служба України (Укрдержреєстр) є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра юстиції України та входить до системи органів виконавчої влади.

Укрдержреєстр є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади з питань реалізації державної політики у сферах державної реєстрації актів цивільного стану, державної реєстрації речових прав на нерухоме майно, державної реєстрації юридичних осіб та фізичних осіб підприємців, реєстрації (легалізації) об'єднань громадян, інших громадських формувань, статутів фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування, якщо їх реєстрація передбачена законами, статуту територіальної громади міста Києва, друкованих засобів масової інформації та інформаційних агентств як суб'єктів інформаційної діяльності.

Держателем Державного реєстру прав є спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади з питань державної реєстрації прав -Міністерство юстиції України.

Державний реєстр прав складається з розділів, які відкриваються на кожний об'єкт нерухомого майна під час проведення державної реєстрації права власності на нього.

Розділ Державного реєстру прав може бути відкритий на такі об'єкти нерухомого майна:

а) земельна ділянка;

б) земельна ділянка з розташованими на ній будівлями, спорудами (підприємство, садиба, майстерня, офісне приміщення, інше);

в) будівля, споруда, їх частина (квартира, майстерня, офісне приміщення, інше) - у разі, якщо власники земельної ділянки та розташованих на ній будівель, споруд, їх частин не поєднуються в одній особі.

У Державному реєстрі прав ведеться облік запитів щодо речових прав на нерухоме майно по суб'єктах запитів та об'єктах нерухомого майна, а також облік відомостей про відповіді на такі запити, копії відповідей, мотивовані причини відмови в наданні відомостей з Державного реєстру прав.

Розділ Державного реєстру прав містить відомості про державного реєстратора прав, який веде даний розділ, відповідає на запити, надає витяги з даного розділу щодо речових прав на об'єкти нерухомого майна та їх обмежень.

Порядок ведення Державного реєстру прав визначається Порядком ведення Державного реєстру речових прав на нерухоме майно затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 26 жовтня 2011 року.

Відповідно до цього Порядку, органами державної реєстрації прав є Укрдержреєстр та структурні підрозділи територіальних органів Мін'юсту, що забезпечують реалізацію повноважень Укрдержреєстру.

Державна реєстрація обтяжень прав, які виникають на підставі договору іпотеки, проводиться в такому порядку:

1) прийняття і перевірка документів, що подаються для державної реєстрації обтяжень прав, реєстрація заяви;

2) встановлення факту відсутності підстав для відмови в державній реєстрації обтяжень прав, зупинення розгляду заяви про державну реєстрацію прав та/або їх обтяжень;

3) прийняття рішення про державну реєстрацію обтяжень прав, відмову в ній або зупинення державної реєстрації;

© Герц А., 2012

4) внесення записів до Державного реєстру прав;

5) надання витягів з Державного реєстру прав про зареєстровані обтяження прав.

Орган державної реєстрації прав зобов'язаний надати до відома заявників інформацію про необхідний перелік документів для здійснення державної реєстрації прав.

Перелік документів для здійснення державної реєстрації прав визначається Кабінетом Міністрів України у Порядку державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень.

Державна реєстрація прав (надання відмови в ній) проводиться в строк, що не перевищує чотирнадцяти робочих днів з моменту надходження до органу державної реєстрації прав заяви про таку реєстрацію.

Натомість, державна реєстрація іпотек, надання відмови в ній проводиться в строк, що не перевищує одного робочого дня.

У разі надходження до органу державної реєстрації прав заяви про державну реєстрацію обтяжень, іпотеки на майно, щодо якого у зазначеному органі вже зареєстровано заяву про державну реєстрацію права на це майно, державний реєстратор спочатку розглядає заяву про державну реєстрацію прав, а після цього - заяву про державну реєстрацію обтяжень, іпотеки. При цьому строк державної реєстрації прав та їх обтяжень становить десять днів з дня державної реєстрації заяви про державну реєстрацію обтяжень, іпотеки.

Державна реєстрація обтяжень прав на нерухоме майно, право власності на яке не зареєстроване у Державному реєстрі прав, іпотеки майнових прав на нерухомість, будівництво якої не завершено, проводиться у спеціальному розділі Державного реєстру прав. При державній реєстрації права власності на таке майно записи про обтяження переносяться до відповідної частини відкритого розділу Державного реєстру прав.

Датою і часом державної реєстрації прав та їх обтяжень вважається дата і час реєстрації відповідної заяви в органі державної реєстрації прав.

Заява про державну реєстрацію прав та їх обтяжень подається до органу державної реєстрації прав, на території якого розміщений об'єкт нерухомого майна або більша за площею його частина.

Державна реєстрація прав проводиться на підставі договору іпотеки, укладеного у порядку, встановленому законом.

У Державному реєстрі прав на кожний об'єкт нерухомого майна, право власності на який заявлено вперше, за рішенням державного реєстратора відкривається відповідний розділ та реєстраційна справа.

З 1 січня 2012 року скасована державна реєстрація договорів іпотек: до 1 січня 2012 року державна реєстрація іпотек проводилася нотаріусами, реєстраторами юридичної особи, яка належить до сфери управління Міністерства юстиції України.

Отже, прийняття нової редакції Закону України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень", на мою думку, є правильним, оскільки він покликаний навести лад в області державних гарантій збереження власності та інших речових прав, а також їх обтяжень, зокрема й іпотеки, фізичних та юридичних осіб.

ПРАВОВА ПРИРОДА ЗАСНОВНИЦЬКОГО ДОГОВОРУ

Гнатів О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Підстави набуття прав за пайовими цінними паперами при їх розміщенні відрізняються між собою правовою природою відносин, які виникають між емітентом та особою, яка має намір придбати ці цінні папери.

При розміщенні акцій під час створення акціонерного товариства підставою набуття корпоративних прав є засновницький договір. Так, відповідно до ч. 3 ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства» у засновницькому договорі визначаються кількість, тип і клас акцій, що підлягають придбанню кожним засновником, номінальна вартість та вартість придбання цих акцій, строк та форма їх оплати. Дана норма в імперативному порядку виключає можливість укладення іншого договору у разі розміщення акцій при створенні акціонерного товариства.

Засновницький договір має ознаки, які виокремлюють його з-поміж інших договорів, передбачених актами цивільного законодавства України.

Насамперед, до ознак засновницького договору слід віднести наявність спеціальної мети. Основною метою його укладення є впорядкування спільних дій засновників акціонерного товариства щодо його створення. Закріплене у ст. 1130 ЦК України визначення договору про спільну діяльність, унеможливлює віднесення засновницького договору до цієї групи договорів. Однак беззаперечним є факт виникнення на підставі засновницького договору зобов'язань засновників спільно діяти з метою створення юридичної особи. Засновницький договір акціонерного товариства не є його установчим документом. Отож, його умови не регулюють діяльність акціонерного товариства, це здійснюється на підставі статуту.

Засновницький договір залежно від кількості сторін може бути дво- або багатостороннім. Оскільки для даного договірного типу передбачена письмова форма, він належить до консенсуальних договорів. При цьому, відповідно до абз.3 ч. 2 ст. 153 ЦК України такий договір за участю фізичних осіб підлягає нотаріальному посвідченню. Однак абз.4 ч. 3 ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства» зазначає, що лише підписи фізичних осіб, а не тест договору підлягають нотаріальному посвідченню.

У засновницькому договорі кожна із сторін має обов'язки, але їх виконанням забезпечується досягнення спільного інтересу (мети), тобто ці обов'язки не є взаємними по відношенню до інших зобов'язаних суб'єктів.

Сторонами договору можуть бути будь-які учасники цивільних відносин із належним обсягом цивільної дієздатності. Фізична особа може бути стороною засновницького договору з досягнення 14-річного віку (п.3 ч. 1 ст. 32 ЦК України).

Як уже зазначалося, акціонерне законодавство України наголошує, що на підставі засновницького договору здійснюється придбання акцій при створенні акціонерного товариства. Проте, ця норма видається спірною. Відповідно до ч. 2 ст. 155 ЦК України акції підлягають розміщенню виключно серед засновників акціонерного товариства. Однак кошти або інше майно, яке вноситься до статутного (складеного) капіталу акціонерного товариства, стає власністю останнього за умови його створення. Сторони засновницького договору не набувають майно одне одного у власність за згаданим договором. При придбанні ж майна за відплатними договорами, передбаченими главами 54-57 ЦК України, сплачені за нього кошти переходять у власність іншої сторони. Звідси висновок, що внесення коштів або іншого майна до статутного капіталу акціонерного товариства на виконання засновницького договору є підставою для розподілу акцій товариства між його засновниками.

Крім цього, засновники повинні внести кошти до статутного (складеного) капіталу акціонерного товариства в повному розмірі (п.7 ч. 5 ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства»). Інакше акціонерне товариство не буде створене. За таких умов абз.3 ч. 2 ст. 3 цього ж Закону (акціонери, які не повністю оплатили акції, у випадках, визначених статутом товариства, відповідають за зобов'язаннями товариства у межах неоплаченої частини вартості належ-

© Гнатів О., 2012

них їм акцій) може застосовуватися лише у разі наступної емісії акцій після створення акціонерного товариства.

ПРАВОВЕ СТАНОВИЩЕ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ТА ЕКСПЕРТА У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

Дацко Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Правове становище органів місцевого самоврядування при поданні висновків у цивільних справах в порядку ст. 45 Цивільного процесуального кодексу України (надалі - ЦПК України) залишається невизначеним і у науці, і в судовій практиці. Це зумовлено нечітким законодавчим регулюванням цього питання у ЦПК України. У науці цивільного процесу суб'єкти захисту прав інших осіб визначаються при вступі у справу для дачі висновку — компетентними органами, третіми особами, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору, представниками, експертами.

Розглянемо можливість визначення правосуб’єктності органів місцевого самоврядування при поданні висновків у цивільній справі в якості експертів.

Згідно з ч. 1 ст. 53 ЦПК України експертом є особа, якій доручено провести дослідження матеріальних об’єктів, явищ і процесів, що містять інформацію про обставини справи, і дати висновок з питань, які виникають під час розгляду справи і стосуються сфери її спеціальних знань.

Назвемо спільні ознаки, які можна прослідкувати між експертом та органами місцевого самоврядування, які надають висновок у справі: 1) вони надають висновок у справі. Ця ознака є формальною, проте саме ця схожість змушує говорити про подібність між експертом та відповідними органами, які надають висновок відповідно до ст. 45 ЦПК України; 2) вони не мають цивільно-правового інтересу у справі.

Ознаками, які відрізняють експерта та органи місцевого самоврядування, які надають висновки у справі, є наступні:

1) Заінтересованість у справі.

Експерт – особа незаінтересована у розгляді справи. Його висновок повинен бути об’єктивним і стосуватися тільки фактичних обставин справи, а не суті спору. Як тільки у суду, чи у сторін, зникає впевненість в об’єктивності експерта, в його незаінтересованості в розгляді справи – експерт повинен бути відведений і замінений іншим експертом. Підстави для відводу експерта передбачені ст.ст. 20, 22 ЦПК України.

Відповідний орган, який дає висновок у справі, заінтересований у тому, щоб рішення було ухвалено на користь однієї із сторін. Проте висновок органу не повинен обмежуватись лише оцінкою фактів, а повинен висловлювати думку з питання про те, яке рішення суду буде найбільш правильним, виходячи із всіх даних.

Суб’єкт ст. 45 ЦПК України – особа заінтересована в силу обов’язків, покладених законом, тому належить до осіб, які беруть участь у справі, а експерт – до осіб, які сприяють здійсненню правосуддя.

Таким чином, якщо умовою участі відповідного органу у процесі є його заінтересованість у захисті прав та інтересів інших осіб, що випливає з функцій управління, то умовою участі експерта є відсутність у нього прямої чи побічної заінтересованості у справі чи інших обставин, які викликають сумнів у його незаінтересованості;

2) Суб’єктний склад.

Суб’єктом експертизи можуть бути особи, які володіють спеціальними знаннями в галузі науки, мистецтва, техніки, ремесла. Згідно з ч. 5 ст. 143 ЦПК України, якщо проведення експертизи доручено спеціалізованій експертній установі, її керівник має право доручити проведення експертизи одному або кільком експертам, створювати комісії з експертів керованої ним установи, якщо судом не визначено конкретних експертів. Висновки в порядку ст. 45 ЦПК України даються не від імені службової чи посадової особи, а від імені відповідного органу;

3) Порядок залучення у цивільний процес.

© Дацко Ю., 2012

Експерт призначається ухвалою суду, а відповідний орган в ряді випадків надає висновок за власною ініціативою.

Відповідно до ч. 1 ст. 143 ЦПК України для з'ясування обставин, що мають значення для справи і потребують спеціальних знань у галузі науки, мистецтва, техніки, ремесла тощо, суд призначає експертизу за заявою осіб, які беруть участь у справі. У ч. 1 ст. 144 ЦПК України вказано, що експертиза призначається ухвалою суду.

У ч. 3 ст. 45 ЦПК України передбачено, що органи місцевого самоврядування можуть бути залучені судом до участі в справі або взяти участь у справі за своєю ініціативою для подання висновків на виконання своїх повноважень;

4) За предметом дослідження.

Предметом експертизи повинні бути тільки факти, які містяться в матеріалах справи, а експерт не повинен і не має права збирати докази. Він не повинен бути пов'язаний з подіями, які є предметом розгляду у суді. Згідно з ч. 5 ст. 53 ЦПК України експерт не має права за власною ініціативою збирати матеріали для проведення експертизи; спілкуватися з особами, які беруть участь у справі, а також іншими учасниками цивільного процесу, за винятком дій, пов'язаних з проведенням експертизи; розголошувати відомості, що стали йому відомі у зв'язку з проведенням експертизи, або повідомляти будь-кому, крім суду, про результати експертизи.

А орган місцевого самоврядування, даючи висновок, досліджує не тільки матеріали справи, але й інші матеріали, які він збирає та досліджує за власною ініціативою;

5) За змістом висновку.

Експерт в результаті проведеного дослідження дає відповіді на запитання, які були поставлені судом, а також особами, які беруть участь у справі, констатуючи обставини, що мають значення для справи, а суб'єкт захисту прав інших осіб надає висновок по питаннях фактів та права спірної справи, висловлює свою думку про вирішення цієї справи.

Сахнова Т.В. вказувала, що експерт, як особа, яка сприяє здійсненню правосуддя, за своїм процесуальним статусом не вправі встановлювати юридичний факт, чи давати правову оцінку виявленим обставинам. Юридичними категоріями він не оперує. Якщо ж експерт зробить спробу дати у своєму висновку юридичну оцінку виявлених ним обставин, це, на думку автора, варто розцінювати як вихід за межі його компетенції, що робить висновок неналежним судовим доказом;

6) За обсягом процесуальних прав та обов'язків.

Відповідно до ч. 5 ст. 46 ЦПК України органи місцевого самоврядування, які беруть участь у справі для подання висновку, мають процесуальні права і обов'язки, встановлені ст. 27 цього Кодексу, а також мають право висловити свою думку щодо вирішення справи по суті.

Якщо відповідний орган наділений всіма правами та несе всі обов'язки особи, яка бере участь у справі, і безпосередньо приймає участь у розгляді і вирішенні справи в суді, то експерт наділений правами і несе обов'язки тільки у зв'язку з підготовкою і дачею висновку з питань, які потребують спеціальних знань.

Згідно з ч. 10 ст. 53 ЦПК України експерт має право: знайомитися з матеріалами справи, що стосуються предмета дослідження; заявляти клопотання про подання йому додаткових матеріалів і зразків; викладати у висновку судової експертизи виявлені в ході її проведення факти, які мають значення для справи і з приводу яких йому не були задані питання; бути присутнім під час вчинення процесуальних дій, що стосуються предмета і об'єктів дослідження; задавати питання особам, які беруть участь у справі, та свідкам; користуватися іншими правами, встановленими Законом України "Про судову експертизу";

7) В залежності від мети участі в процесі.

Мета призначення експертизи – отримання висновку експерта з тих питань, які для правильного вирішення потребують застосування спеціальних знань у галузі науки, мистецтва, техніки, ремесла тощо. Мета участі відповідних органів, що вступають в процес для подання висновків – захист публічних інтересів відповідно до повноважень, визначених законом;

8) За обсягом відповідальності.

Представники відповідних органів, які надають висновок у справі, не попереджаються за дачу завідомо неправдивих висновків, на відміну від експертів. У разі, якщо в процесі судового розгляду буде виявлено, що висновок органу є завідомо неправдивий, таким, що не відповідає закону, то до відповідних працівників цього органу може бути застосована адміністративна відповідальність. Також в разі відмови уповноважених працівників відповідного органу без поважних причин від виконання покладених на них обов'язків, тобто надання висновку на виконання своїх повноважень, суд повинен постановити окрему ухвалу та скерувати керівнику цього органу для застосування адміністративної відповідальності щодо цих працівників та усунення недоліків у роботі органу.

Експерт у таких випадках попереджається про кримінальну відповідальність. Згідно з ч. 13 ст. 53 ЦПК України за завідомо неправдивий висновок або за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків експерт несе кримінальну відповідальність, а за невиконання інших обов'язків — відповідальність, встановлену законом;

9) Оплата за надання висновку.

На відміну від експертів робота представників органів по наданню висновків не підлягає оплаті сторонами. Відповідно до ч. 11 ст. 53 ЦПК України експерт має право на оплату виконаної роботи та на компенсацію витрат, пов'язаних з проведенням експертизи і викликом до суду;

10) За правом витребування іншого висновку.

Підставою для того, щоб спростувати висновок експерта може бути як неповнота наданого висновку, так і сумніви у його правильності, які можуть виникнути в ході судового розгляду. У таких випадках суд вправі та зобов'язаний призначити повторну або додаткову експертизу.

Відповідно до ст. 150 ЦПК України, якщо висновок експерта буде визнано неповним або неясним, судом може бути призначена додаткова експертиза, яка доручається тому самому або іншому експерту (експертам). Якщо висновок експерта буде визнано необґрунтованим або таким, що суперечить іншим матеріалам справи або викликає сумніви в його правильності, судом може бути призначена повторна експертиза, яка доручається іншому експертові (експертам).

Закон не передбачає можливості витребувати додатковий чи повторний висновок органу державної влади чи місцевого самоврядування.

11) За правовим значенням висновку.

Висновок експерта є доказом у справі, і оцінюється судом, як доказ. Згідно з ЦПК України висновок органу місцевого самоврядування не вказаний в переліку засобів доказування, і може братись судом до уваги.

Таким чином, незважаючи на зовнішню схожість правового становища органів місцевого самоврядування, які надають висновок на виконання своїх повноважень, та експертів, ми встановили їх відмінність за суттєвими ознаками. Прирівняння органів місцевого самоврядування, які надають висновок у справі, до експертів призводило б до пасивної ролі в процесі відповідних органів, позбавляло б їх можливості активно захищати свої інтереси в сфері тих функцій, які покладені на них законом.

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЩОДО РОЗПОРЯДЖЕННЯ СПІЛЬНИМ СУМІСНИМ МАЙНОМ ПОДРУЖЖЯ

Дякович М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сімейним кодексом України закріплено, що дружина та чоловік, які придбали майно у шлюбі, мають рівні права на це майно: кожна річ, набута за час шлюбу, крім речей індивідуального користування, є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. Здійснення подружжям права спільної сумісної власності часто породжує проблемні питання у практиків, наслідки здійснення - нерідко супроводжуються багатою судовою практикою. Ми б хотіли звернути увагу на проблемні питання здійснення подружжям права спільної сумісної власності у контексті кредитних правовідносин та правовідносин, які виникають у зв'язку із реалізацією громадянами права на приватизацію.

Відповідно до ст. 63 СК України, дружина та чоловік мають рівні права на володіння, користування і розпорядження майном, що належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено домовленістю між ними. З іншого боку, діями одного з подружжя також може набуватися майно, яке в подальшому стає об'єктом спільної сумісної власності. Складність, яка виникає у такій категорії справ ще на стадії визначення об'єкта права спільної сумісної власності, відображається у правовідносинах у процесі здійснення права спільної власності, оскільки обов'язки, які випливають з таких договорів поширюються на обох з подружжя. Відповідь на питання в чиїх саме інтересах укладався договір одним з подружжя: своїх особистих чи в інтересах сім'ї має визначальний характер для правильного вирішення питання про правові наслідки такого договору.

У цьому контексті доволі цікавими є справи, які стосуються укладення одним із подружжя кредитного договору та отримання кредитних коштів. Позиція Верховного Суду України в узагальненні розгляду цивільних справ, що виникають з кредитних правовідносин, згідно з якою кредитний договір є правочином щодо отримання у власність грошових коштів і створює обов'язки лише для позичальника як сторони договору, а не для другого з подружжя, є доволі суперечливою. З цією позицією не погоджується Я.М. Романюк і вважає її помилковою, оскільки, якщо за кошти одержані в кредит одним із подружжя придбано квартиру для сім'ї, то вона стає об'єктом спільної сумісної власності обох із подружжя. Той факт, що в подальшому кредит самостійно погашено одним із подружжя, на розмір його частки у праві власності на квартиру не впливає, а може бути лише підставою для регресної вимоги до другого з подружжя. Ми частково розділяємо цю думку. Питання регресних вимог, на нашу думку, можливі лише після розірвання шлюбу і поділу майна, оскільки специфіка сімейних правовідносин грунтується на презумпції спільності майна та здійсненні подружжям права спільної сумісної власності. Питання поділу майна подружжя може вирішуватися як у судовому порядку, якщо є спір, так і в договірному порядку. Тому суду необхідно буде здійснити оцінку доказів щодо укладення договору одним із подружжя в інтересах сім'ї і, відповідно, використання подружжям цього майна *спільно*. Вважається, що при укладенні договорів (будь-яких) одним із подружжя, він діє за згодою другого з подружжя. Саме тому ми не можемо погодитися з висновками, які наведені у вищезазначеному узагальненні, оскільки при укладенні договорів одним із подружжя, крім вищезазначеного, слід також виходити з п. 4 ст. 65 СК України, а саме укладення договору одним із подружжя в інтересах сім'ї. На нашу думку, законодавець поширив презумпцію згоди одного з подружжя і на правовідносини, які виникають з договорів укладених другим з подружжя в інтересах сім'ї. Таким чином право на майно у таких випадках виникає у обох з подружжя. Як виняток, якщо на придбання майна одним із подружжя використано майно чи кошти, набуті до шлюбу, на підставі договору дарування чи в порядку спадкування або кошти, які належали одному з подружжя особисто, він може вимагати визначення у судовому порядку своєї частки у праві спільної сумісної власності з урахуванням цього вкладу або визнання цього майна об'єктом лише його права власності.

© Дякович М., 2012

Цікавим є питання щодо солідарного майнового обов'язку подружжя, якщо договір укладався одним із подружжя в інтересах сім'ї, а отримані за ним кошти використовувалися в інтересах сім'ї без згоди другого з подружжя. Ми розділяємо думку Я.М. Романюка, що законодавець презюмує у цих випадках згоду другого з подружжя. Крім цього, на нашу думку, суд мав би брати до уваги мовчазну згоду другого з подружжя і розцінювати такі дії як схвалення другим з подружжя укладеного в інтересах сім'ї договору, що має стати єдиною підставою для обох з подружжя щодо виконання ними солідарного обов'язку, який виник з цього договору. Навіть у разі, якщо суд встановить, що такі дії один із подружжя вчинив без згоди другого з подружжя, це може бути підставою для звільнення того, хто не давав згоди, від солідарного майнового обов'язку лише тоді, коли суд встановить, що сторони такого договору діяли недобросовісно.

Питання щодо розпорядження майном, яке придбано та оформлено на одного з подружжя, який є суб'єктом підприємницької діяльності потребує окремої уваги. Пленум Верховного Суду України у постанові від 21.12.2007 р. № 11 «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя» у п. 29 зазначив, що майно фізичної особи-підприємця не є об'єктом спільної сумісної власності подружжя. Вважаємо, що такий висновок суперечить, у першу чергу, Конституції України, а також Цивільному кодексу України та іншим законодавчим актам. Серед переліку суб'єктів права власності відсутній такий суб'єкт права власності як фізична особа – підприємець (ст.ст. 2, 318 ЦК України). Крім цього, Конституція України (ст.41) та ЦК України (ст.325) закріпили право приватної власності, де суб'єктами виступають фізичні та юридичні особи. Таким чином, суб'єктом права власності законодавством визначається фізична особа. Виходячи з вищенаведеного, дохід, одержаний від продажу квартири або будинку, що належить на праві власності фізичній особі, не можна розглядати як дохід, одержаний в межах здійснення цією фізичною особою підприємницької діяльності і вказаний дохід, згідно з п. 177.6 ст. 177 ПК України, оподатковується за загальними правилами, встановленими для платників податку –фізичних осіб. Таким чином, будь-яке майно, яке навіть оформлене на фізичну особу-підприємця, яка перебуває у шлюбі, слід відносити, на нашу думку, до спільної сумісної власності подружжя.

Інтерес як у науковців, так і у практиків викликають нововведення впроваджені Законом України «Про внесення зміни до статті 61 СК України щодо об'єктів права спільної сумісної власності подружжя» від 11.01.2011 р. за № 2913-VI. Так, ст. 61 СК України доповнено ч.5, а саме: «Об'єктом права спільної сумісної власності подружжя є житло, набуте одним із подружжя під час шлюбу внаслідок приватизації державного житлового фонду, та земельна ділянка, набута внаслідок безоплатної передачі її одному з подружжя із земель державної або комунальної власності, у тому числі приватизації».

Приватизація є спеціальною правовою підставою набуття права власності на державне житло, адже суб'єктом такого набуття може бути не будь-який громадянин України, а лише той, який відповідає вимогам приватизаційного законодавства, а відтак приватизація державного житла є індивідуальним актом його переходу у власність конкретного громадянина. Закон України «Про приватизацію державного житлового фонду» чітко визначив, що у випадку приватизації житла виникає або спільна сумісна, або спільна часткова власність членів сім'ї. Звернемо увагу, що в законі мова не йде про спільну сумісну власність подружжя. Це підкріплюється і тим, що законодавець визначив порядок здійснення прав щодо розпорядження приватизованим майном, який, за безпосередньою вказівкою, регулюється цивільним законодавством.

Спільність майна подружжя виникає під час шлюбу у випадку, коли докладаються спільні зусилля як чоловіка, так і дружини у набутті такого майна. Навіть якщо й один з них не мав самостійного заробітку (доходу) з причин навчання, ведення домашнього господарства, догляду за дітьми і т. ін., то це означає, що він також своїми діями, які були спрямовані на спільне життя і створення умов для гармонійного розвитку сім'ї та її членів, брав участь у набутті майна. Як зазначає І.В. Жилінкова, приватизована квартира може стати об'єктом права спільної власності подружжя лише за умов, що: подружжя є громадянами України;чоловік та дружина постійно проживали в квартирі, яка приватизується або за ними зберігається право на

житло;чоловік та дружина висловили своє бажання на приватизацію. Це свідчить про те, підкреслює І.В. Жилінкова, що при приватизації виникають правовідносини "громадянин – держава Україна", а не "чоловік - дружина".

Що ж до земельних ділянок, то, на думку Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ» від 16.04.2004 № 7, окрема земельна ділянка, одержана громадянином у період шлюбу в приватну власність шляхом приватизації, є його особистою приватною власністю, а не спільною сумісною власністю подружжя, оскільки йдеться не про майно, нажите подружжям у шлюбі, а про одержану громадянином частку із земельного фонду (п. 18-2).

Оскільки більшість громадян вже здійснили своє право на приватизацію, то якщо реалізовувати п. 5 ст. 61 СК України, знову ж постає питання, з якого моменту ця норма вступає у дію. На жаль, законодавець не зазначив цього. Оскільки закон зворотної сили не має, що підтверджується ст. 58 Конституції України, у якій встановлено, що акти цивільного законодавства, як й інші нормативні акти, зворотної дії в часі не мають, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують цивільну відповідальність особи, то презюмуємо, що його норми поширюються на правовідносини, які виникли після набрання ним чинності. Проте, Міністерство юстиції України у своєму листі від 13.05.2001 р. за № 4208-0-33-11-31 безпідставно і юридично не логічно, на нашу думку, поширило дію цієї норми і на правовідносини, які виникли до її прийняття. Таким чином, нотаріус при посвідченні договорів відчуження майна, набутого одним із подружжя шляхом приватизації, обов'язково має долучати до справ згоду другого з подружжя на таке відчуження, незалежно від дати набрання чинності вищезазначеним Законом. Це означає, що правочини, предметом яких було майно набуте шляхом приватизації, посвідчені нотаріусами до 2011 року, можуть бути оскаржені одним з подружжя у суді, права якого таким чином будуть порушені (як от відчуження житла після розірвання шлюбу, яке було приватизоване одним із подружжя разом із батьками, під час шлюбу). Більше того, поширення режиму спільної сумісної власності на таке майно суперечить певною мірою статтям 57, 60 СК України, згідно з якими майно, набуте ними до шлюбу є особистою власністю кожного з них, а набуте подружжям за час шлюбу – їх спільною сумісною власністю. У нашому випадку право на приватизацію державного житла виникло до шлюбу, а відтак логічно вважати його роздільною власністю.

Приватизація державного житлового фонду, земельних ділянок - це право кожного громадянина України, яке закріплено законом, і на нашу думку, п.5 щодо поширення правового режиму спільної сумісної власності подружжя на приватизоване майно, має бути виключений із ст. 61 СК України.

Узагальнюючи вищезазначені питання практики, які виникають у зв'язку із здійсненням подружжям спільної сумісної власності, необхідно зазначити, що причиною порушення прав та законних інтересів подружжя є не помилки, які допускають нотаріуси та суди при застосуванні норм матеріального чи процесуального права, а відсутність сформованої законодавчої політики у сфері сімейних правовідносин, що відображається у відсутності системності та логічної довершеності у законотворчості

СПЕЦИФІКА ПЕРЕГЛЯДУ УХВАЛ КАСАЦІЙНОЮ ІНСТАНЦІЄЮ УКРАЇНИ

Заяць Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Для визначення специфіки перегляду ухвал касаційною інстанцією України необхідно проаналізувати підстави і наслідки оскарження ухвал, що визначені чинним цивільно-процесуальним законодавством, а також дослідити практику Судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у цій сфері.

Цивільний процесуальний кодекс України передбачає, що за наслідками розгляду касаційної скарги на ухвалу суду Судова палата у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ має такі процесуальні можливості: відхилення скарги і залишення ухвали без змін, якщо судом прийнято ухвалу з додержанням вимог закону; скасовує ухвалу і передає питання на новий розгляд до суду першої або апеляційної інстанції, якщо було порушено порядок, встановлений для його вирішення; змінює або скасовує ухвалу і постановляє ухвалу з цього питання, якщо воно було вирішено всупереч нормам процесуального права або при правильному вирішенні було помилково сформульовано суть процесуальної дії чи підстави її застосування.

Предметом нашого дослідження є не всі ухвали, які постановляє суд в процесі порушення, розвитку і припинення судочинства у цивільній справі, а тільки ті ухвали апеляційного суду, які перешкоджають провадженню по справі. Тобто такі, які характеризуються відносною самостійністю від рішення суду, особливою значущістю для подальшого розгляду справи і специфікою наслідків, які вони спричиняють. Перелік ухвал, які підлягають оскарженню в касаційному порядку учасниками процесу із розвитком процесуальної науки змінювався, але судова практика дозволила зробити висновок, що розширення кола ухвал сприяє затягування провадженню у справі, а звуження кола провокує сваволю суддів. Тому встановлення положення, що підлягають касаційному оскарженню тільки ті ухвали апеляційного суду, які або створюють перепони на шляху розвитку процесуального провадження або переривають рух справи є оптимальним для забезпечення оперативності правосуддя та законності судового захисту. До таких ухвал належить: ухвала про зупинення провадження по справі, ухвала про закриття провадження, ухвала про залишення заяви без розгляду та інші.

За результатами аналізу ухвал Судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ можемо підсумувати, що касаційна інстанція після вивчення матеріалів справи і перевірки доводів скаржника найчастіше приходить до висновку, що апеляційний суд постановив ухвалу з додержанням вимог закону та залишає ухвалу без змін.

Так у справі №6-1295св10 скаржник звернувся до апеляційного суду із скаргою на рішення районного суду про стягнення суми позики. Апеляційний суд залишив скаргу без розгляду. У касаційний скарзі заявник просить ухвалу скасувати та направити справи до суду апеляційної інстанції для розгляду по суті. Касаційний суд не виявив порушення апеляційним судом норм процесуального права і постановив ухвалу від 26.07.2011 р. про відхилення скарги та залишення ухвали апеляційного суду без змін.

Аналогічна ситуація простежується у справі №6-5362св10, де заявник у касаційній скарзі порушує питання про скасування ухвали апеляційного суду про залишення без розгляду апеляційної скарги на рішення районного суду про визнання права власності на частину житлового будинку. Скаржник мотивував свою вимогу порушення судом норм процесуального права та неправильним застосуванням норм матеріального права. Проте колегія суддів не знайшла в діях першої та апеляційної інстанції порушень і вважала за необхідне на підставі п.1 ст.342 ЦПКУ касаційну скаргу відхилити, а ухвалу апеляційного суду залишити без змін (ухвала від 28.07.2011 р.).

© Заяць Н., 2012

Проте часом касаційна інстанція виявляє в діях апеляційного суду порушення порядку, що встановлений цивільно-процесуальним законодавством для вирішення окремих питань, що має наслідком скасування ухвали і передачі питання до суду першої або апеляційної інстанції.

Ухвала від 27.04.2011 р. у справі №6-5132св10 ілюструє як суд апеляційної інстанції при вирішенні питання про наявність підстав для поновлення строку на апеляційне оскарження рішення районного суду про визнання права власності на житловий будинок в порядку спадкування вирішив, що судом першої інстанції права і обов'язки апелянта не порушуються і на цій підставі відмовив у задоволенні клопотання про поновлення строку, а апеляційну скаргу залишив без розгляду. Суд касаційної інстанції дійшов висновку, що відмова у поновленні строку з підстав, що рішення не стосується прав і обов'язків заявника є підставною, а тому ухвала апеляційного суду підлягає скасування з передачею питання на новий розгляд до суду апеляційної інстанції.

Для повного розкриття повноваження суду касаційної інстанції, що передбачено п.2 ч.1 ст.342 ЦПК України варто проаналізувати ще справу №6-4037св11. Рішенням районного суду в задоволенні позову про стягнення заробітної плати та компенсації втрати частину доходу у зв'язку з порушенням строків їх виплати відмовлено. Ухвалою апеляційного суду у прийнятті апеляційної скарги відмовлено, оскільки апелянт в прохальній частині апеляційної скарги допустив помилку в даті ухвалення судового рішення. Скаржник звернувся до касаційного суду з скаргою, де просить скасувати ухвалу апеляційного суду у зв'язку з порушенням апеляційним судом норм процесуального права. Колегія суддів судового палати у цивільних справах проаналізувавши матеріали справи дійшов висновку, що у випадку подання апеляційної скарги без додержання процесуальних вимог до її змісту, апеляційний суд мав постановити ухвалу про залишення її без руху і надати строк на усунення недоліків, а не відмовляти у прийнятті апеляційної скарги. Враховуючи наведене касаційний суд скасував ухвалу апеляційного суду про відмову у прийнятті апеляційної скарги і повернув справу до апеляційного суду для вирішення питання про прийняття.

Якщо судом нижчих інстанцій допущені порушення норм процесуального характеру, які мають суттєве значення, а в матеріалах справи міститься достатньо інформації для вирішення окремого питання, суд касаційної інстанції постановляє нову ухвалу у цивільній справі.

Так у справі №6-4282св11 позивач звернувся до районного суду з вимогою про скасування рішення третейського суду, оскільки останній вирішив спір, що не підвідомчій третейським судом і в рішення вирішив питання про права і обов'язки осіб, які не брали участь у справі. Рішенням районного суду заява задоволена. Ухвалою апеляційного суду рішення районного суду залишено без змін. Суд касаційної інстанції проаналізувавши матеріали справи, дійшов висновку, що рішенням третейського суду вирішені питання про інтерес осіб, які не залучені до справи, що є порушенням Закону України „Про третейські суди" (в редакції чинній на час вирішення спору третейським судом), що є безумовною підставою для скасування рішення третейського суду. Оскільки судами першої та апеляційної інстанції обставини справи встановлено повно і правильно, але застосовано закон, який не поширюється на відносини, які виникли між сторонами (застосовано закон у редакції, що чинна на момент розгляду районним судом, а не той який був чинний на момент розгляду третейським судом), ухвалені у справі судові рішення підлягають скасування з постановлянням ухвали від 06.07.2011 р. про задоволення заяви та скасування рішення третейського суду.

Отже, ґрунтовний аналіз законодавства та судової практики дозволяє зробити висновок, що специфіка оскарження ухвал апеляційної інстанції до суду касаційної інстанції виражається в значенні ухвал для подальшого ходу цивільної справи, підставах оскарження та заходах, що вживає касаційний суд за результати розгляду скарги.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ІПОТЕКИ ОБ'ЄКТІВ НЕЗАВЕРШЕНОГО БУДІВНИЦТВА

Квіт Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до ст.1 Закону України «Про іпотеку» від 05.06.2003 р. №898-IV, об'єкт незавершеного будівництва – це об'єкт будівництва, на який видано дозвіл на будівництво, понесені витрати на його спорудження та не прийнятий в експлуатацію відповідно до законодавства. Стосовно визначення об'єкта незавершеного будівництва необхідно також звернутись до ч.3 ст.331 ЦК України, за якою до завершення будівництва (створення майна) особа вважається власником матеріалів, обладнання тощо, які були використані в процесі цього будівництва. Зі змісту ст.331 ЦК України випливає, що об'єкт незавершеного будівництва може бути предметом договору, в тому числі іпотечного чи договору про іпотечний кредит, лише після здійснення державної реєстрації права власності на нього. І тут виникає проблема, а саме, на сьогодні не існує механізму реєстрації права власності на об'єкти незавершеного будівництва, на практиці такої реєстрації не проводять, а отже, неможливо реалізувати вимоги, передбачені нормою ст.331 ЦК України.

Відповідно до ст.5 Закону України "Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати" іпотека встановлюється відповідно до цього Закону щодо нерухомого майна, об'єктів незавершеного будівництва, а також майнових прав на нерухомість, будівництво якої незавершено. Детальніше це питання регулюється Законом України "Про іпотеку", зокрема, ст.5, передбачає, що предметом іпотеки можуть бути один або декілька об'єктів нерухомого майна за таких умов: нерухоме майно має належати іпотекодавцеві на праві власності (на праві повного господарського відання, якщо це є державне чи комунальне підприємство, установа, організація); це майно може бути відчужене іпотекодавцем і на це майно може бути звернене стягнення; це нерухоме майно має бути зареєстроване у встановленому законом порядку як окремий виділений в натурі об'єкт права власності, якщо інше не встановлено Законом "Про іпотеку" (наприклад, судна реєструються в Державному реєстрі суден України тощо).

Але, крім того, ще є окремі вимоги до певних об'єктів нерухомого майна. Зокрема, відповідно до ч.2 ст.5 Закону України "Про іпотеку" предметом іпотеки також може бути об'єкт незавершеного будівництва, майнові права на нього, інше нерухоме майно, яке стане власністю іпотекодавця після укладення іпотечного договору, за умови, що іпотекодавець може документально підтвердити право на набуте ним у власність відповідне нерухоме майно у майбутньому. Обтяження такого нерухомого майна іпотекою підлягає державній реєстрації у встановленому законом порядку незалежно від того, хто є власником такого майна на час укладення іпотечного договору. Об'єкти незавершеного будівництва, розташовані на переданій в іпотеку земельній ділянці, вважаються предметом іпотеки незалежно від того, хто є власником об'єкта незавершеного будівництва.

Також важливо проаналізувати зміст ст.16 цього Закону, яка регулює особливості іпотеки об'єктів незавершеного будівництва. Ця стаття передбачає, що передача в іпотеку об'єктів незавершеного будівництва здійснюється шляхом передачі в іпотеку прав на земельну ділянку, на якій розташований об'єкт незавершеного будівництва, об'єктів незавершеного будівництва та майнових прав на них. Обтяження об'єкта незавершеного будівництва іпотекою підлягає державній реєстрації у встановленому законодавством порядку. Після завершення будівництва будівля (споруда), житловий будинок або житлова квартира залишається предметом іпотеки відповідно до іпотечного договору. У разі передачі в іпотеку об'єкта незавершеного будівництва забудовником і звернення стягнення на завершену будівлю (споруду) іпотека не поширюється на ту її частину, яка виділена в натурі і була придбана будь-якою особою (покупцем) на підставі цивільно-правового договору шляхом повної сплати її вартості до моменту прийняття рішення про звернення стягнення, якщо інше не встановлено договором з покупцем. Після звернення стягнення до нового власника завершеної будівлі (споруди) або об'єкта

© Квіт Н., 2012

незавершеного будівництва переходять визначені договором права і обов'язки забудовника щодо третіх осіб-покупців.

Щодо майнових прав на об'єкт незавершеного будівництва, то треба відзначити, що останнім часом законодавець приділив значну увагу цьому питанню, про що свідчать останні зміни до Закону України "Про іпотеку" від 25.12 2008 року. Зокрема, такі майнові права передбачені в ч.1 ст.1 Закону і прирівняні до нерухомого майна (нерухомості), чим законодавець хотів підкреслити можливість передачі майнових прав під іпотеку, а не під заставу. Крім цього, у ч.3 ст.3 Закону врегульовано особливості укладення іпотечного договору, предметом якого є майнові права на об'єкт незавершеного будівництва, де передбачено, що такий договір посвідчується нотаріусом на підставі документів, що підтверджують майнові права на цю нерухомість. До таких документів можна, зокрема, віднести державний акт на право власності на землю, де розміщений такий об'єкт.

Під час дослідження об'єктів незавершеного будівництва та майнових прав на них як предмету іпотеки, в контексті їх правового регулювання цим Законом, виникають, на нашу думку, дві основні проблеми. Перша – це необхідність розмежування, в яких саме випадках має застосовуватися кожен з передбачених ч.1 ст.16 Закону способів передачі в іпотеку об'єктів незавершеного будівництва, а саме, шляхом передачі в іпотеку прав на земельну ділянку, на якій розташований об'єкт незавершеного будівництва, чи передачі самого об'єкту незавершеного будівництва або ж майнових прав на такий об'єкт. І друга проблема – якщо обирається останній із зазначених способів, а саме, передача майнових прав на об'єкт незавершеного будівництва, то що в такому випадку виступає предметом іпотечного договору – об'єкт незавершеного будівництва (як це тлумачиться ч.1 ст.16 Закону) чи майнові права на об'єкт незавершеного будівництва, які, виходячи із змісту ч.5 ст.5 Закону, також можуть бути предметом іпотечного договору.

Отже, виникає питання правового тлумачення поняття майнових прав на об'єкт незавершеного будівництва в контексті цього Закону: це самостійний предмет іпотечного договору чи це лише спосіб передачі в іпотеку об'єкта незавершеного будівництва як предмету іпотечного договору. Щоб розібратися в даній ситуації, необхідно також проаналізувати ст.5 Закону України "Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати", де передбачено, що іпотека виникає відповідно до цього Закону та Закону України "Про іпотеку" щодо нерухомого майна, об'єктів незавершеного будівництва та майнових прав на нерухомість, будівництво якої не завершено. Отже, спеціальний закон також визначає як специфічний предмет іпотечного договору, яким забезпечується іпотечний кредит, майнові права на об'єкт незавершеного будівництва. І дійсно, на нашу думку, даний специфічний предмет іпотеки може використовуватися у тих випадках, коли об'єкт незавершеного будівництва не може виступати предметом іпотеки в силу того, що не проведена державна реєстрація права власності на такий об'єкт і він не може, відповідно до вимог цивільного законодавства, виступати предметом будь-якого, в тому числі, іпотечного договору.

На нашу думку, необхідно внести зміни до ч.1 ст.16 Закону України "Про іпотеку", виклавши її у наступній редакції: "Передача в іпотеку об'єктів незавершеного будівництва здійснюється шляхом передачі в іпотеку прав на земельну ділянку, на якій розташований об'єкт незавершеного будівництва чи самого об'єкту незавершеного будівництва на підставі свідоцтва про право власності на землю чи на такий об'єкт або на підставі інших документів, що підтверджують перехід права власності на цей об'єкт до іпотекодавця (наприклад, договір купівлі-продажу). За відсутності вищезазначених документів, предметом іпотечного договору виступають майнові права на об'єкт незавершеного будівництва, що передаються в іпотеку в порядку, передбаченому ч.3 ст.3 цього Закону".

В контексті майнових прав на об'єкт незавершеного будівництва необхідно також звернути увагу на вживання у Законі України "Про іпотеку" та Законі України "Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати" такого формулювання як "майнові права на нерухомість, будівництво якої незавершене", яке, як нам видається, суперечить як нормам Цивільного кодексу України, так і ст.1 Закону України "Про іпотеку". На нашу думку, даний термін не може застосовуватися, оскільки є поняття "об'єкт незавершеного будівництва", яке закріплене Цивільним кодексом України, та дане його ви-

значення Законом України “Про іпотеку” і яке необхідно застосовувати в даній ситуації, замінивши вищезгадане формулювання таким: “Майнові права на об'єкт незавершеного будівництва”. Таку заміну необхідно застосувати до всього тексту Закону України “Про іпотеку” та Закону України “Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати”.

ОСОБЛИВОСТІ ДОГОВОРУ В ФОРМІ НОТАРІАЛЬНОГО АКТУ

Коссак В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Згідно з ст. 615 ЦК України у разі порушення зобов'язання однією стороною друга сторона має право частково або в повному обсязі відмовитися від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом. Одностороння відмова від зобов'язання не звільняє винну сторону від відповідальності за порушення зобов'язання. Внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання частково або у повному обсязі відповідно змінюються умови зобов'язання або воно припиняється. Аналіз дефініції коментованої статті дає можливість дійти до висновку, що така відмова є своєрідною оперативною санкцією щодо сторони - боржника в зобов'язанні. Але вона не матиме ефективного впливу на сторону - порушника, якщо зобов'язання за договором виконані стороною, права якої порушено. В такому випадку, одностороння відмова від договору не матиме жодного значення без застосування правових наслідків відмови.

Відмова як підстава припинення зобов'язання повинна пов'язуватися з поверненням виконаного кредитору - стороні зобов'язання. В іншому разі, відмова для сторони - порушника зобов'язання буде засобом оперативного впливу, якщо це односторонній зобов'язуючий договір. В такому випадку право має одна із сторін, а обов'язки друга або, якщо у сторони, яка має право відмовитись від зобов'язання ще не виникло на момент відмови обов'язку вчинити певні дії, які складають зміст зобов'язання.

Відмова від договору можлива у випадках, передбачених законом або договором. Однак спеціальних положень щодо відмови від договорів, які нотаріально посвідчують відчуження об'єктів нерухомості немає. Але можна при укладенні договорів, щодо яких вимагається нотаріальна форма передбачити умови, які дозволяють настання правових наслідків поставити в залежність від настання певних обставин. Так, згідно з ст. 212 ЦК України особи, які вчиняють правочин, мають право обумовити настання або зміну, припинення прав та обов'язків обставиною, щодо якої невідомо, настане вона чи ні.

Для договорів про відчуження нерухомого майна це не може служити підставою для відмови в подальшому від договірних зобов'язань. Відмова стосується зобов'язань, що виникли, а не тих, виникнення яких ставиться в залежність від настання чи ненастання певних обставин.

Цивільний кодекс Республіки Польща в ст. 157 §1 підкреслює, що право власності на нерухомість не може бути передано під умовою або із застереженням строку. Обмежуючи в такий спосіб свободу розпоряджання нерухомістю, законодавець має на меті не допустити ситуації, за якої певна нерухомість одночасно мала б двох власників - відчужувача і набувача. Коментоване обмеження не стосується випадків передання права власності на нерухомість шляхом укладення попередніх договорів про майбутнє укладення основних договорів купівлі-продажу, обміну, дарування. Це передбачено положенням ст. 157 §2 Цивільного кодексу Польщі, відповідно до якого для передання власності потрібно досягти додаткового погодження сторін, змістом якого є згода на передання права власності без застереження строку передання або під умовою.

Тому договір купівлі-продажу нерухомості повинен містити беззастережне волевиявлення, спрямоване на передання права власності на предмет договору. У разі нездійснених в повному розмірі розрахунків за проданий об'єкт нерухомості, в договорі передбачається умова про термін остаточного розрахунку. Але майнові права, пов'язані з укладенням договору, виникають після його нотаріального посвідчення. У разі прострочення оплати вимога щодо розрахунків повинна пред'являтися в межах строку позовної давності відповідно до положень зобов'язального права.

Таким чином, момент передання нерухомості за договором купівлі-продажу може визначатися попереднім договором. Несплата ціни за договором купівлі-продажу нерухомості не повинна бути підставою його розірвання і припинення права власності у покупця. Але це не позбавляє кредитора права вимагати виконання боржником свого обов'язку і навіть звернення

© Коссак В., 2012

вимоги на майно боржника, в тому числі на об'єкт нерухомості, що був предметом договору купівлі продажу.

Ст. 214 ЦК України передбачає можливість відмови від правочину. Згідно з названою статтею особа, яка вчинила односторонній правочин, має право відмовитися від нього, якщо інше не встановлене законом. Якщо такою відмовою порушено права інших осіб, ці права підлягають захисту.

Особи, які вчинили дво - або багатосторонні правочини мають право за взаємною згодою сторін, а також у випадках, передбачених законом, відмовитися від нього навіть в тому разі, якщо його умови повністю ними виконані. Відмова від правочину вчиняється у такій самій формі, в якій було вчинено правочин. Правові наслідки відмови від правочину встановлюються законом або домовленістю сторін.

Таким чином, учасник одностороннього правочину може в будь-який час відмовитися від правочину, в т.ч. посвідченого нотаріально. Так, згідно з ст. 1254 ЦК України заповідач має право у будь-який час скасувати заповіт та скласти новий заповіт. Заповідач має право у будь-який час внести до заповіту зміни. Складніша ситуація з двостороннім правочином. Одностороння відмова за загальним правилом не допускається. Але за згодою сторін навіть у разі виконання умов правочину, вони мають право на відмову від нього. Відмова повинна бути вчинена в тій самій формі, що і правочин. Тому, якщо правочин вчинений, в нотаріальній формі, то відмова від нього повинна бути посвідчена нотаріально.

ПРИПИНЕННЯ ВІДНОСИН ЗА ДОГОВОРОМ ОРЕНДИ ДЕРЖАВНОГО ТА КОМУНАЛЬНОГО МАЙНА

Коссак С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Питання умов припинення та розірвання договору оренди державного та комунального майна регулюється ст. 291 Господарського кодексу, ст.ст. 782, 783, 784 Цивільного кодексу, Законом України "Про оренду державного та комунального майна" та безпосередньо положеннями відповідного договору оренди.

Дія договору оренди майна припиняється у випадку: закінчення строку дії договору, на який його було укладено (при заяві однієї із сторін про припинення чи зміну договору); приватизації об'єкта оренди орендарем (за участю орендаря); банкрутства орендаря; загибелі об'єкта оренди; ліквідації юридичної особи, яка була орендарем або орендодавцем.

Договір оренди може бути розірвано за погодженням сторін. На вимогу однієї із сторін договір оренди може бути достроково розірвано за рішенням суду у разі невиконання сторонами своїх зобов'язань та з інших підстав, передбачених законодавчими актами України. Зокрема, Орендодавець може вимагати розірвання договору оренди, якщо: наймач користується річчю всупереч договору або призначенню речі; наймач без дозволу наймодавця передав річ у користування іншій особі; наймач своєю недбалою поведінкою створює загрозу пошкодження речі; наймач не приступив до проведення капітального ремонту речі, якщо обов'язок проведення капітального ремонту був покладений на наймача. На вимогу орендаря суд може розірвати договір оренди у випадку: наймодавець не виконує свого обов'язку щодо проведення капітального ремонту речі; наймодавець передав у користування річ, якість якої не відповідає умовам договору та призначенню речі.

У чинному законодавстві існує колізія щодо односторонньої відмови від договору оренди. Так, ст.782 ЦК регламентує право наймодавця відмовитися від договору найму і вимагати повернення речі, якщо наймач не вносить плату за користування річчю протягом трьох місяців підряд. У разі відмови наймодавця від договору найму договір є розірваним з моменту одержання наймачем повідомлення наймодавця про відмову від договору. Попри це у ст.291 Господарського кодексу України та ч.1 ст.26 Закону України "Про оренду державного та комунального майна" одностороння відмова від договору оренди не допускається, а розглядається можливість розірвання договору оренди лише за згодою сторін або за рішенням суду. За наявності відповідних підстав до таких відносин можливе застосування ч.1 ст 236 ГК України, де одностороння відмова сторони від виконання своїх зобов'язань розглядається як різновид оперативно-господарської санкції за порушення зобов'язання іншою стороною. Втім, відповідно до ч.1 ст. 235 ГК України застосування таких санкцій можливе лише за умови, якщо вони передбачені договором.

Л.Карпенко, аналізуючи судову справу про розірвання договору оренди у випадку, коли орендар користується річчю всупереч договору або призначенню речі, підтверджуючи позицію колегії суддів Вищого господарського суду України зазначив, що само по собі встановлення більярдних столів у частині орендованого приміщення першого поверху ніяким чином не спростовує факт використання цієї ж частини приміщення для торговельних потреб і, тим більше, не доводить використання іншої – більшої частини орендованих приміщень з порушенням цільового призначення майна, переданого в оренду.

З врахуванням того, що сторони можуть визначати зміст договору на основі вільного волевиявлення, коли вони мають право погоджувати на свій розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству, однією з підстав припинення договірних відносин може бути положення відповідно до якого несплата плати за відшкодування витрат балансоутримувача на утримання орендованого нерухомого майна та надання комунальних послуг орендарю в повному обсязі протягом встановленого строку від дня закінчення строку платежу є підставою для дострокового розірвання договору оренди.

© Коссак С., 2012

Припинення договору оренди (в тому числі розірвання договору оренди, закінчення строку його дії та відмова від його продовження, банкрутство орендаря) є юридичним фактом і має певні правові наслідки.

Зокрема, у разі припинення договору оренди орендар зобов'язаний повернути орендодавцеві об'єкт оренди.

Що стосується майна підприємства, його структурного підрозділу, яке передано в оренду як ЦМК, то при поверненні майна після припинення договору оренди необхідно враховувати таке. Згідно зі ст. 14 Закону України "Про оренду державного та комунального майна" після передачі майна підприємства в оренду його діяльність як державного підприємства припиняється шляхом приєднання до орендаря, а структурного підрозділу - шляхом виділення з підприємства з наступним приєднанням до орендаря. Орендар стає правонаступником прав та обов'язків підприємства відповідно до договору оренди, а у разі оренди ЦМК структурного підрозділу – також правонаступником прав та обов'язків підприємства, пов'язаних з діяльністю цього структурного підрозділу. У разі зміни власника майна, переданого в оренду, до нового власника переходять права і обов'язки за договором оренди. Сторони можуть встановити в договорі оренди, що в разі відчуження власником об'єкта договір оренди припиняється.

У разі розірвання договору оренди ЦМК підприємства, його структурного підрозділу, закінчення строку його дії та відмови від його продовження або банкрутства орендаря орендар за згодою орендодавця передає об'єкт оренди органу, який до укладення договору оренди здійснював повноваження з управління відповідним майном. Зазначений орган або його правонаступник зобов'язаний протягом тридцяти днів прийняти об'єкт оренди в своє управління. У разі якщо правонаступник органу, який до укладення договору оренди здійснював повноваження з управління відповідним майном, не визначений, об'єкт оренди, не заборонений до оренди чи приватизації, може бути переданий в оренду орендодавцем, зазначеним в абзацах другому і третьому статті 5 Закону України "Про оренду державного та комунального майна", або приватизований в установленому законом порядку, якщо вивчення попиту не виявило потенційних орендарів.

Орендар окремого індивідуально визначеного майна при розірванні договору оренди з підстав, зазначених у ч. 1 ст. 27 Закону України "Про оренду державного та комунального майна", зобов'язаний повернути це майно відповідному підприємству, господарському товариству, створеному в процесі приватизації (корпоратизації), або його правонаступнику.

Припинення дії договору оренди у зв'язку з приватизацією орендованого майна може мати місце виключно у разі якщо це майно приватизовано орендарем. В інших випадках договір оренди зберігає чинність для нового власника майна.

Що ж до припинення договору оренди у зв'язку з банкрутством орендаря – юридичної особи, то дію цього договору слід вважати припиненою лише якщо після затвердження ліквідаційного балансу суд виносить ухвалу про ліквідацію орендаря, оскільки за наявності у банкрута майна, достатнього для задоволення вимог кредиторів, відповідно до ч.3 ст.32 Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" він вважається вільним від боргів і продовжує свою підприємницьку діяльність.

Повернення орендодавцеві об'єкта оренди здійснюється на умовах, зазначених у договорі оренди. Якщо орендар допустив погіршення стану орендованого майна або його загибель, він повинен відшкодувати орендодавцеві збитки, якщо не доведе, що погіршення або загибель майна сталися не з його вини.

В тому випадку, якщо орендар своєчасно не повертає орендаване майно, в нього виникає обов'язок сплати неустойки за фактичне користування майном. Так, з врахуванням положень ч.2, 3 ст.291 ГК та ч.1 ст.17 Закону України "Про оренду державного та комунального майна", відповідно до ст. 785 ЦК, у разі припинення договору найму наймач зобов'язаний негайно повернути наймодавцеві річ у стані, в якому вона була одержана, з урахуванням нормального зносу, або у стані, який було обумовлено у договорі. Якщо наймач не виконує обов'язку щодо повернення речі, наймодавець має право вимагати від наймача сплати неустойки у розмірі подвійної плати за користування річчю за час прострочення. Аналіз судової практики свідчить, що у цьому випадку неустойка є самостійною майновою відповідальністю у сфері орендних відносин та підлягає стягненню за весь час прострочення зобов'язання щодо повернення речі,

що виключає можливість застосування шестимісячного та річного строків нарахування, встановлених ч.6 ст.323 ГК та п.1 ч.2 ст.258 ЦК, оскільки ч.2 ст.785 ЦК встановлює нарахування неустойки за весь час прострочення. Така позиція відображена в постанові Вищого господарського суду України від 09.11.2011р. у справі №5015/4009/11 за касаційною скаргою управління майном спільної власності Львівської облради на рішення господарського суду Львівської області від 28.07.2011р. та постанову Львівського апеляційного господарського суду від 15.09.2011р., а також у постанові Верховного Суду України від 18.04.2011р. про перегляд постанови Вищого господарського суду України від 12.01.2011 р. у справі № 30/191.

В контексті припинення договору оренди значний інтерес для судової практики становить застосування Вищим господарським судом України положень ст.17 Закону України "Про оренду державного та комунального майна" та відповідних норм ГК і ЦК в частині повідомлення орендаря про свої наміри не продовжувати договір оренди та звільнити займані приміщення. Вищий господарський суд, підтримуючи позицію апеляційного господарського суду, постановою від 12.01.2005р. у справі №12/139 в зазначив, що законодавство не містить вказівок на те, яким саме чином сторони повинні виявляти волю щодо припинення дії договору. Також відсутні норми, які б вимагали обов'язкового доказування факту отримання іншою стороною будь-яких письмових повідомлень про припинення дії договору після закінчення його терміну дії. В матеріалах справи є опис вкладення у цінний лист з відміткою відділення поштового зв'язку, що доводить намір позивача-орендодавця повідомити відповідача-орендаря про припинення дії договору оренди. Факт неотримання останнім цього повідомлення до уваги не береться. Також Вищий господарський суд у постанові від 06.10.2011р. у справі №5023/1385/11 наголосив, що чинне законодавство не ставить настання наслідків відмови орендодавця у продовженні договору оренди в залежність від дати отримання орендарем такої відмови, натомість встановлює обов'язок орендодавця вчинити дії по такому повідомленню в межах місячного строку. При цьому наголошено, що такий спосіб захисту як визнання договору продовженим, не передбачено у ст.16 ЦК та ст.20 ГК. У зв'язку з цим слушною є позиція С.Тенькова про включення у договір оренди такого положення: "Належним повідомленням орендаря вважаються лише ті листи орендодавця, що були фактично вручені адресатові за умови своєчасного повідомлення орендарем про можливі зміни своєї адреси". Таке положення слід було б передбачити і у ч.2 ст.17 Закону України "Про оренду державного та комунального майна".

Оренда комунального, державного майна є надзвичайно цікавою, проблемною та своєрідною, має свою специфіку і вимагає детальнішого розгляду та вивчення.

ПРАВО НА ЧУЖУ РІЧ: ОЗНАКИ ТА ВИДИ

Кубара У.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Речові права — це права, що забезпечують задоволення інтересів власника шляхом безпосереднього впливу на річ, яка перебуває у сфері його господарювання.

Головне місце в системі речових прав посідає право власності, оскільки право власності — це право на свою річ, тому воно і породжує повне панування над річчю.

Суть права на чужі речі полягає в тому, що особа може користуватися чужою річчю, а інколи навіть розпоряджатися нею. До речових прав належать права, похідні і залежні від права власності, які виникають як за волею власника, так і відповідно до закону.

Право на чужу річ є важливим речовим правом. В цьому випадку право власності на річ належить одній особі, в той час як інша особа має на цю річ певне речове право, але обмежене за змістом. Щодо права володіння, то володільцем чужого майна є особа, яка фактично утримує його у себе. Володіння може бути як законним, так і незаконним. Право володіння виникає внаслідок договору, який укладено із власником.

Фактичні обставини, що обумовлюють можливість встановлення обмежених речових прав на чуже майно, полягають у наступному. Як правило, потреба у встановленні обмеженого речового права на чуже майно виникає у випадках, коли суб'єкт цивільного права не може у повному обсязі задовольнити свої інтереси шляхом здійснення прав тільки на належні йому речі. У цьому випадку у нього виникає необхідність задовольнити ці потреби шляхом встановлення (як правило, за домовленістю з власником) і подальшого здійснення обмежених речових прав на чуже майно. Слід враховувати, що встановлення права обмеженого користування чужим майном повинно бути виправданим можливістю або інколи навіть необхідністю його здійснення управомоченою особою, не суперечити вимогам актів цивільного законодавства і не порушувати прав та законних інтересів власника речі або інших осіб.

У ст. 395 ЦК наведено перелік прав на чуже майно, який не є вичерпним:

а) право володіння;

б) право користування (сервітут);

в) право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис);

г) право забудови земельної ділянки (суперфіцій).

Законом можуть бути встановлені інші речові права на чуже майно.

Таким чином, під правами на чуже майно розуміються такі класичні права на чужі речі як сервітут, емфітевзис та суперфіцій, а також володіння, яке за існуючими класифікаціями не може бути визнано класичним правом на чужу річ. При цьому зазначені права на чужі речі розуміються як самостійні речові права, які надають уповноваженій за ними особі право обмеженого користування певною річчю або їх сукупністю для визначеної мети та у певних межах.

Право володіння чужим майном – це фактична наявність майна в особи, набута шляхом правомірного заволодіння забезпечена правовим захистом з боку держави.

За правовою природою володіння є складною для розуміння категорією, оскільки відносини з фактичного тримання чужого майна наділяються юридичним змістом та правовим захистом. Це надає підстав характеризувати такі фактичні відносини самостійним суб’єктивним правом особи на чуже майно. Володільцем є особа, яка фактично тримає чуже майно у себе (ч.1 ст.397 ЦК).

Право користування чужим майном (сервітут) – це право обмеженого користування чужими речами в межах, визначених законом чи договором. Найчастіше сервітути встановлюються з приводу користування нерухомістю. Вони мають назву земельних. Земельний сервітут може бути встановлений на підставі договору між особою, яка цього вимагає (суб’єктом сервітутного права) та власником земельної ділянки. Договір про запровадження земельного сервітуту підлягає державній реєстрації в порядку, передбаченому Законом України „Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обмежень”.

© Кубара У., 2012

Емфітевзис встановлюється між власником земельної ділянки та особою, яка бажає отримати її у користування (землекористувачем). Відносини між ними носять, як правило, оплатний характер.

Суперфіцій відрізняється від емфітевзису лише господарським призначенням – запроваджується для будівництва промислових, побутових, соціально-культурних, житлових та інших будівель і споруд, а отже слугує задоволенню, насамперед, житлових та підприємницьких потреб громадян. Усі інші ознаки даного права є тотожними емфітевзису.

Права на чуже майно, на відміну від права власності, підпорядковують чужу річ (майно) владі суб'єкта лише у певному визначеному напрямку та для певної мети, що виключає можливість її використання з іншою метою та в інших межах, які залежать від конкретного виду права на чуже майно. Права на чуже майно носять похідний характер, оскільки завжди право власності на майно належить одній особі, у той час як інша особа має на це майно таке ж безпосереднє, але обмежене за змістом речове право.

Той факт, що інші види речових прав можуть встановлюватись лише законом, свідчить, по-перше, про реалізацію принципу обмеженого кола речових прав, а по-друге, про те, що перелік, визначення та їх зміст можуть встановлюватись виключно законом. Зокрема, в ЗК, крім права власності, в якості самостійного права на земельну ділянку визнається право постійного користування земельною ділянкою, яка перебуває у державній або комунальній власності без встановлення строку (ст. 92 ЗК). Особи на власний розсуд не можуть створювати нові речові права, встановивши правила щодо них; також нові речові права не можуть бути встановлені іншими нормативно-правовими актами, крім законів України.

В цілому для прав на чуже майно характерними є такі ознаки як: їх абсолютний характер; реалізація принципу слідування; реалізація принципу переваги, який надає суб'єкту речового права перевагу перед суб'єктами зобов'язального права реалізувати своє право; перехід права власності на майно до іншої особи не є підставою для припинення речових прав інших уповноважених осіб на це майно.

Право на чужі речі є одним з істотних обмежень права власності. Речові права на чужі речі мають певні ознаки, які відрізняють їх від інших прав, пов'язаних з власністю. Речові права завжди обтяжують право власності. Права на чужі речі здійснюються незалежно від волі власника, однак у певних межах.

Вирізняють такі особливості інституту речових прав на чужі речі:

• абсолютне, виключне право, яке може бути припинено лише безпосередньо суб'єктом цього права або на підставі закону;

• об'єктом речового права є певна річ або майно, яке належить ниюму власникові; об'єктами речових прав можуть бути всі речі, що Оновлять об'єкт права власності;

• речове право на чужу річ обмежує право власності особи-влас-ника, що не може припинити речове право або перешкодити його здійсненню;

• речове право є обмеженим і не може замінити право власності; при цьому власник зберігає своє - право власності на річ, але його правомочності обмежені речовим правом;

• суб'єкт речового права має право володіти, користуватись і навіть розпоряджатися чужою річчю в певних межах, але це не повни но шкодити праву власності, обмеженому речовим правом;

• право на тривалий строк, що передбачає довічне користування або користування певний строк;

• якщо особа не може задовольнити свої потреби за рахунок використання власного майна, постає потреба скористатися чужим майном.

Таким чином, правами на чуже майно визнаються права, які є похідними та залежними від прав власника, мають різний зміст, але завжди є обмеженими у порівнянні з правом власності, які реалізуються незалежно від волі власника та всіх інших осіб та користуються захистом від будь-якого порушника, в тому числі і власника.

ВИГОДОНАБУВАЧ ЗА ДОГОВОРОМ СТРАХУВАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Лепех С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Страхування відповідальності спрямоване на захист майнових прав осіб, постраждалих у результаті дії або бездіяльності страхувальника. Відшкодування збитків потерпілим гарантується страховою компанією та не залежить від фінансового стану страхувальника. Поняття «страхування відповідальності» можна окреслити як вид страхування, предметом якого є майнові інтереси, що не суперечать законодавству України, пов'язані з відшкодуванням страхувальником заподіяної ним шкоди юридичній чи фізичній особі внаслідок його дій чи бездіяльності. У чинному законодавстві особа, якій заподіяна шкода і має право на відшкодування, називається «вигодонабувачем», однак, слід зазначити, що термін «вигодонабувач» для страхування відповідальності не зовсім вдалий, адже вказана особа отримує не вигоду, а відшкодування, а тому така особа в літературі іменується «бенефіціаром», «правонабувачем», «забезпечуваною особою», «особою, що матеріально забезпечується» тощо. Особливістю страхування відповідальності є те, що вигодонабувачами можуть виступати як визначені, так і невизначені наперед особи. Відповідно до ч. 4 ст. 3 Закону України «Про страхування», а також ч. 2 ст. 985 ЦК України у страхуванні відповідальності вигодонабувачами визнаються особи, призначені страхувальником для отримання страхового відшкодування, які можуть зазнати збитків у результаті настання страхового випадку. Однак, характеристики правового статусу цього суб'єкта страховин відносин не містить.

При страхуванні деліктної відповідальності вигодонабувачем завжди є особа, якій заподіяна шкода, - потерпілий. Сума відшкодування наперед не визначена, однак, законодавець може встановлювати ліміти страхового відшкодування. При страхуванні договірної відповідальності вигодонабувачем завжди є особа, перед якою за умовами цього договору страхувальник має нести відповідальність. Отже, вигодонабувачем може бути особа, чітко визначена в договорі страхування відповідальності або особа, яка може бути визначена на момент настання страхового випадку. На відміну від страхувальника вигодонабувачем може бути не лише повністю дієздатна особа, але й неповнолітня та малолітня особа, недієздатна або особа з обмеженою дієздатнісю. Також такий статус може мати і юридична особа, якщо це не суперечить її установчим документам.

За наявності вигодонабувача в договорі страхування такий правочин відноситься до договорів на користь третьої особи, однак, особливістю є те, що з набуттям цих прав він не заміняє страхувальника, останній не вибуває з договору і до певного часу може замінити його. Страхувальник не може замінити вигодонабувача після настання страхового випадку, пред'явлення ним вимоги до страхувальника, виконання якогось обов'язку замість страхувальника. Після прийняття вигодонабувачем своїх прав страхувальник без його згоди не може розірвати цього договору.

Вигодонабувач може мати такі основні права: вимагати проведення страхової виплати в разі настання страхового випадку, відмовитись від страхового відшкодування на користь страхувальника тощо. Такі права вигодонабувача тісно пов'язані з особою, а тому за загальним правилом відступити їх він не може. Право на цесію у нього виникає лише після настання страхового випадку і нарахування страхового відшкодування. Особистий характер цих прав має наслідком і те, що в разі смерті вигодонабувача до зазначеного моменту вони не включаються до спадкової маси. Вигодонабувач за загальним правилом не наділений також правом спонукати страхувальника до сплати чергового страхового платежу, хоч за певних обставин може бути в цьому зацікавлений, зокрема, за договорами страхування договірної відповідальності. В законі слід визнати за ним право виконати цей обов'язок замість страхувальника з подальшим відшкодуванням в порядку регресу.

За договором страхування договірної відповідальності доцільно визначити в законі також можливість покладення на вигодонабувача окремих обов'язків, наприклад, щодо передачі

© Лепех С., 2012

страховику необхідних документів, відомостей після отримання страхового відшкодування (для суброгації); негайне повідомлення страховика про настання страхового випадку.

Зазначені положення мають бути враховані як при укладенні окремих договорів страхування цивільно-правової відповідальності, так і при формулюванні законодавчих засад правового статусу вигодонабувача як учасника страхових правовідносин.

ЗАХИСТ МАЙНОВИХ ПРАВ УЧАСНИКА ТОВАРСТВА З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ ПРИ ВИХОДІ ТА ВИКЛЮЧЕННІ З ТОВАРИСТВА

Мартин В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У судовій практиці виникає багато складних питань щодо захисту майнових прав учасників товариства з обмеженою відповідальністю у випадку їх виключення із числа учасників та при виході з товариства. Це зумовлено наявністю у нормативно-правовому регулюванні корпоративних відносин значної кількості прогалин і колізій, недосконалістю окремих правових положень, що призводить до неоднакового тлумачення та застосування норм законодавства на практиці.

Згідно ст. 140 Цивільного кодексу України та ст. 50 Закону України «Про господарські товариства» товариства з обмеженою відповідальністю – особливий вид господарських товариств, які можуть бути засновані «одним або кількома особами». Максимальна кількість учасників товариства з обмеженою відповідальністю може досягати 100 осіб.

Товариства з обмеженою відповідальністю створюються і діють на підставі статуту, який повинен містити відомості про вид товариства, предмет і цілі його діяльності, склад засновників та учасників, найменування та місцезнаходження, розмір та порядок утворення статутного капіталу, відомості про розмір часток кожного з учасників, розмір, склад та порядок внесення ними вкладів, порядок передання (переходу) часток у статутному капіталі, порядок розподілу прибутків та збитків, склад та компетенцію органів товариства та порядок прийняття ними рішень, порядок внесення змін до статуту, порядок ліквідації і реорганізації товариства та ін.

Законом України від 21 квітня 2011 року «Про внесення змін до законодавчих актів України щодо запровадження принципу державної реєстрації юридичних осіб на підставі модельного статуту» внесено зміни та доповнення до ст.87 Цивільного кодексу України якими передбачено, що юридична особа приватного права може створюватися та діяти на підставі модельного статуту в порядку, визначеному законом. Відповідно до ст. 87 Цивільного кодексу України та ст. 56 Господарського кодексу України Кабінет Міністрів України своєю постановою «Про затвердження модельного статуту товариства з обмеженою відповідальністю» від 16.11.2011 року затвердив модельний статут товариства з обмеженою відповідальністю.

Законодавчі новели зазначених актів повинні істотно спростити процес заснування та реєстрації товариств з обмеженою відповідальністю, які є найбільш поширеними організаційно-правовими формами господарювання.

Слід відзначити, що здійснювати діяльність на підставі модельного статуту можуть і новостворювані і уже існуючі товариства. Якщо товариство з обмеженою відповідальністю створюється та буде діяти на підставі модельного статуту, в рішенні про його створення, яке повинні підписати усі засновники, зазначаються відомості про вид товариства, його найменування, місцезнаходження, предмет і цілі діяльності, склад засновників та учасників, розмір статутного (складеного) капіталу, розмір часток кожного з учасників, порядок внесення ними вкладів, а також інформація про провадження діяльності на основі модельного статуту.

Для здійснення діяльності на підставі модельного статуту уже зареєстроване товариство повинне прийняти про це відповідне рішення.

Згідно ст. 50 Закону України «Про господарські товариства» товариством з обмеженою відповідальністю є товариством, що має статутний капітал, розділений на частки, розмір яких визначається установчими документами. Статутний капітал товариства формується засновниками на стадії створення, проте чинне сьогодні законодавство не встановлює вимог щодо його розміру.

Законодавство надає право засновникам товариства вносити до статутного капіталу товариства як вклад гроші, цінні папери, речі або майнові чи інші відчужувані права, що мають грошову оцінку, якщо інше не встановлено законом. Статутний капітал товариства з обмеже-

© Мартин В., 2012

ною відповідальністю підлягає сплаті учасниками товариства до закінчення першого року з дня державної реєстрації товариства. Якщо засновник (учасник) до закінчення першого року з дня державної реєстрації товариства не вніс (не повністю вніс) свій вклад, загальні збори учасників приймають рішення про виключення його із складу учасників товариства, та про визначення порядку перерозподілу часток у статутному капіталі, або про зменшення статутного капіталу та про визначення порядку перерозподілу часток у статутному капіталі, або про ліквідацію товариства.

Основні права та обов'язки учасників товариства закріплюють Цивільний та Господарський кодекси України, Закон України «Про господарські товариства» та інші акти законодавства. Учасник товариства з обмеженою відповідальністю, зокрема, має право брати участь в управлінні справами товариства в порядку, визначеному статутом, брати участь у розподілі прибутку товариства та одержувати його частку (дивіденди), вийти в установленому порядку з товариства, одержувати інформацію про діяльність товариства та ін.

Одним із основних прав засновника (учасника) товариства з обмеженою відповідальністю є право «у будь-який час вийти з товариства незалежно від згоди інших учасників та самого товариства».

У зв'язку із відсутністю чітких законодавчих положень у судовій практиці тривалий час мала місце неоднакова практика з питання, яку дату вважати днем виходу учасника з товариства з обмеженою відповідальністю. В одних випадках датою виходу суди вважали дату подання учасником заяви (рішення) про вихід з товариства, в інших - дату прийняття загальними зборами учасників рішення про вихід учасника з господарського товариства. Окремі суди датою виходу учасника з товариства вважали дату реєстрації відповідних змін до статуту товариства.

У Постанові пленуму від 24.10.2008 року «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» Верховний Суд України звернув увагу на те, що вихід зі складу учасників товариства у чинному законодавстві не пов'язується ні з рішенням зборів учасників, ні з внесенням змін до установчих документів товариства. Тому моментом виходу учасника з товариства треба вважати дату подачі учасником заяви про вихід відповідній посадовій особі товариства або вручення заяви цим особам органами зв'язку.

Важливість чіткого законодавчого визначення моменту виходу учасника із товариства полягає у тому, що згідно ч.2 ст.140 ЦК України та ст.50 (абз.3 та 4) Закону України «Про господарські товариства» учасники товариства з обмеженою відповідальністю несуть ризик збитків, пов'язаних з діяльністю товариства, у межах вартості своїх вкладів. Учасники товариства, які не повністю внесли вклади, несуть солідарну відповідальність за його зобов'язаннями у межах вартості невнесеної частини вкладу кожного з учасників. Тому інформацію про вихід учасника із товариства треба своєчасно внести у статут товариства та зареєструвати ці зміни у встановленому законом порядку.

Законодавство зобов'язує товариство протягом трьох робочих днів з дати прийняття рішення про внесення змін до установчих документів повідомити орган, що провів реєстрацію, для внесення необхідних змін до державного реєстру. Якщо товариство не вчиняє дії у зв'язку з поданням учасником заяви про вихід з товариства (не вирішує питання про внесення змін до статуту та їх державну реєстрацію), учасник товариства має право звернутися до суду з позовом про зобов'язання товариства до державної реєстрації змін у статуті у зв'язку зі зміною у складі учасників.

Учаснику товариства з обмеженою відповідальністю, який виходить із товариства виплачується вартість частини майна товариства, пропорційна його частці у статутному капіталі. Виплата провадиться після затвердження звіту за рік, в якому він вийшов з товариства, і в строк до 12 місяців з дня виходу. На вимогу учасника та за згодою товариства вклад може бути повернуто повністю або частково в натуральній формі.

Проте отримати вартість частини майна товариства, пропорційно частці у статутному капіталі має право лише учасник товариства, який «повністю» вніс свій вклад до статутного (складеного) капіталу товариства. Учасник, який не вніс свій вклад у статутний капітал товариства такого права не має, а учасник, який не повністю вніс свій вклад може претендувати на отримання лише частки, яка пропорційна розміру внесеного ним вкладу.

Якщо товариство відмовляється сплатити вартісь належної учасникові у статуті товариства частки, її вартість може бути витребувана у судовому порядку. Проте якщо виявиться, що на момент виходу (виключення) учасника із товариства у товариства відсутні чисті активи, суд повинен відмовити у задоволенні позову у зв'язку із відсутністю в товариства майна.

На практиці іноді доволі складно доказати (чи спростувати) факт внесення (невнесення) засновником вкладу у статутний (складений) капітал товариства, а тому позитивним слід визнати закріплення у законодавстві положення про те, що учаснику товариства з обмеженою відповідальністю, який повністю вніс свій вклад, видається свідоцтво товариства.

Згідно статті 54 Закону України «Про господарські товариства» на вимогу учасника та за згодою товариства вклад може бути повернуто повністю або частково в натуральній формі. Можливість отримати «у натуральній формі» внесене засновником у статутний фонд товариства майно як вклад у зв'язку з виходом із товариства залежить виключно від рішення загальних зборів товариства. Забезпечити собі таку можливість засновники товариства можуть закріпивши це право у статуті товариства.

Вкладом засновника у статутний фонд товариства може бути і право користування певним майном. У таких випадках згідно ст. 148 ЦК України учаснику, який виходить із товариства з обмеженою відповідальністю відповідне майно «повертається без виплати винагороди».

Поширеною є практика надання засновниками (учасниками) товариству майна у користування на умовах найму та позички.

Закон України «Про господарські товариства» у статті 54 закріплює положення про те, що учаснику, який вибув з товарства «майно, передане товариству тільки в користування, повертається в натуральній формі без винагороди». У даній статті мова також іде про майно, право користування яким було внесено як вклад у статутний фонд товариства, оскільки договори між учасником товариства та товариством про користування майном на умовах найму або позички із виходом учасника із товарства залишаються чинними, якшо інший порядок їх припинення не був закріплений у договорі. Проте у випадку ліквідації товарства «майно, передане товариству учасниками у користування, повертається у натуральній формі без винагороди» (абз. 2 ст. 21 ЗУ «Про господарські товарства»).

Учасник товариства, який вибув, має право і на частку прибутку, який був одержаний товариством в даному році до моменту його виходу.

При здійсненні розрахунку з учасником товариства, який виходить підлягає застосуванню законодавче положення про те, що у випадку не повного внесення таким учасником вкладу, він все одно несе солідарну відповідальність за зобов'язаннями товаритства у межах вартості невнесеної ним частини вкладу.

Як уже зазаначалось, при виході учасника із товариства з обмеженою відповідальністю йому виплачується вартість частини майна товариства, пропорційна його частці у статутному капіталі та належна йому частка прибутку, одержаного товариством в даному році до моменту його виходу, проте було б доцільно, на нашу думку, надати учаснику, який виходить із товариства та має бажання надалі займатися підприємницькою діяльністю «право на виділ із товариства» та створення на основі належної йому частки самостійної юридичної особи. Право на виділ із товариства можна було б надати учаснику, який володіє у статутному фонді часткою значного розміру (наприклад 25-50%). Цінність закріплення такого положення полягає у тому, що до новоствореної в порядку виділу юридичної особи може перейти за розподільчим балансом частина майна, прав та обов'язків товариства, зокрема право використовувати торговельну марку товариства, комерційне найменування товариства тощо. Слід відзначити, що ЦК України передбачає виділ із складу юридичної особи у судовому порядку та передбачає порядок реалізації такого рішення.

Згідно статті 11 Закону України «Про господарські товариства» учасники товариства зобов'язані додержуватись установчих документів товариства і виконувати рішення загальних зборів та інших органів управління товариства, виконувати свої зобов'язання перед товариством, в тому числі і пов'язані з майновою участю, а також вносити вклади у розмірі, порядку та засобами, передбаченими установчими документами, не розголошувати комерційну таємницю та конфіденційну інформацію про діяльність товариства, нести інші обов'язки, якщо це передбачено законодавством України та установчими документами.

Учасника товариства з обмеженою відповідальністю, який систематично не виконує або неналежним чином виконує обов'язки, або перешкоджає своїми діями досягненню цілей товариства, може бути виключено з товариства на основі рішення загальних зборів товариства, за яке проголосували учасники, що володіють у сукупності більш як 50% загальної кількості голосів учасників товариства.

Виключення учасника із товариства з обмеженою відповідальністю належить до компетенції загальних зборів товариства, а тому суд своїм рішенням виключати учасника із товариства не може.

У випадку виникнення спору щодо правомірності виключення учасника з товарства рішення про виключення буде законним лише за наявності таких умов: учасника товариства систематично не виконував або неналежним чином виконував свої обов'язки; учасник товариства перешкоджав своїми діями досягненню цілей товариства, що суттєво ускладнило діяльність товариства або зробило її практично неможливою; настали негативні для товариства наслідків у зв'язку з діями (бездіяльністю) учасника чи є велика вірогідність їх настання; наявний причинний зв'язок між діями (бездіяльністю) учасника товариства та негативним наслідками,які виникли для товариства; при скликанні та проведенні зборів, на яких було прийнято рішення про виключення учасника із товариства були дотримані усі вимоги законодавства та статутних документів. Суд повинен також дослідити мотиви неправомірної поведінки учасника товариства та форму його вини.

Учасник товариства, якого виключили із товариства має право як і учасник який вийшов із товариства за власним бажанням на отримання вартості частки та частину прибутку.

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЕЛЕКТРОННОЇ ФОРМИ ПРАВОЧИНУ

Мисишин Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В сучасному світі вагому роль відіграють електронні засоби комунікації. Розвиток електронних засобів комунікації, а саме Інтернету та електронної пошти, які щораз більше конкурують з традиційними, такими як пошта, факс, телефакс, та ін., зумовив потребу правового регулювання правочинів, вчинених з їх допомогою.

Ціллю правового регулювання правочинів вчинених в електронній формі є забезпечення належних умов здійснення електронної комунікації, а зокрема ідентифікація учасників правочину. З огляду на міжнародний характер електронної комунікації, було прийнято Комісією ООН з міжнародного торгівельного права Типовий закон «Про електронну торгівлю» (так званий Типовий закон ЮНСІТРАЛ), розроблено проект міжнародної Конвенції «Про електронні угоди». Поряд з правотворчою діяльністю ООН, Європейським союзом були прийняті директиви спрямовані на регулювання електронної комунікації. 22 травня 2003 року Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг» і Закон України «Про електронний цифровий підпис».

Вплив електронних засобів комунікації на розвиток торгівлі, зумовив економічні дослідження даної тематики, що призвело до виникнення численних термінів, таких як електронна комерція, електронна послуга, електронний договір. Використання даних термінів у правовстановлюючій і правозастосовчій діяльності є необґрунтованим з точки зору дотримання єдності юридичної термінології. Так, за реєстраційним номером 6086 від 18.02.2010 зареєстрований проект закону за назвою «Про електронну комерцію». У данному законопроекті пропонується введення терміну «електронний правочин», а також його визначення, як будь-який правочин, передбачений Цивільним кодексом Україні та іншим законодавством, укладений (вчинений) сторонами за допомогою проведення електронних операцій. Проте відповідно до ст. 202 Цивільного кодексу України, правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Згідно з ч. 1 ст. 205 Цивільного кодексу України, правочин може вчинятися усно або у письмовій формі. Згідно з абз. 2 ч. 1 статті 207 Цивільного кодексу України, правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного та іншого засобу зв'язку. Таким чином, термін «електронний правочин» є неприйнятним, з огляду на розуміння правочину як дії статтею 202 Цивільного кодексу України та закріплення різновидів форми вчинення правочину відповідно до способу волевиявлення. Натомість використання терміну «електронна форма правочину» узгоджується зі законодавчим визначенням терміну «правочин» та різновидами форми вчинення правочинів.

Не узгоджується із цивільно-правовим регулюванням виділення деякими науковцями електронної форми як окремої форми правочинів. Доцільно говорити про еволюцію носіїв письмової форми, а не про виникнення окремої нової форми. Віднесення правочинів, вчинених за допомогою електронних засобів зв'язку, до письмових слід розуміти як подання інформації (змісту правочину) на інших носіях, ніж папір, однак з фіксацією волі (думки, намірів) сторін через логічно-упорядковані знаки.

Електронна форма прийнятна не для всіх правочинів. Застосування електронної форми практично не можливе для тих правочинів, для яких відповідно до фактичних обставин та вимог чинного законодавства необхідна особиста участь сторін у процесі укладення договору, або для яких законодавством встановлено вимоги щодо нотаріального посвідчення та (або) державної реєстрації. Так, для договору будівельного підряду, купівлі-продажу нерухомого майна необхідним є дотримання паперової форми на паперовому носії. Зокрема, для укладення договору будівельного підряду необхідно пройти ряд етапів затвердження і передачі проектно-кошторисної документації, надання замовником будівельного майданчика, виконання будівельних робіт, прийняття та оплати будівельних робіт. Цей договір досить складний і

© Мисишин Л., 2012

багатоступеневий, і не може бути укладений в одному документі електронним шляхом. Це стосується і укладення в сфері господарських відносин договору підряду на капітальне будівництво відповідно до Господарського кодексу України. Також неможливим буде укладення договорів у сфері здійснення торгово-біржової діяльності, оренди структурних підрозділів як цілісних майнових комплексів та нерухомого майна, оренди землі, банківського рахунку. Так, оренда землі у сфері господарювання оформлюється договором укладеним у письмовій формі, посвідченим нотаріально та зареєстрованим в установленому законом порядку.

Проте у більшості випадків використання електронної форми правочинів зумовлено бажанням контрагентів прискорити процес їх укладення, значною економією коштів та часу. Так, електронна форма найбільш зручна для укладення договорів купівлі-продажу, поставки, позички між юридичними особами, найму нерухомості на строк менше 1 року. Можливим також буде укладення в електронній формі в господарській діяльності агентського договору, транспортного експедирування, аудиту.

На виконання Указу Президента України від 01.04.2006р. №300/2006 «Про План заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що випливають з її членства в Раді Європи» з 4 червня 2006 року по всій Україні розпочато промислову експлуатацію системи прийняття та комп'ютерної обробки податкової звітності в електронному вигляді. Слідом за ДПАУ скористатися правом приймання звітності в електронному вигляді вирішив Пенсійний фонд і в своєму «Порядку подання звітів до Пенсійного фонду України в електронній формі», затвердженому постановою правління ПФУ від 19.04.07 р. № 7-7 закріпив процесуальні аспекти здійснення даного права.

Протягом останніх років розповсюдження набула система «Клієнт-банк», коли підприємство укладає договір з банком на обслуговування, додатком до якого є прейскурант розцінок на послуги банку, а банк на комп’ютер підприємства встановлює програму і видає дискети з ключем електронного цифрового підпису. Уже кілька років функціонує система інтернет-банкінгу, завдяки якій доступ до рахунків та операцій відбувається в будь-який час з будь-якого комп’ютера в режимі он-лайн.

Таким чином, вчинення правочинів в електронній формі набуватиме все більшого розповсюдження. І уникнення вживання надмірно важких та необґрунтованих правових конструкцій надасть змогу сприяти даному процесу.

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ НЕЦІЛЬОВОГО ВИКОРИСТАННЯ МІЖНАРОДНОЇ ТЕХНІЧНОЇ ДОПОМОГИ ЗА ДОГОВОРОМ ПРО НАДАННЯ МІЖНАРОДНОЇ ТЕХНІЧНОЇ ДОПОМОГИ

Михайлів М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Економічне становище України на сучасному етапі багато в чому визначається розміром та ефективністю використання її науково-технічного потенціалу, який не може успішно розвиватися без входження країни у систему науково-технічних зв'язків. Тому для науково-технічних відносин та їх розвитку є важливим існування так званих некомерційних зв'язків, які виражаються, зокрема, і через надання міжнародної технічної допомоги. У зв'язку із цим проблема правового регулювання договірних відносин в сфері надання міжнародної технічної допомоги є важливою як з наукового, так і з практичного боку.

Договір щодо надання міжнародної технічної допомоги є цікавою правовою конструкцією. Він являє собою домовленість, яка має змішаний характер, як цивільно-правовий так і міжнародний, оскільки вплив на даний договір має, по – перше, наявність міжнародного договору про надання міжнародної технічної допомоги, який належним чином є трансформованим у внутрішнє національне законодавство; по друге – наявність проекту (програми) міжнародної технічної допомоги, на виконання якої така допомога надається. І, як наслідок, укладення цивільно-правового договору про надання міжнародної технічної допомоги між донором та реципієнтом.

Договір про надання міжнародної технічної допомоги встановлює правовий зв'язок між учасниками діяльності в сфері надання міжнародної технічної допомоги. Разом з тим держава може активно впливати на зміст договору шляхом встановлення додаткових пільг. Цей договір спрямований на безоплатне та безповоротне надання (передачу) допомоги у вигляді визначеному законодавством протягом періоду реалізації проекту (програми) міжнародної технічної допомоги та має за мету розвиток, підтримку економічних, соціальних та інших реформ або іншу мету визначену проектом чи сторонами. Саме цим і підкреслюється каузальний характер таких договірних відносин.

Необхідно звернути увагу і на те, що договір про надання міжнародної технічної допомоги покликаний виконувати певні функції, зокрема, регулятивну, яка полягає в тому, що в окремих випадках законодавство надає можливість учасникам самостійно врегульовувати свої відносини в рамках визначених законодавством. Ще однією із функцій є контроль та захист інтересів учасників договірних відносин з надання міжнародної технічної допомоги. Контроль полягає в тому, що учасники (реципієнт) несуть відповідальність за цільове використання наданої допомоги. Нагляд за цільовим використанням міжнародної технічної допомоги та облік використаних коштів реципієнтом в рамках міжнародної технічної допомоги у вигляді фінансових ресурсів (грантів) здійснює бенефіціар. Тому реципієнт відповідно до договору зобов'язаний забезпечувати цільове використання міжнародної технічної допомоги під час реалізації проектів (програм) та зарахування на баланс матеріальних цінностей, які надходять як міжнародна технічна допомога в рамках проектів (програм).

Відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2002 року №153 «Про створення єдиної системи залучення, використання та моніторингу міжнародної технічної допомоги » у разі виявлення порушень реципієнтами законодавства та міжнародних договорів України, нецільового використання міжнародної технічної допомоги під час реалізації проектів (програм), подання бенефіціаром висновків про незадовільні результати впровадження проекту (програми) Міністерство економічного розвитку і торгівлі зобов'язане порушити перед донором питання про зупинення реалізації проекту (програми) до усунення реципієнтом виявлених порушень або повного його припинення. Виходячи з вище зазначеного можна стверджувати, що цільове використання міжнародної технічної допомоги буде істотною умовою договору про надання міжнародної технічної допомоги, яка може впливати на іс-

© Михайлів М., 2012

нування чи припинення зобов'язальних правовідносин між донором та реципієнтом, а також на впровадження певного проекту чи програми.

Виходячи з норм вищезазначеної постанови, можна стверджувати, що нецільове використання реципієнтом міжнародної технічної допомоги може призвести до таких правових наслідків: зупинення реалізації проекту (програми) до усунення реципієнтом виявлених порушень або повного його припинення. Вважаємо, що законодавець не точно підходить до врегулювання питання нецільового використання міжнародної технічної допомоги та правових наслідків в разі такого нецільового її використання. Це можна аргументувати тим, що оскільки між донором та реципієнтом виникають договірні зобов'язання, то у випадку невиконання чи неналежного виконання умов договору (а саме цільове використання – це істотна умова даного договору) не може лише стояти питання про призупинення чи припинення проекту (програми) міжнародної технічної допомоги. У зв'язку з цим реципієнт повинен нести певний вид відповідальності, а коли правовими наслідками буде припинення чи розірвання договору, то має ставитися питання і про відшкодування шкоди (майнової і/або немайнової) донору у зв'язку із таким невиконанням чи неналежним виконанням договірних відносин. Тому це буде такий правовий механізм, який дозволить уникнути випадки зловживання реципієнтами наданою в рамках проектів (програм) міжнародною технічною допомогою.

Враховуючи вищезазначене, нецільове використання міжнародної технічної допомоги реципієнтом буде тягнути за собою такі правові наслідки: припинення договору; розірвання договору і повернення міжнародної технічної допомоги; розірвання договору і відшкодування шкоди тощо. Підставами для розірвання договору про надання міжнародної технічної допомоги будуть: підстави визначені сторонами в договорі; невиконання однією із сторін договірних зобов'язань; підстави форс – мажорного характеру; інші підстави, визначені законодавством чи міжнародними договорами тощо.

Належне врегулювання питань правових наслідків неналежного використання міжнародної технічної допомоги за договором про надання міжнародної технічної допомоги та усунення прогалин в законодавстві з питань цільового використання міжнародної технічної допомоги переданої за договором в рамках проектів (програм) міжнародної технічної допомоги сприятиме ефективному її використанню, забезпечуватиме захист прав та інтересів донорів, сприятиме ефективному наданню міжнародної технічної допомоги та належному впровадженню економічних, соціальних та культурних реформ з метою підтримки України.

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ВИКОНАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ТРЕТЬОЮ ОСОБОЮ У ДОГОВОРАХ ПРО НАДАННЯ ПОСЛУГ

Михалюк О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Ускладнення традиційного кола суб'єктів зобов'язального правовідношення, зокрема, виконання зобов'язання третьою особою є досить поширеним цивільно-правовим явищем. Втім, неналежне законодавче врегулювання вищезазначених правовідносин зумовлює необхідність здійснення комплексного дослідження проблем виконання зобов'язання третьою особою, що досі не було предметом окремого вивчення.

Так, ст. 528 ЦК України передбачає, що виконання обов'язку може бути покладено боржником на іншу особу, якщо з умов договору, ЦК України, інших актів цивільного законодавства або суті зобов'язання не випливає обов'язок боржника виконати зобов'язання особисто. Крім цього, згідно цієї ж статті, у цьому разі до іншої особи переходять права кредитора у зобов'язанні і застосовуються положення статей 512-519 цього Кодексу. Відповідно до вищезазначених статей, третя особа стає кредитором у зобов'язанні та набуває прав та обов'язків передбачених у зв'язку з заміною кредитора у зобов'язанні.

Як видається, позиція законодавця щодо переходу прав кредитора у зобов'язанні у випадку виконання зобов'язання третьою особою є не зовсім вірною з огляду на наступне.

Так, у випадку виконання цивільно-правого зобов'язання третьою особою йдеться про юридичний факт, який є підставою для припинення зобов'язання та виникнення нового. Так, з однієї сторони має місце припинення правовідносин між кредитором та боржником, шляхом його належного виконання третьою особою, та виникнення нового зобов'язання між боржником та третьою особою. У такому новому зобов'язанні, третя особа стає кредитором та набуває право вимоги до боржника.

Тут, важливо залишається розмежовувати набуття прав кредитора відповідно до статті 512 ЦК України, де інша особа заміняє первісного кредитора у тому самому зобов'язанні та набуття права вимоги до боржника у вже новому зобов'язанні. При цьому, варто зазначити, що у цьому випадку, кредитор зобов'язаний прийняти від третьої особи належно виконане зобов'язання.

Для обґрунтування саме такої позиції, доцільним є здійснити аналіз таких правових категорій як «регрес» та «суброгація».

Безсумнівно, регрес та суброгація наділені спільними ознаками. Так, суброгація та регрес є законодавчі конструкції, пов'язані з поверненням раніше оплачених сум. Як суброгація, так і регрес виникають лише у випадках, передбачених законом, і є результатом виконання зобов'язання за боржника третьою особою (регредієнтом, чи суброгантом). Регрес та суброгація мають спільну мету – покриття боржником на користь платника оплачених сум.

Відмінністю ж між регресом і суброгацією є передбачені законодавством різні перебіги початку строку позовної давності. Так, відповідно до ч.6 ст.261 ЦК України, за регресними зобов'язаннями перебіг позовної давності починається від дня виконання основного зобов'язання, тобто фактично з моменту, коли власне регресне зобов'язання виникає. Відповідно до ст.262 ЦК України, заміна сторін у зобов'язанні, що має місце при суброгації, не змінює порядку обчислення та перебігу строку позовної давності, третя особа стає на місце кредитора у вже існуючому зобов'язанні. Більше того, суброгація є одним з видів переходу прав кредитора до третьої особи. Зокрема, Кот О.О. обґрунтовує висновок про те, що при переході прав кредитора до третіх осіб зберігається зобов'язання, яке існувало на момент переходу прав, тобто заміна кредитора відбувається «усередині» зобов'язання. При цьому, обсяг прав, що перейшли до нового кредитора, не може перевищувати обсягу прав первісного кредитора.

В свою чергу, цікавою є позиція Є.О. Суханова, який стверджує, що «регресним можна вважати всяке зобов'язання, у силу якого боржник зобов'язаний здійснити для кредитора певні дії у зв'язку з тим, що кредитор здійснив аналогічні дії на користь іншої особи замість борж-

© Михалюк О., 2012

ника чи з його провини». З огляду на вищевикладене, не можна суброгацію вважати видом регресних зобов'язань, оскільки, як видається, це суміжні та неоднакові правові конструкції, які не можна ототожнювати.

Як бачимо, у випадку суброгації, зрештою як і у випадку регресу, третя особа виконує зобов'язання на користь кредитора замість боржника. Проте, на відміну від регресного зобов'язання, третя особа виконує зобов'язання, не припиняє таке зобов'язання, а сама вступає в нього на місце первісного кредитора як новий кредитор.

Тобто, при суброгації існує одне зобов'язання, з якого вибуває первинний кредитор і на його місце стає особа (третя особа), яка виконала зобов'язання, тобто має місце правонаступництво. Таким чином, при суброгації відбувається сингулярне правонаступництво. В свою чергу, регрес припускає існування двох зобов'язань: перше — основне (головне), яке виконує третя особа, і друге — виникаюче на основі, у зв'язку з виконанням першого, похідне (регресне) зобов'язання.

Отже, у випадку належного виконання зобов'язання третьою особою у договірних відносинах, зобов'язання між кредитором та боржником припиняється, і виникають нові правовідносини між боржником та третьою особою. Правовим наслідком такого виконання є набуття права вимоги до боржника (регрес). А тому, доцільно внести зміни в статтю 528 ЦК України, в якій передбачити, що у випадку виконання зобов'язання третьою особою, остання набуває право вимоги до боржника.

ВИКЛИК ЧЕРЕЗ ОГОЛОШЕННЯ В ПРЕСІ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Навроцька Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Однією із процесуальних форм інформування про час та місце розгляду справи в цивільному судочинстві є виклик через оголошення в пресі. Законом України «Про судоустрій та статус суддів» від 07.07.2010 р. внесено зміни до ЦПК України, які стосуються також і цього процесуального інституту.

У ЦПК України запропонований варіант вирішення проблемної ситуації, пов'язаної із *повідомленням відповідача, місце проживання якого невідоме*: "Відповідач, зареєстроване місце проживання (перебування), місцезнаходження чи місце роботи якого невідоме викликається в суд через оголошення у пресі. З опублікуванням оголошення про виклик відповідач вважається повідомленим про час і місце розгляду справи" (ч.9 ст.74 ЦПК України). Треба звернути увагу на те, що *зі змінами у ЦПК від 07.07.2010 р. пов'язано покладення обов'язку на суд перевіряти вказане позивачем у позовній заяві місце проживання, перебування чи роботи відповідача.*

Зараз можливість виклику через пресу пов'язується не з тим, що позивачеві невідоме місце проживання відповідача навіть після його звернення до адресного бюро чи органів внутрішніх справ. Відповідно до ст.122 ЦПК у разі, якщо відповідачем у позовній заяві вказана фізична особа, що не є суб'єктом підприємницької діяльності, суд не пізніше двох днів з дня надходження позовної заяви до суду звертається до відповідного органу реєстрації місця перебування та місця проживання особи щодо надання інформації про зареєстроване місце проживання (перебування) такої фізичної особи. Інформація про місце проживання (перебування) фізичної особи має бути надана протягом трьох днів з моменту отримання відповідним органом реєстрації місця проживання та перебування особи відповідного звернення суду. У разі якщо отримана судом інформація не дає можливості встановити зареєстроване у встановленому законом порядку місце проживання (перебування) фізичної особи, суд вирішує питання про відкриття провадження у справі. Подальший виклик такої особи як відповідача у справі здійснюється через оголошення у пресі.

З аналізу положень процесуального закону можна зробити висновок, що на суд покладається обов'язок перевіряти вказане у позовній заяві місце перебування чи проживання особи, але не встановлення такого. Такий підхід, на мою думку, може призвести до невиправданих зловживань позивачів та збільшення викликів відповідачів через пресу, адже відповідно до ч.3 ст.122 ЦПК у разі якщо отримана судом інформація не дає можливості встановити зареєстроване у встановленому законом порядку місце проживання (перебування) фізичної особи, суд вирішує питання про відкриття провадження і подальший виклик такої особи як відповідача у справі здійснюється через оголошення у пресі.

Відповідно до ст.11 Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» реєстрація місця проживання та місця перебування особи здійснюється відповідним органом спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань реєстрації в Автономній Республіці Крим, областях, містах, районах, районах у містах, а також у містах Києві та Севастополі. На практиці направлення таких запитів здійснюється до адресного бюро за місцем проживання відповідача, вказаним у позовній заяві. З метою прискорення отримання відповіді на запит щодо місця проживання відповідача, практикують давати такий запит на руки позивачеві, аби він самостійно відніс його до адресного бюро. Даючи відповідь на такий запит суду, адресне бюро може вказати дійсну зареєстровану у встановленому законом порядку адресу місця проживання відповідача, але якщо така інформація є наявна в даному адресному бюро. Але якщо відповідач зареєстрований, наприклад, в іншій області, то, очевидно, що суд у відповідь на запит отримає підставу для виклику такого відповідача через оголошення у пресі.

© Навроцька Ю., 2012

Питання *доцільності використання даного способу виклику* в цивільному судочинстві завжди було дискусійним. Ще наприкінці XIX століття вченими висловлювалися сумніви щодо можливості ухвалення заочного рішення, якщо відповідач, який викликався через публікацію, згодом не з'явився в судове засідання, мотивуючи свою позицію тим, що публікації зазвичай ніким не читаються. Проти судових викликів та повідомлень шляхом публікації в пресі виступають і сучасні дослідники, вказуючи, що такий спосіб на сьогодні застарів і не може застосовуватися.

Однак, на мою думку, виклик відповідача через оголошення в пресі виступатиме виключним засобом, коли немає можливості вдатися до звичайних способів повідомлення. В даному випадку ми матимемо справу з правовою фікцією: суд виходить з того, що сторона повідомлена належним чином, хоча насправді судова повістка не дійшла до адресата, і це відомо судді. Це виняток із загального правила, який є об'єктивно необхідним, інакше неможливим буде вирішення спору про право.

Відповідно до ЦПК України *друкований орган, у якому розміщуються оголошення про виклик відповідача* протягом наступного року, повинен визначатися не пізніше 1 грудня поточного року в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Так, останнє таке розпорядження, на диво, було прийняте своєчасно, – Розпорядження КМУ від 1 грудня 2010 р. № 2171-р «Про друковані засоби масової інформації загальнодержавної та місцевої сфери розповсюдження, в яких у 2011 році розміщуються оголошення про виклик до суду відповідача, третіх осіб, свідків, місце фактичного проживання (перебування) яких невідоме». Ним, зокрема, для Львівської області розширено перелік джерел виклику через пресу – це газети «Експрес» та «Високий замок».

Також звертається увага на те, що ЦПК України передбачає можливість виклику через публікацію у пресі лише відповідача, місце проживання якого невідоме (ч.9 ст.74), а у відповідному розпорядженні КМУ від 1.12.2010 р., як і в попередніх, мова йде про виклик не лише відповідача, а й третіх осіб та свідків. Очевидно, в цій частині Розпорядження КМУ є нечинним, оскільки суперечить ЦПК України, а останній має вищу юридичну силу та не допускає застосування даного способу інформування щодо інших учасників процесу, окрім відповідача.

Як показує аналіз судової практики, після систематичних неявок судді часто вдаються до такого способу інформування відповідача, як виклик через пресу, тоді, коли місце проживання відповідача відоме, вказуючи навіть адресу відповідача у самому повідомленні (публікації). Таку практику не можна визнати правильною. Адже більш вірогідним є те, що відповідач прочитає отриману поштою судову повістку, ніж оголошення в газеті. Саме тому законодавець і передбачив такий спосіб інформування про час та місце судового засідання як виняток із загальних правил про судові виклики та повідомлення, коли місце проживання відповідача неможливо встановити.

Окремо слід звернути увагу на те, що *витрати, пов'язані із викликом відповідача через пресу*, тепер виділені як самостійний вид судових витрат. З цього можна зробити висновок, що ці витрати повинен нести позивач, як зацікавлена сторона у процесі, а вже за результатами судового розгляду вони підлягають розподілу між сторонами. До законодавчого віднесення цих затрат до судових витрат вони все-одно на практиці покладалися на позивачів, однак їх не можна було стягнути як судові витрати. Зараз же це буде зробити простіше.

ПРИПИНЕННЯ РЕЖИМУ ОКРЕМОГО ПРОЖИВАННЯ ПОДРУЖЖЯ

Німак М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Режим окремого проживання відповідно до ч. 2 ст. 119 Сімейного кодексу України від 10 січня 2002 року (далі – СК України) припиняється в разі поновлення сімейних відносин або за рішенням суду на підставі заяви одного з подружжя. Отже, законодавець визначає два випадки припинення режиму окремого проживання. Перший – поновлення сімейних відносин, тобто при взаємній згоді подружжя (безспірний), другий - рішення суду на підставі заяви одного з подружжя (спірний). З викладеного випливає, що згідно чинного законодавства режим окремого проживання припиняється в суді в порядку позовного провадження тільки в другому випадку, а в першому – автоматично.

Думка автоматичного припинення режиму окремого проживання підтримана також в юридичній літературі. Так, М. М. Ясинок вважає, що, коли подружжя вирішило проживати разом, режим окремого проживання скасовується автоматично і додаткового судового рішення для цього не потрібно. Разом з тим «сторони письмово мають повідомити про це суд для того, щоб зупинити дію судового рішення». Проте у порядку цивільного судочинства автоматично нічого не відбувається, крім того, Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року (далі - ЦПК України) не передбачає можливості «зупинити дію судового рішення», про що веде мову М. М. Ясинок.

Певну схожість у цьому питанні справи про встановлення режиму окремого проживання мають із справами про визнання фізичної особи безвісно відсутньою. Поява такої особи автоматично не скасовує рішення суду про визнання особи безвісно відсутньою. Відповідно до ч. 1 ст. 250 ЦПК України, у разі одержання заяви про появу фізичної особи, яку було визнано безвісно відсутньою, суд призначає справу до слухання і скасовує своє рішення про визнання фізичної особи безвісно відсутньою. Скасування рішення суду про визнання фізичної особи недієздатною та поновлення цивільної дієздатності також здійснюється за рішенням суду (ч. 4 ст. 241 ЦПК України). Проте слід зауважити, що хоча Ю. В. Білоусов, М. М. Ясинок, К. М. Глиняна також вказують на «скасування», а не припинення режиму окремого проживання, це видається не цілком правильним, оскільки рішення скасовується з підстав, передбачених ст. ст. 309, 310, 311 ЦПК України, тобто в разі встановлення апеляційним судом помилок в діях суду першої інстанції чи порушення закону, а в даному випадку рішення про встановлення режиму окремого проживання відповідає закону і в діях суду немає помилок, але шлюбні відносини поновилися, а тому зникла потреба в режимі окремого проживання. З огляду на викладене, режим окремого проживання повинен припинятися, а не скасовуватися.

Слід також зауважити, що автоматичне припинення режиму окремого проживання породжуватиме багато проблем, оскільки в такому разі момент припинення режиму не буде чітко встановленим, що матиме значення при з'ясуванні питання щодо майна подружжя (спільна сумісна чи особиста власність), при визначенні походження дитини тощо.

У такому випадку варто погодитися з думкою О. М. Калітенко, С. М. Лепех та інших науковців, які вважають, що, оскільки режим окремого проживання встановлюється в судовому порядку, то і припинятися він може також лише в судовому порядку. Проте варто звернути увагу на строк, на який встановлюється режим окремого проживання. Якщо такий строк визначений рішенням суду про встановлення режиму окремого проживання, то режим припиняється внаслідок спливу встановленого строку і звертатися до суду в такому випадку не потрібно. Якщо ж подружжя має намір припинити режим окремого проживання до спливу строку, на який він встановлювався, або режим окремого проживання був встановлений без визначення строку його встановлення, тоді припинення режиму повинно здійснюватися у судовому порядку.

Відповідно до ч. 2 ст. 1140 Цивільного процесуального кодексу Франції, відновлення режиму спільного проживання подружжя може здійснюватися через суд або нотаріуса, шля-

© Німак М., 2012

хом складання акта про поновлення подружжям спільного проживання. В юридичній літературі пропонується запозичити досвід Франції щодо вирішення цього питання шляхом звернення до нотаріуса. На думку автора, оскільки таке питання є безспірним, то його можна вирішити шляхом засвідчення нотаріусом справжності підпису на спільній заяві подружжя про поновлення сімейних відносин або режиму спільного проживання. Однак, якщо нотаріус при перевірці такого волевиявлення встановить, що воно суперечить інтересам сторін або третіх осіб чи законодавству, він відмовить їм у вчиненні такої нотаріальної дії. Проте нотаріус – це посадова особа, яка вчиненням тієї чи іншої нотаріальної дії лише надає юридичної значимості волевиявленню осіб, але не уповноважена вирішувати будь-яких інших питань, у тому числі і питання про відповідність вчинюваної дії інтересам подружжя. Нотаріус перевіряє волевиявлення сторін та можливість вчинення нотаріальної дії тільки щодо відповідності їх закону, але не інтересам осіб. Повноваженнями із вирішення питань про відповідність волевиявлення інтересам осіб наділений тільки суд.

У цьому разі варто запозичити досвід законодавства Польщі, згідно якого скасування режиму окремого проживання може мати місце лише перед судом в ході безспірного розгляду справи на підставі спільної заяви подружжя.

Отже, режим окремого проживання, встановлений на невизначений строк або такий, що припиняється достроково, повинен припинятися в судовому порядку.

Виходячи з принципу добровільності шлюбу (ст. 24 СК України) про те, що примушування жінки та чоловіка до шлюбу не допускається, робимо висновок, що припинення режиму окремого проживання можливе тільки при взаємній згоді подружжя на поновлення сімейних відносин, а тому ця категорія справ не може розглядатися у позовному провадженні, тобто, як зазначено в ч. 2 ст. 119 СК України, за заявою одного з подружжя. Натомість справи про припинення режиму окремого проживання, як справедливо зазначають С. С. Бичкова та К. М. Глиняна, повинні розглядатися судом у порядку окремого провадження за заявою подружжя, тому що в разі його припинення спору між подружжям бути не може. Проте слід зауважити, що в окремому провадженні розглядатимуться справи про припинення режиму окремого проживання не у всіх випадках, а, як було з'ясовано вище, тільки тоді, якщо режим окремого проживання був встановлений на невизначений строк або припиняється достроково.

В юридичній літературі з цього приводу висловлені і протилежні погляди. Так, Ю. В. Білоусов вважає, що порядком окремого провадження можуть бути скасовані тільки ті рішення, які ухвалені за спільною заявою подружжя, у всіх інших випадках справи вирішуються у позовному провадженні. Інші автори вказують на те, що розгляд справи про припинення режиму окремого проживання на підставі позову одного з подружжя може бути зумовлений поважними причинами. Проте, які можуть бути поважні причини для того, щоб примусити того з подружжя, який не має наміру повертатися в сім'ю, припинити режим окремого проживання, і чи відповідатиме таке «примусове» припинення інтересам подружжя та їх дітей – не зрозуміло.

С. Я. Фурса вважає, що в тих випадках, коли один із подружжя хоче припинити режим окремого проживання та поновити спільне проживання, але не знає з цього приводу думку іншого або інший не заперечує, але хоче, щоб факт поновлення їх спільного проживання був офіційно підтверджений актом суду, то така справа може вирішуватися в окремому провадженні, шляхом подання заяви одним із подружжя. Із цією думкою також не можна погодитися, оскільки поновлення шлюбних відносин передбачає взаємне волевиявлення подружжя, а тому справа про припинення режиму окремого проживання також повинна вирішуватися на підставі взаємного волевиявлення подружжя, викладеного в їх спільній заяві, поданій до суду.

Отже, режим окремого проживання, встановлений рішенням суду на певний строк, припиняється після спливу такого строку, а тому звертатися до суду в такому випадку не потрібно. Припинення режиму окремого проживання, встановленого судом на невизначений строк або такого, що припиняється достроково, здійснюється судом у порядку окремого провадження.

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ІНДИВІДУАЛЬНОГО ХАРАКТЕРУ ЦИВІЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ: КОНЦЕПТУАЛЬНЕ БАЧЕННЯ

Петрицин Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблеми цивільної відповідальності і пов'язаних із нею аспектів привертають увагу фахівців уже декілька століть. Це стосується не лише суто цивільної відповідальності, але й також її специфіки, місця в системі юридичної відповідальності. Однією з особливостей цивільної відповідальності вважалася можливість відповідальності за чужу вину. У частині 2 статті 61 Конституції України встановлено, що юридична відповідальність особи має індивідуальний характер. Із загального правила, встановленого цією конституційною нормою, знову-таки немає винятків, які стосуються цивільної відповідальності. Однак ця конституційна норма не вплинула на подальший розвиток цивілістичної науки. Окремі науковці з цього приводу стверджують, що неможливо притягнути до такої відповідальності іншу особу, окрім тієї, яка безпосередньо вчинила правопорушення. На думку таких науковців, як: М.М. Агаркова, Б.С. Антимонова, Г.М. Бєлякова, Д.В. Боброової, М.І. Брагінського, С.М. Братуся, В.В. Вітрянського, В.П. Грибанова, О.В. Дзери, І.В. Жилінкової, Г.В. Єрьоменко, р.А. Майданика, М.С. Малеїна, В.А. Покутнього, В.О. Тархова, В.І. Труба, Н.М. Хуторян, С.І. Шимон, в передбачених законом випадках за невиконання або неналежне виконання зобов'язання однією особою заходи цивільної відповідальності можуть бути застосовані щодо іншої. Причому серед таких прикладів вищезазначені правники виділяють відповідальність батьків (усиновлювачів) за шкоду, завдану їхніми дітьми, а також відповідальність юридичних осіб (згідно із ч.7 ст.77 Господарського кодексу України у разі недостатності коштів, що перебувають у розпорядженні казенного підприємства, держава в особі відповідного органу несе відповідальність за зобов'язаннями цієї організації). Серед інших випадків зазначену відповідальність несе особа, яка перебуває, зокрема, у договірних відносинах (управитель за договором управління, правоволоділець за договором комерційної концесії).

У Цивільному кодексі України відсутня така норма, що встановлює принцип відповідальності "за чужі дії". Проте у ст. 528, що забезпечує виконання обов'язку третьою особою, міститься положення про те, що у разі невиконання або неналежного виконання обов'язку боржника іншою особою, цей обов'язок боржник повинен виконати сам. Така позиція знайшла відображення і в цивілістичній науці, де відповідальність за дії третьої особи розглядається як випадок відповідальності за невинне виконання зобов'язань. Деякі правники (Г.Ф. Шершеневич, І.С. Канзафарова) намагаються пояснити розмежування відповідальності за свої дії та за чужі дії на прикладі, зокрема, ст. 240 ЦК України, яка передбачає, що представник зобов'язаний вчиняти правочин за наданими йому повноваженнями особисто. Причому передача його повноважень іншій особі можлива лише у випадках, якщо він уповноважений на те договором або вимушений до цього в силу обставин з метою охорони інтересів довірителя. Тому представник, який частково передав свої повноваження іншій особі, має повідомити про це особу, яку він представляє, та надати їй необхідну інформацію про замісника. Таким чином, невиконання цього обов'язку покладає на особу, яка передала повноваження, відповідальність за дії замісника як за свої власні.

Між тим, розглядаючи передбачені чинними законодавством випадки відповідальності одних осіб за інших (коли одні особи здійснюють нагляд за іншими, коли одні особи виконують доручення інших, коли правопорушення скоєно за співучасті, коли конкретне майно "винного" перейшло у спадщину), можна дійти до висновку про те, що вони не порушують принципу індивідуальної відповідальності у цивільному праві. Адже батьки чи опікуни відповідають за недостатність нагляду, який останні, відповідно до чинного законодавства зобов'язані здійснювати стосовно тих осіб, які вчинили протизаконні діяння. Таким чином, саме ці відповідальні суб'єкти вчиняють зі своєї вини незаконне "упущення".

© Петрицин Н., 2012

Однак аналіз чинного законодавства та судової практики у цій сфері дозволяє дійти висновку, що індивідуальний характер цивільної відповідальності полягає також у врахуванні ступеню вини особи (зокрема, майнового стану та інших індивідуальних ознак суб'єктів відповідальності). З вищевказаного випливає, що покладення на будь-яку кількість осіб відповідальності, незалежно від протиправності їх дій та інших індивідуальних ознак, суперечить вказаній конституційній нормі. Разом з тим, подібна ситуація склалася й сьогодні. Дана проблема простежується, зокрема, щодо певних категорій осіб — роботодавців, батьків тощо. Між тим, відповідає той, хто не виконав юридичного обов'язку, а не родичі чи батьки. У такому разі вважається по суті, що діє принцип не індивідуальної, а колективної юридичної відповідальності. З іншого боку, відповідно до ст.24 Конституції України, громадяни є рівними перед законом, мають рівні конституційні права та свободи, а всі привілеї чи обмеження за будь-яким ознаками заборонено.

Індивідуальний характер відповідальності проявляється й в тому, що розмір відшкодування суд прилаштовує до особи (до конкретної життєвої ситуації, до здоров'я, до факту наявності дітей). Це правило має законодавче підґрунтя. Згідно ст.23 ЦК, розмір відшкодування моральної шкоди визначається судом залежно від характеру правопорушення, глибини фізичних та душевних страждань, погіршення здібностей потерпілого або позбавлення їх можливості реалізації, а також з урахуванням інших обставин, які мають істотне значення. Аналогічний характер має й ст. 551 ЦК, яка передбачає можливість зменшення розміру неустойки за рішенням суду, якщо він значно перевищує розмір збитків, та за наявності "інших обставин, які мають істотне значення". У ст.1193 ЦК законодавець передбачив окремі випадки врахування вини потерпілого і матеріального становища фізичної особи, яка завдала шкоди. Суд може зменшити розмір відшкодування шкоди, завданої фізичною особою, залежно від її матеріального становища, за винятком, коли шкоди завдано вчиненням злочину.

Таким чином, можна зробити висновок, що у цивільному праві діє принцип індивідуальної відповідальності, який має свої, не завжди притаманні іншим галузям права, особливості (залежність від конкретної життєвої ситуації, зважаючи на істотні обставини справи; можливість суду прилаштовувати розмір відшкодування до особи за різними підставами: наявність дітей; матеріальний стан тощо).

ПОНЯТТЯ «НЕРУХОМОГО МАЙНА» ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Романів В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У законодавстві колишнього СРСР не використовували традиційного для римського права поділу об'єктів цивільних прав на рухоме і нерухоме майно. У примітці до ст.21 Цивільного кодексу УРСР в редакції 1923р. зазначалося: «із відміною приватної власності на землю поділ майна на рухоме та нерухоме відміняється». Тому у радянському законодавстві термін «нерухомість» замінили терміном «основні фонди».

Після тривалої перерви термін «нерухоме майно» з'являється спочатку в Основах цивільного законодавства СРСР та республік 1990р., потім у законах України «Про заставу» від 2 жовтня 1992р., «Про нотаріат» від 2 вересня 1993р., «Про приватизацію державного житлового фонду» від 19 червня 1992р. та деяких інших законодавчих актах. Але в жодному з них не було розгорнутого визначення цього поняття і критеріїв розподілу об'єктів на рухомі і нерухомі.

Цивільний кодекс України від 16.01.2003р. №435-IV (з наступними змінами та доповненнями) (далі – ЦК України) при класифікації речей як об'єктів цивільних прав керувався фундаментальним поділом речей на рухомі і нерухомі.

Основний акт цивільного законодавства використовує терміни «нерухомі речі», «нерухоме майно», «нерухомість». Постає проблема співвідношення цих понять, їх ототожнення чи розмежування.

Законодавець в абз. 1 ч. 1 ст. 181 ЦК України вищезазначені терміни перелічує в дужках, що може свідчити про їх ототожнення. Разом з тим, у ч. 1 ст. 190 ЦК України під майном розуміють особливий об'єкт, яким вважають окрему річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. У такому випадку категорія «нерухоме майно» є ширшим поняттям і включає в себе категорію «нерухома річ», а тому не можна говорити про їх тотожність. Подібну точку зору висловлювали ще римські юристи, які сукупність різних речей, об'єднаних єдиним господарським призначенням або приналежністю, розглядали як єдину цілісність – майно. У свою чергу, аналіз ЦК України, інших законодавчих актів, зокрема, ЗУ «Про іпотеку», дозволяє розглядати категорію «нерухомість», як дублюючу стосовно «нерухомого майна».

У законодавчих актах зустрічаємо й інші терміни на позначення нерухомих речей. Зокрема, у Законі України «Про планування і забудову територій» (ст.18) від 20.04.2000р. №1699-III (з внесеними змінами та доповненнями), Законі України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (ст.44) від 14.05.1992р. № 2343-XII (з внесеними змінами та доповненнями), Законі України «Про виконавче провадження» (ст.ст.62, 64, 66) від 21.04.1999р. № 606-XIV (з внесеними змінами та доповненнями) використано термін «об'єкт нерухомості». Натомість у Повітряному кодексі України від 04.05.1993р. №3167-XII (з внесеними змінами та доповненнями) вжито термін «нерухомі об'єкти і споруди» (ст.46). Отже, законодавчі акти використовують різну термінологію, що означає «нерухоме майно».

В юридичній науці існує три теорії нерухомості. Перша найбільш розповсюджена пропонує визнавати нерухомістю речі, які мають міцний зв'язок із землею (К. Побєдоносцев, Е. Васьковський, Ю. Гамбаров). Представники другої концепції (Г. Шершеневич, К. Малишев, І. Францессон), покликаючись на судову практику свого часу, пропонували при визначенні ознак нерухомості керуватися критерієм «наявності юридичного зв'язку прав власника будови із землею, на якій вона збудована», вважаючи, що не треба визнавати нерухомістю споруди тимчасові або збудовані на чужій землі. Існувала і проміжна думка, згідно з якою можна виокремити третю теорію. Її представники, А. Вормс, В. Єльяшевич та А. Думашевський, споруди, збудовані на чужій землі, у силу зобов'язального права, вважали речами рухомими, а будови, створені в силу речового права на цю землю, – нерухомими речами.

За Цивільним кодексом України до нерухомих речей (нерухоме майно, нерухомість) належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення

© Романів В., 2012

яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. З наведеного визначення випливає матеріальний критерій зарахування об'єкту до нерухомості, яким є ступінь зв'язку речі із землею. За таким критерієм О. Дзера відносить до нерухомості земельні ділянки та все, що розташоване на них і міцно з ними пов'язане, тобто об'єкти, переміщення яких без непропорційного збитку для їх призначення є неможливим (житлові будинки, насадження, підприємства як майнові комплекси).

Законодавче визначення віднесення об'єктів цивільних прав до нерухомого майна дозволяє виділити такі критерії його здійснення: природні властивості об'єктів (земельні ділянки, ділянки надр, відокремлені водні об'єкти), фізичні властивості об'єктів (тісний зв'язок із землею, неможливість переміщення без знецінення та зміни їх призначення – ліси, будівлі, споруди та інші об'єкти), об'єкти, вказані у законі (за законом). Крім наведених критеріїв, ст.376 ЦК дозволяє виділити наявність не тільки фізичного, а і юридичного зв'язку між зазначеними об'єктами нерухомості і земельною ділянкою, на якій цей об'єкт знаходиться.

Вказане визначення нерухомої речі за ЦК України є універсальним, оскільки воно містить критерії, які при визначенні належності до нерухомого майна повинні бути притаманні тому чи іншому об'єкту. Таким критерієм може бути його природне походження. Стосовно належності земельної ділянки до нерухомого майна сумнівів бути не може. Формулювання абз. 1 ч. 1 ст.181 ЦК дозволяє стверджувати, що саме земельну ділянку законодавець визнає тим нерухомим об'єктом, який є таким в силу його об'єктивних властивостей.

Водночас, не можна не помітити, що критерій природного походження не є універсальним для об'єктів, що охоплені поняттям «нерухома річ». Він стосується лише окремих видів нерухомих речей, які виникли без допомоги людини, – землі та інших природних об'єктів. Цей критерій не притаманний об'єктам, які без сумніву, належать до нерухомих речей, зокрема різноманітним будівлям і спорудам. Такі об'єкти не мають природного походження і є результатом діяльності людини. Таким чином, варто пам'ятати що критерій природного походження може бути підставою для віднесення певного об'єкта до нерухомого майна, але не буде таким в абсолютній більшості випадків.

По-друге, неможливість переміщення таких об'єктів без їх знецінення чи зміни призначення. Підхід законодавця цілком виправданий, адже, на перший погляд, зрозуміло, що перемістити «нерухоме» неможливо.

Разом з тим, в абз. 1 ч. 1 ст.181 ЦК України законодавець поширює правовий режим нерухомого майна на повітряні, морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти та інші об'єкти, які підлягають державній реєстрації. Однак ці речі не є власне об'єктами нерухомості, оскільки безпосередньо не пов'язані із землею. Цивільний кодекс України цілком слушно окремо вирізняє ці та деякі інші об'єкти як такі, на які законом може бути поширений режим нерухомої речі. Таким чином, у цьому випадку не йдеться про зміну фізичної сутності речей, які не є безпосередньо пов'язаними з землею, мова йде лише про надання їм певного правового режиму, що є характерним саме для нерухомого майна. Отже, можна беззаперечно стверджувати, що на сьогодні законами України повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти нерухомістю не визнано. Крім того, потрібно пам'ятати що сьогодні науковий прогрес дозволяє переміщувати навіть «нерухоме», адже відомими є випадки переміщення будівель. З огляду на це, критерій неможливості переміщення нерухомих об'єктів без їх знецінення чи зміни призначення є також досить умовним.

Третім критерієм віднесення певного об'єкта до нерухомого майна пропонується вважати реєстрацію прав на нього. Державна реєстрація є тим механізмом, який реалізовує законодавчі положення, що поширюють правовий режим «нерухомої речі» на рухому в силу своєї природи речі, тобто такої, що може переміщатися в просторі і не пов'язана фізично із землею та може бути критерієм віднесення до нерухомого того майна, яке є таким, як в силу своїх природних властивостей, так і в силу визнання його таким законом.

Крім ЦК України слід урахувати інші нормативні акти (спеціальне законодавство), які визначають правовий режим того чи іншого виду нерухомого майна. Низка нормативних актів не містить конкретних критеріїв належності того чи іншого об'єкту до нерухомого майна, однак, аналізуючи в комплексі норми, які регулюють відносини стосовно цих об'єктів, можна дійти висновку про їх правовий статус.

Вважаю правильним шлях, який передбачає саме визначення критеріїв віднесення майна до нерухомого, а не ознак, адже в такому випадку наявність останніх була б обов'язковою для визнання певного майна нерухомим, що створювало б проблеми на практиці, особливо враховуючи багатоманітність майна, яке відноситься до нерухомого.

ВИЗНАЧЕННЯ ПОХОДЖЕННЯ ДИТИНИ ВІД БАТЬКІВ, ЯКІ ПЕРЕБУВАЮТЬ МІЖ СОБОЮ У ШЛЮБІ

Рубець І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В законодавстві багатьох країн світу, а також і України втілена презумпція шлюбного походження дитини. І хоча у коментарях до законодавства та наукових працях переважно зустрічається окремий аналіз презумпцій батьківства та материнства, в контексті дослідження питання походження дітей від подружжя більш доцільно говорити саме про презумпцію шлюбного походження. Вона полягає у тому, що дитина, яка зачата і (або) народжена у шлюбі, походить від подружжя, яке перебуває (перебувало) у цьому шлюбі. Законодавець визначає строк, на протязі якого після припинення або визнання шлюбу недійсним дитина вважатиметься такою, що походить від колишнього подружжя. Адже припускається, що зачатою вона була ще під час подружнього життя. Раніше презумпція шлюбного походження слугувала забезпечувати дитині статус законнонародженості. Як зазначає А. І. Загоровський у «Курсі сімейного права» для встановлення законнонародженості дитини необхідно довести не лише те, що вона народжена від жінки, яка на момент зачаття перебувала у законному шлюбі, але також і те, що саме її чоловік, а не будь-хто інший, є батьком дитини. Але усвідомлюючи складність останнього, а також з метою, по можливості, протегувати шлюб, закон презюмує, що чоловік матері є батьком дитини. А також закон визнає законнонародженими не лише дітей, зачатих та народжених у шлюбі, але і лише зачатих, хоча й народжених після його припинення, і навіть, у певних умовах – зачатих до шлюбу та народжених у шлюбі. При цьому законодавець визначає на основі даних фізіології найкоротший та найбільш тривалий строк вагітності і період зачаття, визнає час від останнього дня найкоротшого строку до останнього дня найбільш тривалого, рахуючи від дня народження дитини. Сьогодні тривалість цього строку в різних державах світу є різною. До прикладу ч. 2 ст. 48 Сімейного кодексу РФ встановлює його у 300 днів. У Голландії його тривалість визначена у 306 днів. В Україні він становить 10 місяців після припинення шлюбу або визнання його недійсним. Слід зауважити, що формулювання, яке міститься у ч. 2 ст. 122 Сімейного Кодексу України 2002 року (далі – СК України) потребує уточнення в частині настання моментів припинення та визнання шлюбу недійсним. А тому пропонуємо викласти її у наступній редакції: «Дитина, яка народжена до спливу десяти місяців після припинення шлюбу або анулювання актового запису про реєстрацію недійсного шлюбу органом державної реєстрації актів цивільного стану чи набрання законної сили рішенням суду про визнання шлюбу недійсним, походить від подружжя». Простіше цей період можна назвати періодом дії презумпції шлюбного походження дитини.

Подружжя, а також колишнє подружжя, у разі народження дитини до спливу десяти місяців після припинення їх шлюбу, мають право клопотати про невизнання чоловіка (колишнього чоловіка) батьком дитини. В даному випадку презумпція спростовується і це виглядає цілком логічно, адже обоє з подружжя (колишнього подружжя) визнають та підтверджують своїми заявами, що чоловік (колишній чоловік) не є батьком. Проте відразу виникає запитання, чи поширюється це правило на осіб, шлюб між якими визнано недійсним. Адже формулювання відповідної норми не передбачає для них такої можливості. Очевидно, це законодавча прогалина,тому пропонуємо внести зміни у ч. 3 ст. 122 СК України та сформулювати її у наступній редакції: «Подружжя, а також жінка та чоловік, шлюб між якими припинено або визнано недійсним, у разі народження дитини після припинення шлюбу або анулювання актового запису про реєстрацію недійсного шлюбу органом державної реєстрації актів цивільного стану чи набрання законної сили рішенням суду про визнання шлюбу недійсним, мають право подати до органу державної реєстрації актів цивільного стану спільну заяву про невизнання чоловіка (колишнього чоловіка) батьком дитини».Необхідно наголосити, що на сьогодні згідно СК України така вимога може бути задоволена лише у разі подання іншою особою та матір'ю дитини заяви про визнання батьківства. Мабуть дане правило діє з метою забезпечення прав дитини. Проте цей підхід не є цілком виправданим. По-перше, ймовірність подання заяви

© Рубець І., 2012

про невизнання батьківства чоловіка, який насправді ним є, крім цього, підтримання цієї заяви матір'ю дитини, дуже мала. По-друге, в даному випадку може виникнути ситуація, коли чоловік, який не будучи кровним батьком дитини, народженої в період дії презумпції шлюбного походження, змушений буде оспорювати своє батьківство в порядку статті 136 СК України навіть в тому випадку, коли сумнівів у тому, що він не є батьком не має ні він ні мати дитини. І це лише тому, що не знайшлося іншого чоловіка, який був би готовий визнати батьком себе. При цьому необхідно розуміти, що у випадку оспорювання батьківства дитина так само може бути позбавлена запису у графі про батька, як і у випадку подання заяви про невизнання батьківства. А тому презумпція шлюбного походження не може беззаперечно захистити інтерес дитини з приводу наявності батька. Натомість вона може зводитися до нав'язування штучного статусу батьківства чоловікові, який завідомо ним не є (у зв'язку із дією презумпції шлюбного походження), або ж чоловікові, який задля формальності разом із матір'ю дитини подає заяву про визнання свого батьківства. Саме тому вимогу про подання іншою особою та матір'ю дитини заяви про визнання батьківства пропонуємо виключити із змісту ч. 3 ст. 122 СК України.

Якщо дитина народжується під час дії презумпції шлюбного походження, але вже під час зареєстрованого шлюбу з іншим чоловіком, батьком дитини вважатиметься цей чоловік. Батьківство попереднього чоловіка може бути визначене на підставі його спільної заяви з чоловіком у повторному шлюбі або за рішенням суду. Дана норма в принципі не викликає застережень. Незважаючи на новий зареєстрований шлюб, батьком дитини буде визнаний біологічний батько. В літературі навіть висловлені думки щодо можливості дитини мати, умовно кажучи, двох батьків – біологічного батька (в т.ч. з попереднього шлюбу) та чоловіка матері у зареєстрованому шлюбі. Обґрунтовується важливість участі генетичного батька у житті та вихованні дитини, та зокрема для забезпечення дитині точної та правильної генетичної історії. Недоліком законодавства вбачається відсутність згоди матері на визначення батьківства попереднього чоловіка. Адже в подальшому вона немає права оспорити батьківство попереднього чоловіка, а відповідно не може подати позов про визнання батьківства до будь-якого іншого чоловіка, бо запис про батька зроблено не у відповідності до ч. 1 ст. 135 СК України, як того вимагає закон. Видається, що дана проблема послугувала однією із підстав виключення п. 2 ч. 1 із ст. 125 СК України. А тому ч. 1 ст. 124 СК України слід сформулювати наступним чином: «Батьківство попереднього чоловіка може бути визначене на підставі його спільної заяви із чоловіком у повторному шлюбі та матір'ю дитини або за рішенням суду».Варто зазначити, що відповідна норма статті 124 СК України також містить неточність з приводу моментів припинення та визнання шлюбу недійсним, а тому цю проблему варто врегулювати аналогічно як і в ч. 2 ст. 122 СК України і сформулювати ч. 1 ст. 124 СК України наступним чином: «Якщо дитина народилась до спливу десяти місяців після припинення шлюбу або анулювання актового запису про реєстрацію недійсного шлюбу органом державної реєстрації актів цивільного стану чи набрання законної сили рішенням суду про визнання шлюбу недійсним, але після реєстрації повторного шлюбу її матері з іншою особою, вважається, що батьком дитини є чоловік матері у повторному шлюбі».

ПЕРЕХІД ПРАВ ЗА БЕЗДОКУМЕНТАРНИМИ ЦІННИМИ ПАПЕРАМИ: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ

Саванець Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Правове регулювання переходу прав за цінними паперами здійснюється як ЦК України так і ГК України, а також спеціальними законами, зокрема Законом України ‘’Про цінні папери та фондовий ринок’’, Законом України ‘’Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні’’, та актами Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, що встановлюють правові засади обігу цінних паперів. Проте, ні в ЦК України та ГК України, ні в Законі України ‘’Про цінні папери та фондовий ринок’’ не встановлений механізм переходу прав за бездокументарними цінними паперами. У ч.3 ст. 5 Закону України ‘’Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні’’ закріплено, що право власності на цінні папери, випущені в бездокументарній формі, переходить до нового власника з моменту зарахування цінних паперів на рахунок власника у зберігача.

Законодавець визначаючи особливості переходу прав за цінними паперами проставляє акцент на спосіб легітимації їх власника, та поділяє цінні папери на іменні, ордерні та на пред’явника. Специфікою цінних паперів на пред’явника є відсутність персоніфікації уповноваженої особи. Емітент здійснює виконання за ними особі, що звертається з цими цінними паперами. Можливість існування бездокументарних цінних паперів як цінних паперів на пред’явника законодавцем у жодному нормативно-правовому акті не обумовлюється, і лише у Законі України ‘’Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні’’ зазначено, що у разі відчуження знерухомлених цінних паперів на пред’явника право власності на них переходить до нового власника з моменту їх зарахування на рахунок власника у зберігача. Вважаємо наведену норму такою, що суперечить побудові вітчизняної депозитарної системи і у зв’язку із цим наведемо власні аргументи. Процес знерухомлення цінних паперів передбачає їх переведення з документарної форми існування у бездокументарну шляхом депонування сертифікатів у сховищах зберігача цінних паперів та/або депозитарію з метою забезпечення подальшого їх обігу у вигляді облікових записів на рахунках зберігача та/або депозитарію. Існування цінних паперів у бездокументарній формі означає не що інше як іменну ідентифікацію власника цінних паперів, оскільки зберігачі цінних паперів відкривають рахунок своїм депонентам на підставі договору про відкриття рахунку у цінних паперах та відповідної заяви із зазначення імені власника цього рахунку. Зважаючи на те, що рахунки власників цінних паперів у зберігача не можуть бути анонімними, а їх знерухомлення відбувається лише шляхом іменної ідентифікації власника, що слугує підставою зміни цінних паперів на пред’явника на іменні цінні папери, і відповідно реалізації передачі прав за ними, існування бездокументарних цінних паперів на пред’явника на нашу думку є неможливим.

Відповідно до ч. 5 ст. 197 ЦК України права за ордерним цінним папером належать названій у ній особі, яка може сама здійснити ці права або призначити своїм розпорядженням (наказом) іншу уповноважену особу; та передаються шляхом вчинення на цьому папері передавального напису (індосаменту), за яким до особи, якій або у розпорядження якої передаються права за цінним папером (індосата), переходять усі права ним посвідчені, при чому індосант відповідає за існування та здійснення цього права. Вважаємо, що застосування механізму переходу прав за ордерними цінними паперами щодо бездокументарних цінних паперів є несумісним як з теоретичної так і практичної сторони, адже вчинення відчужувачем передавального напису на цінному папері у випадку бездокументарних цінних паперів суперечить особливостям способу їх існування. Окрім цього, на практиці як ордерні цінні папери виступають векселі, складські свідоцтва, коносаменти, що належать до неемісійних цінних паперів та можуть перебувати в обігу виключно у документарній формі. Підтвердженням нашої тези є ст. 5 Закону України ‘’Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу

© Саванець Л., 2012

цінних паперів в Україні'' присвячена регулюванню переходу та реалізації права власності на цінні папери в Національній депозитарній системі, у якій про механізм переходу прав за ордерними цінними паперами не йдеться, що свідчить про забороняючу позицію законодавця щодо можливості існування ордерних цінних паперів у бездокументарній формі та їх обігу у Національній депозитарній системі, професійними учасниками якої є зберігачі, реєстратори та депозитарії.

У ч. 4 ст. 197 ЦК України визначено, що права за іменними цінними паперами належать названій у них особі та передаються у порядку, встановленому для відступлення права вимоги (цесії), і відчужувач відповідає лише за недійсність відповідної вимоги і не відповідає за її невиконання. Проте, у жодному із вітчизняних нормативних актів не міститься правил, які б чітко визначали місце і роль цесії в обігу іменних цінних паперів. Не зрозумілими залишаються причини, що спонукали законодавця, регулюючи порядок переходу прав за іменними цінними паперами, зробити посилання на норми про уступку права вимоги (цесію), та акцентування саме на іменні цінні папери, адже як відомо, зобов'язальні права можуть посвідчувати і цінні папери на пред'явника, а також ордерні цінні папери.

Відступлення права вимоги за своєю суттю є заміною кредитора у зобов'язанні внаслідок передання ним своїх прав іншій особі за правочином і відбувається відповідно до ч. 1 ст. 516 ЦК України без згоди боржника, якщо інше не встановлено договором або законом. Спеціальне законодавство що регулює емісію та обіг іменних цінних паперів не встановлює вимоги щодо необхідності одержання згоди емітента при відчуженні його цінних паперів їх власником. Проте, за буквального тлумачення наведеної норми сторони у зобов'язанні мають правомочність встановити в договорі, що є підставою виникнення зобов'язальних відносин, необхідність одержання згоди боржника на уступку права первісного кредитора новому кредитору. Застосовуючи наведену норму до правовідносин з приводу емісії та обігу іменних цінних паперів не виключною є ситуація за якої емітент при їх первинному розміщенні включить зазначену умову до договору, і в подальшому обігоздатність цих цінних паперів буде залежати виключно від волі емітента, що на нашу думку є суперечним із правовою природою цінних паперів, а також створює умови закладення різного правового режиму оборотності іменних цінних паперів різних емітентів, що є неприпустимим в умовах налагоджено та ефективного функціонування фондового ринку.

Положення ч. 2 ст. 516 ЦК України визначає обов'язок письмового повідомлення боржника про заміну кредитора, не конкретизуючи при цьому зобов'язаної особи (первісний чи наступний кредитор), встановлюючи ризик настання несприятливих наслідків для нового кредитора. При відчуженні бездокументарних іменних цінних паперів ані у відчужувача, ані у їх набувача немає законодавчо визначеного обов'язку повідомлення емітента про укладений договір, а реалізовувати права ними посвідченні і вимагати відповідного виконання обов'язку емітентом буде та особа, яка на момент їх здійснення була власником цінних паперів на рахунку у зберігача і включена до зведеного облікового реєстру власників цінних паперів, що складається депозитарієм на вимогу емітента цих цінних паперів.

Відповідно до ч.1 ст.518 ЦК України уступка права вимоги допускає право боржника висунути заперечення проти вимог нового кредитора заснованих на його відносинах з первісним кредитором. Стосовно цінних паперів жодного виключення із цього правила не передбачено, що породжує фактичну можливість пред'явлення емітентом заперечень проти вимог особи, що є кредитором за цінними паперами, за виключенням неможливості відмови від виконання зобов'язання, посвідченого цінним папером, з посиланням на відсутність підстави зобов'язання або на його недійсність (ч.2 ст.198 ЦК України). Наведена конструкція є суперечною із концепцією легітимації власника цінних паперів, ознакою їх публічної достовірності, а сам факт існування законодавчої норми стосовно цінних паперів, що суперечить їх основоположному принципу публічної достовірності, виступає проявом позбавлення цінного паперу його статусу.

У сучасних наукових розробках дослідників корпоративного права превалює погляд самостійності корпоративних відносин, а не різновидності зобов'язальних, відсутності у них кредитора і боржника, що слугує ще однією обставиною недоцільності реалізації цесії у відносинах щодо переходу прав за іменними цінними паперами.

Таким чином, на підставі вищенаведеного слід констатувати, що застосування цесії до переходу прав за іменними цінними паперами породжує різну правову регламентацію відносин та порядок їх здійснення, і тому інструмент уступки права вимоги не відповідає механізму переходу прав посвідчених цінними паперами як документарної так і бездокументарної форми існування. Доцільним видається вживання терміну трансферт, що був введений в термінологічний вжиток ще дореволюційними цивілістами, та означав перехід прав за іменними цінними паперами шляхом внесення змін в реєстровій книзі емітента, тобто права за бездокументарними цінними паперами переходять до набувача на підставі їх зарахування на його рахунок у зберігача і внесення депозитарієм, що обслуговує емісію цих цінних паперів змін до зведеного облікового реєстру власників цінних паперів.

ОСОБЛИВОСТІ ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ЗАЯВНИКА ТА БОРЖНИКА У НАКАЗНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Сеник С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У справах наказного провадження особами, які беруть участь у справі, є заявник, боржник, їх представники, а також органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб.

Процесуальні права та обов'язки осіб, які беруть участь у справі, зазначені в ст. 27 ЦПК України та є загальними для всіх осіб, які беруть участь у справі.

Для того щоб з'ясувати процесуальний статус заявника та боржника спершу необхідно з'ясувати особливості провадження, в якому вони беруть участь. Наказне провадження є однією з процедур ЦПК України, введеною з метою спрощення, підвищення ефективності та диференціації цивільного процесу. Розділ ІІ ЦПК України регулює не лише порядок видачі судового наказу, але й процедуру здійснення самого провадження, що передує видачі судового наказу. Завдання наказного провадження зводяться до прискорення вирішення справ, предметом яких є вимоги, визначені ст. 96 ЦПК України.

Така ознака як спрощеність наказного провадження вказує на відсутність у заявника таких процесуальних прав як брати участь у судових засіданнях, брати участь у дослідженні доказів, задавати питання іншим особам, які беруть участь у справі, а також свідкам, експертам, спеціалістам, заявляти клопотання та відводи, давати усні та письмові пояснення судові, подавати свої доводи, міркування щодо питань, які виникають під час судового розгляду, і заперечення проти клопотань, доводів і міркувань інших осіб. Заявник цих процесуальних прав в силу того, що у наказному провадженні відсутній судовий розгляд справи як такий. Брати участь у дослідженні доказів теж немає можливості, суддя досліджує докази самостійно, без участі заявника. Оскільки він не ведеться журнал судового засідання, то відповідно не передбачається реалізація таких процесуальних прав як знімати з нього копії та подавати письмові зауваження з приводу його неправильності чи неповноти, прослуховувати запис фіксування судового засідання технічними засобами, робити з нього копії, подавати письмові зауваження з приводу його неправильності чи повноти.

Документарність наказного провадження звужує процесуальні права заявника в частині подання доказів. У п. 5 ч. 2 ст. 98 ЦПК України визначено положення щодо форми і змісту заяви про видачу судового наказу, відповідно до якого у заяві повинно бути зазначено перелік документів, що додаються до заяви. Це вказує на необхідність подання лише письмових доказів, що підтверджують вимоги заявника. Ці документи мають бути безспірними. Інші засоби доказування у наказному провадженні не використовуються.

Крім цих прав заявник у разі відмови у прийнятті заяви має право звернутися з тими самими вимогами для розгляду їх в позовному провадженні. У разі пред'явлення заявником позовної заяви у порядку позовного провадження сума судового збору, сплачена у наказному провадження зараховується до суми судового збору, встановленої за позовну заяву (ч. 2 ст.99 ЦПК України).

Боржнику як стороні у справі наказного провадження належать такі процесуальні права: згідно ст. 104 ЦПК України після видачі судового наказу суд не пізніше наступного дня надсилає його копію боржникові, яка повинна відповідати за своїм змістом оригіналу. Таке повідомлення здійснюється поштою рекомендованим листом із повідомленням. Боржникові одночасно з копією судового наказу надсилається копія заяви стягувача разом з копіями доданих до неї документів. Таким чином, боржникові надається можливість ознайомлення з матеріалами справи. В супровідному листі боржникові роз‘яснюється його право подати заяву про скасування наказу.

Боржник має право протягом десяти днів з дня отримання копії судового наказу подати мотивовану заяву про його скасування. Відповідно до ч 6 ст. 105-1 ЦПК України заява про скасування судового наказу розглядається судом протягом десяти днів з дня постановлення

© Сеник С., 2012

ухвали про прийняття такої заяви до розгляду у відкритому судовому засіданні. Неявка осіб, належним чином повідомлених про час і місце розгляду заяви про скасування судового наказу, не перешкоджає розгляду такої заяви. Варто зазначити, що у цьому випадку слід також керуватись відповідними положеннями ст. 169 ЦПК України.

Згідно ч. 7 ст. 105-1 ЦПК України головуючий відкриває судове засідання і з'ясовує, хто із викликаних осіб з'явився, встановлює їх особу, перевіряє повноваження представників, після чого повідомляє зміст заяви про скасування судового наказу і з'ясовує думку осіб, які беруть участь у розгляді такої заяви. Отже, можна зробити висновок, що при розгляді заяви про скасування судового наказу особи, які беруть участь у справі, в повній мірі можуть здійснювати як загальні, так і спеціальні процесуальні права.

ВИКУП ОБ'ЄКТІВ НЕРУХОМОГО МАЙНА ДЛЯ СУСПІЛЬНИХ ПОТРЕБ ЯК ПІДСТАВА ПРИПИНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ

Тарасенко Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Право приватної власності – це непорушне право. Саме так зазначено у ст.41 Конституції України. Відповідно ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Також Конституція України гарантує, що примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості. Примусове відчуження таких об'єктів з наступним повним відшкодуванням їх вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану.

До грудня 2009 року ці відносини, крім норм Конституції України, були врегульовані кількома статтями у Цивільному кодексі України та Земельному кодексі України.

Проте у грудні 2009 року набув чинності Закон України «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності». Тобто замість двох статей, які містилися у Цивільному кодексі України, було прийнято окремий закон, який фактично змінив правила щодо викупу земельних ділянок та нерухомого майна, що на них розміщені для суспільних потреб. Варто відзначити, що вищезазначений закон не зовсім відповідає інтересам громадян, але значною мірою відповідає інтересам громади, оскільки суспільний інтерес в ньому переважає, що проявляється у значному спрощенні процедури викупу майна громадян.

У законі міститься поняття «суспільної необхідності», основною ознакою якої є загальнодержавний інтерес або інтерес територіальної громади, який переважає над інтересом приватної особи.

За загальним правилом примусове відчуження земельної ділянки з мотивів суспільної необхідності здійснюється за умови надання її власнику відповідно іншої рівноцінної земельної ділянки, якщо інше не погоджено з власником відчужуваної земельної ділянки. А примусове відчуження житлового будинку у зв'язку з викупом або примусовим відчуженням земельної ділянки здійснюється за умови надання його власнику у власність іншого благоустроєного житлового будинку відповідно.

Також власник земельної ділянки або будівлі має право отримати попереднє і повне відшкодування вартості відповідно належної йому земельної ділянки або будівлі. Викупна ціна, тобто сума, яку отримує власник, повинна включати вартість земельної ділянки, житлового будинку, інших будівель, споруд, багаторічних насаджень, що на ній розміщені, з урахуванням збитків, завданих власнику внаслідок викупу земельної ділянки, у тому числі збитків, що будуть завдані власнику у зв'язку з достроковим припиненням його зобов'язань перед третіми особами, зокрема упущена вигода, у повному обсязі (наприклад, якщо було укладено договір оренди, який у зв'язку з примусовим викупом доводиться розірвати).

У разі надання власнику іншої земельної ділянки замість відчуженої у викупну ціну включається вартість виготовлення документації із землеустрою, розроблення якої необхідне для отримання у власність такої земельної ділянки, а також витрати, пов'язані з державною реєстрацією прав на неї. Проте, на нашу думку, це законодавче положення може залишитися фікцією, оскільки виготовленням документації, зазвичай займаються приватні ліцензійні установи, вартість послуг яких переважно не є низькою, а це відповідно немалі витрати для органу влади, який приймає рішення про викуп певної земельної ділянки.

Вартість земельної ділянки, що відчужується або передається у власність замість відчуженої, визначається за договором на підставі її експертної грошової оцінки, проведеної відповідно до закону. Суб'єкти оціночної діяльності для проведення такої оцінки визначаються органом виконавчої влади чи органом місцевого самоврядування, а вартість надання послуг з експертної грошової оцінки сплачується за рахунок коштів відповідних бюджетів. Проте у разі

© Тарасенко Л., 2012

якщо власник виступає проти відчуження свого нерухомого майна за оцінкою, проведеною суб'єктом оціночної діяльності, визначеним органом виконавчої влади або органом місцевого самоврядування, він може залучити іншого суб'єкта оціночної діяльності для визначення вартості нерухомого майна. У цьому разі витрати на виконання таких послуг несе власник майна. Однак, знову ж таки, власник може виявитися правим – експертна оцінка, проведена обраним ним суб'єктом оціночної діяльності, може виявитися суттєво вища, бо при цьому повинні братися до уваги реальні ринкові ціни, а не мінімальна вартість, нижче якої продаж заборонено. А саме таку ціну, як свідчить практика, пропонує орган влади власнику для викупу.

Тому варто покладати витрати на виконання оціночних послуг на орган влади, якщо буде встановлено, що викупна ціна, визначена суб'єктом оціночної діяльності, обраним власником, є справедливою компенсацією вартості майна, на відміну від тієї ціни, яка була визначена суб'єктом оціночної діяльності, визначеним органом виконавчої влади або органом місцевого самоврядування. Проте цього в законі немає, тому треба доповнювати закон положенням вищезазначеного змісту. Крім того, у разі виникнення спору – таке рішення може також прийняти суд. Саме такий підхід видається найбільш правильним за даних обставин.

Варто також відзначити, що в законі визначено вичерпний перелік об'єктів, задля будівництва (створення) яких допускається примусовий викуп у власників земельних ділянок та інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені. Зокрема, до цих об'єктів належать об'єкти національної безпеки і оборони; лінійні об'єкти та об'єкти транспортної і енергетичної інфраструктури (дороги, мости, естакади, магістральні трубопроводи, лінії електропередач, аеропорти, нафтові і газові термінали, електростанції) та об'єкти, необхідних для їх експлуатації; об'єкти, пов'язані із видобуванням корисних копалин загальнодержавного значення; об'єкти природно-заповідного фонду; кладовища.

Слід звернути увагу на те, що примусове відчуження земельної ділянки, інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, допускається, лише за рішенням суду і як виняток, з мотивів суспільної необхідності лише в разі, якщо будівництво зазначених вище об'єктів передбачається здійснити із застосуванням оптимального варіанта з урахуванням економічних, технологічних, соціальних, екологічних та інших чинників.

Проте, як свідчить практика, трапляються ряд порушень права власності громадян, у яких вилучають земельні ділянки для суспільних потреб. Наприклад, Кабінетом Міністрів України було прийнято рішення про викуп гаражів у їх власників, проте питання викупу землі, на яких були розташовані ці гаражі, навіть не розглядалося. Фактично громадяни отримали компенсацію за споруди, які належали їм на праві приватної власності, проте не отримали компенсації вартості належних їм земельних ділянок. Натомість закон стоїть на боці власників, а саме - у разі якщо власник земельної ділянки, що підлягає примусовому відчуженню з мотивів суспільної необхідності, є власником житлового будинку, інших будівель, споруд, багаторічних насаджень, що на ній розміщені, вимога про примусове відчуження земельної ділянки з мотивів суспільної необхідності розглядається разом із вимогою про припинення права власності на такі об'єкти (ч.3 ст.351 Цивільного кодексу України). Всупереч вищезазначеним вимогам закону відбувається порушення прав власників, які їм в подальшому доводиться захищати в судовому порядку. Наприклад, одна з таких справ зараз перебуває на розгляді в суді, і громадянин-позивач в цій справі доводить свою правоту, маючи державний акт про право приватної власності на землю, але вже не маючи фактично права володіння самою земельною ділянкою, яка на даний час перетворилася на землі аеропорту.

Проте проблема полягає дещо в іншому. Так, у вищезазначеній справі громадянин (вже колишній власник землі) захистить своє порушене право в судовому порядку, і суд повинен стати на його захист. Проте це лише одна з нечисельних спроб захистити своє право власності. Загалом громадяни навіть не намагаються захистити те, що їм належать, і не борються за свої права. Якщо б така ситуація трапилася закордоном, наприклад, в країнах ЄС чи США, то, можна впевнено стверджувати, це була би дуже гучна справа – влада позбавляє права власності або примусово викупляє майно не за ринковими цінами, або викупляє менші площі землі, порівняно з тими, які належать власникам. Та, зрештою, і влада закордоном собі такого не дозволила би. Натомість в Україні ситуація зовсім інша. Пересічна людина, зазвичай, є пасивною щодо захисту своїх прав, щодо реалізації своїх прав. Громадяни нерідко є пасивними і не

хочуть зробити хоч щось, щоб права, які надані їм законом, залишалися не лише на папері. Пасивність можна пояснити незнанням закону, незнанням своїх прав, незнанням процесуальної процедури захисту прав тощо. Проте невіра у перемогу є більш суттєвим чинником. У громадян переважно відсутня надія на позитивний результат вирішення справи, пов'язаної із захистом права власності загалом і з захистом права власності у разі вилучення майна для суспільних потреб зокрема. Така невіра у власні сили інколи пов'язана із спробами реалізації чи захисту інших прав, в процесі чого громадяни мали певні труднощі і не могли їх подолати з певних суб'єктивних чи об'єктивних причин. Тому треба брати приклад з тих громадян-власників, які знаходять і сили, і бажання боротися за належне їм право власності та вимагати від держави його захисту. Водночас крім пасивності громадян слід виділити і неактивність засобів масової інформації у висвітленні вищезазначених проблем.

Безумовно, закон України «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності» - потрібний. Проте його виконання повинно відбуватися на принципах розумності, добросовісності та справедливості по відношенню до пересічних власників, зокрема, не слід придумувати суспільну необхідність там, де її немає, або не слід спочатку позбавити власника належного йому майна, а потім у разі, якщо цей вже колишній власник проявлятиме активність щодо захисту свого порушеного права, компенсувати йому вартість втраченого (іноді повною мірою, іноді - ні). Це неповага до права власності, і цю неповагу слід долати.

Захищати своє право власності треба, хай це навіть буде досить тривалий процес і можливо, недешевий. Однак в Україні слід утверджувати повагу до права власності та виробляти нетерпимість до його порушення, а це, у свою чергу стане запорукою зміцнення громадянського суспільства.

ВИДИ ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ОЦІНОЧНИХ ПОНЯТЬ ПРАВА ТА ЇХ РЕГУЛЯТИВНІ ЗАКОНОМІРНОСТІ

Турчин-Кукаріна І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Цивільно-процесуальні оціночні поняття права (далі – ЦПОПП) доволі активно використовуються у цивільному процесуальному законодавстві України. Однак незамкнутість їх змісту та обсягу не може не позначатися на складності роботи з ними та не створювати у цьому зв'язку деякого негативного ефекту. Оскільки застосування ЦПОПП є правовою необхідністю, то для полегшення роботи з ними слід здійснити їх теоретичну розробку, систематизувати у відносно однорідні групи, виявити спільні риси в межах утворених груп та деякі регулятивні закономірності. На даний час відомі різні підходи до класифікації оціночних понять права. Узагальнюючи та доповнюючи існуючі у науці теоретико-правові підстави класифікації оціночних понять права та їх поділ на умовні групи, пропонуємо таку систему класифікації ЦПОПП:

1. За розташуванням у системі норм цивільного процесуального законодавства: які містяться в загальній частині цивільного процесуального права, та які містяться в особливій частині цивільного процесуального права, змішані.
2. За значенням у системі цивільного процесуального законодавства: основні (центральні) та неосновні (залежні).
3. За складністю граматичної побудови: прості та складні.
4. За інститутами цивільного процесуального права: оціночні поняття права, що містяться в інститутах, наприклад, доказування, позову, судових витрат та ін.
5. За інстанціями: загально-інстанційні та спеціально-інстанційні.
6. За місцем у структурі правової норми: ті, що містяться у гіпотезі, ті, які містяться у диспозиції, ті, що містяться у санкції цивільної процесуальної норми.
7. За стосунком до елементу структури відносин: які стосуються суб'єктів відносин, об'єктів відносин, змісту відносин, юридичних фактів.
8. За характером / мірністю ознак змісту та одиниць обсягу понять: якісні (ціннісні, невимірні) та кількісні (властивою ознакою яких є вимірність).
9. За предметом: дії, події, результати дій і подій, ситуації, стани, строки; причини, мотиви, способи, явища, предмети і речі; акти, тощо.
10. За суб'єктом оцінювання: які оцінюються суддею, які оцінюються іншими учасниками процесу, змішані.
11. За варіативністю оцінювання: альтернативні (вузькі), варіативні (широкі).
12. За ступенем інтерпретованості: частково інтерпретовані, неінтерпретовані. При цьому частково інтерпретовані ЦПОПП можна поділити на ті, що інтерпретовані офіційно (легально чи казуально), неофіційно (доктринально чи професійно), та змішані.
13. За вектором походження оцінок, що лежать в основі тлумачення ЦПОПП: ЦПОПП, в основі тлумачення яких лежать внутрішні оцінки, та ЦПОПП, в основі тлумачення яких лежать зовнішні оцінки; змішані.
14. За критерієм психосемантичного характеру оцінок, що лежать в основі тлумачення ЦПОПП: ЦПОПП, в основі тлумачення яких є раціональні оцінки та ЦПОПП, в основі тлумачення яких є раціонально-емоційні оцінки.
15. За критерієм співвідносності оцінок, що лежать в основі тлумачення ЦПОПП: ЦПОПП, в основі тлумачення яких – абсолютні оцінки, та ЦПОПП, в основі тлумачення яких – відносні (порівняльні) оцінки.

Пропонуючи цю класифікацію, ми не претендуємо на її довершеність та повноту. Однак, вона полегшить визначення змісту та обсягу ЦПОПП у кожному правозастосувальному випадку, дасть змогу розкрити спільні риси ЦПОПП в межах утворених груп та виявити їхні регулятивні закономірності.

© Турчин-Кукаріна І., 2012

Так, ЦПОПП, які містяться в загальній частині цивільного процесуального права, справляють фундаментальний регулятивний вплив, тому їх слід враховувати під час всієї правозастосувальної діяльності; ЦПОПП, які містяться в спеціальній частині цивільного процесуального права, слід тлумачити відповідно до локальної регулятивної ідеї цієї частини процесуального права з контролем відповідності результатів цього тлумачення тим ЦПОПП, що містяться загальній частині цивільного процесуального права.

Неосновні (залежні) ЦПОПП підлягають подвійній оцінці з контролем відповідності результату їх тлумачення основним (центральним) ЦПОПП.

При тлумаченні складних ЦПОПП слід спочатку визначити обсяг поняття, інтерпретуючи іменник, а потім відмежувати поняття, що входять до обсягу інтерпретованого, за ознаками, вказаними у прикметнику.

У ході тлумачення ЦПОПП, які використовуються в межах певного цивільного процесуального інституту, слід насамперед враховувати спеціально-інституційні принципи цивільного процесу.

ЦПОПП, які містяться у гіпотезі, диспозиції правової норми, допустимо трактувати більш поширено, ніж ті ЦПОПП, які використані при конструюванні санкції цивільної процесуальної норми.

ЦПОПП, які регламентують діяльність суб'єктів права, не наділених владними повноваженнями, можна тлумачити більш поширювально, ніж суб'єктів права з владними повноваженнями.

Якісні ЦПОПП інтерпретуються зі зверненнями до системи загальнолюдських цінностей та цінностей, сформованих у свідомості суб'єкта тлумачення як елемента системи суспільства. Тлумачення кількісних (вимірних) ЦПОПП здійснюється за допомогою існуючих у суспільстві одиниць виміру виходячи із конкретних умов місця та часу із формуванням висновку про відповідність результатів цього тлумачення регулятивній ідеї законодавця.

Альтернативні ЦПОПП підлягають тлумаченню за логічним законом виключення третього (А або не А), наприклад: вчасно або не вчасно. Тлумачення варіативних ЦПОПП передбачає застосування правил простої деструктивної дилеми (якщо А, то В; якщо А, то С; не В чи не С = не А), наприклад: якщо це суспільний інтерес, то це інтерес; якщо це суспільний інтерес, то він суспільний; не інтерес, чи не суспільний = не суспільний інтерес.

При тлумаченні частково інтерпретованих ЦПОПП варто враховувати, що обов'язковим можна визначати лише офіційне та казуальне тлумачення. Результати неофіційного тлумачення (доктринального, професійного, буденного) не є обов'язковими до врахування.

Інтерпретація ЦПОПП, в основі тлумачення яких лежать внутрішні оцінки, потребує звернення до конкретно-історичних етичних, моральних, культурних та інших соціальних засад розвитку суспільства, та побудови інтерпретаційних висновків суб'єкта тлумачення передусім на їх основі. Інтерпретація ЦПОПП, в основі тлумачення яких − зовнішні оцінки, потребує комплексного з'ясування домінуючих у певних конкретно-історичних умовах суспільних поглядів. Доречним до врахування при такому комплексному з'ясуванні є новини, висвітлені у офіційних та популярних ЗМІ, аналіз даних офіційної статистики, соціологічних досліджень тощо. Вказане дасть змогу виявити превалюючі напрями суспільної думки та належним чином обґрунтувати інтерпретацію ЦПОПП, що є особливо актуальним для підготовки обґрунтованого судового рішення.

При тлумаченні ЦПОПП, в основі тлумачення яких лежать абсолютні оцінки, слід враховувати пріоритетність законодавчої вказівки перед конкретно-історичними умовами: наприклад, невиконання вимоги щодо негайного оголошення постановленої ухвали про розгляд справи в нарадчій кімнаті, чи щодо негайного звернення судового рішення до виконання не може виправдовуватись зайнятістю судді, значною кількістю справ, що перебувають у його провадженні. При тлумаченні ЦПОПП, в основі тлумачення яких лежать відносні (порівняльні) оцінки слід по-перше, здійснити коректний підбір однорідного об'єкта порівняння, та, по-друге, порівнювати ці два об'єкта за тотожними критеріями.

Здійснювати тлумачення ЦПОПП, в основі тлумачення яких − раціональні оцінки, слід винятково відповідно до законів логіки, а при тлумаченні ЦПОПП, в основі тлумачення яких −

раціонально-емоційні оцінки, можна зосередити увагу також на особистих відчуттях справедливості.

РОЗПОРЯДЧІ ПРАВА СТОРІН В КОНТЕКСТІ МАЛОЇ СУДОВОЇ РЕФОРМИ

Угриновська О., Скрипець Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Прийняття Закону України „Про судоустрій та статус суддів" від 07.07.2010 р. ознаменувало початок малої судової реформи. Основною метою реформи було забезпечення додержання розумних строків судового розгляду справ, задекларованих у міжнародно-правових актах (ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод) та національним законодавцем (ст. 157 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України)). Зміни, запроваджені вищезгаданим нормативно-правовим актом, торкнулися і цивільного судочинства, зокрема розпорядчих прав сторін, про які мова йтиме далі.

На перший погляд, обсяг спеціальних прав сторін у цивільному судочинстві залишився незмінним. Так, позивач має право змінити предмет або підставу позову, збільшити чи зменшити розмір позовних вимог, відмовитися від позову; а відповідач має право визнати позов повністю чи частково, подати зустрічний позов. Також сторони можуть укласти мирову угоду. Проте, з 01.11.2010 р. (з часу початку діяльності Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ) змінились часові межі реалізації двох процесуальних прав сторін: лише до початку судового розгляду справи по суті позивач має право змінити предмет чи підставу позову, а відповідач може подати зустрічний позов.

Спробуємо розглянути процесуальні наслідки даної законодавчої новели. Раніше позивач міг змінити предмет або підставу позову впродовж усього часу судового розгляду справи. На сьогодні дана правомочність обмежується етапом початку розгляду справи по суті, тобто до того моменту, коли суд почне проголошувати позовну заяву. Ця норма спрямована на усунення зловживання процесуальним правом на зміну підстав або предмету позову та запобігання перевищенню розумних строків розгляду справ.

Разом з тим законодавцем не було враховано тісний взаємозв'язок двох правомочностей позивача: зміни предмету чи підстави позову та зменшення або збільшення розміру позовних вимог. Зазвичай причиною збільшення чи зменшення позовних вимог є зміна предмету чи підстави позову (наприклад, пред'явлення додаткових вимог про відшкодування моральної шкоди чи подання нових доказів). Так, якщо зменшення позовних вимог ще можна пояснити усвідомленням позивача неможливості обґрунтувати первісно заявлений розмір вимог, то безпідставне збільшення позовних вимог (не зумовлене зміною предмету чи підстави позову) свідчить про відсутність у позивача чітко сформованої позиції у справі. Відтак, дивним видається неврахування законодавцем цієї взаємообумовленості двох правомочностей позивача та передбачення для їх реалізації різних часових меж: до початку розгляду справи по суті для зміни предмету чи підстав позову та до початку судових дебатів для збільшення чи зменшення розміру позовних вимог.

Заява про зміну предмету чи підстави позову, подана після початку розгляду справи по суті, залишається без розгляду і повертається позивачеві. Отже, позивач не зможе змінити предмет чи підставу позову після початку розгляду справи по суті навіть у тому випадку, якщо з пояснень відповідача стануть відомі нові фактичні обставини або ж відповідач змінить свою позицію у справі. У такому випадку позивач повинен звертатися до суду з новою позовною заявою. Звичайно, у даному контексті про економію часу судового розгляду говорити більше не приходиться. Можливо, доречніше було б зобов'язати позивача мотивувати причини зміни предмету чи підстав позову та пояснити, чому така необхідність виникла саме на конкретному етапі розгляду справи. А повноваженнями допускати чи не допускати зміну предмету чи підстави позову наділити суд.

Питання строків пред'явлення зустрічного позову тісно пов'язане з визнанням необов'язковим проведення попереднього судового засідання, тобто переведення його з рангу обов'язкових у такі, що проводяться на розсуд суду. Сьогодні відповідач має право пред'явити зустрічний позов до початку розгляду справи по суті. Попередня редакція ж норми ст. 123

© Угриновська О., Скрипець Н., 2012

ЦПК України передбачала можливість подання зустрічного позову до або під час попереднього судового засідання і, на наш погляд, була більш вдалою.

Таким чином провадження у справі досудового розгляду у більшості випадків зводиться до одноособових дій суду по підготовці справи до судового розгляду. Не враховується при цьому, що проведення попереднього судового засідання – це запорука швидкого та правильного вирішення справи. Відповідно до ч.6 ст. 130 ЦПК України, саме у попередньому судовому засіданні суд: 1) уточнює позовні вимоги або заперечення проти позову; 2) вирішує питання про склад осіб, які братимуть участь у справі; 3) визначає факти, які необхідно встановити для вирішення спору і які з них визнаються кожною стороною, а які підлягають доказуванню; 4) з'ясовує, які докази подані чи подаються на попередньому судовому засіданні кожною стороною для обґрунтування своїх доводів чи заперечень щодо невизнаних обставин; 5) за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, вирішує питання про витребування доказів та виклик свідків, про проведення експертизи, залучення до участі у справі спеціаліста, перекладача, особи, яка надає правову допомогу, або про судові доручення щодо збирання доказів; 6) у невідкладних випадках проводить огляд на місці, огляд письмових і речових доказів; 7) за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, вирішує питання про вжиття заходів забезпечення позову; 8) вчиняє інші дії, необхідні для підготовки справи до судового розгляду; 9) визначає час і місце судового розгляду. Слід відзначити, що вирішення більшості з цих питань на етапі судового розгляду буде неможливим або ж втратить для сторін свою актуальність.

За чинною редакцією ЦПК України, у разі непроведення попереднього судового засідання, сторони можуть подати докази, а відповідач пред'явити зустрічний позов у судовому засідання (до початку розгляду справи по суті). На цьому ж етапі вирішуються клопотання сторін. У зв'язку з необов'язковістю попереднього судового засідання, законодавець фактично змушений допустити можливість подання доказів та зустрічного позову вже у стадії судового розгляду. Проте, слід відмітити неуніфікованість його позиції у регулюванні цих питань: якщо докази на етапі судового розгляду можуть подаватися лише за умови непроведення попереднього судового засідання, то на подання зустрічного позову це застереження не поширюється. Таким чином, для уніфікації позиції законодавця, для запобігання нівелюванню значення попереднього судового засідання та для недопущення повторного з'ясування фактів, які вже були досліджені під час попереднього судового засідання, пропонується заборонити відповідачу пред'являти зустрічний позов під час судового розгляду справи у якій проводилося попереднє судове засідання.

З вищенаведеного можна зробити висновок, що зміни, внесені в контексті малої судової реформи до розпорядчих прав сторін у цивільному процесі, були про недостатньо продуманими, а відтак, можуть викликати проблеми при їх застосуванні на практиці.

ПІДСТАВИ РОЗІРВАННЯ ШЛЮБУ

Шама Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до ст. 105 СК України шлюб припиняється внаслідок його розірвання за спільною заявою подружжя відповідно до ст. 106 СК України або за заявою одного з них відповідно до ст. 107 СК України. А також шлюб припиняється внаслідок його розірвання за спільною заявою подружжя, яке має дітей, на підставі рішення суду відповідно до ст. 109 СК України або за позовом одного з подружжя на підставі рішення суду відповідно до ст. 110 СК України.

Аналіз даних норм дає можливість зробити висновок про те, що СК України передбачає два порядки розірвання шлюбу: адміністративний (державна реєстрація розірвання шлюбу органом державної реєстрації актів цивільного стану) та судовий (розірвання шлюбу на підставі рішення суду). Необхідність застосування адміністративного чи судового порядку розірвання шлюбу, як слідує з норм СК України, залежить від ряду обставин:

- наявності чи відсутності спільної згоди подружжя на розірвання шлюбу;
- наявності чи відсутності у подружжя спільних дітей. При цьому, треба мати на увазі, що в даному випадку йдеться про дитину в розумінні ст. 6 СК України, тобто особу, яка не досягла повноліття.

В адміністративному порядку шлюб може бути розірваний у двох випадках. По-перше, за спільною заявою подружжя, яке не має дітей. А по-друге, за заявою одного з подружжя незалежно від наявності дітей, якщо інший з подружжя визнаний безвісно відсутнім чи недієздатним.

За наявності вказаних вище обставин орган державної реєстрації актів цивільного стану проводить державну реєстрацію розірвання шлюбу. Підставою для державної реєстрації розірвання шлюбу буде спільна заява про розірвання шлюбу подружжя, яке не має дітей (розірвання шлюбу на підставі ст. 106 СК України), або відповідно заява про розірвання шлюбу одного з подружжя, з якою обов'язково повинно подаватися рішення суду про визнання другого з подружжя безвісно відсутнім чи недієздатним, якщо шлюб розривається з підстав, передбачених ст. 107 СК України.

На підставі державної реєстрації розірвання шлюбу органом державної реєстрації актів цивільного стану видається свідоцтво про розірвання шлюбу, яке і засвідчує факт розірвання шлюбу органом державної реєстрації актів цивільного стану. Моментом припинення шлюбу в такому випадку буде вважатися день державної реєстрації розірвання шлюбу.

Судовий порядок розірвання шлюбу є більш складним і з ним пов'язано чимало проблемних питань як теоретичного, так і практичного характеру.

Якщо є спільна згода подружжя на розірвання шлюбу, але таке подружжя має дітей, то незважаючи на наявність згоди, шлюб може бути розірваний лише в судовому порядку.

Відповідно до ст. 109 СК України подружжя, яке має дітей, має право подати до суду заяву про розірвання шлюбу разом з письмовим договором про те, з ким із них будуть проживати діти, яку участь у забезпеченні умов їхнього життя братиме той з батьків, хто буде проживати окремо, а також про умови здійснення ним права на особисте виховання дітей.

У літературі зазначається, що подання такого договору при розірванні шлюбу подружжям, яке має дітей, не є обов'язковим, тобто це лише право подружжя, а не обов'язок. Суперечливим в цьому питанні є і положення Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя» від 21 грудня 2007 року № 11.

У абзаці другому п. 8 цієї Постанови зазначається, що для захисту інтересів неповнолітніх дітей суд має перевірити зміст письмових договорів, які подружжя подає під час розгляду справи про розірвання шлюбу. В той же час, в Постанові вказується, що відповідно до ст. 109 СК України подружжя має право подати письмовий договір, в якому передбачити: з ким з них

© Шама Н., 2012

будуть проживати діти; яку участь у забезпеченні умов їхнього життя братиме той з батьків, хто буде проживати окремо; умови здійснення ним права на особисте виховання дітей, – що суперечить наведеному вище положенню цієї ж Постанови.

Однак ми не погоджуємося, з такою позицією ні науковців, ні Пленуму Верховного Суду України. Дійсно, норма ст. 109 СК України передбачає право подружжя подати до суду заяву про розірвання шлюбу разом із письмовим договором. Виходячи з такого буквального тлумачення, окремі науковці, очевидно, і вважають, що подання цього договору є правом подружжя. Ми вважаємо, що подання такого договору є обов'язковим і обґрунтовуємо свою позицію такими аргументами.

По-перше, враховуючи наявність у подружжя дітей, а отже необхідність здійснення контролю за дотриманням їхніх прав та інтересів батьками при розірванні шлюбу, чинне законодавство не допускає за наявності таких обставин здійснювати розірвання шлюбу в спрощеному порядку, тобто органом державної реєстрації актів цивільного стану, а лише в судовому. Власне суд є органом, на який законом покладається функція контролю за дотриманням прав та інтересів дитини при розірванні шлюбу її батьками, шляхом перевірки відповідних зобов'язань, які бере на себе кожен з батьків щодо дитини і які відображені в письмовому договорі, укладеному подружжям, яке подає заяву про розірвання шлюбу.

По-друге, в самому роз'ясненні, яке з цього приводу дає Пленум Верховного Суду України, зазначається, що для захисту інтересів неповнолітніх дітей суд має перевірити зміст письмових договорів, які подружжя подає під час розгляду справи про розірвання шлюбу. А отже, з цього слідує, що подання такого договору є обов'язковим і вирішення питання про подання чи неподання даного договору в жодному разі не відноситься на розсуд подружжя. Такий висновок підтверджується й тим, що у разі неподання подружжям разом із заявою про розірвання шлюбу цього договору, суд залишає заяву без руху на підставі ст. 121 ЦПК України.

І по-третє, використане в ч. 1 ст. 109 СК України словосполучення «має право», яке, власне, і зумовлює таке неоднозначне тлумачення, стосується лише подання подружжям заяви про розірвання шлюбу, а не письмового договору, оскільки в нормі ч. 1 ст. 109 СК України йдеться про право подружжя на розірвання шлюбу, яке може бути реалізоване шляхом подання відповідної заяви до суду. В протилежному випадку такий договір втрачає своє правове значення (бо, зрозуміло, що подружжя його подавати не буде, якщо це право, а не обов'язок) і не може бути інструментом захисту прав та інтересів дітей, батьки яких бажають припинити шлюбні відносини.

Крім цього договору, відповідно до ч. 2 ст. 109 СК України подружжя повинно подати нотаріально посвідчений договір про розмір аліментів на дитину, які буде сплачувати той з батьків, хто проживатиме окремо від дитини. Щодо обов'язковості подання цього договору серед науковців також немає єдиної позиції, що зумовлено недосконалістю законодавчої техніки. Хоча Пленум Верховного Суду України в цьому відношенні займає чітку позицію, зазначаючи у вже вищезгаданій Постанові, що подружжя подає до суду договір про розмір аліментів на дитину, який є обов'язковим. Та й аналіз норми ч. 2 ст. 109 СК України дозволяє зробити висновок про імперативність вимоги не лише щодо форми договору про аліменти на дитину, й щодо факту його укладення.

Справа про розірвання шлюбу за заявою подружжя, яке має дітей, на підставі ст. 109 СК України розглядається судом в окремому провадженні. В такому випадку суд не вживає заходів щодо примирення подружжя, оскільки є спільне бажання подружжя припинити шлюбні відносини.

Якщо подружжя не дійшло згоди щодо розірвання шлюбу, то шлюб може бути розірваний на вимогу одного з подружжя незалежно від наявності спільних дітей шляхом подання позовної зави до суду (ст. 110 СК України). Справа про розірвання шлюбу в таких випадках розглядається в позовному провадженні.

Водночас, ч. 2 ст. 110 СК України встановлює певні обмеження щодо можливості пред'явлення позову про розірвання шлюбу одним з подружжя. Зокрема, позов про розірвання шлюбу не може бути пред'явлений протягом вагітності дружини та протягом одного року після народження дитини, в тому числі, якщо дитина народилася мертвою або померла до досягнення нею одного року. Якщо один з подружжя, незважаючи на встановлену законодавством

заборону, пред'явить позов про розірвання шлюбу протягом вагітності дружини чи протягом одного року після народження дитини, то позовна заява підлягає поверненню на підставі п. 5 ч. 3 ст. 121 ЦПК України.

Якщо справа про розірвання шлюбу вже розглядається судом і в ході судового розгляду з'ясуються обставини, які є перешкодою для розірвання шлюбу (вагітність дружини, не сплив 1 рік після народження дитини), то, очевидно процесуальним наслідком цього мало б бути залишення позовної заяви без розгляду. Однак перелік підстав для залишення заяви без розгляду, передбачений ст. 207 ЦПК України, є вичерпний і даної підстави не передбачає. Тому в таких випадках суд повинен відмовити в задоволенні позову і як санкцію до позивача, який не повідомив суд про наявність перешкод для розірвання шлюбу, може застосувати покладення на нього всіх судових витрат.

ДЕРЖАВНЕ КОМЕРЦІЙНЕ ПІДПРИЄМСТВО ЯК УЧАСНИК ПРОЦЕДУРИ ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ

Юркевич Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Державне комерційне підприємство є суб'єктом підприємницької діяльності, діє на основі статуту або модельного статуту і несе відповідальність за наслідки своєї діяльності усім належним йому на праві господарського відання майном згідно з Господарським кодексом України (далі – ГК України) та іншими законами, прийнятими відповідно до ГК України. Згідно з абз. 2 ч. 1 ст. 75 ГК України для закупівель товарів, робіт чи послуг державне комерційне підприємство застосовує процедури закупівель, визначені Законом України «Про здійснення державних закупівель». Закон України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 № 2289 (далі – Закон № 2289) встановлює правові та економічні засади здійснення закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти. Умови, порядок та процедури закупівель товарів, робіт і послуг за рахунок державних коштів можуть встановлюватися або змінюватися виключно вищезазначеним законом, окрім випадків, що ним передбачені.

До набрання чинності змін згідно із Законом № 3681-VI від 08.07.2011 дія Закону № 2289 поширювалась на усі без винятку державні комерційні підприємства. Водночас, починаючи з 3 жовтня 2011 року, у зв’язку із набранням чинності даних змін, сфера розповсюдження дії Закону № 2289 змінилась. Разом з тим, питання доцільності застосування процедур державних закупівель до державних комерційних підприємств, досі викликають певні заперечення та дискусії, що й зумовлює актуальність даної проблематики.

Згідно з п. 27 Закону № 2289 (із змінами та доповненнями) розпорядниками державних коштів виступають органи державної влади, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування, інші органи, установи, організації, визначені Конституцією та іншими актами законодавства України, а також установи чи організації, утворені у встановленому порядку органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим чи органами місцевого самоврядування та уповноважені на отримання державних коштів, взяття за ними зобов'язань і здійснення платежів, а також підприємства та їх об'єднання. З іншого боку, із поняття «державних коштів», що наведено в чинній редакції п. 4 ст. 1 Закону № 2289 виключено словосполучення, що стосується «коштів підприємств та їх об’єднань». Згідно з п. 21 ч. 1 ст. 1 Закону № 2289 (із змінами та доповненнями) підприємства – це підприємства, утворені в установленому порядку органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим чи органами місцевого самоврядування та уповноважені на отримання державних коштів, взяття за ними зобов'язань і здійснення платежів, у тому числі державні, казенні, комунальні підприємства, а також господарські товариства, у статутному капіталі яких державна або комунальна частка акцій (часток, паїв) перевищує 50 відсотків, їх дочірні підприємства, а також підприємства, господарські товариства, у статутному капіталі яких 50 і більше відсотків належить державним, у тому числі казенним, комунальним підприємствам та господарським товариствам, у статутному капіталі яких державна або комунальна частка акцій (часток, паїв) перевищує 50 відсотків, об'єднання таких підприємств (господарських товариств).

При цьому, вважаємо за доцільне підтримати позицію, висловлену у Листі-роз’ясненні Міністерства економічного розвитку і торгівлі України щодо внесення змін до Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 30.09.2011 № 3303-25/12551-07, відповідно до якої підприємства, визначені в п. 21 ч. 1 ст. 1 Закону зі змінами, які є розпорядниками державних коштів, здійснюють закупівлю товарів, робіт чи послуг за рахунок цих коштів у порядку, встановленому Законом України «Про здійснення державних закупівель».

Згідно з ст. 75 ГК України державне комерційне підприємство зобов'язане приймати та виконувати доведені до нього в установленому законодавством порядку державні замовлення, враховувати їх при формуванні виробничої програми, визначенні перспектив свого економічного і соціального розвитку та виборі контрагентів, а також складати і виконувати річний та з поквартальною розбивкою фінансовий план на кожен наступний рік. Фінансовий план держа-

© Юркевич Ю., 2012

вного комерційного підприємства підлягає затвердженню до 1 вересня року, що передує плановому. Також, згідно з ч. 2 ст. 74 ГК України майно державного комерційного підприємства закріплюється за ним на праві господарського відання. Згідно з ч. 10 ст. 75 ГК України в фінансовому плані затверджуються суми коштів, які направляються державі як власнику і зараховуються до Державного бюджету України. Тобто, виходячи з наведеного, доцільним було б чітко передбачити обов'язок державних комерційних підприємств застосовувати вимоги Закону України «Про здійснення державних закупівель» у зазначеному законі.

Водночас, згідно з ч. 1 ст. 2 Закону № 2289 (із змінами та доповненнями) цей Закон застосовується до підприємств, визначених у пункті 21 частини першої статті 1 цього Закону, у разі якщо підприємства відповідають хоча б одній з таких ознак:

1) підприємство користується податковою пільгою, передбаченою податковим, митним законодавством України, - протягом користування такою пільгою;

2) підприємство відповідно до закону звільнено від обов'язку сплачувати заборгованість перед бюджетами, за єдиним внеском на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, за зобов'язаннями перед фондами загальнообов'язкового державного соціального страхування - протягом календарного року від дати такого звільнення;

3) отримує пряму або опосередковану бюджетну підтримку, в тому числі у вигляді компенсації частини витрат або відшкодування відсотків за кредитами, - протягом календарного року від дати одержання бюджетної підтримки.

Що стосується першої ознаки. Згідно зі статтею 30 Податкового кодексу України податкова пільга - передбачене податковим та митним законодавством звільнення платника податків від обов'язку щодо нарахування та сплати податку та збору, сплата ним податку та збору в меншому розмірі за наявності особливостей, що характеризують певну групу платників податків, вид їх діяльності, об'єкт оподаткування або характер та суспільне значення здійснюваних ними витрат. Податкова пільга надається шляхом: а) податкового вирахування (знижки), що зменшує базу оподаткування до нарахування податку та збору; б) зменшення податкового зобов'язання після нарахування податку та збору; в) встановлення зниженої ставки податку та збору; г) звільнення від сплати податку та збору. Подібні ситуації можуть виникати в плановому році, проте для закупівель товарів, робіт, послуг такому підприємству слід уже застосовувати положення Закону України «Про здійснення державних закупівель», що, враховуючи певний час та інші витрати, необхідні для проведення визначених ним процедур, лише перешкоджатиме проведенню запланованої господарської діяльності підприємств.

Що стосується другої ознаки. На даний час чинним законодавством чітко не передбачено звільнення страхувальників від обов`язку сплачувати заборгованість за єдиним внеском на загальнообов`язкове державне соціальне страхування та від інших зобов'язань перед фондами загальнообов'язкового державного соціального страхування.

Що стосується третьої ознаки. Підприємства, які на підставах, в порядку і в спосіб, визначені бюджетним законодавством, одержують кошти з Державного та/або місцевого бюджету в якості бюджетної підтримки, незалежно від способу такої підтримки, повинні здійснювати закупівлі відповідно до Закону України «Про здійснення державних закупівель» протягом календарного року від дати одержання бюджетної підтримки. Проте, все ж слід зауважити, що визначення прямої та/чи опосередкованої бюджетної підтримки бюджетне законодавство не містить.

Враховуючи вищезазначене, позитивно оцінюючи законодавчі зміни щодо сфери застосування Закону України «Про здійснення державних закупівель», вважаємо, що все ж основний критерій його сфери застосування повинен бути дещо змінений. Так, умовами застосування Закону України «Про здійснення державних закупівель» до підприємств слід визначити наявність частки держави в їх статутному капіталі, еквівалентної не менше 75 відсотків, а також здійснення закупівлі товарів, робіт чи послуг повністю чи частково за рахунок державних коштів.

ПРОБЛЕМИ МАЙНОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗАСНОВНИКІВ ЗА ЗЛОВЖИВАННЯ КОНСТРУКЦІЄЮ «ЮРИДИЧНА ОСОБА»

Яворська О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У легальному визначенні юридичної особи за ст. 80 Цивільного кодексу України (далі ЦКУ) сутнісним поняттям для її характеристики як суб'кта права є поняття «організація», що створена і зареєстрована у встановленому законом порядку. Цим самим підкреслюється, що права і обов'язки можуть належати і «нелюдині». Окремі фізичні особи як суб'єкти права утворюють і вступають у різні об'єднання. Такі об'єднання мають потребу у правах і відповідних обов'язках, що є відмінними від прав та обов'язків їх членів. Використання конструкції «юридична особа» дозволяє провести майнове розмежування між «своїм», «приватним» і «не своїм», що передане у власність юридичної особи. Таким чином мінімізуються майнові ризики ведення діяльності з використанням, створенням юридичної особи, вирішуються питання розмежування майнової відповідальності засновників, учасників та «їхньої» юридичної особи за цивільними зобов'язаннями. Д. І. Мейєр пояснював, що «юридична особа називається також соціальною або моральною (persona moralis), але пристойніше називати її саме юридичною тому, що сама ця особа створюється тільки во ім'я права: якомусь поняттю або предмету присвоюються права, а внаслідок цього нелюдина стає особою в юридичному значенні»

Різні наукові теорії у різні історичні періоди так чи інакше пояснювали сутність суб'єкта «нелюдини» у цивільному праві (теорія цільового майна Брінца, теорія фікції Савіньї, органічна теорія Гірке, теорія колективу А. В. Венедиктова, теорія держави С. И. Аскназія, теорія директора Ю. К. Толстого, теорія соціальної реальності Д. М. Генкіна), проте саме поняття з огляду на його заперечення, критику вистояло і є функціональним у різних сегментах цивільного обороту.

Визнання правом за «нелюдиною» прав та наділення її обов'язками сприяло вирішення різноманітних проблем участі у цивільному обороті об'єднань фізичних осіб як первинних, звиклих, зрозумілих суб'єктів права. Сенс, доцільність створення юридичної особи як суб'єкта цивільного права послідовно проявляється у правових нормах, що регламентують порядок утворення, провадження та припинення діяльності різних видів юридичних осіб. Зокрема, втілення у конструкції юридичної особи ідеї розмежування майнової відповідальності її засновників, учасників та самої юридичної особи знаходить вираз у таких законодавчих положеннях:

– учасники товариства з обмеженою відповідальністю несуть відповідальність у межах їх вкладів (ст. 50 Закону «Про господарські товариства»), що не зовсім вірно, оскільки суб'єктом відповідальності є самостійний суб'єкт юридична особа – ТзОВ, а учасники товариства відповідно до норми ч. 2 ст. 140 ЦКУ не відповідають за його зобов'язаннями і несуть ризик збитків, пов'язаних з діяльністю товариства, у межах вартості своїх вкладів. Норма ЦКУ, таким чином, є більш точною та юридично грамотною;

– учасники товариства з додатковою відповідальністю солідарно несуть додаткову (субсидіарну) відповідальність за його зобов'язаннями своїм майном у розмірі, який встановлюється статутом товариства і є однаково кратним для всіх учасників до вартості внесеного кожним учасником вкладу (ч. 2 ст. 151 ЦКУ). Норма виписана юридично точно – основна відповідальність покладається на юридичну особу і лише додаткова, що підкреслює специфіку такої юридичної особи, покладається на учасників;

– акціонерне товариство самостіно відповідає за своїми зобов'язаннями усім своїм майном. Акціонери не відповідають за зобов'язаннями товариства і несуть ризик збитків, пов'язаних з діяльністю товариства, у межах вартості акцій, що їм належать (ч. 2 ст. 152 ЦКУ, аналогічне положення фіксується і у Законі України «Про акціонерні товариства», що вигідно відрізняє ці норми від положень раніше чинних норм ст. 24 Закону «Про господарські товариства» – акціонери відповідають за зобов'язаннями товариства тільки у межах належних їм акцій.

© Яворська О., 2012

Проте практика цивільного обороту засвідчує і про можливість зловживань конструкцією юридичної особи для досягнення нецивілізованими способами мети одержання прибутку від ведення підприємницької діяльності зі створенням юридичної особи. Засоби масової інформації перенавантажені відомостями про ошуканих акціонерів, вкладників, пайщиків, дольщиків, які довірливо вкладали кошти на рахунки юридичних осіб, засновники яких і не думали вести статутної діяльності і успішно щезали з ринку щойно зібравши жадані кошти. Реакцією законодавця на такі недобросовісні дії стало запровадження кримінальної відповідальності за фіктивне підприємництво (ст. 205 Кримінального кодексу України (далі ККУ)). З позицій захисту прав та інтересів потерпілих від афер осіб виправданою є норма ч. 2 цієї статті, у якій передбачено, якщо у результаті фіктивного підприємництва, тобто створення або придбання суб'єктів підприємницької діяльності (юридичних осіб) заподіяно велику матеріальну шкоду державі, банкові, кредитним установам, іншим юридичним особам або громадянам, то такі дії караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років. Суб'єктом злочину може бути осудна особа, яка досягла 16-ти річного віку і є засновником або набувачем суб'єкта підприемництва – юридичної особи; службова особа підприємства або організації, яка прийняла рішення про створення чи придбання іншої юридичної особи; власник (засновник) юридичної особи, який прийняв таке ж рішення. У контексті аналізу поставленої проблеми норми ст. 205 ККУ цікаві тим, що потерпіла особа у разі заподіяння їй матеріальної шкоди через фіктивне підприємництво може вимагати її відшкодування, заявивши цивільний позов у кримінальному процесі. Тобто, відшкодування матеріальної шкоди може мати місце у разі порушення кримінальної справи, встановлення вини суб'єкта у скоєнні злочину вироком суду. Якщо ці обставини відбудуться, на перешкоді захисту майнових інтересів потерпілих може стати факт неплатоспроможності суб'єкта злочину. Принагідно варто зазначити, що нормами ст. 1177 ЦКУ передбачено, що майнова шкода, завдана майну фізичної особи внаслідок злочину, відшкодовується державою, якщо не встановлено особу, яка вчинила злочин, або якщо вона є неплатоспроможною. Проте ця норма непрацююча, оскільки умови та порядок відшкодування майнової шкоди, завданої майну особи, яка потерпіла від злочину, встановлюється законом, який не прийнятий і невідомо коли буде прийнятий.

Більш надійному захисту прав та законних інтересів осіб, що потерпіли у результаті дій засновників, спрямованих на зловживання конструкцією юридичної особи, могло б стати встановлення цивільної відповідальності засновників за такі дії. Адже об'єктивна сторона складу злочину, передбаченого ст. 205 ККУ, охоплює дії іншого характеру.

Насамперед, засновники юридичної особи мають усвідомлювати усю повноту відповідальності за створення такого специфічного суб'єкта, функціонування якого дозволяє захистити майнову приватну сферу самих засновників, але не може ставити під невиправдані майнові ризики потенційних її контрагентів. Ризик вибору контрагента на ринку завжди існує і є невідворотним, але цей ризик може бути прорахованим, приблизно передбачуваним за умови дії презумпції добросовісності усіх суб'єктів цивільного обороту. І така презумпція не може спростовуватись доволі часто, у тому числі і через законодавчі прорахунки. Такий ризик є виправданим, якщо підприємницька діяльність ґрунтується не тільки на об'єктивних економічних законах, що дозволяють заробляти прибутки, але й на морально-етичних засадах добросовісності, розумності, справедливості. Майнова відповідальність засновників за зловживання кострукцією юридичної особи при здійсненні діяльності на ринку може мати місце виключно у разі умислу засновників. Поняття «зловживання конструкцією юридичної особи» мало б охоплювати будь-які умисні дії, що спрямовані на одержання прибутку засновниками через укладення створеною юридичною особою фіктивних правочинів, спрямованих на придбання коштів у інших фізичних та юридичних осіб, без наміру займатися задекларованою статутною діяльністю або займатися незаконною діяльністю тощо.

У концентрованому вигляді ідея майнової відповідальності засновників за зловживання конструкцією юридичної особи, що має наслідком заподіяння майнової шкоди іншим фізичним та юридичним особам може бути втілена у такому нормативному вигляді: шкода, завдана фізичній або юридичній особі умисними діями чи бездіяльністю засновників юридичної особи, спрямованими на зловживання конструкцією юридичної особи, відшкодовується засновниками юридичної особи у повному обсязі.

У цивільному праві втілені ідеї про відповідальність учасників юридичної особи, відповідальність її посадових осіб як у договірних так і у недоговірних зобов'язаннях (наприклад, ч. 3 ст.1172 ЦКУ). Постановка питання майнової відповідальності засновників загалом без конкретизації її підстав, випадків може мати негативні наслідки для цивільного обороту і стати перешкодою для створення юридичних осіб як суб'єктів цивільного права. Але йдеться не про відповідальність загалом як таку, а про можливу реакцію законодавця на зловживання конструкцією юридичної особи її засновниками і ті негативні наслідки, що можуть бути результатом таких дій.

ДЖЕРЕЛА МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТУРИСТИЧНИХ ПОСЛУГ

Яворський Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

До середини 20-их років XX століття сфері туристичних послуг не приділяли належної уваги, хоча організований туризм вже функціонував близько століття, оскільки існувала думка, що вони не можуть в достатній мірі якось вплинути на економіку чи приносити великі прибутки в казну держави. Але з середини 50-х років туризм як галузь економіки починає відігравати все більшу роль.

У 1967 році виникає Всесвітня федерація асоціацій туристичних агентств, яка є об'єднанням туристичних фірм, бюро подорожей та підприємців, пов'язаних з обслуговуванням туристів. На початку 60-х років була створена Всесвітня організація туристичних агентств, для того, щоб сприяти організації міжнародних туристичних подорожей шляхом створення в усьому світі мережі агентств Всесвітньої організації туристичних агентств; забезпечувати комерційні інтереси своїх членів шляхом обміну технічною й комерційною інформацією їхньої діяльності; уніфікувати туристичну документацію, розширити сферу її застосування.

Наступником МСОТО у 1975 році стала Всесвітня туристична організація – ВТО (Всесвітня Туристична Організація), що є міжнародною міжурядовою організацією. ВТО діє під патронатом ООН, але не є спеціалізованою установою цієї організації. У 1977 році була підписана Угода про співробітництво й взаємини між ООН та ВТО. У ньому передбачається обмін інформацією й документацією, сприяння у виконанні рекомендації, що ставляться до сфери туристської діяльності; розвиток такого співробітництва, що допомогло б уникнути дублювання в роботі, аналіз та обмін необхідною статистичною інформацією у сфері туризму.

Необхідно відмітити серед міжнародних нормативно-правових документів Гаазьку Декларацію по туризму, що відбулася у 1989 р. Конференція відзначила, що розвиток туризму відповідає інтересам усіх країн світу і робить внесок в економічний, соціальний і культурний розвиток, сприяє створенню атмосфери довіри і взаєморозуміння між державами – членами міжнародного співтовариства. У Гаазькій декларації сформульовані десять основних принципів, кожний з яких відбиває один із ключових аспектів і на яких базуються відносини в туристичній сфері.

Особливе місце в системі міжнародного права в області туризму займають регіональні закони та нормативні акти: Шенгенські угоди "Про єдиний візовий Туристичний простір" (Директива ЕС 90/134 от13мая 1995 г.)

Ще одним новим важливим інструментом регулювання туризму і туристської діяльності, про необхідність вироблення якої йшла мова ще на Римській конференції 1963 р., - Всесвітній кодекс етики в туризмі. Кодекс прийнятий Генеральною асамблеєю СОТ 1 жовтня 1999 р. у місті Сантьяго (Чилі).

Важливим правовим документом на сучасному етапі туристичних послуг стала Директива ЄС від 13 червня 1990 року «Про пакетні (пекідж) тури». Метою цієї Директиви є наближення законів, правил та адміністративних положень держав-членів, що стосуються продажу пакетних турів на території Європейського Співтовариства, оскільки в різних країнах держав-учасниць є різні стандарти стосовно надання послуг. В директиві дано визначення, що таке пакетний тур, що в нього включається. Визначено права та обов'язки організатора туру, можливості зміни вартості туру та можливість заміни споживача вже після купівлі пакетного туру. Варто зазначити такий досить прогресивний аспект, що «продавець пакетного туру не зобов'язаний надавати брошури щодо конкретного пакетного туру, але якщо він надав їх, то ці брошури є невід'ємною частиною цього договору, і в разі спору про належне виконання зобов'язання щодо надання туристичних послуг дані брошури є доказами при вирішенні спору».

В цьому акті закріплено обов'язкове ліцензування туроператорів та наявність фінансової гарантії для забезпечення прав туристів у разі банкрутства суб'єкта. Важливу роль в Директиві

© Яворський Р., 2012

присвячено захисту прав споживачів, який надається покупцям пакетних турів за законодавством ЄС. Будь-яка держава-член має право посилювати чи розширювати дану Директиву у відповідності до внутрішнього законодавства країни-учасниці.

Оскільки сфера туризму носить комплексний характер, в який включається розміщення, перевезення, страхування та ряд інших послуг, то варто зробити огляд міжнародних актів в даних сферах.

Міжнародна Конвенція 1970 року по контракту на подорожу прийнята в м. Брюсселі (Бельгія). В даній конвенції дано поняття двом видам контрактів – туриста з організатором подорожі та туриста з посередником (турагентом). За першим контрактом організатор бере на себе обов'язок надати туристу весь комплекс послуг замовлених та оплачених туристом, організатор також несе відповідальність перед туристом за дії третіх осіб, яким він доручив вчинення певної дії, перед туристом. За контрактом туриста з турагентом, турагент тільки виступає посередником між туристом та організатором туру. Посередник несе відповідальність тільки в межах наданих повноважень визначених агентською угодою та не відповідає за невиконання чи неналежним виконанням умов договору.

Міжнародна конвенція по контрактах між власниками готельних підприємств та Бюро подорожей 1981 року. В даній конвенції регулюються питання укладення контрактів між готельними підприємства з одного боку та туристами або бюро подорожей з іншого боку. Бюром подорожей в Конвенції називаються всі професійні суб'єкти туристичних відносин – туристичні оператори та турагенти. Конвенція визначила серу застосування, зокрема в ст.4 зазначається, що «конвенція застосовується по відношенню до готельних контрактів міжнародного характеру, укладеними між власниками готелів та турагентами, чиє місцезнаходження чи місцезнаходження їх підприємств знаходяться в різних країнах». Дана конвенція визначила три види готельних договорів: для індивідуального туриста, для групи туристів і на періодичне бронювання. Врегульовано питання форми договору, умов комісійної винагороди для тур агента, яка повинна бути виплачена протягом 30 днів після виселення туриста з готелю, відповідальність за неналежне виконання чи відмову від договору - штраф, як правило, становить вартість однієї доби за номер в не піковий сезон та 3 доби в піковий сезон. Також в цьому акті закріплені правила ділової етики, зокрема «Власник готелю повинен утримуватись від вчинення яких-небудь дій, з тим щоб зробити клієнта турагента своїм безпосереднім клієнтом».

Одним із видів послуг, які включаються в «тур» - є надання послуг щодо переміщення туристів. Сфера правового регулювання повітряних перевозок, зокрема міжнародні договори зумовлені специфікою авіа перевозок, оскільки абсолютна більшість рейсів відбувається за межі країни вильоту. Тому ще в 1929 році була прийнята Конвенція для уніфікації деяких правил, які стосуються міжнародних повітряних перевезень, Гаагський протокол 1955 року про зміну окремих положень Варшавської конвенції 1929 року, Гватемальський протокол 1971 року. Ці положення увійшли в діючу Конвенцію про правила міжнародних авіаперевезень від 28 травня 1999 року. Також діє міжнародна організація, яка покликана регулювати міжнародні авіаперевезення - Міжнародної асоціації повітряного транспорту (IATA). Основна увага у цих умовах приділяється проїзному квитку, порядку провозу багажу, адміністративним формальностям, правам перевізників, розрахунок з пасажирами і відповідальність авіакомпаній.

В сфері автомобільних перевозок пасажирів діють ряд міжнародних організацій, які сприяють спрощенню та уніфікації правил перевозок пасажирів: Міжнародна автодорожня федерація, Міжнародна автомобільна федерація та інші. Важливу увагу заслуговує Європейська конвенція про роботу екіпажів транспортних засобів 1995 року. За цією конвенцією всі транспортні засоби пасажиромісткістю більше 9 пасажирів повинні бути обладнані тахографами, які записують час їзди та час відпочинку водіїв. Дана конвенція була прийнята з метою забезпечення безпеки руху на дорогах та безпеки пасажирів, які знаходяться в даному транспортному засобі.

Загалом можна зазначити, що з 60-х років XX сторіччя така сфера індустрії як туризм почав відігравати значну роль як з політичної так і з економічної точки зору.

Процес становлення туристичних послуг пройшов довгий етап. На початках він носив неорганізований та хаотичний характер. Початком туристичних послуг в сучасному розумінні цього терміну можна вважати 1841 рік, коли Т. Кук організував перший тур.

В даний момент стан розвитку туристичних послуг характеризується чіткою сформованістю, монополізацією ринку декількома компаніями, транс національність суб'єктів, які надають туристичні послуги, широким застосуванням інформаційних технологій та детальним міжнародно-правовим врегулюванням.

МАЙНОВІ АВТОРСЬКІ ПРАВА: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Якубівський І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Тривалий час основним актом законодавства України у сфері авторського права виступав Закон України „Про авторське право і суміжні права" від 23 грудня 1993 р. Проте набрання чинності Цивільним кодексом України 1 січня 2004 р. (далі – ЦК України) істотно позначилось на правовому регулюванні відносин в означеній сфері. І незважаючи на те, що після прийняття ЦК України до Закону України „Про авторське право і суміжні права" вносились зміни і доповнення, між вказаними нормативно-правовими актами продовжують і донині існувати колізії, на окремих з яких, що стосуються майнових авторських прав, хотілось би зупинитись далі.

У ч.1 ст.15 Закону України „Про авторське право і суміжні права" передбачено, що до майнових прав автора (чи іншої особи, яка має авторське право) належать: а) виключне право на використання твору; б) виключне право на дозвіл або заборону використання твору іншими особами.

Таким чином, вказаний закон усі права, що входять до змісту майнових авторських прав, визначає як виключні. Доречно зазначити, що у даному законі навіть закріплено визначення поняття „виключне право" (ст.1).

Проте ЦК України передбачає інший підхід щодо цього питання. Відповідно до ст.440 ЦК України, майновими правами інтелектуальної власності на твір є: 1) право на використання твору; 2) виключне право дозволяти використання твору; 3) право перешкоджати неправомірному використанню твору, в тому числі забороняти таке використання; 4) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Між іншим, ст.440 ЦК України у цьому відношенні не узгоджується із загальною нормою ст.424 ЦК України (остання характеризує як виключне також право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта).

Таким чином, ЦК України, на відміну від Закону України „Про авторське право і суміжні права", лише окремі з майнових авторських прав характеризує як виключні. На мій погляд, дана позиція ЦК України видається не достатньо правильною.

Можна припустити, що відсутність у ЦК України вказівки на виключний характер права на використання твору обумовлена тим, що це право може належати не лише автору (чи іншій особі, яка має авторське право), але й іншим суб'єктам (наприклад, ліцензіату на підставі укладеного з автором ліцензійного договору). Проте дана обставина не є достатньою для того, щоби право дозволяти використання твору розглядати як виключне, а право на використання твору і право перешкоджати неправомірному використанню твору не наділяти такою ознакою. Адже право дозволяти використання твору теж за певних умов може належати крім автора (чи іншої особи, яка має авторське право), іншій особі.

Так, відповідно до Закону України „Про авторське право і суміжні права", передача права на використання твору іншим особам може здійснюватися на основі авторського договору про передачу виключного права на використання твору або на основі авторського договору про передачу невиключного права на використання твору. За авторським договором про передачу виключного права на використання твору автор (чи інша особа, яка має виключне авторське право) передає право використовувати твір певним способом і у встановлених межах тільки одній особі, якій ці права передаються, і надає цій особі право дозволяти або забороняти подібне використання твору іншим особам (ст.32).

Закріплена ст.440 ЦК України позиція щодо визначення права дозволяти використання твору як виключного, а інших майнових авторських прав – як таких, що не мають такої ознаки, не узгоджується із положеннями глави 75 ЦК України щодо договорів у сфері розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Так, за договором про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності (ст.1113 ЦК України) передається не тільки виключне право дозволяти використання твору, але і право перешкоджати неправомірному

© Якубівський І., 2012

використанню твору та право на його використання. Водночас, за ліцензійним договором ліцензіату може бути надано виключну ліцензію, в результаті чого він набуде виключне право на використання твору у визначеній умовами ліцензійного договору сфері.

Таким чином, закріплений ст.440 ЦК України поділ майнових авторських прав на виключні і такі, що не мають даної ознаки, видається штучним і необґрунтованим. Більш правильним видається підхід, відображений у ст.15 Закону України „Про авторське право і суміжні права", відповідно до ч.1 якої усі майнові авторські права визначені, як виключні.

Ще одна законодавча колізія стосується способів використання твору.

Так, ч.2 ст.15 Закону України „Про авторське право і суміжні права" передбачено, що виключне право на використання твору автором (чи іншою особою, яка має авторське право) дозволяє йому використовувати твір у будь-якій формі і будь-яким способом. Далі ч.3 цієї ж статті закріплює перелік способів використання твору, виключне право дозволяти та забороняти які належить автору чи іншій особі, яка має авторське право. При цьому прямо передбачено положення, що цей перелік не є вичерпним.

Тобто Закон України „Про авторське право і суміжні права" виходить з того, що закріплений в ньому перелік способів використання твору не є вичерпним. Інша позиція відображена у ЦК України. Так, ч.1 ст.441 ЦК України визначає перелік дій, що є використанням твору, і далі у ч.2 зазначеної статті передбачено, що використанням твору є також інші дії, встановлені законом. Таким чином, зі змісту ст.441 ЦК України випливає, що використанням твору є лише ті дії, які прямо передбачені ЦК України та іншим законом. Тобто ЦК України, на відміну від Закону України „Про авторське право і суміжні права", виходить з того, передбачений законом перелік способів використання твору є вичерпним.

На мій погляд більш правильною є позиція, закріплена Законом України „Про авторське право і суміжні права". При цьому слід взяти до уваги наступне.

По-перше, як відомо в авторському праві закріплюється невичерпний перелік творів, що є його об'єктами (ст.433 ЦК України, ст.8 Закону України „Про авторське право і суміжні права"). В свою чергу, можливі способи використання твору напряму залежать від виду конкретного твору. Тому з огляду на невичерпний перелік об'єктів авторського права закон не може передбачати вичерпний перелік всіх можливих способів використання творів.

По-друге, навіть стосовно тих видів творів, які прямо передбачені в законі, враховуючи постійний розвиток науки, культури, технологій з часом можуть з'являться нові способи їх використання, або, принаймні, виникає необхідність більш широкого тлумачення закріплених у законодавстві способів використання творів. Так, свого часу у судовій практиці постало питання про те, як слід оцінювати з точки зору авторського права розміщення твору у глобальній мережі Інтернет. З даного питання Вищий господарський суд України висловив позицію, що розміщення твору у мережі Інтернет у вигляді, доступному для публічного використання, є його відтворенням і потребує дозволу особи, яка має авторське право (п.1 Оглядового листа ВГСУ від 14.01.2002 р. № 01-8/31).

По-третє, в законі закріплюється вичерпний перелік дій, які відносяться до випадків вільного використання творів (ст.444 ЦК України, ст.ст.21-25 Закону України „Про авторське право і суміжні права"). Всі інші можливі дії щодо використання твору повинні підпадати під сферу авторсько-правової охорони незалежно від того, чи передбачені вони прямо у законі, чи ні.

Таким чином, закріплений законом перелік способів використання твору повинен бути невичерпним. У зв'язку із цим, пропоную у ст.441 ЦК України абзац 1 викласти у такій редакції: „1. Використанням твору є, зокрема, його:", а ч.2 цієї статті слід виключити.

СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО, АГРАРНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

МІСЦЕ ПРАВА КОРИСТУВАННЯ ЗЕМЕЛЬНОЮ ДІЛЯНКОЮ ДЛЯ ПРОВЕДЕННЯ РОЗВІДУВАЛЬНИХ РОБІТ В СИСТЕМІ ЗЕМЕЛЬНИХ ПРАВ

Барабаш Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Право на геологічне вивчення надр для своєї реалізації потребує вирішення питання про відповідну земельну ділянку. При цьому потреби у використанні земельних ділянок при геологічному вивчені надр різні. Так, здійснення таких геологічних робіт та досліджень, як аерофотозйомка, аеромагнітні та інші дослідження, не пов'язані, як правило, з використанням земельних ділянок. Проведення пошукових робіт, буріння свердловин, розвідка родовищ корисних копалин тощо навпаки неможливе без використання земельних ділянок.

У законодавстві України не використовується поняття „земельні ділянки для геологічного вивчення надр". Натомість визначаються правові засади використання земельних ділянок для проведення геологознімальних, пошукових, геодезичних та інших розвідувальних робіт (ст. 97 ЗКУ). Із аналізу назви зазначеної статті випливає, що зміст її норм мав би бути присвячений обов'язкам підприємств, установ та організацій, що проводять розвідувальні роботи. Однак, крім обов'язків цих суб'єктів, у цій статті закріплений порядок та умови використання земельних ділянок для розвідувальних робіт, які є складовою такого виду користування надрами, як їх геологічне вивчення.

Підставою виникнення відносин використання земельної ділянки для проведення розвідувальних робіт є угода, під якою необхідно розуміти договір, укладений між власником земельної ділянки та підприємством, установою, організацією, що здійснюють зазначені роботи. У випадку проведення цих робіт на земельній ділянці, яка використовується землекористувачем, для виникнення права користування нею недостатньо одного юридичного факту, а повинен бути юридичний склад, який включає: 1) погодження із землекористувачем, тобто одержання його згоди на використання земельної ділянки для зазначених цілей; 2) укладення договору з власником земельної ділянки.

У юридичній літературі висловлена позиція, відповідно до якої земельні права суб'єкта, який здійснює розвідувальні роботи, взагалі не оформлені, так як тимчасове зайняття земельної ділянки для виконання зазначених робіт не породжує ні права власності на земельну ділянку, ні відносини оренди цієї ділянки.

З наведеним твердженням навряд чи можна погодитися. Підприємства, установи та організації, що проводять розвідувальні роботи, використовують земельні ділянки на праві землекористування, яке виникає на підставі договору про використання земельної ділянки для проведення розвідувальних робіт, і відрізняється від інших, законодавчо визначених, видів права землекористування, зокрема від права оренди, права постійного користування земельною ділянкою та права земельного сервітуту. Відтак, виникає необхідність визначити основні відмінності між правом користування земельною ділянкою для проведення розвідувальних робіт та суміжними категоріями.

Право постійного користування земельною ділянкою закріплено у ст. 92 ЗКУ як право володіння і користування земельною ділянкою, яка перебуває у державній або комунальній, без встановлення строку. Виходячи із аналізу вищезазначеної правової норми можна визначити наступні істотні відмінності між правом постійного користування та правом користування земельною ділянкою для здійснення розвідувальних робіт:

- на відміну від права постійного користування земельною ділянкою, яке є речовим правом (посвідчується актом на право постійного користування земельною ділянкою), право користування земельною ділянкою для проведення розвідувальних робіт є зобов'язальним правом (посвідчується договором про використання земельної ділянки для зазначених робіт);

© Барабаш Н., 2012

- об'єктом права постійного користування можуть бути лише земельні ділянки державної або комунальної власності. У той час відповідно до чинного законодавства України не забороняється здійснення розвідувальних робіт і на земельних ділянках приватної власності;
- суб'єктний склад права постійного користування є обмеженим, так як зводиться лише до юридичних осіб, перелік яких визначених у ч. 2 ст. 92 ЗКУ. Відповідно коло суб'єктів права користування земельними ділянками для проведення розвідувальних робіт є значно ширшим і включає як юридичні особи, так і фізичні особи – суб'єкти підприємницької діяльності;
- право постійного користування встановлюється на невизначений строк, тоді як право користування земельною ділянкою для здійснення розвідувальних робіт завжди є строковим, оскільки ділянки надр для геологічного вивчення надр надаються на визначений строк (від 5 до 10 років).

Від права оренди земельної ділянки право користування земельною ділянкою для проведення розвідувальних робіт відрізняють наступні ознаки:

- перелік істотних умов договору про використання земельної ділянки для проведення розвідувальних робіт є набагато коротшим, ніж передбачено для договору оренди землі;
- орендар земельної ділянки на відміну від користувача земельної ділянки, що використовується для здійснення розвідувальних робіт, може бути наділений обмеженим правом розпорядження нею, наприклад, надання земельної ділянки в суборенду.

Відмінність права користування земельною ділянкою для здійснення розвідувальних робіт від права користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис) та права користування земельною ділянкою для забудови (суперфіцій) проявляється головним чином у цільовому використані цих ділянок. Крім того підставою встановлення суперфіцію може бути не лише договір, але й заповіт.

Емфітевзис, суперфіцій, право постійного користування земельною ділянкою, право оренди земельної ділянки передбачають виключне користування земельною ділянкою, позбавляючи такої можливості її власника, тобто поширюється на усю її територію. Право на користування земельною ділянкою для здійснення розвідувальних робіт може передбачати користування як усією земельною ділянкою, так і її частиною.

Від права земельного сервітуту право користування земельною ділянкою для проведення розвідувальних робіт відрізняється в основному наступним:

- можливість виникнення права користування земельною ділянкою для виконання розвідувальних робіт не пов'язана з наявністю у користувача іншої земельної ділянки, тоді як земельний сервітут здебільшого встановлюється для обслуговування певної земельної ділянки, яка перебуває у власності (користуванні) особи, котра потребує встановлення земельного сервітуту;
- набуваючи право користування для проведення розвідувальних робіт суб'єкт земельних правовідносин, як правило, має на меті господарське використання земельної ділянки, тоді як встановлення земельного сервітуту не передбачає користування земельною ділянкою як самоціль, а обслуговує інші потреби особи;
- земельний сервітут може бути встановлений договором, законом, заповітом або за рішенням суду, право на користування земельною ділянкою для здійснення розвідувальних робіт виникає на підставі договору про використання земельної ділянки для проведення розвідувальних робіт.

Правова природа договору про використання земельної ділянки для проведення розвідувальних робіт неодноразово визначається і у судових рішеннях.

Викладене дозволяє стверджувати, що право користування земельною ділянкою для проведення розвідувальних робіт є одним із різновидів права землекористування, самостійною правовою формою використання земель, окремим інститутом земельного права.

ОХОРОНА ТРУДОВИХ ПРАВ ПРИ ВІДСТОРОНЕННІ ПРАЦІВНИКА ВІД РОБОТИ

Бурак В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним із завдань реформування трудового законодавства є необхідність належним чином збалансувати інтереси працівника і роботодавця. У великій мірі це завдання залежить від законодавчого забезпечення належної охорони прав працівників і роботодавців, з метою недопущення їх порушень.

Одним із таких випадків, коли права та інтереси працівника і роботодавця повинні бути належним чином збалансовані є відсторонення працівника від роботи. Адже при відстороненні трудовий договір з працівником не припиняється, він не має можливості для працевлаштування, але трудових обов'язків не виконує і відповідно у випадках передбачених законодавством йому не виплачується заробітна плата.

Під відстороненням від роботи можна розуміти – недопущення роботодавцем працівника до виконання роботи, передбаченої трудовим договором.

У проекті Трудового кодексу зазначено, що відсторонення від роботи полягає в тому, що працівник тимчасово не допускається до виконання обов'язків, передбачених трудовим договором.

Законодавство про державну службу а також про боротьбу з корупцією оперує поняттям відсторонення від виконання повноважень за посадою, що за правовою природою відповідає поняттю відсторонення від роботи.

У Цивільному кодексі міститься поняття не відсторонення від роботи а усунення від виконання обов'язків. Натомість у законі України «Про акціонерні товариства міститься поняття «відсторонення від здійснення повноважень». Видається, що поняття «відсторонення від роботи» і «усунення від виконання обов'язків» за своїм змістом є однаковими оскільки в обох випадках мова йде про недопущення працівника до виконання трудових обов'язків визначених трудовим договором. Як бачимо і відсторонення від роботи і відсторонення від виконання повноважень чи службових обов'язків, а також усунення від виконанням обов'язків є фактично тотожними поняттями оскільки відображають одне і теж правове явище коли працівник позбавляється можливості виконувати роботу передбачену трудовим договором. Тому видається, що в законодавстві їх необхідно уніфікувати.

З метою гарантування прав працівників при відстороненні необхідно з'ясувати умови за наявності яких воно може бути проведене. Для того, щоби відсторонення було законним необхідно виконати ряд умов. По-перше необхідна законна підстава доля відсторонення працівника від роботи. Усі підстави для відсторонення можна поділити на дві великі групи в залежності від ініціатора його проведення. Відсторонення може проводитися як за ініціативою роботодавця так і за ініціативою компетентного державного органу.

Законні підстави передбачені ст. 46 КЗпП України. До них зокрема віднесено: поява на роботі в нетверезому стані, у стані наркотичного або токсичного сп'яніння; відмову або ухилення від обов'язкових медичних оглядів, навчання, інструктажу і перевірки знань з охорони праці та протипожежної охорони; інші випадки передбачені законодавством.

Однак необхідно зауважити, що перелік підстав для відсторонення який міститься у вказаній статті є неповним.

Проект Трудового кодексу передбачає, що підстави для відсторонення працівника від роботи регулюються кодексом і законами.

Окремі підстави для відсторонення містяться в спеціальному законодавстві, зокрема, у Кримінально-процесуальному кодексі, Законі «Про державну службу» та інших. Підстави відсторонення від роботи можуть також зазначатися і в установчих документах товариства. Цивільний кодекс передбачає, що відсторонення від роботи членів виконавчого органу товариства можливе і без підстав визначених в законі чи в установчих документах. Оскільки при відстороненні мова йде про обмеження трудових прав працівника, то видається, що підстави відсторонення повинні передбачатися законом, або на його основі.

© Бурак В., 2012

На ступною гарантією охорони прав працівника при відстороненні є дотримання встановленої законодавством процедури. В першу чергу необхідно у встановленому законом процедурному порядку зафіксувати підставу для його здійснення. Відсторонення оформляється шляхом видання наказу чи розпорядження. З цим наказом працівник повинен бути ознайомлений письмово. В наказі чи розпорядженні зазначається підстава та строк такого відсторонення.

Ще однією умовою відсторонення є строк на який воно здійснюється. За загальним правилом відсторонення здійснюється на строк до усунення обставин, з якими таке відсторонення пов'язувалося. Так, якщо відсторонення здійснювалося у зв'язку з проведенням службового розслідування то воно здійснюється на строк до закінчення такого розслідування. строк відсторонення зазначається в самому наказі чи розпорядженні яким працівника відсторонено. Після закінчення вказаного строку якщо працівника не звільнено то він допускається до виконання трудових обов'язків. У тому випадку коли в наказі чи розпорядженні про відсторонення строк вказаний не був то необхідно видати новий наказ чи розпорядження яким працівника допустити до роботи.

Що ж стосується заробітної плати, то законодавством передбачено що вона може зберігатися за працівником, або відсторонення може здійснюватися без збереження заробітної плати. У випадках передбачених законом на час відсторонення працівнику може виплачуватися допомога в системі загальнообов'язкового державного соціального страхування.

Працівник має право оскаржити відсторонення від роботи у порядку передбаченому для вирішення індивідуальних трудових спорів, тобто до комісій по трудових спорах, або до загального суду. У випадках передбачених законом працівник може його оскаржити в порядку підлеглості до вищестоящого органу.

Натомість, Конституційний Суд України у своєму рішенні по справі за конституційним поданням товариства з обмеженою відповідальністю «Міжнародний фінансово-правовий консалтинг» про офіційне тлумачення частини третьої статті 99 Цивільного кодексу України від 12 січня 2010 року зазначив, що у випадку усунення від виконання обов'язків членів виконавчого органу товариства не є відстороненням працівника від роботи у розумінні статті 46 КЗпП України. Звідси випливає, що воно може бути оскаржене до господарського суду, оскільки мова йде про корпоративні права. Однак така позиція Конституційного Суду України суперечить правовій природі відсторонення працівника від роботи, а також порушує права працівника на захист при незаконному відстороненні. Оскільки саме трудове законодавство містить ряд гарантій для працівників при відстороненні їх від роботи.

ПРОБЛЕМИ ПІДВІДОМЧОСТІ ЗЕМЕЛЬНИХ СПОРІВ

Ващишин М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Важливою гарантією захисту земельних прав є вирішення земельних спорів. Земельні спори можуть вирішуватися судами, органами місцевого самоврядування та органами виконавчої влади з питань земельних ресурсів. У практичній діяльності досить часто виникають проблеми із визначенням підвідомчості земельних спорів. У теорії цивільного процесуального права підвідомчість розглядається в широкому (розмежування компетенції між органами держави) та вузькому розумінні, тобто розмежування компетенції судових органів за процесуальними кодексами - судова юрисдикція.

Земельний кодекс України у ст.158 встановлює правила підвідомчості земельних спорів:

- *виключно судом* вирішуються земельні спори з приводу володіння, користування і розпорядження земельними ділянками, що перебувають у власності громадян і юридичних осіб, а також спори щодо розмежування територій сіл, селищ, міст, районів та областей;
- *органи місцевого самоврядування* вирішують земельні спори у межах населених пунктів щодо меж земельних ділянок, що перебувають у власності і користування громадян, та додержання громадянами правил добросусідства (глава 17 ЗКУ), а також спори щодо розмежування меж районів у містах;
- *органи виконавчої влади з питань земельних ресурсів* вирішують земельні спори щодо меж земельних ділянок за межами населених пунктів, розташування обмежень у використанні земель (глава 18 ЗКУ) та земельних сервітутів (глава 16 ЗКУ).

У разі незгоди власників землі або землекористувачів з рішенням органів місцевого самоврядування, органу виконавчої влади з питань земельних ресурсів спір вирішується судом.

О.В.Ільницький вважає позасудовий порядок вирішення земельних спорів правовою формою управління земельним фондом, яка є позитивним моментом у частині зрівноваження та розвантаження органів судової влади. Але така форма, на його думку, є недосконалою та щодо окремих моментів суперечливою, що робить її застосування небажаним для зацікавлених суб'єктів – учасників спірних матеріальних правовідносин.

На думку ж А.М. Мірошниченка, норми ст.158 Земельного кодексу України, які дозволяють вирішувати земельні спори іншим органам, крім суду (а відповідно і ст. 159-161 ЗКУ, які регламентують різні аспекти вирішення спорів цими органами) є декларативними і не мають практичного застосування, адже всі спори, вирішення яких віднесено до компетенції органів місцевого самоврядування та органів земельних ресурсів підпадають під категорію спорів, вирішення яких віднесено до виключної компетенції суду – спорів щодо володіння, користування та розпорядження земельними ділянками.

Статтею 55 Конституції України визначено, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Відповідно до ст. 124 Конституції України юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі. Іншими словами, будь-яке рішення органу місцевого самоврядування чи органу виконавчої влади з питань земельних ресурсів не є остаточним і може бути переглянуте в суді.

У офіційному тлумаченні Конституційним Судом ст.124 Конституції України зазначено, що право особи (громадянина України, іноземця, особи без громадянства, юридичної особи) на звернення до суду за вирішенням спору не може бути обмежене законом, іншими нормативно-правовими актами. Встановлення законом або договором досудового врегулювання спору за волевиявленням суб'єктів правовідносин не є обмеженням юрисдикції судів і права на судовий захист.

Таким чином, навіть при наявності можливостей звернутись за вирішенням спору до органу місцевого самоврядування чи органу виконавчої влади з питань земельних ресурсів, особа не може бути обмежена у своєму праві звертатись безпосередньо до суду.

© Ващишин М., 2012

Відповідно до ст. 125 Конституції України система судів загальної юрисдикції в Україні будується за принципами територіальності та спеціалізації. Земельні спори розглядаються в *порядку цивільного, господарського та адміністративного судочинства.*

Процесуальний порядок вирішення спорів у порядку *цивільного судочинства* визначається Цивільним процесуальним кодексом України. На деякі особливості його застосування звертається увага у Постанові Пленуму Верховного Суду України від 16.04.2004 р. №7 « Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ».

Земельні спори громадян з органами державної влади та органами місцевого самоврядування з питань надання земельної ділянки для ведення фермерського господарства, а також спори з майнових питань, пов'язаних із земельними відносинами, за участю громадян, що є членами фермерського господарства, їхніх спадкоємців тощо розглядаються за правилами цивільного судочинства.

Оскільки фермерські господарства є юридичними особами, їхні земельні спори з іншими юридичними особами , у тому числі про надання чи продаж із земель державної або комунальної власності земельної ділянки для розширення господарства, підсудні господарським судам.

Спори, що розглядаються в порядку *адміністративного судочинства*, вирішуються відповідно до КАС України. Серед спорів, на які згідно зі ст.17 КАС України поширюється компетенція адміністративних судів, варто виділити насамперед:

1). спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дії чи бездіяльності;

2). спори за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, встановлених законом.

На практиці не вважаються адміністративними спори, що виникають з приводу договорів *оренди земельних ділянок державної власності*, оскільки у відносинах, що випливають зі змісту відповідного договору відсутні відносини влади і підпорядкування, а кожний суб'єкт такого договору виступає як рівний один до одного (ухвала Вищого адміністративного суду України від 14.02.2007 р.). Відповідно до ст.16 Закону України « Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності» орган виконавчої влади чи орган місцевого самоврядування, що прийняв рішення про відчуження земельної ділянки, у разі недосягнення згоди з власником земельної ділянки, інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, щодо їх викупу для суспільних потреб звертається до адміністративного суду із позовом про примусове відчуження зазначених об'єктів.

Земельні спори розглядаються також в порядку *господарського судочинства.* Відповідно до ч.1 ст.1 Господарського процесуального кодексу України підприємства, установи, організації, інші юридичні особи (у тому числі іноземні), громадяни, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і в установленому порядку набули статусу суб'єкта підприємницької діяльності, мають право звернутися до господарського суду згідно зі встановленою підвідомчістю господарських справ за захистом своїх порушених або оспорюваних прав і охоронюваних законом інтересів, а також для вжиття передбачених цим Кодексом заходів, спрямованих на запобігання правопорушенням.

Насамперед, господарським судам підвідомчі спори, що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні господарських договорів та з інших підстав (ст.12 ГПК України). Це, зокрема, спори, пов'язані з укладенням, виконанням та припиненням договору оренди земельних ділянок, спори про захист права власності та користування земельними ділянками тощо. Особливості вирішення таких спорів розглядаються у Постанові пленуму Вищого господарського суду України від 17.05.2011 р. « Про деякі питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин ». Так, відповідно до п.1.3. цієї Постанови у порядку господарського судочинства вирішенню підлягають, зокрема спори, про встановлення, зміну та припинення земельного сервітуту.

Розмежовуючи компетенцію господарських та адміністративних судів при вирішенні земельних спорів, Вищий господарський суд України зазначив, що спір, який виник внаслідок порушення права суб'єкта господарської діяльності на земельну ділянку, в тому числі органа-

ми державної влади та місцевого самоврядування, є спором про право цивільне і підлягає розгляду за правилами ГПК.

Питання про те, чи підвідомча господарському суду справа у спорі, що виник із земельних відносин, повинно вирішуватися залежно від того, який характер мають спірні відносини, тобто чи є вони приватноправовими чи публічно-правовими, та чи відповідає склад сторін у справі ст.1 ГПК України. Господарським судам підвідомчі лише справи у спорах, що виникають із земельних відносин приватноправового характеру, тобто з відносин, врегульованих нормами цивільного або господарського права і пов'язаних із здійсненням сторонами цивільних або інших майнових прав на земельні ділянки на засадах рівності.

Справи у спорах за участю державних органів та органів місцевого самаврядування, що виникають з правовідносин, у яких державні органи та та органи місцевого самоврядування реалізують повноваження власника землі, а також в інших спорах, які виникають із земельних відносин приватноправового характеру, за відповідності складу сторін спору ст.1 ГПК України, підвідомчі господарським судам.

Таким чином, за загальним правилом розмежування компетенції судів з розгляду земельних та пов'язаних із земельними відносинами майнових спорів відбувається *залежно від суб'єктного складу їх учасників.* Ті земельні спори, сторонами яких є юридичні особи, а також громадяни, що здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і набули статус суб'єкта підприємницької діяльності, розглядаються господарськими судами, а всі інші – в порядку цивільного судочинства, крім спорів, зокрема щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень при реалізації ними управлінських функцій у сфері земельних правовідносин, вирішення яких віднесено до компетенції адміністративних судів.

Альтернативною формою вирішення земельних спорів був їх розгляд третейськими судами. Третейські суди можуть розглядати будь-які справи, що виникають із цивільних та господарських відносин. Стаття 6 закону України «Про третейські суди», яка містить перелік тих категорій справ, що не можуть вирішуватися цими судами, у 2009 році була доповнена положенням про те, що третейські суди не мають права розглядати справи у спорах щодо нерухомого майна, включаючи земельні ділянки.

Відповідно до ст.64 ЗК Російської Федерації земельні спори розглядаються в судовому порядку, а до прийняття справи до провадження судом земельний спір може бути переданий сторонами на вирішення в третейський суд. Таким чином, російський законодавець повністю відмовився від адміністративного порядку вирішення земельних спорів, який був домінуючим у СРСР. Помітно, що й в Україні сфера позасудового вирішення земельних спорів поступово звужується.

Перспективним напрямком вдосконалення законодавства України стосовно вирішення земельних спорів є запровадження спеціалізованих земельних судів, діяльність яких сприятиме більш фаховому й оперативному розгляду цієї складної і чисельної категорії справ.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОХОРОНИ ПРАЦІ КОНВЕНЦІЯМИ МІЖНАРОДНОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ ПРАЦІ

Вісьтак М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Зміни, що відбуваються у структурі зайнятості й попиту на робочу силу, ставлять підвищені вимоги до безпеки праці, а також до становища працівника на робочому місці та умов його праці. Особливо вразливими є ті категорії працівників, які вже перебувають у нерівному становищі поряд із основною масою працюючих осіб. До них належать жінки, неповнолітні, працівники похилого віку і некваліфіковані працівники. Тому поряд із намаганням одержувати хоча б невелику, але пристойну заробітну плату, трудящі надають важливого значення такому чинникові, як охорона праці, можливості само-удосконалення, просування по службі. Виробниче становище впливає не тільки на здоров'я працюючих, а й на їх фізичний, соціальний та психологічний стан.

Вчені-трудовики зазначають, що, охорона праці є одним із визначальних принципів трудового права. Термін «охорона праці» вживається в двох значеннях: в широкому його розумінні та в більш вузькому, спеціальному розумінні. При вживанні терміну «охорона праці» відповідно до його етимологічного значення, тобто в широкому розумінні, до його поняття відносять гарантії працівників, які передбачають усі норми трудового законодавства, наприклад норми, що забороняють власнику або уповноваженому ним органу звільняти працівників з роботи без належних підстав, передбачених ст.ст. 40, 41 КЗпП. Ці норми становлять надзвичайно важливу гарантію, спрямовану на охорону трудових прав особи. Проте термін «охорона праці» в чинному трудовому законодавстві вживається не лише в широкому, тобто буквальному, значенні цих слів, а й в більш вузькому. В цьому випадку під охороною праці розуміється сукупність заходів щодо створення безпосередньо в процесі роботи нормальних і безпечних технічних і санітарно-гігієнічних умов для всіх працюючих.

Законодавче визначення поняття охорони праці подано в Законі України «Про охорону праці» від 14.10.1992 року. Тут зазначається, що охорона праці є системою правових, соціально-економічних, організаційно-технічних, санітарно-гігієнічних і лікувально-профілактичних заходів та засобів, спрямованих на збереження життя і працездатності людини у процесі трудової діяльності. Крім цього закон визначає основні гарантії прав працівників на охорону праці. До них зокрема належать право на охорону праці під час укладення трудового договору, його дії та припинення, право працівників на пільги і компенсації за важкі та шкідливі умови праці, право працівників на забезпечення їх спецодягом, іншими засобами індивідуального захисту, мийними та знешкоджувальними засобами. Також ЗУ «Про охорону праці» містить положення щодо охорони праці окремих категорій працівників. Це зазвичай ті працівники, правове становище яких потребує додаткового захисту з боку держави. Зокрема це є жінки, неповнолітні та інваліди.

Одним з принципів державної політики в галузі охорони праці є використання світового досвіду організації роботи щодо поліпшення умов і підвищення безпеки праці на основі міжнародного співробітництва. Враховуючи основні міжнародні стандарти у сфері охорони праці, національне законодавство встановлює пріоритетність життя та здоров’я працівників над результатами виробничої діяльності роботодавців, право на одержання інформації з питань охорони праці, повну та всебічну поінформованість працівника про наявні шкідливі і небезпечні умови праці, передбачає систему організації управління охороною праці на національному і виробничому рівнях, створення спеціальних служб, що здійснюють комплексне управління охороною праці, запроваджує принципи пільгового оподаткування доходів роботодавця, гнучких важелів коригування розмірів страхових внесків роботодавця на загальнообов’язкове державне соціальне страхування від нещасних випадків і професійних захворювань, застосування штрафних санкцій тощо.

В сфері міжнародно-правового регулювання охорони праці визначальне місце конвенціям Міжнародної організації праці. Зокрема, Конвенція №47 про скорочення робочого часу до 40 годин на тиждень (1935 р.) передбачає, що встановлення 40-годинного робочого тижня не

© Вісьтак М., 2012

тягне за собою будь-якого зменшення заробітної плати. Години, відпрацьовані понад нормальну тривалість робочого часу, Конвенція розглядає як понаднормовані, які допускаються лише в певних випадках і підлягають додатковій оплаті. Аналогічні норми передбачені статтями 50, 62, 64, 65 КЗпП України. Відповідні стандарти встановлені відносно щотижневої праці, оплачуваних щорічних і навчальних відпусток. Так, тривалість відпустки не повинна складати менше трьох тижнів за кожний рік роботи. Мінімальний стаж роботи для виникнення права на відпустку повної тривалості становить 6 місяців. За час відпусток повинні виплачуватися відпускні, у розмірі середньої заробітної плати. Міжнародні стандарти враховані в Законі України "Про відпустки" від 15 листопада 1996 р.

Значна кількість міжнародних актів МОП присвячена забезпеченню прав працівників щодо охорони здоров'я на виробництві. Ці акти вимагають від держав — членів МОП проведення державної політики в галузі безпеки, гігієни праці, створення ефективної системи інспекції праці. Низка конвенцій МОП присвячена забороні використання шкідливих хімічних речовин, інші конвенції пов'язані з працею в конкретних галузях господарства (професіях). Зокрема, Конвенції №170 про хімічні речовини (1990 р.) та №174 про запобігання значним промисловим аваріям (1993 р.) були прийняті у зв'язку з аваріями в атомній енергетиці. Однак, варто зауважити, що не всі конвенції МОП з питань охорони праці є ратифікованими. До таких конвенцій належать Конвенція МОП № 155 про безпеку та гігієну праці та виробниче середовище, Конвенція N 148 про захист працівників від професійного ризику, спричиненого забрудненням повітря, шумом та вібрацією на робочих місцях, Конвенція N 136 про захист від небезпеки отруєння бензолом, Конвенція N 127 про максимальний вантаж, допустимий для перенесення одним працівником та ін. Відповідно стандарти з хорони праці, передбачені у них не застосовуються на території України і наслідком цього є звуження обсягу прав працівників на охорону праці.

КЛАСИФІКАЦІЯ ТРУДОВИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

Годованець Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

До ефективних способів ґрунтовного дослідження сутності трудових правопорушень належить їх класифікація, яка б охоплювала весь комплекс видової різноманітності та відображала галузеву специфіку цих проступків. Класифікація трудових правопорушень дозволяє виділити їх спільні ознаки та розподілити на певні групи. Виділені внаслідок такого аналізу спільні ознаки і становитимуть критерії поділу на певні види.

Проблема класифікації галузевих проступків видається недостатньо дослідженою через те, що трудове правопорушення, його ознаки та склад не стали предметом пильної уваги українських вчених-трудовиків.

Свого часу, Л. О. Сироватська сформулювала юридичну конструкцію трудового правопорушення та його видів, дисциплінарного проступку та трудового майнового правопорушення, залежно від виду трудової юридичної відповідальності, який настає за їх вчинення.

Дане питання розглядалося Н. М. Хуторян, яка запропонувала наступну видову різноманістність трудових правопорушень: трудове майнове правопорушення сторін індивідуальних чи колективних трудових правовідносин; дисциплінарний проступок працівника, немайнове трудове правопорушення роботодавця щодо працівника; немайнове трудове правопорушення сторони колективного трудового правовідношення.

Заслуговує на увагу позиція А. М. Лушнікова та М. В. Лушнікової, які об'єднують трудові правопорушення залежно від його об'єкта у три групи. До першої, з точки зору вчених, належать посягання на охоронювані нормами трудового права суспільні відносини особистісного характеру (право на здоров'я на недоторканість приватного життя, честь, гідність працівника тощо). Другу групу складають трудові правопорушення, що посягають на відносини організаційного характеру (відносини, що становлять внутрішній трудовий розпорядок, відносини з добору кадрів тощо). І нарешті, до третьої групи науковці включили посягання на майнові відносини (тобто пов'язані із забезпеченням права власності роботодавця та працівника, права на заробітну плату тощо).

Вважаємо наведені спроби виділення окремих видів трудових правопорушень не зовсім вдалими, оскільки вони не враховують ряду традиційних критеріїв (підстав) класифікації правопорушень або такі критерії не сформульовані чи окреслені нечітко. У кінцевому результаті наведена ситуація не сприяє всебічній характеристиці трудових правопорушень та безперечно знижує наукову цінність класифікації.

Розгорнуту класифікацію дисциплінарних проступків, що була підтримана багатьма науковцями в подальшому, запропонував В. М. Смирнов. Критеріями класифікації вчений обрав окремі елементи складу дисциплінарного проступку: об'єкт, суб'єкт об'єктивну та суб'єктивну сторони. За об'єктом дисциплінарні проступки поділяються:

а) посягання на раціональне використання робочого часу (прогул, запізнення на роботу, самовільне залишення роботи тощо);

б) посягання на дбайливе та правильне використання майна роботодавця, його власність (втрата або пошкодження інструментів, обладнання, спецодягу, втрата або зіпсуття матеріалів тощо);

в) посягання на порядок управління процесами виробництва та праці в організації (відмова від роботи та невиконання законних розпоряджень роботодавця, порушення технологічного процесу тощо);

г) посягання, які створюють загрозу життю, здоров'ю інших працівників (порушення правил охорони праці та техніки безпеки, вживання алкогольних напоїв у робочий час тощо).

За формою вини дисциплінарні проступки поділяються на умисні та необережні.

За тривалістю вчинення дисциплінарних проступків: триваючі (наприклад, прогул) та разові (наприклад необережне пошкодження інструментів).

За джерелами правового регулювання наслідків дисциплінарні проступки поділяють на правопорушення, відповідальність за які передбачена : а) чинним КЗпП; б) правилами внутрі-

© Годованець Ю., 2012

шнього трудового розпорядку; в) спеціальними законами; г) статутами, положеннями про дисципліну.

На нашу думку, основними критеріями класифікації повинні виступати окремі елементи складу трудового правопорушення. І хоча переважна більшість складів трудових правопорушень не сформульована у законі, за деяким винятками, детальний аналіз норм трудового права дозволяє виділити їх спільні ознаки та розподілити на певні групи. Звичайно, що поділ трудових правопорушень можна здійснити із застосуванням інших підстав. Підсумовуючи наведене спробуємо запропонувати класифікацію трудових правопорушень в такому вигляді:

1. За суб'єктним складом:

а) дисциплінарний проступок (трудове правопорушення працівника):

- скоєний загальним суб'єктом (ним може бути будь-який працівник);
- скоєний спеціальним суб'єктом, тобто працівником, на якого поширюються окремі нормативно-правові акти, статути, положення про дисципліну);

б) трудове правопорушення роботодавця.

2. За об'єктом, на який спрямоване правопорушення:

а) посягання на життя, здоров'я, честь, гідність працівників в процесі виконання ними своїх трудових обов'язків;

б) протиправне діяння, що посягає на систему відносин що становлять внутрішній трудовий розпорядок (відносин режиму робочого часу, стимулювання праці, трудової дисципліни, збереження та правильного використання устаткування, машин, матеріалів, інструментів та іншого майна роботодавця);

в) посягання, внаслідок якого працівник незаконно позбавляється можливості працювати (незаконне відсторонення від роботи, звільнення та переведення на іншу роботу тощо);

г) правопорушення, що посягають на права працівників щодо своєчасної та в повному обсязі виплати заробітної плати й інших належних йому виплат;

д) посягання на майнові права працівника, які виникають у нього в результаті виконання своїх трудових обов'язків (пошкодження майна працівника внаслідок неналежних умов праці).

3. За формою вини можна виділити умисні та необережні трудові правопорушення.

4. За видами санкцій трудової юридичної відповідальності:

а) трудові правопорушення, за вчинення яких настає дисциплінарна відповідальність:

- дисциплінарні проступки, за вчинення яких можуть застосовуватися будь-які стягнення, крім звільнення;
- дисциплінарні проступки, за вчинення яких передбачене стягнення у вигляді звільнення;

б) дисциплінарні проступки, внаслідок скоєння яких може наступати дисциплінарна та матеріальна відповідальність (наприклад, заподіяння майнової шкоди роботодавцю працівником, що перебував у нетверезому стані);

в) трудові правопорушення, які слугують підставою матеріальної відповідальності (наприклад незабезпечення роботодавцем збереження майна працівника тощо);

5. За способом вчинення трудові правопорушення можуть бути:

а) продовжуваними, тобто вираженими рядом ідентичних діянь, які скоєні неодноразово з однаковою метою, формою вини, тим самим суб'єктом і складають у сукупності єдине правопорушення (наприклад неодноразове використання працівником майна роботодавця в особистих цілях без його відома);

б) триваючими, тобто, противними діяннями, виявленими у тривалому,

неперервному невиконанні чи неналежному виконанні трудових обов'язків (неповідомлення протягом певного часу роботодавця про аварійну ситуацію, що склалася виробництві);

ДЕРЖАВНИЙ КОНТРОЛЬ ЗА ВИКОРИСТАННЯМ ТА ОХОРНОЮ ЗЕМЕЛЬ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ

Жиравецький Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Стаття 14 Конституції України проголошує землю основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. Таке положення Конституції створює передумови для зміцнення законності у сфері земельних відносин. Особлива роль у цьому відводиться державі, яка здійснює управління земельними ресурсами за посередництвом своїх інститутів. Управління землями включає у себе такий важливий аспект, як здійснення контролю за їх використанням та охороною. Останній має особливе значення у їх збереженні з метою задоволення потреб теперішнього і майбутнього поколінь.

За умов проведення земельної та аграрної реформи землі сільськогосподарського призначення набули нових правових ознак; їх правовий режим зазнав істотних змін. Особлива увага приділяється охороні земель сільськогосподарського призначення, що забезпечується через реалізацію комплексу заходів щодо збереження продуктивності сільськогосподарських угідь, підвищення їх екологічної стійкості та родючості ґрунтів, а також обмеження їх вилучення (викупу) для несільськогосподарських потреб. Це підкреслює особливий правовий режим цієї категорії земель.

Важливу роль у збереженні земель сільськогосподарського призначення та відтворенні родючості відіграє державний контроль за їх охороною та раціональним використанням. Від підвищення ефективності земельного контролю безпосередньо залежить збереження цінних сільськогосподарських угідь.

Здійснення контролю за використанням і охороною земель Земельним кодексом України покладається на систему відповідних державних органів. Так, відповідно до статті 188 Земельного кодексу України державний контроль за використанням та охороною земель здійснюється уповноваженими органами виконавчої влади по земельних ресурсах, а за додержанням вимог законодавства про охорону земель – спеціально уповноваженими органами з питань екології та природних ресурсів. Як вбачається з цієї статті ЗК, державний контроль за використанням і охороною земель здійснюють дві групи державних органів виконавчої влади: - Державне агентство земельних ресурсів України (Держземагентство України) та Міністерство екології та природних ресурсів України.

У літературі і на практиці в залежності від виду органів, що здійснюють контроль, і їхньої компетенції в його проведенні, виділяють загальний і спеціалізований контроль. Загальний контроль за використанням та охороною земель здійснюють органи державної виконавчої влади, в тому числі галузеві управлінські органи загальної компетенції. Для них функція контролю і пов'язані з нею дії носять неосновний (супутний) характер. Загальний контроль здійснюють й інші державні органи виконавчої влади, в яких контроль функції спрямовані на виконання їх основних завдань. У широкому розумінні загальний контроль у тій чи іншій мірі також здійснюють Верховна Рада України та представницькі органи місцевого самоврядування, тобто ради, починаючи обласними і завершуючи сільськими та селищними радами. Окремі міністерства, державні комітети і відомства окрім відомчих виконують загальнодержавні чи спеціальні функції.

Спеціалізований контроль відрізняється від загального виду контролю. Ця відмінність полягає і в характері самого контролю, і в засобах його здійснення. Для спеціалізованого контролю характерна нормативно закріплена сфера, а також у більшості випадків і створення спеціального органу для її здійснення.

Правовою основою здійснення державного контролю за використанням та охороною земель є Конституція та закони України, постанови Верховної Ради України, укази і розпорядження Президента України, постанови і розпорядження Кабінету Міністрів України, накази Міністра аграрної політики та продовольства України. Основним спеціальним законодавчим актом, який регулює порядок здійснення державного контролю за використанням та охороною земель спеціальними органами державної виконавчої влади , є Закон України "Про дер-

© Жиравецький Т., 2012

жавний контроль за використанням та охороною земель". У ст. 6 Закону закріплені повноваження спеціально уповноваженого органу виконавчої влади з питань земельних ресурсів у сфері державного контролю за використанням та охороною земель, до яких, зокрема, віднесені: додержання органами державної влади, органами місцевого самоврядування, юридичними та фізичними особами вимог земельного законодавства України встановленого порядку набуття і реалізації права на землю; виконання вимог щодо використання земельних ділянок за цільовим призначенням; додержання вимог земельного законодавства у процесі укладання цивільно-правових угод, передачі у власність, надання у користування, у тому числі в оренду, вилучення (викупу) земельних ділянок тощо.

Згідно із законодавством України, до 2011 року спеціально уповноваженим органом виконавчої влади у галузі державного контролю за використанням та охороною земель був Державний комітет України по земельних ресурсах (Держкомзем) у системі цього центрального органу виконавчої влади була створена Державна інспекція з контролю за використанням та охороною земель і її територіальні органи, яка безпосередньо здійснювала контроль за використанням та охороною земель. Але, Президент України 9 грудня 2010 року, з метою оптимізації системи центральних органів виконавчої влади, усунення дублювання їх повноважень, забезпечення скорочення чисельності управлінського апарату та витрат на його утримання, підвищення ефективності державного управління видає указ, яким утоворив, ліквідував та реорганізував міністерства, центральні органи виконавчої влади.

Відповідно, до Указу Президента «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади», Державний комітет України із земельних ресурсів реорганізований у Державне агентство земельних ресурсів України, яке є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра аграрної політики та продовольства України.

Державне агентство земельних ресурсів України (Держземагентство України), діє на підставі Положення про нього, затвердженого Указом Президента України від 8 квітня 2011 № 445/2011.

До 2011 року основним органом державного земельного контролю була Державна інспекція з контролю за використанням і охороною земель як урядовий орган державного управління у системі Державного комітету із земельних ресурсів.

Аналізуючи положення про Державне агентство земельних ресурсів України, можна прийти висновку, що даний орган втратив функції, щодо контролю за використанням та охороною земель, що, на нашу думку, суперечить ЗК України та Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель».

На сьогоднішній день головним органом у системі центральних органів виконавчої влади з питань формування та забезпечення реалізації державної політики в галузі земельних відносин є Міністерство аграрної політики та продовольства України (Мінагрополітики України). Відповідно до Положення, затвердженого Указом Президента України від 23 квітня 2011 року N 500/2011 Мінагрополітики відповідно до покладених на нього завдань: затверджує методику проведення паспортизації сільських територій; затверджує рекомендації щодо поліпшення екологічного стану земель і підвищення родючості ґрунтів згідно з даними їх агрохімічної паспортизації; затверджує методичні рекомендації для сільськогосподарських підприємств будь-якої форми власності з питань використання та охорони земель сільськогосподарського призначення, впровадження новітніх ресурсо-енергоощадних технологій та сучасних технічних засобів та обладнання; забезпечує здійснення контролю за використанням та охороною земель усіх категорій та форм власності.

Вході проведення адміністративної реформи, відповідно до вищезгаданого Указу створено Державну інспекцію сільського господарства України, Положення про яку затверджено Указом Президента України від 13 квітня 2011 року № 459/2011.

Державна інспекція сільського господарства України (Держсільгоспінспекція України) є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра аграрної політики та продовольства України, входить до системи органів виконавчої влади і забезпечує реалізацію державної політики у сфері нагляду (контролю) в агропромисловому комплексі.

Держсільгоспінспекція України відповідно до покладених на неї завдань організовує та здійснює державний нагляд (контроль) у частині дотримання земельного законодавства, використання та охорони земель усіх категорій та форм власності а також в частині родючості ґрунтів.

Контроль, який проводиться в галузі земельних ресурсів, має бути координованим, тобто передбачати узгодження й установлення доцільного співвідношення дій різних органів, які здійснюють контроль, їх структурних підрозділів. Крім того, ці дії повинні передбачати обмін взаємною інформацією про накази, які видаються, методичні вказівки, інструкції, а також надання взаємної допомоги при спільній участі в заходах. Йдеться про відносини координації між Держземагентством України, Мінприроди України та Мінагрополітики України, а також підпорядкованих їм органів контролю – державних інспекцій. Такі відносини носять допоміжний характер і мають бути спрямовані на досягнення взаємного контакту, усунення можливого дублювання, паралелізму, використання можливостей сторін, які взаємодіють, для вирішення поставлених завдань.

Узагальнюючи вищевикладене, зазначимо, що політика держави передусім, має бути спрямована на посилення природоохоронних функцій науково-технічного прогресу в умовах інтенсивного агропромислового виробництва, а тому добре скоординована діяльність органів, які здійснюють державний контроль за використанням та охороною земель, є дуже важливою.

ПРОБЛЕМИ ФОРМУВАННЯ ІНДИВІДУАЛЬНОГО-ТРУДОВОГО ПРАВА В УКРАЇНІ

Жолнович О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Індивідуально-трудове право можна визначити як сукупність правових норм, яка безпосередньо регулює індивідуально-трудові відносини. Ці відносини виникають між працівником і роботодавцем на підставі укладеного ними трудового договору. Хоча сторони формально рівні у момент укладення договору, однак працівник є, як правило, економічно слабшою стороною. А з огляду на те, що інтереси працівника і роботодавця не співпадають, виникає необхідність у захисті працівника з боку держави. Такий захист забезпечується регламентацією трудових відносин законодавством шляхом закріплення мінімального рівня гарантій прав працівників і встановлення для сторін свободи при визначенні їх прав і обов'язків.

Норми, що регулюють індивідуальні трудові відносини утворюють окремі інститути у індивідуально-трудовому праві. Однак, серед науковців немає єдиних підходів до визначення їхньої кількості та змісту. До індивідуально-трудового права, на переконання Н.Б. Болотіної, належать такі інститути як трудовий договір, нормування праці, оплата праці, робочий час, час відпочинку, охорона здоров'я працівників на виробництві, оцінка результатів праці та атестація працівників, навчання і підвищення кваліфікації працівників, матеріальна відповідальність сторін трудового договору, індивідуальні трудові спори.

Якщо проаналізувати праці П.Д. Пилипенка, то можна зробити висновок, що власне трудові відносини регулюються такими інститутами як трудовий договір, робочий час, час відпочинку, заробітна плата, трудова дисципліна, охорона праці, матеріальна відповідальність, підготовка і перекваліфікація кадрів, працевлаштування населення та нагляд і контроль за дотриманням законодавства про працю.

Окрім перелічених правових інститутів, Н.М. Хуторян у системі трудового права бачить ще й інститут гарантій і компенсацій.

Загалом всі науковці переконані, що інститути трудового права мають бути розміщені у відповідній логічній послідовності, починаючи з головного інституту трудового права – трудового договору, де сконцентровані норми про поняття, види, порядок укладання трудового договору, зміни його умов та припинення дії.

Незважаючи на важливість норм про трудовий договір для регулювання трудових відносин, законодавче відображення цього інституту не враховує вимог сьогодення. Зокрема, потребують зміни норми про тимчасові переведення. Також саме нормами цього інституту необхідно врегулювати порядок роботи за сумісництвом, зазначивши тільки, що роботодавець і працівник у трудовому договорі можуть погодити обмеження права на сумісництво.

Наступним після трудового договору необхідно розташувати інститут підготовки і перекваліфікації кадрів. Працівники, які поєднують працю з навчанням, одночасно виступають суб'єктами двох видів правовідносин: трудових правовідносин із роботодавцем та відносин із закладом освіти щодо надання освітніх послуг. Трудові відносини цієї категорії працівників мають усі ознаки, притаманні будь-яким трудовим правовідносинам. А якщо перекваліфікація чи підвищення кваліфікації здійснюються в межах підприємства, таке навчання можна назвати додатковим елементом трудової функції працівника. Трудовий договір визначає трудову функцію працівника, а елементом цієї функції є, окрім безпосереднього виконання роботи, ще й удосконалення професійних навичок, підвищення своєї кваліфікації та майстерності. Підготовка і перекваліфікація кадрів ніби доповнює собою умови трудового договору, деталізує способи якнайкращого виконання трудової функції працівника.

Враховуючи розвиток договірних відносин у трудовому праві, доцільно доповнити цей інститут нормами, присвяченими учнівському договору. Мова йде про договір, який укладається поряд з трудовим договором на підприємстві з приводу професійного навчання, підвищення кваліфікації і перекваліфікації працівника безпосередньо на виробництві або за кошти роботодавця.

© Жолнович О., 2012

Правові норми, які регулюють робочий час, утворюють третій інститут у індивідуально-трудовому праві. Вони визначають поняття і види робочого часу, встановлюють максимальну його тривалість протягом певного періоду, закріплюють різні режими робочого часу. Статті КЗпП України не містять поняття робочого часу та його складу, немає в ньому положень і щодо спеціальних режимів робочого часу. Усунути ці прогалини спробували розробники проекту Трудового кодексу України (глава перша, книга третя).

Поряд з робочим часом за логікою має настати час відпочинку. Тому наступним правовим інститутом, який регулює індивідуальні трудові правовідносини, є час відпочинку. Правове регулювання часу відпочинку, можливо, на сьогодні є найменш суперечливим порівняно з іншими інститутами трудового права. Але і тут існують певні проблеми, які потребують свого вирішення. Насамперед, необхідно законодавчо закріпити мінімальний час тривалості перерви для відпочинку і харчування. Також не відповідає вимогам часу норма ст..68 КЗпП України про встановлення вихідного дня на підприємствах, установах, організаціях, пов'язаних з обслуговуванням населення, місцевими радами. Порушує права працівників норма ст.71 КЗпП, яка дозволяє роботодавцю залучати працівників до роботи у вихідні дні без їх згоди. Дозвіл на таке залучення від профспілки є абсолютно недієвою гарантією, оскільки відомо, що на практиці цю згоду практично неможливо отримати через необхідність швидкого реагування на надзвичайні події та швидкого їх усунення.

Будь-яка трудова діяльність спрямована на отримання прибутку. Тому одним з інститутів індивідуально-трудового права є інститут нормування і оплати праці.

У структурі даного інституту необхідно виокремити групу норм, присвячених нормуванню праці. Нормування праці – це вид діяльності з управління підприємством, спрямований на встановлення оптимальних співвідношень між витратами та результатами праці, а також між чисельністю працівників різних груп та кількістю одиниць обладнання. Нормування праці виконує певні функції, у тому числі виступає основою наукової організації праці й засобом забезпечення оптимального співвідношення між мірою праці та її оплатою. Тому оплата праці перебуває у тісному зв'язку із нормуванням праці, оскільки норми праці одночасно виступають мірою винагороди за працю.

Ще однією групою норм, яку виділяють у структурі інституту нормування та оплати праці, є норми, присвячені гарантійним та компенсаційним виплатам. Однак, видається, ці норми виходять за межі цього інституту, оскільки передбачають гарантії ще й іншого змісту, не пов'язані з грошовими виплатами. До таких гарантій, зокрема, належать гарантії для працівників, обраних на виборні посади (вони полягають у збереженні місця попередньої роботи до закінчення повноважень). Зберігається місце праці на час підвищення кваліфікації з відривом від виробництва. Не пов'язане з оплатою праці також надання додаткових вихідних днів донорам після здавання крові та деякі інші гарантії. Тому доцільно було б згрупувати ці норми у окремий інститут гарантій і компенсацій у трудовому праві. Існування такого інституту обґрунтовує і Н.М. Хуторян у своєму підручнику. Відособлення такого інституту у системі трудового права підвищить стандарти захисту прав та інтересів працівників. З нашого погляду в цьому інституті необхідно розмістити всі існуючі гарантії трудового права, включаючи і ті, що надаються працівникам при укладенні та припиненні трудового договору.

Сукупність норм, що регулюють встановлення безпечних та нешкідливих умов праці з метою запобігання негативному впливу виробничого середовища на життя та здоров'я працівників, розглядають як поняття охорони праці у вузькому значенні. Власне ці норми утворюють інститут охорони праці у системі трудового права.

Як правовий інститут, охорона праці є сукупністю правових норм, що регулюють відносини з охорони життя, здоров'я та працездатності шляхом встановлення безпечних і здорових умов праці. До цього інституту належать норми, які встановлюють загальні вимоги охорони праці, обов'язки роботодавців і працівників щодо забезпечення цих вимог, профілактичні норми, спрямовані на попередження виникнення виробничого травматизму і професійних захворювань та норми, що забезпечують організацію охорони праці на підприємстві та фінансування пов'язаних з цим заходів. Окремі науковці вважають, що інститут охорони праці формують також норми, які містять додаткові заходи охорони праці (забезпечення засобами індивідуального захисту, лікувально-профілактичним харчуванням, молоком та ін.). Однак ці норми здій-

снюють спеціальне регулювання, тому, як видається, їх доцільніше розмістити у спеціальній підсистемі трудового права.

Необхідною умовою успішної організації трудового процесу та високої продуктивності праці незалежно від галузі економіки, форми організації праці та соціально-економічних відносин є дотримання учасниками цього процесу певного розпорядку, координації діяльності та злагодженості в роботі. Закріплений у правових нормах порядок поведінки учасників трудового процесу визначає поняття трудової дисципліни. Як інститут трудового права трудова дисципліна є сукупністю правових норм, що регулюють внутрішній трудовий розпорядок, встановлюють трудові обов'язки працівників і роботодавця, визначають заходи заохочення за успіхи у праці. Цей інститут також належить до структури індивідуально-трудового права.

Що стосується відповідальності за винне невиконання трудових обов'язків, то норми, які передбачають таку відповідальність, утворюють окремий інститут юридичної відповідальності у трудовому праві. Видається що норми, які визначають підстави та умови накладення дисциплінарних стягнень, та норми, що регулюють матеріальну відповідальність, мають об'єднуватися у один правовий інститут, оскільки регулюють відносини, що виникають з неправомірних діянь. Підставою застосування як дисциплінарної, так і матеріальної відповідальності є трудове правопорушення. Норми матеріальної і дисциплінарної відповідальності мають охоронний і превентивний характер, застосовуються до одного і того ж правопорушення та утворюють єдиний правовий інститут юридичної відповідальності у трудовому праві.

Останнім інститутом індивідуального трудового права є інститут вирішення індивідуальних трудових спорів. Правове регулювання цього інституту потребує значного переосмислення з огляду на соціально-партнерські засади у трудовому праві. На сьогодні, вирішення індивідуальних трудових спорів комісіями з трудових спорів є неефективним. Така ситуація зумовлена тим, що правове регулювання не відображає сутності регульованих відносин. Ці відносини, як видається, є соціально-партнерськими (договірними). І, власне, через те норми, які їх регламентують, необхідно підпорядкувати принципам соціального партнерства. У зв'язку з цим пропонується утворювати комісії з трудових спорів з рівної кількості представників роботодавця і працівника. До того ж склад комісії має визначатися на час розгляду конкретного спору, а не створюватися на тривалий термін.

Отже, індивідуально-трудове право – це структурний елемент трудового права, який визначає правове становище працівника і роботодавця та здійснює загальне регулювання індивідуально-трудових відносин. Індивідуально-трудове право складається з таких інститутів як, трудовий договір, підготовка і перекваліфікація кадрів, робочий час, час відпочинку, нормування і оплата праці, гарантії і компенсації у трудовому праві, охорона праці, трудова дисципліна та юридична відповідальність у трудовому праві та вирішення індивідуальних трудових спорів.

ПРАВОВІ ОЗНАКИ СОЦІАЛЬНОГО ОБСЛУГОВУВАННЯ

Іваночко О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Дослідження правових ознак соціального обслуговування є надзвичайно актуальним та необхідним. Такі ознаки дозволяють аргументувати видову своєрідність соціального обслуговування в галузі соціального забезпечення. А також є мотиваційним знаряддям для обґрунтування приналежності певного кола правовідносин до сфери соціального обслуговування.

Першою ознакою соціального обслуговування є підстава реалізації права на такий вид соціального забезпечення. У галузевій літературі науковці (Н.Б. Болотіна, О.Е. Мачульска, С.М. Прилипко, Є.Г. Тучкова, В.Д. Роїк, С.М. Синчук, Б.І. Сташків, М.Ю. Федорова тощо) неодноразово наголошують, що правовою підставою соціального забезпечення є соціальний ризик. Узагальнюючи праці вчених, під соціальним ризиком слід розуміти визнані суспільством та закріплені законодавством ймовірні об'єктивні події, пов'язані із втратою матеріальних засобів до існування, що зумовлюють необхідність у підтримці з боку держави. Законом України «Про соціальні послуги» правовою підставою соціального обслуговування визнано не соціальний ризик, а складну життєву обставину. Останню законодавець розглядає як обставину, що порушує нормальну життєдіяльність особи, наслідки якої вона не може подолати самостійно (ч.1 ст.1). Таким чином, якщо соціальний ризик об'єктивується у формі погіршення майнового становища, то складна життєва обставина – у формі порушення нормальної життєдіяльності, що власне й стало причиною виділення підстави соціального обслуговування в окрему правову ознаку.

До ознак соціального обслуговування належить також його мета. Залежно від стійкості обставин, які зумовили потребу у соціальному обслуговуванні, пропонуємо виділити дві мети надання соціального обслуговування. До першої ми відносимо: пристосувати особу до умов життя, що настали. Відповідне завдання соціального обслуговування висувається, якщо негативні події, які зумовили складну життєву обставину є незворотними. Такими можуть бути інвалідність; сирітство; відсутність батьківського піклування; часткова втрата рухової активності у зв'язку із старістю. Зокрема, за умов інвалідності особі надають спеціальні засоби пересування та інші технічні засоби, які допомагають їй повністю чи частково відтворювати ту діяльність, яку вона колись могла здійснювати самостійно без допоміжних засобів. Дітям-сиротам та дітям, позбавлених батьківського піклування надають притулок, створюють необхідні побутові умови, забезпечують здобуття освіти, тобто намагаються компенсувати втрату батьків, оскільки повернути попередні умови життя дитини неможливо. Усім відомо, що процес старіння є незворотним і тому надання особам похилого віку, які частково втратили рухову активність соціального обслуговування у стаціонарних, напівстаціонарних закладах чи вдома, здійснюється з метою адаптування їх до існуючої ситуації.

Іншою метою соціального обслуговування може бути повернення індивідуально-суспільного становища особи, у якому вона перебувала до настання складних життєвих обставин. Така мета ставиться перед соціальним обслуговуванням у тому випадку, коли попередній спосіб функціонування особи можливо відновити. Це, зокрема, випадки: безпритульності чи бездомності (поміщення до соціальних гуртожитків, в окремих випадках надання державою житла у власність); безробіття (пошук підходящої роботи чи здійснення професійного навчання, підготовки чи перепідготовки); насильства, зневажливого ставлення та негативних стосунків в сім'ї (вжиття заходів для припинення таких дій та проведення з постраждалими членами сім'ї психолого-реабілітаційної роботи).

Наступною ознакою є те, що соціальне обслуговування надається санкціонованому державою переліку осіб, які є потенційними одержувачами соціальних послуг. Базовим законом «Про соціальні послуги» не регламентовано перелік суб'єктів, які мають право на отримання соціального обслуговування. Однак, аналіз інституційного законодавства дозволяє визначити коло управоможених суб'єктів. Такими є: інваліди; особи, які частково втратили рухову активність у зв'язку із старістю чи станом здоров'я; сироти та діти, позбавлені батьківського піклування; бездомні громадяни; безробітні; жертви насильства, зневажливого ставлення чи не-

© Іваночко О., 2012

гативних стосунків в сім'ї; особи, звільнені з місць позбавлення волі, а також особи, які заражені вірусом набутого імунодефіциту.

Факт здійснення соціального обслуговування як державними, так і недержавними соціальними службами також необхідно виділити як окрему правову ознаку. Фінансування державних суб'єктів в більшій частині здійснюється за рахунок асигнувань з бюджету чи коштів соціальних страхових фондів. Обов'язковою умовою здійснення соціального обслуговування недержавними суб'єктами на професійній основі є отримання ліцензії у порядку та спосіб, передбачені законом. До недержавних суб'єктів, які можуть надавати соціальне обслуговування на добровільній основі М.Ю. Федорова відносить: публічно-правові утворення, комерційні (організації приватної системи охорони здоров'я) та некомерційні (громадські та релігійні об'єднання, благодійні організації) організації, а також паритетні органи. В Україні значну частину недержавних суб'єктів соціального обслуговування становлять благодійні організації, засади діяльності котрих визначає Закон України «Про благодійництво та благодійні організації».

Ще однією ознакою соціального обслуговування є те, що його межі визначаються соціальними стандартами, шляхом законодавчого встановлення мінімуму якості, обсягу, умов та порядку їх отримання. До таких стандартів можна віднести: визначення обсягу натурального забезпечення бездомних громадян, які отримують соціальне обслуговування у будинках нічного перебування (комплект постільної білизни, одяг, взуття, разове харчування, послуги перукаря, послуги майстрів щодо лагодження одягу та взуття тощо); встановлення відсоткового співвідношення при розподілі автомобілів, придбаних для інвалідів (50 відсотків – для тих, хто має право на першочергове забезпечення; 30 – на позачергове і 20 – всі інші категорії інвалідів); закріплення критеріїв підходящої роботи окремо для осіб, які вже працювали і окремо для тих, які шукають роботу вперше. Власне соціальні стандарти забезпечують виконання обов'язку соціальних служб в сфері соціального обслуговування, тобто є гарантіями права громадян на отримання необхідного комплексу соціального обслуговування.

Останньою ознакою, яка, на нашу думку, характеризує соціальне обслуговування як відокремлений вид соціального забезпечення є форма оплати. Безоплатне отримання соціального обслуговування (фінансується за рахунок асигнувань з державного бюджету або коштів спеціальних страхових фондів) традиційно визнають ознаками такого обслуговування. У Законі України «Про соціальні послуги» визначено як платну, так безоплатну форми соціального обслуговування (ч.3 ст.7). В свою чергу, у науковій літературі точаться дискусії з приводу віднесення платного соціального обслуговування до сфери соціального забезпечення. Одна група науковців (М.В.Лушнікова, С.М. Синчук, Б.І. Сташків, М.В. Філіппова) вважає, що надання платного соціального обслуговування має регулюватися нормами права соціального забезпечення, інша (А.В. Белозеров, В.П. Галаганов, О.Є. Мачульска) – що це сфера цивільного права. Ми підтримуємо думку першої групи вчених, оскільки вважаємо, що сама форма оплати не може визначити правову природу відносин. Соціальне обслуговування надається не через відсутність коштів для самостійного забезпечення ним, а тому, що людина чи інші зобов'язані особи неспроможні вчинити дій, які складають зміст такого обслуговування. Крім цього, постановою Кабінету міністрів України від 14 січня 2004р. № 12 затверджено перелік платних соціальних послуг, а також визначено умови соціального обслуговування за оплату. До них належать: (1) втрата здатності до самообслуговування; похилий вік, хвороба чи інвалідність та наявність рідних які повинні забезпечити догляд і допомогу; (2) наявність складної життєвої обставини; безробіття або стихійне лихо чи катастрофа; середньомісячний сукупний дохід вище встановленого прожиткового мінімуму; (3) інші умови, обов'язковою з яких є можливість оплатити відповідні послуги.

ВПЛИВ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ НА РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ

Кіт О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», у статті 17 передбачає, що вітчизняні суди при розгляді справ повинні застосовувати положення Конвенції та практику Європейського суду з прав людини як джерело права. Застережень щодо застосування Європейської Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (надалі - Конвенція) як джерела права не має. Водночас наділення загальною обов'язковістю та нормативністю судової практики Європейського суду з прав людини (надалі – Суд) спричинило дискусію щодо реальної можливості та доцільності використання актів цієї судової установи як джерела права, в тому числі й трудового.

Конвенція є основоположним актом, який встановлює гарантії прав людини. Її норми мають доволі загальний характер, що суттєво ускладнює їх практичне застосування. У зв'язку з цим, Суд було наділено повноваженнями щодо тлумачення норм Конвенції, а це призвело до становлення нового виду джерел права - актів Європейського Суду з прав людини. Рішення Суду відіграють визначальну роль для правильного та однозначного розуміння норм Конвенції.

З цього приводу В.Туманов свого часу слушно зауважив, що норми Конвенції діють так, як вони витлумачені Судом. В розумінні І.Ільченка Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод та практика Європейського суду з прав людини створюють своєрідне правове коло: Конвенція не може існувати без її інтерпретації Європейським судом, а Європейський суд не може творити без Конвенції. Відтак, належне застосування Конвенції може відбуватись лише у поєднанні з практикою Суду.

Юрисдикція Суду обмежується розглядом справ, пов'язаних з дотриманням прав, визначених у Конвенції, а тому спорів, що виникають з трудових правовідносин порівняно не багато. Адже Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод містить лише кілька статей, які закріплюють гарантії трудових прав людини. Це ст. 4 про заборону примусової праці та ст. 11 про право створювати профспілки, свободу вступу до них з метою захисту своїх інтересів. Опосередковане значення мають стаття 6 (право на справедливий суд) та стаття 14 (заборона проявів дискримінації при реалізації прав та свобод) Конвенції.

Важливе значення для правового регулювання трудових відносин має рішення Суду у справі Ван Дер Мусселє проти Бельгії щодо розуміння примусової праці, заборона якої передбачена статтею 4 Конвенції. Саме в цьому рішенні частково роз'яснено, яка саме праця має ознаки рабської та примусової. Нагадаємо, що національне законодавство такого визначення не містить. Європейський Суд встановив, що примусовою є праця, виконана під впливом фізичного чи психічного примусу, а обов'язковою вважається тільки та праця, яку особа зобов'язалася виконувати добровільно. При цьому зміст трудової діяльності має бути юридично оформлений. Отже, примусовою є праця, виконання якої вимагається від особи без її згоди під впливом фізичного чи психічного примусу.

Значна кількість рішень Суду щодо роз'яснення статті 14 Конвенції, свідчить про існування певних труднощів з розумінням поняття «дискримінація», яке використовується у цій статті. Причиною цьому слугує відмінність у змісті дискримінації в середині 20-го століття (час ухвалення Конвенції) та на сьогоднішній день. Звернемо увагу, що відійшли на другий план такі критерії дискримінації як раса, колір шкіри та соціальне походження. Натомість гостро постало питання дискримінації через релігійні та політичні переконання, стать та приналежність до сексуальних меншин. А оскільки перелік підстав дискримінації, яка заборонена Конвенцією, носить невичерпний характер, то постійно виникає потреба у роз'ясненні змісту нових критеріїв.

За результатами проведеного аналізу низки судових рішень можна виокремити ознаки дискримінації в трактуванні Європейського Суду з прав людини. За загальним правилом дискримінація – це різне ставлення до осіб, які знаходяться в однаковому становищі. Також, згід-

© Кіт О., 2012

но з роз'ясненнями Суду, проявом дискримінації вважатиметься застосування державами-учасницями однакового ставлення до осіб, які знаходяться в об'єктивно різних ситуаціях. Тобто є недопустимим використання одних і тих же засобів правового регулювання до різних суб'єктів правовідносин, які знаходяться у різному становищі. Водночас не завжди диференціація правового статусу суб'єкта буде вважатися дискримінацією. Адже, часто юридична нерівність, яка встановлена національним законодавством, спрямована на подолання фактичної нерівності. Держави-учасниці Конвенції мають право на власний розсуд визначати окремі критерії диференціації правового статусу суб'єктів. Обсяг та свобода розсуду залежать від обставин, сфери застосування та контексту. Однак, відмінності без таких об'єктивних підстав як законна мета, розумне співвідношення між засобами, метою та наслідками матимуть дискримінаційний характер.

Стаття 6 Конвенції гарантує всім громадянам держав-учасниць право на справедливий судовий розгляд справ у разі виникнення будь-якого спору, в тому числі й трудового. Зазначена стаття передбачає право особи на справедливий та публічний розгляд справи в розумний строк, незалежним та неупередженим судом, який утворений на основі закону. Європейський Суд з прав людини в остаточному рішенні по справі щодо Лінгвістік белдж визначив, що стаття 6 Конвенції не зобов'язує держави-учасниці встановлювати два і більше рівні судової системи (апеляційні та касаційні суди). Фактично держава, яка створює апеляційні (та касаційні) суди, розширює межі гарантій, встановлених у статті 6 Конвенції. Однак, відмова держави (заборона права на оскарження або відсутність процедури оскарження) в доступі до судів апеляційної (та касаційної) інстанції одній особі, тоді як це доступно іншій особі у цій же категорії спорів, буде порушенням ст. 6 та ст. 14 Конвенції. За загальним правилом кожна особа має право звернутися до суду за вичерпним захистом свого права та інтересу.

Використання актів Європейського суду з прав людини може суттєво покращити правове регулювання суспільних відносин в нашій державі. Адже саме недосконалість національного законодавства є однією з основних причин порушень прав людини, гарантованих Конвенцією та породжує численні звернення наших співгромадян до Євросуду. Дотримання запропонованих Євросудом інструкцій щодо застосування та розуміння Конвенції допоможе запобігти порушенням прав людини і, відповідно, знизити кількість звернень українських громадян до Суду. А це, як наслідок, позбавить державу значних витрат, пов'язаних з виплатою справедливої сатисфакції потерпілим.

АКТИ КОЛЕКТИВНО-ДОГОВІРНОГО ХАРАКТЕРУ З ПИТАНЬ ОХОРОНИ ПРАЦІ У СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ (ФОРМ) ТРУДОВОГО ПРАВА

Козак З.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Акти колективно-договірного характеру посідають особливе місце у системі форм (джерел) трудового права України. Як зазначають вчені (зокрема, О.Ф. Скакун, П.Д. Пилипенко), за умов становлення ринкових відносин роль договорів як інструмента регулювання значно зростає, оскільки свобода і рівність сторін передбачає вільне волевиявлення для вступу у договірні відносини без будь-якого адміністративного диктату, взаємовстановленні юридичних прав та обов'язків кожного з учасників. За правовою суттю вони є самостійною частиною механізму правового регулювання. Тому акти колективно-договірного характеру відіграють важливу роль у регулюванні загалом трудових відносин і охорони праці зокрема.

1. З прийняттям Закону України «Про колективні договори і угоди» від 01.07.1993 р. роль таких у правовому регулюванні трудових відносин, у тому числі і охорони праці, зросла. Питання створення безпечних умов праці, організації охорони праці тощо регулюються як колективними угодами, так і колективними договорами. Зокрема у генеральних угодах, що укладалися в Україні, починаючи з 1995 року і по сьогодні, передбачені окремі розділи, спрямовані на регулювання охорони праці. Так, питанням охорони праці присвячений Розділ III Генеральної угоди про регулювання основних принципів і норм реалізації соціально-економічної політики і трудових відносин в Україні на 2010-2012 роки.

Колективні договори і угоди, як акти договірного характеру, які є нормативними, за колом питань, що регулюються ними, є комплексними і рамковими документами. Тому вони є основними нормативно-правовими договорами, що регулюють питання охорони праці.

Наукові та практичні досягнення щодо ролі колективних угод і договорів у правовому регулюванні трудових відносин враховані і в Проекті Трудового кодексу України. Глава 2, яка присвячена визначенню форм (джерел) трудового права України, у системі нормативно-правових та інших актів, що регулюють трудові відносини, проголошує такими генеральну, галузеві та територіальні угоди (колективні угоди), колективний договір (ст. 11). Окрім того, за сторонами цих актів законодавець визнає повноваження не лише з конкретизації централізованих норм, але й встановлює право врегульовувати відносини, не врегульовані трудовим законодавством.

Зазначенні новели мають прогресивний характер, як і позитивною рисою Проекту Трудового кодексу України є окреслення у ньому співвідношення між колективними угодами різних рівнів та колективним договором, між колективним договором і нормативними актами роботодавця. Але існує декілька упущень у пропонованій редакції законопроекту. Зокрема залишено поза увагою законодавця співвідношення між колективними угодами та актами трудового законодавства. Серед форм (джерел) трудового права актів колективно-договірного характеру законотворець згадує лише колективні договори і угоди, залишаючи не вирішеним питання можливості укладення інших видів колективно-договірних актів.

2. Поштовхом у визначенні на законодавчому рівні актів колективно-договірного характеру формою (джерелом) трудового права України стало прийняття Закону України «Про колективні договори і угоди». Як наслідок у навчальній і науковій літературі серед форм (джерел) трудового права України тільки колективні договори і угоди розглядалися як правові засоби колективно-договірного регулювання трудових відносин. Такий підхід може призвести до визнання цих актів колективно-договірного характеру як єдиних правових засобів договірного характеру. З таким висновком ми не погоджуємося.

Ураховуючи принципи трудового права, правовий статус його суб'єктів, вважаємо, що колективні договори і угоди не є єдиними актами колективно-договірного характеру, що регулюють трудові відносини. Для трудового права України є характерна система актів колективно-договірного характеру, основу якої становлять колективні договори і угоди, як комплексні і рамкові акти, але її формують також й інші акти колективно-договірного характеру, що укла-

© Козак З., 2012

денні з метою врегулювання окремих видів суспільних відносин, що формують предмет трудового права, зокрема і з питань охорони праці.

Варто зазначити, що український законодавець передбачив можливість укладення й інших угод, ніж колективні. Закон України «Про охорону праці» як у попередній, так і теперішній редакції, серед повноважень міністерств та інших центральних органів виконавчої влади встановив укладення з відповідними галузевими профспілками угод з питань поліпшення умов і безпеки праці (ст. 33). Існує і практика укладення таких угод. У 2006 році укладена Угода про співпрацю Державного департаменту промислової безпеки, охорони праці та гірничого нагляду МНС України з Федерацією профспілок України у здійсненні державного нагляду і громадського контролю за додержанням законодавства про охорону праці; у 2011 році – Угода про співпрацю та взаємодію між Державною службою гірничого нагляду та промислової безпеки України і Профспілкою працівників вугільної промисловості України, Угода про співпрацю між Державною службою гірничого нагляду та промислової безпеки України і Федерацією профспілок України. За правовою суттю схожі угоди укладалися і на територіальному рівні, наприклад, у 2008 році – Угода про співпрацю територіального управління Держгірпромнагляду по Рівненській області з Федерацією профспілок області.

Не зважаючи на позитивний характер Закону України «Про охорону праці», розглядувана стаття має низку недоліків. Нею обмежені рівні правового регулювання, на яких можливо укласти такі угоди, чітко не визначені суб'єкти (як зі сторони держави, так і профспілкової сторони та сторони роботодавців), котрі повноважні їх укладати.

Назва ст. 33 Закону України «Про охорону праці» говорить лише про два види суб'єктів, що представляють інтереси держави – міністерства та інші центральні органи виконавчої влади в галузі охорони праці. Але законодавець не визначає, які ж органи є такими в галузі охорони праці. У ст. 38 наводиться перелік органів, але якісна характеристика їхньої діяльності є іншою, оскільки мова йде про органи, що здійснюють нагляд за охороною праці. Таку характеристику не можна вважати тотожною визначенню сфери діяльності органів в галузі охорони праці. Окрім того, у тексті ст. 33 мова уже йде загалом про інші центральні органи виконавчої влади. Ними згідно з Законом України «Про центральні органи виконавчої влади» від 17.03.2011 р. є служби, агентства, інспекції (ст. 16).

Недоліком Закону України «Про охорону праці» є визнання законодавцем лише профспілкової сторони, причому тільки на галузевому рівні. Сторона ж роботодавців взагалі не передбачена, що не відповідає продекларованим Законом України «Про соціальний діалог в Україні» принципам соціального діалогу та не сприяє активній участі роботодавців у розвитку охорони праці, створенні безпечних та здорових умов праці, хоча роботодавці здійснюють переважне фінансування забезпечення останніх.

Зазначені недоліки спричинені відсутністю системного підходу до визначення актів колективно-договірного характеру серед форм (джерел) трудового права України. Не лише чинне законодавство, але й Проект Трудового кодексу України потребують змін, які б передбачили систему цих актів, їх види і співвідношення, правовий механізм їхнього укладення.

ОСОБЛИВОСТІ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН ПРОКУРОРСЬКО-СЛІДЧИХ ПРАЦІВНИКІВ

Лещух Д.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Виконання працівниками прокуратури завдань і функцій від імені держави зумовлює певні особливості застосування щодо них норм законодавства про працю. Хоча загалом сучасний розвиток трудового права характеризується тенденцією поступового стирання розбіжностей статусу працівників, для яких роботодавцем є держава, та інших, остаточне усунення існуючих суперечливостей, неоднозначності є неможливим через специфіку здійснюваної прокурорсько-слідчими працівниками діяльності від імені держави, що виявляється насамперед у державно-владному, публічно-правовому характері повноважень, якими вони наділені і які реалізуються в процесі державного управління. Регулюється трудова діяльність працівників прокуратури нормами трудового права з урахуванням специфіки реалізації ними своїх трудових прав та обов'язків.

Як показують результати останніх досліджень науковців у цій сфері, працівники прокуратури входять до кола суб'єктів трудового права, оскільки трудова діяльність працівників прокуратури України є різновидом суспільної трудової діяльності. Сфера дії норм трудового визначається тими правовідносинами, виникнення яких неможливе без укладення трудового договору, які і є предметом правового регулювання як відносини найманої праці, де роботодавцем виступає державний орган, а найманою стороною є працівник прокуратури. Варто також констатувати факт виникнення організаційної підпорядкованості, а не адміністративної, при вступі на службу до органів прокуратури України на основі вільного вибору і свободи волевиявлення кандидата на посаду в органи прокуратури і подальше здійсненні працівниками прокуратури трудової функції в рамках певного трудового розпорядку і дотримання трудової дисципліни вказує на приналежності останніх до кола суб'єктів трудового права, оскільки свідчить про наявність характерних ознак методу трудового права.

Основні положення щодо регулювання трудових відносин прокурорсько-слідчих працівників містяться у 4-му розділі Закону Уаїни « Про прокуратуру» та деталізуються рядом підзаконних нормативно правових актів.

Так, відповідно до наказу Генеральної прокуратури України від 20 січня 2006 року N 2 гн «Про організацію роботи з кадрами в органах прокуратури України» , згаданий напрям роботи слід вважати одним із основних службових обов'язків прокурорів всіх рівнів. Згаданий наказ визначає порядок укомплектування органів прокуратури, формування кадрового резерву та передбачає ряд заходів щодо підвищення стабільності керівного складу органів прокуратури. . Основними критеріями оцінки кадрової роботи встановлено: укомплектування колективів прокуратур, їх структурних підрозділів кваліфікованими, сумлінними працівниками, прозорість і справедливість в доборі, розстановці та переміщенні кадрів, стабільність кадрового складу, забезпечення раціонального співвідношення молодих і досвідчених працівників, належного рівня службової та трудової дисципліни.

Стаття 46 Закону передбачає вимоги до осіб, які призначаються на посади прокурорів і слідчих . Так, прокурорами і слідчими можуть призначатися громадяни України, які мають вищу юридичну освіту, необхідні ділові і моральні якості. На посади прокурорів Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва і Севастополя та прирівняних до них прокурорів призначаються особи віком не молодше 30 років, які мають стаж роботи в органах прокуратури або на судових посадах не менше семи років; на посади районних і міських прокурорів - віком не молодше 25 років із стажем роботи в органах прокуратури або на судових посадах не менше трьох років.

Сумісництво служби в органах прокуратури з роботою на підприємствах, в установах чи організація, а також з будь-яким підприємництвом не допускається, за винятком наукової і педагогічної діяльності.

Положення про порядок заміщення посад помічників прокурорів і слідчих у міських, районних та прирівняних до них прокуратурах визначає засади організації та проведення відбо-

© Лещух Д., 2012

ру претендентів на заміщення вакантних посад помічників прокурорів, старших помічників прокурорів, слідчих, старших слідчих, слідчих з особливо важливих справ міських, районних та прирівняних до них прокуратур.

Відбір проводиться у першу чергу серед випускників поточного року базових вищих юридичних навчальних закладів та юридичних факультетів, яких рекомендовано органами прокуратури на навчання. Особи, які раніше працювали в органах прокуратури і мають класні чини або військові звання, приймаються на роботу на загальних підставах.

Рішення комісії щодо визначення переможця є підставою для видання наказу про призначення цієї особи на відповідну посаду.

Особи, які не мають досвіду практичної роботи за спеціальністю, проходять в органах прокуратури стажування строком до одного року. Порядок стажування регулюється окремим Положенням, яке визначає порядок відбору на стажування і стажування претендентів на заміщення вакантних посад помічників прокурорів, старших помічників прокурорів, слідчих, старших слідчих (надалі - помічників прокурорів і слідчих) міських, районних, міжрайонних та прирівняних до них прокуратур (надалі - прокуратур).

Стажування є невід'ємною складовою процесу професійної підготовки до роботи в органах прокуратури випускників вищих юридичних навчальних закладів, юридичних факультетів та магістрантів Національної академії прокуратури України.

Призначення на посади стажистів проводиться наказом прокурора обласного рівня згідно з визначеним комісією рейтингом. Стажування проводиться у міських, районних, міжрайонних та прирівняних до них прокуратурах на умовах строкової трудової угоди до одного року на посадах стажистів або стажистів на вакантних посадах помічників прокурорів і слідчих. Час відпустки стажиста у зв'язку з вагітністю та пологами, догляду за дитиною до строку стажування не включається.

Особи, які проходять стажування на посадах стажистів або на вакантних посадах помічників прокурорів чи слідчих, мають однаковий правовий статус, права і обов'язки, у тому числі щодо оплати праці. На стажистів поширюються правила внутрішнього трудового розпорядку, права і пільги, встановлені для прокурорсько-слідчих працівників, стажисти підлягають атестуванню після закінчення стажування, але не раніше 6 місяців від дня призначення на посаду. Призначення осіб, які пройшли стажування, на посаду помічника прокурора чи слідчого прокуратури можливе лише після позитивного рішення атестаційної комісії. Одночасно з призначенням на посаду вноситься подання Генеральному прокурору України про присвоєння першого класного чину. Якщо атестаційна комісія після закінчення річного терміну стажування дійде висновку про невиконання стажистом плану стажування через відсутність у нього належної професійної підготовленості, необхідних ділових та моральних якостей, трудовий договір з ним розривається у зв'язку із закінченням строку трудового договору.

Прокурори і слідчі прокуратури теж підлягають атестації один раз у п'ять років. Порядок атестації визначається Генеральним прокурором України. Атестація - це управлінська кадрова процедура, спрямована на оцінку кваліфікації стажистів прокурорів і слідчих, а також: працівників Національної академії прокуратури України, яким присвоєно класні чини.

Особи з вищою юридичною освітою, які мають стаж роботи за фахом не менше одного року в інших правоохоронних органах, адвокатурі, нотаріаті, органах законодавчої, виконавчої чи судової влади, можуть бути атестовані, як правило, після шести місяців роботи в органах прокуратури, а особи з вищою юридичною освітою, які не мають стажу роботи за фахом, проходять стажування та атестацію в порядку, визначеному для стажистів. Жінки, які перебувають у відпустці у зв'язку з вагітністю, пологами і для догляду за дитиною, проходять атестацію, як правило, через рік після виходу на роботу.

Атестація прокурорів, слідчих і працівників Національної академії, яким присвоєні класні чини, проводиться один раз у п'ять років, а дострокова:

- при висуненні на керівні посади та переведенні до вищестоящих прокуратур, якщо з часу проведення попередньої атестації пройшло більше року;

- у разі невиконання чи неналежного виконання службових обов'язків.

Працівник, який підлягає атестації, має бути ознайомлений з підготовленими на нього атестаційними документами під розписку не пізніше ніж за тиждень до атестації. У разі незгоди із службовою характеристикою працівник може подати атестаційній комісії свої запере-

чення та додаткові відомості щодо службової діяльності. Якщо працівник відмовляється від ознайомлення, складається відповідний акт.

Комісія на підставі оцінки стану професійної підготовленості працівника, його особистих якостей та результатів службової діяльності приймає рішення про відповідність чи невідповідність працівника займаній посаді або про неповну службову відповідність з умовою повторної атестації через шість місяців чи через рік. Нею також можуть бути внесені рекомендації про заохочення, встановлення надбавок до посадових окладів, присвоєння класного чину, призначення на вищу посаду чи зарахування в резерв, вивчення та поширення позитивного досвіду роботи, направлення на стажування чи навчання з метою підвищення кваліфікації, пониження у класному чині. У разі прийняття рішення про невідповідність працівника займаній посаді комісія рекомендує відповідному керівникові перевести цього працівника за його згодою на іншу посаду, що відповідає його професійному рівню, або звільнити із займаної посади.

Керівник прокуратури відповідного рівня приймає рішення по наданих атестаційною комісією документах протягом 10 днів. У разі незгоди з висновком атестаційної комісії він доручає перевірку об'єктивності службової характеристики та може призначити повторну атестацію. Протягом 5 днів після затвердження рішення комісії з ним має бути ознайомлений працівник, який пройшов атестацію.

Рішення комісії, упродовж 10 днів після ознайомлення з ним атестованого працівника, може бути оскаржено керівнику прокуратури вищого рівня, який при наявності підстав може доручити, згідно зі своєю компетенцією, проведення повторної атестації комісією, рішення якої оскаржується, або атестаційною комісією прокуратури вищого рівня з попередньою перевіркою роботи працівника. Рішення керівника, прийняті за результатами атестації, можуть бути оскаржені до суду. Працівник, якого комісією визнано таким, що не відповідає займаній посаді, не пізніше двох місяців після ознайомлення з рішенням може бути переведений за його згодою на іншу посаду. У разі відсутності такої згоди трудовий договір з ним розривається на підставі п. 2 ст. 40 КЗпП України.

Прокурори і слідчі можуть бути звільнені з роботи на загальних підставах, передбачених законодавством про працю. Однак ст. Закону України «Про прокуратуру» передбачає і ряд додаткових підстав звільненння з органів прокуратури, у тому числі з позбавленням класного чину, також у таких випадках:

1) недотримання пов'язаних із проходженням служби в органах прокуратури вимог, , та інших вимог і обмежень, які встановлюються законом;

2) порушення "Присяги працівника прокуратури" чи відмови від її прийняття;

3) набрання законної сили обвинувальним вироком щодо них;

4) за результатами атестації у разі невідповідності працівника займаній посаді;

5) припинення громадянства України;

6) притягнення до відповідальності згідно з Дисциплінарним статутом прокуратури України.

Прокурорам і слідчим органів прокуратури, працівникам науково-навчальних закладів прокуратури присвоюються класні чини залежно до займаних посад і стажу роботи. Порядок присвоєння і позбавлення класних чинів визначається Положенням про класні чини працівників прокуратури України, яке затверджене Верховною Радою України.

Прокурорсько-слідчі працівники, а також працівники навчальних, наукових та інших установ прокуратури заохочуються за сумлінне і зразкове виконання службових обов'язків, ініціативу та оперативність в роботі.

Заходами заохочення є:

- подяка;
- грошова премія;
- подарунок;
- цінний подарунок;
- дострокове присвоєння класного чину або підвищення в класному чині;
- нагородження нагрудним знаком "Почесний працівник прокуратури України".

За особливі заслуги в роботі працівник прокуратури можуть бути представлені до нагородження державними нагородами і присвоєння почесного звання "Заслужений юрист України".

Генеральному прокурору України належить право застосування всіх заходів заохочення, а прокурори Кримської АРСР, областей, міста Києва, інші прирівняні до них прокурори мають право заохотити працівника подякою, грошовою премією та подарунком. Про застосування інших видів заохочення прокурори вносять подання Генеральному прокурору України. Подання про нагородження державними нагородами та присвоєня почесного звання "Заслужений юрист України" вносить Генеральний прокурор України.

Заохочення оголошується наказом, про що вноситься запис до трудової книжки. Наказ оголошується особі, якій винесено заохочення, всім працівникам даної прокуратури і додається до особової справи.

За порушення закону, неналежне виконання службових обов'язків чи скоєння ганебного вчинку прокурори і слідчі несуть відповідальність згідно з Дисциплінарним статутом прокуратури України, який затверджується Верховною Радою України.

Дисциплінарними стягненнями є:

- догана;
- пониження в класному чині;
- пониження в посаді;
- позбавлення нагрудного знаку "Почесний працівник прокуратури України";
- звільнення;
- звільнення з позбавленням класного чину.

Генеральний прокурор України має право застосовувати всі дисциплінарні стягнення, за винятком позбавлення або пониження в класному чині державного радника юстиції 1, 2, 3 класів, яке провадиться Президентом України за поданням Генерального прокурора України. Прокурори Кримської АРСР, областей, міста Києва та прирівняні до них прокурори мають право застосовувати такі дисциплінарні стягнення: догану, пониження на посаді, звільнення, крім пониження в посаді і звільнення працівників, які призначаються Генеральним прокурором України. При необхідності застосування заходу дисциплінарного стягнення, що перевищує повноваження зазначених прокурорів, вони вносять подання Генеральному прокурору України.

Особи, нагороджені нагрудним знаком "Почесний працівник прокуратури України", можуть бути звільнені з роботи лише за попередньою згодою Генерального прокурора України.

Дисциплінарне стягнення має відповідати ступеню вини та тяжкості проступку. Прокурор, який вирішує питання про накладення стягнення, повинен особисто з'ясувати обставини проступку та одержати письмове пояснення від особи, яка його вчинила. В разі необхідності може бути призначено службову перевірку. Дисциплінарне стягнення застосовується протягом одного місяця з дня виявлення проступку, не рахуючи часу службової перевірки, тимчасової непрацездатності працівника та перебування його у відпустці, але не пізніше одного року з дня вчинення проступку. Строк проведення службової перевірки не може перевищувати двох місяців.

За один і той же проступок може бути накладене тільки одне дисциплінарне стягнення.

У разі вчинення працівником діяння, не сумісного з перебуванням на роботі в органах прокуратури, його звільнення проводиться незалежно від часу вчинення проступку.

Про накладення дисциплінарного стягнення видається наказ прокурора, який оголошується працівнику під розписку. Копія наказу додається до особової справи. З наказом можуть бути ознайомлені працівники відповідної прокуратури Наказ про притягнення до дисциплінарної відповідальності може бути оскаржено працівником Генеральному прокурору України в місячний строк з дня ознайомлення з наказом.

Генеральний прокурор приймає рішення по скарзі в десятиденний строк, а в разі проведення перевірки - не пізніше одного місяця з дня її надходження. Про прийняте рішення повідомляється працівнику, який звернувся зі скаргою. Оскарження наказу не зупиняє приведення дисциплінарного стягнення.

Генеральний прокурор України має право скасувати дисциплінарне стягнення, посилити або пом'якшити його. В разі незаконного пониження в посаді або звільнення працівника з посади Генеральний прокурор України видає наказ про поновлення на посаді з виплатою середньомісячного заробітку за час вимушеного прогулу або різниці в заробітній платі за час роботи на нижчеоплачуваній роботі, але не більше як за три місяці. Якщо не з вини працівника час вимушеного прогулу становить більше трьох місяців, Генеральний прокурор України може прийняти рішення про виплату середньомісячного заробітку за весь час вимушеного прогулу.

Працівник вважається таким, що не має дисциплінарного стягнення, якщо протягом року з дня його накладання він не піддавався новому дисциплінарному стягненню. Поновлення в попередньому класному чині або на попередній посаді може провадитись тільки в порядку атестування. Дисциплінарне стягнення може бути зняте прокурором, який видав наказ або вищестоящим прокурором раніше року, якщо працівник виявив дисциплінованість і сумлінність у виконанні службових обов'язків. У таких випадках стягнення знімається наказом з оголошенням його всім, кому було оголошено наказ про накладання стягнення.

Заробітна плата прокурорів і слідчих прокуратури складається із посадових окладів, надбавок за класні чини, вислугу років і має забезпечувати достатні матеріальні умови для незалежного виконання службових обов'язків, а так само закріплення кваліфікованих кадрів. Надбавки за вислугу років встановлюються також іншим працівникам прокуратури (спеціалістам, службовцям, робітникам). Розміри посадових окладів, надбавок за класні чини та вислугу років затверджуються Кабінетом Міністрів України. Зокрема, слід згадати постанову від 9.03.2006 № 268 «Про упорядкування структури та умов оплати праці працівників апарату органів виконавчої влади, органів прокуратури, судів та інших органів». У ній визначено схему посадових окладів керівних працівників і спеціалістів апарату Генеральної прокуратури України , прокуратур Автономної Республіки Крим, областей, мм. Києва та Севастополя і прирівняних до них прокуратур, районних, міжрайонних, районних у містах, природоохоронних та інших прирівняних до них прокуратур.

Прокурорам і слідчим прокуратури надається щорічна відпустка тривалістю 30 календарних днів. Атестованим працівникам прокуратури, які мають стаж роботи в органах прокуратури понад 10 років, надається додаткова оплачувана відпустка.

Наведені нами положення підтверджують наявність характерних ознак методу трудового права при регулюванні прийняття на роботу, трудової дисципліни, оплати праці, часу відпочинку та інших аспектів трудової діяльності працівників прокуратури та свідчать, що до системи принципів організації й діяльності прокуратури входить також низка принципів трудового права : (а) забезпечення єдності й диференціації правового регулювання; (б) недопущення дискримінації й дотримання рівності трудових прав громадян; (в) договірного характеру праці; (г) конкретності трудової функції; (д) матеріальної заінтересованості в результатах праці; (д) стабільності трудових відносин та ін.

ДО ПИТАННЯ ПРО РОЗМЕЖУВАННЯ СОЦІАЛЬНОГО СТРАХУВАННЯ ТА ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ СТРАХУВАННЯ

Максимишин Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проголошення України соціальною державою сприяло подальшому розвитку її соціальної функції, невід'ємним елементом якої є соціальне страхування. Інститут страхування набуває дедалі більшої зацікавленості серед науковців. Його правові норми безпосередньо спрямовані на надання особі ряду гарантій, компенсацій та послуг, а також її матеріальне забезпечення з метою покращення рівня життя та задоволення суспільних потреб.

На сьогодні ще не до кінця вивчено правову природу страхування, чітко не виділено характерних ознак, притаманних тій чи іншій його формі та виду, не проведено чіткого розмежування між соціальним страхуванням та страхуванням за цивільно-правовим договором. З цього приводу тривають дискусії серед науковців.

Соціальне страхування є однією з гарантій реалізації конституційного права громадян на забезпечення їх у разі повної, часткової чи тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом. Як спосіб соціального захисту населення соціальне страхування є невід'ємним елементом будь-якої соціальної держави.

Поряд із соціальним страхуванням широко застосовується і страхування за цивільно – правовим договором, що дає можливість максимально убезпечитися від настання певних ризиків, а у разі їх настання – мінімізувати втрати майнового характеру.

Як соціальне страхування, так і страхування за цивільно – правовим договором може мати дві форми: обов'язкову та добровільну.

Здебільшого правовідносини із обов'язкового соціального страхування виникають на основі закону та носять імперативний характер, а правовідносини зі страхування за цивільно – правовим договором – на основі договору та носять диспозитивний характер.

Суб'єктами загальнообов'язкового державного соціального страхування є застраховані громадяни, а в окремих випадках – члени їхніх сімей та інші особи, страхувальники і страховики.

Застрахованою є фізична особа, на користь якої проводять загальнообов'язкове державне соціальне страхування. Коло осіб, які можуть бути застрахованими за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням, визначається "Основами законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування" та іншими законами, прийнятими відповідно до них.

Страхувальниками за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням є роботодавці та застраховані особи, якщо інше не передбачено законами України.

Страховиками є цільові страхові фонди з пенсійного страхування, медичного страхування, страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими народженням та похованням, страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань, страхування на випадок безробіття.

За договором страхування сторонами є страховик та страхувальник. Страховиком визнається фінансова установа, яка створена у формі акціонерного, повного, командитного товариства або товариства з додатковою відповідальністю згідно з Законом України "Про господарські товариства" з урахуванням особливостей, передбачених цим Законом, а також одержала у встановленому порядку ліцензію на здійснення страхової діяльності.

Страхувальником є будь - яка юридична особа та дієздатні фізичні особи, які уклали із страховиками договори страхування або є страхувальниками відповідно до законодавства України.

Враховуючи переважаючу форму добровільної участі у страхуванні за цивільно – правовим договором, застрахованими є значно менша кількість осіб, однак такими можуть бути будь-які особи, які самостійно вносять страхові внески.

© Максимишин Р., 2012

Об'єктом як обов'язкового соціального страхування, так і страхування за цивільно – правовим договором є страхові випадки, однак, правова природа останніх є різною.

Так, обов'язкове соціальне страхування передбачає чіткий, окреслений законом перелік страхових випадків, із настанням яких у особи виникає право на матеріальне забезпечення, отримання компенсації чи соціальних послуг.

Страхові ризики, які є істотною умовою при укладенні цивільно-правового договору, передбачаються у останньому у кожному випадку індивідуально із урахуванням бажання застрахованої особи отримати право на відшкодування шкоди у разі настання тої чи іншої конкретної події. Варто відмітити, що всі істотні умови такого договору визначаються винятково за згодою сторін, в той час як при обов'язковому соціальному страхуванні норми, що окреслюють умови та порядок страхування, передбачені законом та є імперативними, а відтак зміні (навіть у результаті домовленостей суб'єктів страхування) не підлягають.

Критеріями розмежування добровільного страхування від обов'язкового також є волевиявлення особи, порядок встановлення прав і обов'язків суб'єктів страхування (у договорі чи у закону) та ролі держави в його здійсненні.

Свої відмінності між державним соціальним страхуванням та комерційним (недержавним) страхуванням навели А.А. Архипов, В.Б. Гомелля, Д.С. Туленты, вказуючи, що на відміну від комерційного страхування, що засноване на еквівалентності отриманих страхових платежів та здійснених страхових виплат, замкнутості учасників страхових фондів і самоокупності (отримання прибутку), державне соціальне страхування засноване на принципах колективної солідарності і безприбутковості, незамкнутості учасників фонду і здійснюється переважно державними спеціалізованими фондами та некомерційними страховими компаніями. Державне соціальне страхування направлено на соціальне вирівнювання і забезпечення мінімального добробуту населення.

Як зазначає В.Ф. Столяров обов'язкове соціальне страхування – державне, відрізняється від обов'язкового особистого наступним: є тільки державним, страховики функціонують на паритетних засадах, принципами субсидування, забезпечення рівня життя, не нижче прожиткового мінімуму, характером забезпечення, сферою дії, підставами організації (соціальний ризик), засобом встановлення (імперативний) та соціально-правовою природою страхових внесків.

Ще одна відмінність між соціальним страхуванням та страхуванням за цивільно-правовим договором полягає у джерелах формування страхових фондів: для соціального – це кошти підприємств, установ, організацій, і лише незначною мірою – індивідуальні доходи, тоді як за цивільно-правовим договором – індивідуальні доходи, а кошти підприємств, установ, організацій – тією мірою, якою особисте страхування є обов'язковим.

Як соціальне страхування, так і цивільно-правове регулюється низкою нормативно – правових актів.

З урахуванням положень Конституції України Верховна Рада України прийняла Основи законодавства про загальнообов'язкове державне соціальне страхування, Закони України: "Про страхування", "Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності", "Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття", "Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими народженням та похованням", "Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування". На розгляді у Верховній Раді України знаходиться проект закону України "Про загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування".

В свою чергу цивільно – правове страхування регулюється законом України "Про страхування", відповідно до якого страхування - це вид цивільно-правових відносин щодо захисту майнових інтересів фізичних осіб та юридичних осіб у разі настання певних подій (страхових випадків), визначених договором страхування або чинним законодавством, за рахунок грошових фондів, що формуються шляхом сплати фізичними особами та юридичними особами страхових платежів (страхових внесків, страхових премій) та доходів від розміщення коштів цих фондів.

Як вбачається із Закону України "Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування" та Закону України "Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від не-

щасних випадків на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності", особи можуть брати також і добровільну участь у системі загальнообов'язкового державного пенсійного страхування та страхуванні від нещасного випадку на виробництві, що дає можливість стверджувати, що в Україні хоча за частотою застосування загальнообов'язкове державне соціальне страхування є переважним, однак, не єдиним. Для осіб, які беруть добровільну участь у такому страхуванні порядок сплати і розміри внесків, умови, підстави і порядок оплати визначаються законом.

Окрім цього, існує низка Законів України, якими передбачена виплата страхових сум окремим категоріям осіб незалежно від виплат за іншими видами страхування і виплат у порядку відшкодування шкоди. Такі виплати страхових сум передбачені, зокрема, для посадових осіб інспекцій державного архітектурно-будівельного контролю, службових осіб державної контрольно-ревізійної служби в Україні, працівників державної лісової охорони, службових осіб державних органів у справах захисту прав споживачів, державних виконавців, посадових осіб органів державної податкової служби тощо.

В даному випадку страховими ризиками є життя і здоров'я цих осіб (загибель та втрата працездатності).

Передбачена певними нормативно – правовими актами України виплата страхових сум окремим категоріям осіб дає можливість зробити висновок про те, що у загальнообов'язковому державному соціальному страхуванні поряд існує додаткове загальнообов'язкове державне страхування, що дозволяє певним категоріям осіб отримати додаткові компенсації в силу здійснення особливих трудових функцій, покладених на них.

КЛАСИФІКАЦІЯ ПРАВОВІДНОСИН ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗА ВІКОМ

Нискогуз Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Право особи на забезпечення пенсіями, зокрема, у старості (тобто з досягненням віку, з якого призначається пенсія за віком) є конституційним. Особа, яка досягла передбаченого законом пенсійного віку, може реалізувати право на пенсійне забезпечення за віком лише у відповідних правовідносинах. Ними є правовідносини пенсійного забезпечення за віком.

Ці правовідносини можна визначити як врегульовані нормами права соціального забезпечення постійні та тривалі вольові соціальні зв'язки, що виникають між їх учасниками під час реалізації ними своїх прав та обов'язків у сфері пенсійного забезпечення за віком, і полягають у персоніфікованому наданні матеріального забезпечення у вигляді грошових коштів шляхом перерозподілу коштів Пенсійного фонду чи Державного бюджету.

Правовідносини пенсійного забезпечення за віком є доволі різноманітними. Отож, спробуємо виділити основні підстави класифікації цих правовідносин та обґрунтувати можливість їх застосування у праві соціального забезпечення.

Варто зазначити, що з приводу класифікації правовідносин пенсійного забезпечення за віком єдиного підходу у науковців не має. Адже багато залежить від того, які підстави для класифікації правовідносин обирає той чи інший дослідник.

Одним із найпоширеніших критеріїв у праві соціального забезпечення є вид соціального забезпечення.. Ці правовідносини є правовідносинами пенсійного забезпечення. Пенсії можна класифікувати на окремі підвиди залежно від виду пенсії, на яку претендує особа. Отже, серед правовідносин пенсійного забезпечення за віком виділимо правовідносини щодо забезпечення пенсіями за віком на загальних (страхових) засадах або на пільгових умовах.

У галузевій літературі серед критеріїв класифікації науковці вказують на організаційно-правові форми соціального забезпечення. Якщо застосувати цей критерій для класифікації правовідносин пенсійного забезпечення за віком, то можна виокремити: правовідносини пенсійного забезпечення за віком, які здійснюються у сфері загальнообов'язкового державного соціального страхування та які асигнуються з Державного бюджету.

Ще одним критерієм класифікації можна вважати специфіку юридичного факту. Залежно від специфіки юридичних фактів серед правовідносин пенсійного забезпечення за віком можна виділити такі дві групи: правовідносини щодо виплати пенсії після досягнення особою віку, з досягненням якого виникає право на пенсію за віком на пільгових умовах, а також правовідносини щодо виплати пенсії у разі старості. Для останньої групи правовідносин юридичним фактом, з яким пов'язують виникнення в особи права на забезпечення пенсією за віком, є насправді досягнення встановленого законом пенсійного віку, а не старість. Адже старість – це природний стан організму, який часто не збігається з календарним віком особи. Саме тому виникнення в особи права на соціальне забезпечення пов'язують із настанням такого юридичного факту, як пенсійний вік. У даному випадку мова йде про досягнення загального пенсійного віку, який згідно чинного законодавства становить 60 років як для чоловіків, так і для жінок.

Юридичні факти у правовідносинах щодо виплати пенсії після досягнення особою віку, з досягненням якого виникає право на пенсію за віком на пільгових умовах, мають свою специфіку. У цьому разі мова йде про пільговий чи знижений пенсійний вік, який передбачено законодавством для певної категорії осіб (наприклад, особам, які працювали або проживали на територіях радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи).

Проаналізувавши наукові праці, присвячені дослідженням цього питання, традиційним можна вважати критерій класифікації правовідносин за цільовим призначенням (або залежно від того, результатом реалізації якої норми є правовідносини). Звідси правовідносини пенсійного забезпечення за віком розподілимо на матеріальні (основні) та процедурні (похідні). До перших належать правовідносини з приводу призначення пенсій. До других — правовідносини з приводу встановлення юридичних фактів, реалізації права на пенсію за віком; відносини

© Нискогуз Н., 2012

щодо розгляду в позасудовому порядку скарг з питань, що стосуються соціального захисту населення.

У галузевій літературі висловлювалась думка стосовно класифікації процедурних правовідносин пенсійного забезпечення на ті, що передують матеріальним правовідносинам; ті, що супроводжують матеріальні правовідносини (зокрема, правовідносини, викликані обставинами, які надають можливість зміни виду пенсійного забезпечення) та ті, що припиняють матеріальні правовідносини (наприклад, викликані фактом смерті пенсіонера; пов'язані з фактом виявлення недостовірних відомостей, поданих особою пенсійному органу, на підставі яких останній призначив виплату пенсій тощо).

Незважаючи на те, що згадана класифікація запропонована у сфері пенсійного забезпечення у разі втрати годувальника, вважаємо можливим застосування її до правовідносин пенсійного забезпечення за віком. Отож, серед процесуальних правовідносин пенсійного забезпечення за віком виділимо:

— правовідносини, що передують матеріальним правовідносинам (зокрема, правовідносини, пов'язані з поданням особою, яка набула право на пенсію за віком, заяви та необхідних документів про призначення пенсії до відповідного територіального органу Пенсійного фонду);

— правовідносини, що супроводжують матеріальні правовідносини (наприклад, ті, що пов'язані з індексацією та перерахунком пенсії);

— правовідносини, що припиняють матеріальні правовідносини (правовідносини, викликані фактом смерті пенсіонера; у разі закінчення терміну дії договору про добровільну участь тощо).

Поряд з тим у механізмі реалізації права на пенсію за віком серед процедурних правовідносин пенсійного забезпечення за віком пропонуємо виділяти: 1) правовідносини по встановленню юридичних фактів виникнення права на пенсію за віком (досягнення загального чи спеціального пенсійного віку та наявність страхового стажу, що дають право на призначення пенсії за віком); 2) процедурні правовідносини по призначенню пенсії за віком (зокрема, написання особою заяви про призначення пенсії за віком; прийняття рішення відповідним територіальним органом Пенсійного фонду про призначення конкрентній особі пенсії за віком); 3) правовідносини по обчисленню та виплаті пенсій за віком (зарахування до страхового стажу відповідних періодів; індексація та перерахунок пенсій у зв'язку із збільшенням середньої заробітної плати працівників, зайнятих у галузях економіки України, прожиткового мінімуму та страхового стажу; виплата пенсії через державні підприємства зв'язку чи банки тощо).

Б.І.Сташків виділяє матеріальні та нематеріальні (процедурні та процесуальні) правовідносини. Такий підхід поділяє і І.С. Ярошенко. На наш погляд, варто погодитись із думкою П.Д. Пилипенка, що процесуальні правовідносини з приводу захисту права на пенсію за юридичною природою мають знайти місце у системі процесуальних галузей права. Оскільки право соціального забезпечення не є процесуальною галуззю права, то немає необхідності в межах правовідносин пенсійного забезпечення за віком, які належать до вказаної галузі права, виділяти процесуальні правовідносини.

Як бачимо, правовідносини пенсійного забезпечення за віком є різноманітними. Існують різні варіанти групування їх за певними критеріями. Проте, на наш погляд, класифікація правовідносин пенсійного забезпечення за віком на матеріальні та процедурні правовідносини відображає комплексний підхід до цього питання, бо наочно ілюструє всю сукупність правовідносин, що існують у цій сфері, в їх взаємодії, співвідношенні окремих видів.

РОТАЦІЯ КАДРІВ: ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ

Парпан Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним з питань, які досі залишаються поза увагою законодавця, залишається питання ротації кадрів (в перекладі з латинської - «rotatio» означає обертання, обертальний рух). На практиці ротація кадрів застосовується, зокрема, для удосконалення кадрового потенціалу з метою створення професійного, дієздатного державного апарату; профілактики та запобігання проявам корупції серед державних службовців, особливо на посадах, які за характером виконуваної роботи і наданих повноважень пов'язані з підвищеним ризиком корупції; а також, запобігання іншим правопорушенням серед державних службовців.

Незважаючи на широке застосування на практиці, поняття та порядок проведення ротації кадрів так і не знайшли свого закріплення в законодавстві. Лише в деяких актах відомчого законодавства (наприклад, Положенні про вищі навчальні заклади МВС, затвердженому наказом МВС України № 62 від 14 лютого 2008 року) вживається термін «ротація», проте без належної регламентації.

Відзначимо, що ще у 2002 році Концепцією ротації кадрів на окремих посадах державних службовців (далі – Концепція ротації кадрів), затвердженою розпорядженням Кабінету Міністрів України від 18 березня 2002 року № 144- р., наголошувалося на необхідності закріплення порядку проведення періодичної ротації кадрів та визначення переліку посад, на яких повинна проводитися ротація, у відповідних законодавчих актах з питань державної служби. Серед таких нормативних актів виділено, зокрема, Закон України "Про державну службу" та Закон України "Про боротьбу з корупцією". Натомість, зміни та доповнення до законодавства так і не були внесені. До того ж, Законом України «Про засади запобігання та протидії корупції» від 7 квітня 2011 року також не передбачено такого антикорупційного заходу як ротація.

На необхідність законодавчого закріплення такого явища як ротація кадрів, вказують науковці і практики (зокрема, А.Юшко, О.Ноздрачов, Н. Неумивайченко, О.Височина, О.Лавріненко). При цьому, існують певні розбіжності у поглядах авторів щодо трактування самого поняття «ротація кадрів».

Для прикладу, О.Височина розглядає ротацію кадрів і як переведення, і як переміщення. А.Юшко визнає ротацію кадрів особливим видом переведення на іншу роботу, яке повинно здійснюватися без згоди працівника, і це не може розцінюватися як примусова праця. О.Ноздрачов, також, розглядає ротацію на державній службі як переведення на іншу роботу, яке відбувається у формі різного роду «переходів» (направлень) службовців на інші державні посади чи до інших органів. Але, на відміну від А.Юшко, автор наголошує на тому, що такі питання повинні здійснюватися у відповідності із нормами Кодексу законів про працю України щодо переведення працівників на іншу роботу.

Підставою для такого неоднозначного тлумачення поняття «ротація кадрів» стала, зокрема, відсутність його чіткої регламентації в Концепції ротації кадрів. Так, зазначеною Концепцією, ротацію визначено як: періодичне переміщення працівників як по вертикалі, так і по горизонталі. Поряд з цим, йдеться про те, що ротація кадрів державних службовців повинна здійснюватися шляхом переміщення по службі в одному державному органі, переведення до іншого державного органу чи в іншу місцевість за згодою працівника.

Як випливає із наведеного, ротація може відбуватися як у формі переміщення, так і у формі переведення. Але, відразу зауважимо, що поняття "переміщення" для державних службовців за змістом дещо розширене, оскільки йдеться про переміщення по службі, яке супроводжується зміною трудової функції працівника: її обсягу, кола обов'язків тощо. Тобто, по-суті, це є переведенням на іншу роботу, яке повинно здійснюватися лише за згодою працівника. Розширений зміст поняття переведення та переміщення характерний і для деяких інших категорій працівників (наприклад, працівників органів внутрішніх справ).

Поряд з таким «переміщенням», до державних службовців може застосовуватися і переміщення як одна з форм організації праці, при якій змінюється робоче місце працівника і не вимагається згоди останнього. Зважаючи на це, варто наголосити на необхідності чіткої пра-

© Парпан Т., 2012

вової регламентації таких понять як: «ротація кадрів», «переміщення» та «переведення на іншу роботу». Адже, кожне з цих правових явищ має свої відповідні наслідки та порядок проведення.

Щодо переміщення державних службовців (працівників) до іншого структурного підрозділу без їх згоди, то це питання є дискусійним. Варто звернути увагу на те, що і в науковій літературі і в законодавстві структурний підрозділ юридичної особи іноді називають "місцем роботи", а іноді "робочим місцем" працівника. Це пов'язано із існуючою на сьогодні правовою регламентацією переміщення працівників, яка не відповідає основним договірним принципам, на яких повинні будуватися трудові відносини між працівником і роботодавцем. Виявляється це у тому, що при переміщенні працівника в інший структурний підрозділ його згоди не потрібно. Хоча, вважаємо, є підстави розглядати структурний підрозділ як місце роботи працівника.

Місце роботи працівника у трудовому договорі може визначатися як місцезнаходження структурного утворення роботодавця юридичної особи, що розташоване за відповідною адресою, де працівник безпосередньо виконуватиме свої трудові обов'язки. А отже, зміна такого структурного підрозділу повинна вважатися переведенням на іншу роботу і відбуватися за згодою працівника, якщо це обумовлено трудовим договором, тобто є однією з істотних його умов.

Подібну пропозицію висунуто і авторами проекту Трудового кодексу України від 10 грудня 2009 року. Зокрема, ст. 78 проекту роботодавцю дозволено переміщати працівника в інший структурний підрозділ без згоди останнього, але з певними застереженнями. Зокрема, якщо це не змінює істотних умов трудового договору; якщо структурний підрозділ знаходиться у тій самій місцевості; якщо інше не обумовлено трудовим договором.

Погоджуючись з науковцями щодо необхідності закріплення у законі підстав та порядку проведення ротації кадрів, звернемо увагу на ще один спірний момент, пов'язаний із пропозицією деяких авторів здійснювати ротацію без згоди працівника, і це не повинно розцінюватися як примусова праця.

Примусова праця у відповідності із Конвенцією № 29 "Про примусову чи обов'язкову працю" Міжнародної Організації Праці - це всіляка робота або служба, що вимагається від будь-якої особи під загрозою будь-якого покарання, для якої ця особа не запропонувала добровільно своїх послуг. В українському трудовому законодавстві "примусова праця" втілена в поняття "робота, не обумовлена трудовим договором".

Конвенцією 105 Міжнародної Організації праці про скасування примусової праці від 25 червня 1957 року, ратифікованою Законом України від 5 жовтня 2000 р. закріплено, що: примусова праця не може бути застосована в якості використання робочої сили для потреб економічного розвитку. Періодична ротація кадрів, як було відзначено Президентом України у посланні до Верховної Ради України "Україна: поступ у XXI століття. Стратегія економічного та соціального розвитку на 2000 – 2004 роки", направлена, зокрема, на сприяння економічного розвитку країни. Отже, вимагати від державного службовця виконання роботи, не обумовленої трудовим договором без його на це згоди, не є правомірним.

Таким чином, переведення до іншого державного органу чи в іншу місцевість повинно здійснюватися за згодою працівника. Водночас, вважаємо, що у випадку відмови працівника від такого переведення, він підлягає звільненню з роботи. Але, таке звільнення не повинно розцінюватися як звільнення за порушення трудової дисципліни. Адже йдеться, зокрема, про однин з заходів боротьби із корупцією.

Тому, пропонуємо закріпити в законодавстві таку додаткову підставу звільнення для окремих категорій працівників, як: «відмова від переведення на іншу роботу внаслідок ротації кадрів». Поряд з цим, законодавцю необхідно приділити увагу більш детальній правовій регламентації таких звільнень, спираючись на принципи соціальної захищеності, добровільності, оптимального поєднання інтересів державного органу та державного службовця.

ПРО ВНУТРІШНІЙ РОЗПОРЯДОК ТА ЙОГО ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ

Пилипенко П., Пилипенко Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Важливий аспект який потребує з'ясування при характеристиці видів внутрішнього трудового розпорядку як об'єкта правового регулювання є його співвідношення з так званим *внутрішнім розпорядком.*

Дозволимо собі тут відразу зауважити, що в науці трудового права відповідні напрацювання з цього приводу майже відсутні. Переважно проблема співвідношення внутрішнього трудового розпорядку і внутрішнього розпорядку була предметом досліджень науковців, що представляли свого часу юридичну науку колгоспного права.

Насправді ж для науки трудового права з'ясування проблеми співвідношення цих двох категорій так само було не менш актуальним і залишається таким до цього часу. Достатньо лише нагадати, що для деяких галузей народногосподарського комплексу з метою регулювання внутрішнього трудового розпорядку передбачено затвердження так званих галузевих правил, які з огляду на специфіку діяльності у відповідних сферах не можуть обмежуватись регулюванням лише внутрішнього трудового розпорядку. У закладах освіти, наприклад, закладах і підприємствах охорони здоров'я внутрішній трудовий розпорядок об'єктивно узалежнюється і за багатьма своїми параметрами покликаний забезпечувати відповідний спектр суспільних відносин внутрішнього розпорядку щодо здійснення навчального процесу, тривалості занять, перерв між заняттями, розпорядку дня у лікувальних закладах, порядок та години відвідування хворих і т.д.

Тобто, ось такий, внутрішній розпорядок як явище об'єктивного порядку, як система суспільних відносин виглядає дещо ширшим за своїм змістом від внутрішнього трудового розпорядку який фактично є складовою частиною більш загального об'єкта правового регулювання. За такої складної конструкції об'єкта правового регулювання постає запитання чи відносини внутрішнього розпорядку належать до предмету трудового права і зрештою – чи норми які забезпечуватимуть їх правове регулювання можна вважати нормами цієї галузі?

Аналізуючи суб'єктний склад правовідносин внутрішнього трудового розпорядку і порівнюючи при цьому його з аналогічними елементами відносин внутрішнього розпорядку, можна констатувати, що у другому випадку задіяно значно більше учасників, а ніж у першому. Крім працівників і роботодавців які є класичними суб'єктами правовідносин внутрішнього трудового розпорядку тут з'являються й інші суб'єкти для яких дотримання правил і вимог внутрішнього розпорядку є обов'язковим.

Це і учасники навчального процесу (студенти, учні), і хворі, пацієнти, відвідувачі останніх тощо, які вступаючи у відповідні стосунки набувають прав і обов'язків визначених правилами внутрішнього розпорядку цих закладів.

Що стосуються роботодавця, як неодмінного учасника правових відносин внутрішнього трудового розпорядку, то у відносинах з учасниками внутрішнього розпорядку він фігурує у дещо іншій своїй «іпостасі». Як контрагент, він надає послуги (навчальні, лікувальні), а не роботу. За цих обставин, йдеться очевидно не про відносини, які належать до предмета трудового права, а про відносини, що регулюються іншими галузями права – адміністративним, цивільним тощо.

Інша річ, що надання послуг чи роботи це одна сфера правового впливу, а забезпечення режиму і розпорядку у цих відносинах може розглядатися як самостійний напрям регулювання, де переважну частку відносин формують управлінські стосунки. І оскільки ці стосунки існують винятково в межах конкретних підприємств, установ, організацій,а управлінські функції повністю належать роботодавцю, то і проблеми щодо визначення їх юридичної природи очевидно не повинно бути. Як і відносини внутрішнього трудового розпорядку вони повинні регулюватися нормами трудового права.

Очевидно, що сам факт існування у деяких сферах діяльності вже згадуваних галузевих правил внутрішнього розпорядку якраз і базується на необхідності врегулювання крім внут-

© Пилипенко П., Пилипенко Ю., 2012

рішнього трудового розпорядку, ще й відносин внутрішнього розпорядку. За радянських часів це традиційно були освіта і медицина. Саме тут практикувалося ухвалення галузевих правил. У незалежній Україні ці традиції продовжують існувати, хоч і в дещо спотвореному вигляді. Для прикладу, Міністерство освіти України 20 грудня 1993 р. своїм наказом за №455 затвердило Типові правила внутрішнього розпорядку для працівників державних навчально-виховних закладів України, а 18 грудня 2000 року наказом №204-0 Міністерство охорони здоров'я України затвердило Галузеві правила внутрішнього *трудового* розпорядку для працівників закладів, установ, організацій та підприємств системи охорони здоров'я України і в обох випадках правила передбачають регулювання лише внутрішнього трудового розпорядку. У чому ж полягає їх особливість, як актів, що мали б забезпечувати регулювання усього спектру суспільних відносин у сфері внутрішнього розпорядку залишається незрозумілою.

Характерно, що на місцях, безпосередньо у закладах освіти, медичних установах, лікарнях, шпиталях правила внутрішнього розпорядку не зважаючи на їхню назву містять відповідні розділи, де зазначаються права та обов'язки студентів (слухачів), заходи заохочення та дисциплінарної відповідальності, що можуть бути застосовані до них тощо. У відповідних правилах медичних закладів, які безпосередньо здійснюють обслуговування хворих (лікарні, шпиталі) є норми, які встановлюють вимоги щодо прав і обов'язків хворих (пацієнтів), режим відвідування їх родичами, час приймання ліків, планових медоглядів і т. ін. При цьому переважну більшість усіх правил поведінки зобов'язані дотримуватись і працівники відповідних закладів виконуючи свої безпосередні трудові обов'язки.

Отже, внутрішній трудовий розпорядок, як система суспільних відносин, що постають в силу особливостей статутної діяльності деяких підприємств, установ, організацій, які здійснюють обслуговування громадян (надають їм послуги) за безпосередньої участі працівників таких закладів є об'єктом регулювання з боку норм трудового права і засади такого регулювання визначаються Галузевими правилами внутрішнього розпорядку, що слугують в подальшому основою для ухвалення місцевих правил внутрішнього розпорядку.

СУДОВИЙ ЗАХИСТ ПРАВА НА КОМЕРЦІЙНУ ТАЄМНИЦЮ У ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

Рим О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Створення звільненим працівником власного підприємства та використання у процесі своєї господарської діяльності виробничої, фінансової, технологічної та іншої інформації, збереження якої у таємниці має принципове значення для колишнього роботодавця, безпосередньо загрожує економічним інтересам останнього. Більше того, найманий працівник може умисно ініціювати припинення трудових правовідносин з метою наступного використання отриманих під час роботи відомостей, що складають зміст комерційної таємниці. Або ж паралельно з основною працею за трудовим договором займатися підприємницькою діяльністю і тим самим, користуючись досягненнями роботодавця, без надмірних зусиль отримувати переваги над іншими учасниками ринкових відносин.

Як свідчить практика, такі випадки не є рідкістю. Наведемо один із них. У квітні 2004 року ДП „Талан Коммунікейшнс" звернулося до суду з позовом проти своєї колишньої співробітниці (ОСОБА_1), в якому просило стягнути з неї матеріальну та моральну шкоду, заподіяну внаслідок неправомірного використання комерційної таємниці.

Свої вимоги позивач мотивував тим, що ОСОБА_1, працюючи на посаді піар - директора ДП „Талан Коммунікейшнс" мала доступ до комерційної таємниці позивача, до якої, зокрема, відносилася інформація щодо створення на території України спільного підприємства з ТОВ „Іміджленд - ПР"(Росія), яка, у підсумку, була нею використана без згоди колишнього роботодавця.

Відповідно до матеріалів справи, російське товариство з обмеженою відповідальністю „Іміджленд - ПР" з 2002 року проводило переговори з українським ДП „Талан Коммунікейшнс" про створення спільного підприємства в Україні. І нова юридична особа таки з'явилася в Києві, але вже не як спільний проект двох агенцій, а як приватна ініціатива колишньої співробітниці ДП „Талан Коммунікейшнс".

Такими своїми діями відповідачка, на думку позивача, заподіяла йому матеріальну та моральну шкоду, стягнення якої він вимагав у судовому порядку.

Рішенням Подільського районного суду м. Києва від 22 лютого 2006 року позов задоволений частково, стягнуто з ОСОБА_1 на користь позивача у відшкодування моральної шкоди 300 000 грн., в решті позовних вимог відмовлено.

Рішенням апеляційного суду м. Києва від 10 липня 2006 року апеляційна скарга подана колишньою працівницею (ОСОБА_1) задоволена. Рішення Подільського районного суду м. Києва від 22 лютого 2006 року скасовано і ухвалено нове рішення про відмову в задоволені позову Дочірнього підприємства „Талан Коммунікейшнс" до ОСОБА_1 про відшкодування моральної шкоди. В решті рішення суду залишено без змін.

Касаційна скарга представника дочірнього підприємства „Талан Коммунікейшнс" на рішення апеляційного суду відхилена, а рішення апеляційного суду залишене без змін ухвалою колегії суддів судової палати у цивільних справах апеляційного суду Донецької області від 16 травня 2007 р.

Цілком зрозуміло, що ці два підприємства на ринку України є конкурентами. Оскільки одним із напрямків діяльності дочірнього підприємства „Талан Коммунікейшнс" є піартехнології, то природно, що новостворена фірма конкуруватиме з ним, адже здійснює аналогічний вид діяльності.

Крім цього, до новоствореного підприємства перейшли працювати кілька співробітників дочірнього підприємства „Талан Коммунікейшнс". Працюючи за трудовим договором на конкурента колишнього роботодавця, такі працівники можуть самостійно використати комерційну таємницю, що стала відома їм під час роботи на попереднього роботодавця, з метою одержання кращих кількісних чи якісних результатів праці тощо. Це, наприклад, може сприяти їх просуванню по службі, підвищенню заробітної плати, або вони з інших особистих мотивів хочуть отримати будь-які матеріальні чи нематеріальні переваги.

© Рим О., 2012

Треба звернути увагу на те, що перехід працівника на роботу до конкуруючої компанії, як правило, пов'язаний з ризиком неминучого розголошення, а також використання комерційної таємниці. Виконання працівником роботи чи надання послуг на основі цивільно – правових договорів на користь конкурентів роботодавця теж створює можливість виникнення у нього негативних наслідків. І не має значення чи в результаті таких дій буде зміцнена власна позиція працівника, чи покращиться становище третьої особи у конкурентній боротьбі. Головне, що свої переваги у цій змагальній діяльності, на які було затрачено значні зусилля та грошові кошти, втратить роботодавець.

Усвідомлюючи небезпеку, що створюють такі дії працівників (колишніх працівників) роботодавці уже сьогодні практикують підписання з найманими працівниками зобов'язань зі збереження комерційної таємниці, угод про дотримання режиму таємності та конфіденційності, трудових договорів з умовами про нерозголошення комерційних таємниць, договорів (угод, зобов'язань) про неконкуренцію тощо. Однак не зважаючи на широке розповсюдження, такі договори, угоди чи зобов'язання можуть мати лише психологічний ефект. Адже реалізувати положення договору і застосувати до працівника за порушення обмежень заходи відповідальності, що визначені в угоді, не вдасться з огляду на ст. 9 Кодексу законів про працю України. Відповідні умови трудових договорів або угоди з цього приводу вважатимуться такими, що погіршують становище працівників порівняно з чинним законодавством про працю, а відтак визнаватимуться недійсними.

Отже, роботодавець, комерційна таємниця якого використана найманим працівником, в тому числі і колишнім, не може розраховувати на застосування відповідних договірних положень, адже як свідчить практика суди відмовляють у задоволенні таких позовів. Зокрема, рішенням Червонозаводського районного суду міста Харкова від 6 листопала 2009 року (справа № № 2-397/09) відмовлено у задоволенні позову Товариства з обмеженою відповідальністю «Український кур'єр» до ОСОБА_1 про відшкодування шкоди, заподіяної працівником підприємству внаслідок невиконання обов'язків, передбачених трудовим договором (контрактом).

Як вбачається з матеріалів справи, трудовий договір, укладений між позивачем і відповідачем, що працює на посаді керівника регіонального відділення м.Харкова ТОВ «Український кур'єр», містить положення, які забороняють відповідачеві та її родичам в період дії договору й протягом трьох років після закінчення його дії бути власниками або співробітниками інших засобів масової інформації, прямо або опосередковано займатися бізнесом кур'єрської доставки рекламних, інформаційних та інших матеріалів, а також випуском безкоштовно розповсюджуваних рекламно-інформаційних видань, та обов'язок керівника зберігати комерційну таємницю.

У порушення вказаних положень контракту чоловік відповідача, який також працював у Харківському регіональному відділенні ТОВ «Український кур'єр», зареєстрував в 2007 році журнал «Мировоззрение» та газету «Харков. В каждий дом » як фізична особа-підприємець, і за рахунок засобів Товариства з обмеженою відповідальністю «Український кур'єр» здійснив рознесення 1 000 екземплярів «Мировоззрение» №1, 15 000 екземплярів № 2 цього ж журналу, по 100 000 екземплярів газети «Харків. У кожний будинок» №1 і №2. Відповідно до діючих на підприємстві тарифів на рознесення, підприємство недоодержало прибуток у сумі 21 600 грн. Оскільки недоодержання прибутків, на думку позивача, відбулося з вини відповідача Товариства з обмеженою відповідальністю «Український кур'єр» просило суд стягнути цю суму на свою користь.

Відмовляючи у задоволенні позову повністю суд підставно керувався ст. 43 Конституції України, ст.ст. 5-1 і 9 КЗпП України, з урахуванням яких визнав відповідні положення трудового договору (контракту) недійсними, оскільки вони погіршують не тільки положення відповідача, а й положення та права її родичів.

Більш дієвою формою захисту, що також сьогодні використовується роботодавцями, є укладення з працівниками угоди чи підписання зобов'язання про нерозголошення комерційної таємниці, однак лише на період дії трудового договору. Угоди, укладені під час дії трудового договору, що містять зобов'язання працівників не розголошувати відомості, які становлять комерційну таємницю, протягом визначеного строку по припиненню трудового договору, відповідно до ст. 9 КЗпП України теж визнаватимуться недійсними.

Існуюча практика укладення наведених вище договорів та угод засвідчує факт існування проблеми збереження комерційної таємниці у трудових правовідносинах в Україні і намагання сторін трудового договору вирішити її за допомогою договірного регулювання цих суспільних відносин.

У більшості країн, що забезпечили правове регулювання відносин збереження комерційної таємниці, обов'язок працівника не розголошувати відповідну інформацію виникає в силу вказівки закону. Адже розголошення цих відомостей всупереч волі її законного власника безумовно потрібно визнавати протиправним, оскільки така поведінка посягає на право власності роботодавця, що формується як сукупність трьох правомочностей: право володіння, право користування і право розпорядження. А поширення комерційної таємниці, доведення її до відома третіх осіб означає, що працівник розпоряджається нею, визначає її юридичну і фактичну долю. Однак, це право може належати тільки власнику, що є унікальним саме для цього об'єкту виключних прав і невластиве іншим. Натомість треті особи не повинні перешкоджати у його здійсненні. На них покладається т.зв. абсолютний суб'єктивний обов'язок, що полягає в утриманні від порушення цього права.

ПОРЯДОК ВИЗНАЧЕННЯ ТА ВІДШКОДУВАННЯ ЗБИТКІВ ВЛАСНИКАМ ЗЕМЛІ ТА ЗЕМЛЕКОРИСТУВАЧАМ

Рушинець Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Перетворення, які відбулися в Україні у звязку з проведенням земельної реформи, зумовили зростання ролі приватно – правових інститутів у регулюванні земельних відносин. Одним із таких інститутів є відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам, значення якого суттєво зросло з моменту набуття чинності Земельним кодексом України 2001 р. Вдосконалення та пристосування його до умов ринку стало одним з найактуальніших питань земельно – правової науки. Зокрема, особливої уваги потребує процедура визначення складу та розміру збитків, завданих власникам землі та землекористувачам.

Порядок відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 19.04. 1993 р. (надалі – Порядок), закріплює лише приблизний перелік елементів складу збитків: 1)вартість житлових будинків, виробничих та інших будівель і споруд, включаючи незавершене будівництво; 2)вартість плодово-ягідних та інших багаторічних насаджень; 3)вартість лісових і деревно – чагарникових насаджень; 4)вартість водних джерел (колодязів, ставків, водоймищ, свердловин тощо), зрошувальних і осушувальних систем, протиерозійних і протиселевих споруд; 5)понесені витрати на поліпшення якості земель за період використання земельних ділянок з урахуванням економічних показників, на незавершене сільськогосподарське виробництво (оранка, внесення добрив, посів, інші види робіт), на розвідувальні та проектні роботи; 6)інші збитки власників землі і землекористувачів, у тому числі орендарів, включаючи і неодержані доходи, якщо вони обґрунтовані.

До складу «інших збитків власників землі і землекористувачів», крім тих, які визначені Порядком, також можуть входити вартість виготовлення документації із землеустрою, розроблення якої необхідне для отримання у власність земельної ділянки; вартість робіт з оцінки земельних ділянок; вартість з надання послуг рецензування або проведення державної експертизи звітів з експертної грошової оцінки; витрати на відновлення стану земельних ділянок; розмір державного мита при оформленні договору міни, купівлі – продажу в разі відчуження земельної ділянки для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності тощо. Перелічені види можливих витрат безперечно входять до складу реальних збитків.

Ознайомлення із матеріалами судової практики дає можливість зазначити, що часто упущеною вигодою визнаються доходи, неодержані власником (користувачем) земельної ділянки внаслідок дострокового розірвання договору оренди земельної ділянки або неможливість отримання орендної плати внаслідок самовільного зайняття земельних ділянок іншими особами тощо.

Збитки відшкодовуються власникам землі та землекористувачам в повному обсязі відповідно до реальної вартості майна на момент заподіяння збитків, проведення витрат на поліпшення якості земель (з урахуванням ринкової або відновної вартості). Розмір упущеної вигоди не може бути меншим від доходів, одержаних особою, яка порушила право.

Відповідно до Порядку проведення експертної грошової оцінки земельних ділянок, затвердженого Наказом Державного комітету по земельним ресурсам від 09.01.2003 р., ринкова вартість – це вартість, за яку можливе відчуження об’єкта оцінки на ринку відповідного майна на дату оцінки внаслідок угоди, укладеної між покупцем і продавцем, після відповідного маркетингу за умови, що кожна із сторін діяла зі знанням справи, розсудливо і без примусу. Відновна вартість для цілей оренди – залишкова вартість відтворення (заміщення) або ринкова вартість земельних поліпшень, що застосовуються та визначаються в порядку, встановленому Національними стандартами №1 і №2. Згідно з Методикою експертної грошової оцінки земельних ділянок, затвердженої Постановою Кабінету Міністрів України від 11.10.2002 р. земельні поліпшення у земельному законодавстві визначаються як зміна якісних характеристик земельної ділянки унаслідок розташування в її межах будинків, будівель, споруд, об’єктів інженерної інфраструктури меліоративних систем, багаторічних насаджень, лісової та іншої ро-

© Рушинець Ю., 2012

слинності, а також унаслідок господарської діяльності або проведення робіт (зміна рельєфу, поліпшення грунтів тощо).

З метою визначення вартості земельної ділянки проводиться експертна грошова оцінка. Закон України «Про оцінку земель» передбачає загальні норми оцінки вартості земельних ділянок. Спеціальні норми передбачені чинним законодавством стосовно оцінки земельних ділянок, вкритих лісовою рослинністю, земельних ділянок, у межах яких розташовані природні та штучні водойми, земельних ділянок, які використовуються як сільськогосподарські угіддя тощо.

Визначення розміру майнової шкоди, заподіяної внаслідок самовільного зайняття земельних ділянок, використання земельних ділянок не за цільовим призначенням, зняття грунтового покриву (родючого шару грунту) без спеціального дозволу здійснюється за спеціальною методикою, затвердженою Постановою Кабінету Міністрів України від 15.07.2007 р. На практиці випадки самовільного зайняття земельних ділянок є найбільш поширеною підставою пред'явлення вимог про відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам.

Відповідно до Порядку розміри збитків визначаються комісіями, створеними Київською та Севастопольською міськими, районними державними адміністраціями, виконавчими комітетами міських (міст обласного значення) рад (далі – комісії).

До складу комісій включаються представники Київської, Севастопольської міських, районних державних адміністрацій, виконавчих комітетів міських (міст обласного значення) рад (голови комісій), власники землі або землекористувачі, яким заподіяні збитки, представники суб'єктів, які будуть відшкодовувати збитки, представники державних органів земельних ресурсів і фінансових органів, органів у справах містобудування і архітектури та виконавчих комітетів сільських, селищних, міських (міст районного значення) рад, на території яких знаходяться земельні ділянки.

За своїм змістом та призначенням передбачені Порядком положення, є відображенням правових приписів норм радянського земельного законодавства, в яких визначальним чинником для всіх земельних відносин було визнання державної форми власності на землю. Те ж стосується також визначення розміру збитків комісіями, які створюються держадміністраціями (виконавчими комітетами міських рад).

Обчислення розміру збитків в сучасних умовах доцільно та необхідно здійснювати на основі звітів про оцінку земельних ділянок, складених суб'єктами оціночної діяльності. Крім того, власники і землекористувачі вправі самостійно визначити розміри відшкодування збитків при укладенні цивільних правочинів із земельними ділянками. Натомість, чинним Порядком передбачена можливість договірного встановлення умов відшкодування збитків лише при тимчасовому зайнятті земельних ділянок для розвідувальних робіт а також для обов'язкових планових робіт з будівництва, технічного обслуговування і ремонту лінійної частини магістральних трубопроводів, що проходять в одному технічному коридорі.

Видається можливим, що навіть після затвердження акта комісії, сформованої згідно з Порядком, сторони мають право домовитися про інший розмір та порядок відшкодування збитків. Винятком з цього правила можуть бути тільки випадки, коли сторони домовилися наперед про відшкодування збитків відповідно до акту комісії, а також у разі прийняття рішення суду, відповідно до якого розмір збитків визначено на підставі акту комісій.

Отже, положення вищенаведеного Порядку, які і більшість норм про відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам, є застарілими та неактуальними в ринкових умовах. Процедура відшкодування збитків потребує внесення змін до чинного законодавства, зокрема визначення розміру та складу збитків на основі результатів експертної грошової оцінки та скасування інституту комісій.

ПРАВОВА ПРИРОДА ВІДНОСИН НЕДЕРЖАВНОГО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Синчук С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Економічні перетворення в суспільстві та нездатність держави як зобов'язаного суб'єкта гарантувати гідний рівень реалізації права особи на соціальне забезпечення зумовили наукову полеміку щодо необхідності появи та розвитку відносин соціального забезпечення фізичних осіб нового виду – в рамках недержавних організаційно-правових форм.

При цьому, аналізуючи природу таких відносин, переважна більшість вчених, одностайно називає їх об'єктом правового впливу норм цивільного права. Аргументами на користь зазначеної тези називають добровільність функціонування таких відносин, рівність їх суб'єктів, а також договірні підстави існування (М.В. Філліпова). Суспільні відносини щодо розподілу коштів недержавних соціальних фондів (у тому числі профспілкових, кооперативних, благодійних та ін.), за переконаннями О.Є. Мачульської, не є складовою предмета права соціального забезпечення.

Н.Б. Болотіна обґрунтовує цивільно-правові особливості правового регулювання відносин недержавного соціального забезпечення. На думку вченої, такими є: 1) додатковий характер недержавного соціального забезпечення, яке не може замінити систему державного соціального захисту; 2) пов'язаність такого забезпечення з державними соціальними стандартами, зокрема з прожитковим мінімумом, мінімальною пенсією тощо; 3) договірний характер встановлення прав та обов'язків сторін, а також розмірів та видів недержавного соціального забезпечення; 4) відсутність державного гарантування реалізації права громадянина на таке забезпечення.

Активними прихильниками соціально-забезпечувальної природи відносин недержавного соціального забезпечення є М.В. Лушнікова та А.М. Лушніков.

Вважаємо, що в сучасних умовах появились передумови, які дозволяють аргументувати часткову зміну правової приналежності відносин недержавного соціального забезпечення фізичних осіб. Відносини реалізації права особи на соціальне забезпечення в межах недержавної організаційно-правової форми, на нашу думку, є різновидом соціально-забезпечувальних матеріальних відносин, які у галузевій літературі прийнято вважати ядром предмета права соціального забезпечення. Аргументами, на користь зазначеного висновку, вважаємо:

По-перше: історичний аналіз виникнення відносин соціального забезпечення та їх наукових досліджень підтверджує той факт, що навіть ті відносини, які на сьогодні безспірно всіма вченими-дослідниками галузевих проблем вважаються соціально-забезпечувальними, такими були не завжди. Тривалий час вважалось, що суспільні відносини державного соціального забезпечення регулюються нормами деяких галузей права – трудового (відносини державного соціального страхування робітників та службовців), колгоспного (селянська взаємодопомога, завдяки якій здійснювалось матеріальне забезпечення колгоспників), адміністративного (матеріальне забезпечення військовослужбовців).

Більш ранні дослідження були присвячені відносинам соціального страхування як різновиду цивільно-правових (а отже вони були об'єктом дослідження вчених - цивілістів) або відносинам соціального піклування (в сучасній інтерпретації відносини державної соціального допомоги), як різновиду відносин поліцейського права (детально генезис наукових досліджень та галузеве правонаступництво наукових думок аналізуються у роботах М.В. Лушнікової та А.М. Лушнікова). А отже поява нових відносин, які, вірогідно, займають власну нішу серед однорідних, специфічних та відособлених відносин соціально-забезпечувальної природи, є, на нашу думку, лише закономірним процесом розвитку суспільних відносин зазначеного виду.

По-друге: цікавим є той факт, що більшість підручників (як вітчизняних, так і російських вчених) із курсу Право соціального забезпечення, висвітлюючи тему «Організаційно-правові форми соціального забезпечення», різновидами механізмів здійснення та фінансування соціального забезпечення називають недержавні форми такого забезпечення. При цьому обґрунтовують їх перспективність у майбутньому та відповідність економічним реаліям сьогодення.

© Синчук С., 2012

Щоправда система таких форм та їх суб'єкти авторами подаються по-різному (див. наукові праці Н.Б. Болотіної, В.Я. Бурака, О.Є. Мачульської, П.Д. Пилипенка, С.М. Прилипка, М.Ю. Федорової тощо).

Підтвердити чи заперечити зазначену тезу можна лише методом аналізу відповідності зазначених відносин тим властивостям, які у правовій літературі прийнято називати правовими ознаками галузевих відносин.

Базуючись на тезі, що системоутворюючим чинником права соціального забезпечення є соціальний ризик, фундаментальною ознакою галузевих відносин називають те, що вони виникають там і тоді, коли фізична особа зазнала впливу соціального ризику та потребує сторонньої допомоги. Аналіз законів «Про недержавне пенсійне забезпечення», «Про благодійність та благодійну діяльність», «Про соціальні послуги» підтвердив, що матеріальне соціальне забезпечення фізичних осіб недержавними суб'єктами, може здійснюватись за обставин, які у фаховій літературі прийнято об'єднувати терміном «соціальний ризик». Як приклад: добровільна безкорислива пожертва фізичних та юридичних осіб у поданні набувачам матеріальної чи іншої благодійної допомоги може бути спрямована на сприяння соціальної реабілітації малозабезпечених, безробітних та інших осіб, які потребують піклування (аб.3 ч.1ст.4 Закону України «Про благодійність та благодійну діяльність»).

Відносини, що виникають між особою та недержавними пенсійними фондами, банківськими установами, підприємствами, установами, організаціями, страховими організаціями, благодійниками, роботодавцями щодо соціального страхового та нестрахового забезпечення соціальних потреб особи при настанні соціальних ризиків є соціально-забезпечувального спрямування, а тому, закономірно, належать до предмета однойменної галузі права. Відносини поза межами впливу соціального ризику не є соціально-забезпечувальними.

Другою ознакою галузевих відносин називають цільове призначення їх виникнення та функціонування у суспільстві. Відносини соціального забезпечення спрямовані на усунення соціальних наслідків соціального ризику: відновлення попереднього (або співвідносно йому) матеріального становища особи; створення умов, за наявності яких особа, що не в змозі самостійно чи за допомогою членів сім'ї подолати наслідки соціального ризику підвищує якість життєдіяльності та здатність до самореалізації.

Правова підстава виникнення правовідносин (закон чи договір) не змінюють мети надання соціального блага. Договірні форми соціального забезпечення можуть встановлювати додаткові види соціального забезпечення чи збільшувати розмір законодавчо встановлених видів соціального забезпечення.

Вказівка на неодмінну участь держави в особі спеціальних органів, як ознака соціально-забезпечувальних відносин є, без сумніву, необхідною для характеристики тих галузевих відносин, де держава виступає основним організатором, фінансистом чи соціальним партнером (відносини соціального забезпечення в системі державного соціального страхування та за рахунок коштів бюджету). Натомість термін «недержавний» визначає межі таких відносин та суб'єктів, що зобов'язані здійснювати соціальне забезпечення в силу закону, договору чи внаслідок самостійно взятого на себе соціального зобов'язання.

Держава як гарант забезпечення усіх об'єктивно існуючих та проголошених прав людини повинна створити належний механізм реалізації права особи на соціальне забезпечення недержавними суб'єктами шляхом законодавчо закріпленої процедури, визначення меж та запровадження заохочувальних механізмів розвитку діяльності у сфері недержавного соціального забезпечення фізичних осіб в Україні.

КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА НА ПРАЦЮ

Стасів О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Конституція України є основним джерелом права в нашій державі. Будь-яка її норма або сукупність таких норм визначають подальший розвиток законодавства України. Це дозволяє називати такі норми чи їх сукупність конституційними засадами права.

Конституційним засадам притаманні всі ознаки, які мають звичайні засади права. Окрім цього вони наділені особливими рисами, що є властивими тільки для них. До таких можна віднести вищу юридичну силу цих засад та закріплення їх виключно в Конституції України.

Тому під поняттям к**онституційних засад трудового права** розуміємо закріпленні у чинній Конституції України основоположні та керівні норми-принципи (сукупність норм), які з огляду на їх вищу юридичну силу визначають зміст трудового права.

Призначення конституційних засад трудового права України дає можливість поділити такі на засади здійснення права на працю та захисту трудових прав працівників.

До перших належать положення, що закріплюють право на належні, безпечні та здорові умови праці, право на відпочинок, право на оплату праці та заборону примусової праці.

Конституційне право на належні, безпечні та здорові умови праці пропонується визначати через термін справедливі та сприятливі умови праці, оскільки в такій інтерпретації воно закріплене у більшості міжнародних актів ратифікованих нашою країною.

Основними шляхами забезпечення цього права є встановлення для роботодавців як додаткових заохочень, так і відповідальності за його недотримання. У зв'язку з цим пропонуємо, на законодавчому рівні затвердити норму відповідно до якої недобросовісні роботодавці, що систематично не виконують вимоги законодавця щодо дотримання права на належні, безпечні та здорові умови праці повинні виплачувати відшкодування за шкоду завдану життю і здоров'ю працівника під час виконання ним своїх трудових обов'язків за власний рахунок.

Право на відпочинок є складним за своєю суттю, оскільки складається із видів часу відпочинку, на які працівник має право. Такими є перерви протягом робочого дня, щотижневий відпочинок, щоденний відпочинок, вихідні дні, святкові і неробочі дні та відпустки. Порушення будь-якого із цих прав можна вважати порушенням конституційного права на відпочинок.

Разом з тим, деякі види часу відпочинку закріпленні сучасним трудовим законодавством потребують нової інтерпретації. Так, визначення у галузевому законодавстві переліку неробочих днів є непотрібним, оскільки вони фактично не встановлюють якогось додаткового виду часу відпочинку. Неробочі дні входять у поняття святкових днів, яке визначається Конституцією України.

Право на оплату праці є опосередкованою конституційною засадою, оскільки виражається у сукупності конституційних норм: ч.4 ст.43 зазначено, що кожен має право на заробітну плату, **не нижчу від визначеної законом**, а у ч. 7 цієї ж статті вказано, що право на **своєчасне** одержання винагороди за працю захищається законом. Поняття оплати праці охоплює собою заробітну плату. Крім заробітної плати оплата праці включає виплату працівникові доплат, надбавок, премій, гарантійних виплат тощо.

Останньою конституційною засадою здійснення права на працю, яку ми виділяємо, є заборона примусової праці. Її можна ідентифікувати за наступними ознаками: 1) відсутність добровільної згоди працівника виконувати будь-яку роботу; 2) наявність покарання за відмову від виконання такої роботи; 3) приховування роботодавцем відомостей, щодо умов праці, які встановленні у роботодавця.

Тому примусова праця за цими ознаками мала б визначатися у трудовому праві, як виконання будь-якої роботи або служби, що вимагається під загрозою покарання на яку працівник не запропонував добровільно своїх послуг чи не погодився б на її виконання, у разі проінформованості щодо умов праці, які діють у роботодавця.

Отже, конституційні засади здійснення права на працю визначають напрями розвитку усієї галузі трудового права. Вони, крім того, покликані спрямовувати сучасне трудове право

© Стасів О., 2012

на послідовне закріплення, розвиток та захист усього комплексу соціально-економічних прав та свобод людини у сфері праці, а також забезпечувати плідну співпрацю між працівниками та роботодавцями й збалансовувати їхні здебільшого суперечливі інтереси.

РИНОК ЗЕМЕЛЬ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ

Федорович В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

За двадцять років проведення земельної реформи в Україні суттєво змінено структуру земельної власності, значно вдосконалено систему земельного законодавства, здійснено низку інших заходів, спрямованих на реформування земельних відносин в Україні.

Проте земельна реформа не досягла свого логічного завершення, оскільки не виконано її основного завдання – створення та функціонування ринку земель в Україні. Особливо гострим та актуальним сьогодні є питання щодо запровадження ринку земель сільськогосподарського призначення. Ведуться суперечки з приводу соціальних, економічних, політичних наслідків залучення сільськогосподарських земель у сферу ринкового обігу.

Разом з тим, не зовсім коректною видається постановка питання про «створення ринку земель». Адже юридично цивільно-правовий обіг земельних ділянок в Україні існує з 1992 року, з моменту набрання чинності Земельного кодексу України від 13 березня 1992 року, яким було закріплено право приватної власності на землю. Фактично до 2001 року не існувало суттєвих законодавчих обмежень щодо відчуження земель, в т.ч. і сільськогосподарського призначення.

Із набранням чинності діючого Земельного кодексу з 01.01.2002 року запроваджено заборону (мораторій) на відчуження земель сільськогосподарського призначення, що були отриманні в результаті проведеного паювання та надані для ведення товарного сільськогосподарського виробництва. Мораторій став серйозним гальмом для розвитку ринкового обігу земельних ділянок, особливо зважаючи на те, що землі сільськогосподарського призначення складають близько 70 відсотків усіх земель України.

Дія мораторію на відчуження земель сільськогосподарського призначення протягом останніх десяти років привела до багатьох негативних наслідків, серед яких:

- порушення конституційних гарантій права власності на землю громадян України. Обмеження права власності шляхом заборони розпорядження земельними ділянками робить таке право неповним, урізаним, позбавляє можливості власників земельних паїв покращити свій соціальний та економічний стан за рахунок продажу земель;
- практично вимушеною формою обігу сільськогосподарських земель стала оренда. Проте вона практично не дає засобів до існування власникам земельних паїв у зв'язку з надзвичайно низьким рівнем орендної плати;
- низькою є інвестиційна привабливість аграрного сектора економіки через те, що земля не може бути об'єктом застави;
- мораторій серйозно гальмує економічні перетворення у сфері сільськогосподарського землекористування, оскільки відсутній механізм переходу земель до ефективніших власників. При цьому для перерозподілу земель використовуються переважно так звані «сірі» або « тіньові» схеми переходу права власності на земельні ділянки.
- гострою є проблема подрібнення сільськогосподарських земель, яка перешкоджає формуванню сталих сільськогосподарських землекористувань. Така ситуація значною мірою ускладнює, а то й робить неможливим використання високоефективної техніки та передових агротехнологій, здійснення заходів охорони земель.

Вищеназвані та інші проблеми, пов'язані із забороною відчуження земель сільськогосподарського призначення, свідчать про необхідність скасування мораторію і запровадження цивілізованого ринкового механізму обігу земельних ділянок.

Скасування мораторію пов'язане сьогодні із прийняттям та набранням чинності Закону України «Про ринок земель». Проект зазначеного закону досить давно був поданий до Верховної ради. Проте тільки останнім часом, у зв'язку необхідністю скасувати мораторій, про нього почали згадувати як про «активатора» земельного ринку. Цей закон повинен визначити

© Федорович В., 2012

правові та економічні засади організації і функціонування ринку земель, а також порядок проведення земельних торгів.

Разом з тим, для нормального функціонування ринку земель цілком достатньо чинного сьогодні цивільного, земельного та іншого законодавства України. Цивільний кодекс містить положення, що стосується загальних засад цивільно-правового обігу земельних ділянок (зобов'язальне право;окремі види договорів і т. і.), а у Земельному кодексі повинні бути закріплені особливості цивільно-правових договорів із земельними ділянками, обмеження та специфіка обігу земель сільськогосподарського призначення.

Головними завданнями ринку земель повинні бути: 1) перерозподіл земельних ділянок на користь більш ефективних власників; 2) залучення вартості земель в обіг (в основному – за допомогою іпотеки).

Поданий проект закону «Про ринок земель» має ряд позитивних рис. До них можна віднести:

- з його прийняттям реалізується конституційне право громадян розпоряджатися землею як своєю власністю;
- обмежується коло суб'єктів, що можуть набувати землі сільськогосподарського призначення у власність на підставі цивільно-правових договорів. Ними можуть бути громадяни України, які мають сільськогосподарську освіту чи займаються веденням товарного сільськогосподарського виробництва; фермерські господарства; держава. Іноземні фізичні та юридичні особи не можуть набувати землі сільськогосподарського призначення у власність;
- детально врегульований порядок проведення земельних торгів, на яких має здійснюватися продаж земель державної та комунальної власності.
- запропоновано механізм консолідацій сільськогосподарських земель і т. і.

Цікавими є результати питувань щодо ставлення різних категорій осіб до запровадження ринку земель. Соціологічні дослідження були проведені в рамках проекту Світового банку «Видача державних актів на право власності на землю у сільській місцевості та розвиток системи кадастру». Серед опитаних – власники земельних паїв, голови фермерських господарств; керівники сільськогосподарських підприємств.

Власники земельних паїв переважно орієнтовані здавати землі в оренду, щоб стабільно отримувати дохід від неї. Серед них - противників купівлі-продажу землі – 51,5%, причому порівняно з минулим роком цей показник практично не змінився. Зате на 9,5% зросла кількість противників земельного ринку серед фермерів та керівників сільгосппідприємств. З них негативно ставляться до скасування мораторію 56% опитуваних. 21% опитуваних не визначився щодо скасування мораторію на відчуження земель сільськогосподарського призначення. На основі проведених досліджень зроблено наступні висновки:

1. Найпоширенішою серед противників скасування мораторію є думка про те, що наміром його скасування є концентрація земельної власності в руках олігархів зі спекулятивного метою.

2. Позитивне ставлення до купівлі-продажу земель найчастіше декларують новообрані керівники місцевого самоврядування.

3. Представники місцевого самоврядування з усіх регіонів вважають, що пенсіонери у значній кількості виступили б продавцями землі.

Слід зауважити, що за умов мораторію хто дуже хотів продати чи купити землю, давно це зробив через легальні та інші механізми.

Таким чином прогнозувати суттєвий перерозподіл власності на ринку земель, створення крупних латифундій в Україні в разі прийняття Закону «Про ринок земель» та скасування мораторію на купівлю-продаж земель сільськогосподарського призначення сьогодні немає підстав.

ПОНЯТТЯ ЛІКУВАЛЬНО – ОЗДОРОВЧОЇ МІСЦЕВОСТІ В ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Федорович І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кардинальні зміни суті та характеру земельних відносин в Україні стосуються і окремих категорій земель, в т.ч. і земель оздоровчого призначення. Їх структура та правовий режим суттєво змінилися, що потребує відповідних наукових досліджень.

В законодавстві та земельно – правовій науці України поняття «курорту» та «лікувально – оздоровчої місцевості», що є складовими земель оздоровчого призначення, є нерозривними, однак поняття «курорту» є глибше дослідженим та вивченим, на відміну від поняття лікувально – оздоровчої місцевості, чим і зумовлено вибір предмету даного дослідження.

Згідно ч.1 ст.47 чинного Земельного кодексу України (далі – ЗК України) до земель оздоровчого призначення належать землі, що мають природні лікувальні властивості, які використовуються або можуть використовуватися для профілактики захворювань і лікування людей. Дане визначення поняття земель оздоровчого призначення передбачає їх види, а саме 1) землі, що мають природні лікувальні властивості, які *використовуються* для профілактики захворювань і лікування людей; 2) землі, що мають природні лікувальні властивості, які *можуть використовуватися* для профілактики захворювань і лікування людей. Поправкою тут може бути те, що це не землі мають природні лікувальні властивості, а певні природні лікувальні ресурси.

Надалі, ч.2 ст.48 ЗК України передбачає, що на територіях лікувально-оздоровчих місцевостей і курортів встановлюються округи і зони санітарної (гірничо-санітарної) охорони.

П.Ф. Кулинич та деякі інші науковці на підставі цієї норми роблять висновок, що курорти та лікувально–оздоровчі місцевості входять до складу земель оздоровчого призначення, і що такий же поділ земель оздоровчого призначення закріплений і у Законі України «Про курорти».

Закон України «Про курорти» від 5 жовтня 2000 року в статті 1 надав визначення таких базових категорій як «курорт» та «лікувально – оздоровча місцевість». Курорт – це освоєна природна територія на землях оздоровчого призначення, що має природні лікувальні ресурси, необхідні для їх експлуатації будівлі та споруди з об’єктами інфраструктури, використовується з метою лікування, медичної реабілітації, профілактики захворювань та для рекреації і підлягає особливій охороні. Лікувально–оздоровча місцевість - це природна територія, що має мінеральні та термальні води, лікувальні грязі, озокерит, ропу лиманів та озер, кліматичні та інші природні умови, сприятливі для лікування, медичної реабілітації та профілактики захворювань.

Однак закріпленням визначення «лікувально-оздоровчої місцевості» цей Закон і обмежується, оскільки взагалі не регулює відносин, пов’язаних із їх створенням та функціонуванням. Проте Законом вирішена проблема розмежування понять курорту та лікувально-оздоровчої місцевості шляхом виокремлення в понятті курорту такої важливої ознаки як освоєності його території завдяки існуванню споруд, будівель та об’єктів інфраструктури, які призначені для обслуговування людей, що прибувають на курорт. Тобто землі курортів є землями оздоровчого призначення, які використовуються для лікування людей та профілактики захворювань, а землі лікувально–оздоровчих місцевостей – землями, які можуть використовуватися для лікування людей та профілактики захворювань за певних умов. Правовий режим лікувально-оздоровчих місцевостей до створення на них курортів призначений забезпечувати належну охорону природних лікувальних ресурсів та території.

Варто зазначити, що в проекті Закону України «Про курорти» у статті 1 подавалось лише визначення поняття «курорт», що було більш логічно, враховуючи назву законопроекту та предмет його регулювання.

Для порівняння в даному контексті можна навести визначення лікувально–оздоровчої місцевості в законодавстві Російської Федерації, де 27 січня 1995 року був прийнятий Федеральний Закон «Про природні лікувальні ресурси, лікувально–оздоровчі місцевості та курорти»,

© Федорович І., 2012

згідно якого лікувально–оздоровчою місцевістю визнається територія, що містить природні лікувальні ресурси та придатна для організації лікування та профілактики захворювань, та для відпочинку населення. Тут законодавець не називає територію лікувально-оздоровчої місцевості природною. Видається, що із цим варто погодиться, оскільки природними є лише лікувальні ресурси в межах цієї місцевості, а остання, як правило, не може бути позбавлена антропогенного впливу.

Незважаючи на те, що законодавець все–таки ввів визначення лікувально–оздоровчої місцевості до Закону України «Про курорти», в подальшому нічого не було зроблено для реального створення таких територій. Фактично землями оздоровчого призначення можуть вважатися лише ті, які оголошені курортними. Це є негативним явищем, оскільки лікувально-оздоровчі місцевості є основою для створення курортів. У зв'язку з цим деякі вчені вважають, що поняття лікувально-оздоровчої місцевості повинно лягти в основу визначення поняття курорту. Жорсткий охоронний режим, встановлення округів санітарної охорони, як наслідок створення такої місцевості, здатен забезпечити належне збереження природних лікувальних ресурсів, які втрачають свою цінність та унікальність, перебуваючи в межах земель іншої категорії. Тому варто говорити про особливу охорону, якій також повинна підлягати лікувально-оздоровча місцевість, а не лише територія курортів.

В даному випадку можна провести аналогію із резервуванням цінних територій для їх наступного заповідання. «Резервування» цінних земель із лікувальними природним ресурсами для подальшого створення курортів повинно відбуватись шляхом проведення відповідних комплексних досліджень для виявлення та оцінки належних якісних та кількісних запасів природних лікувальних ресурсів та їх придатності для лікування людей, наступної зміни їх цільового призначення на землі оздоровчого призначення. Розширення площ земель оздоровчого призначення неодноразово визнавалось одним із головних напрямків та стратегічною метою для забезпечення розвитку санаторно-курортної галузі, а також може бути визнане ефективних механізмом для належного забезпечення охорони здоров'я людей.

Тобто землі оздоровчого призначення, які знаходяться за межами територій, які в установленому законом порядку оголошені курортними, вважатимуться лікувально-оздоровчими місцевостями. Окремий адміністративний порядок оголошення їх лікувально-оздоровчими місцевостями не потрібний. Відтак, не передбачається прийняття окремого положення про такі місцевості.

Отже, в чинному законодавстві України відносини, пов'язані із створенням та визнанням лікувально – оздоровчої місцевості такою, є неналежно врегульованими. Місцевості під такою назвою існують лише de jure в Україні, фактично вони не віднесені до складу земель оздоровчого призначення та знаходяться в складі інших категорій земель, втрачаючи свої лікувальні функції. Поки не прийнятий окремий закон про використання земель оздоровчого призначення, то єдиним актом, який повинен регулювати відносини, пов'язані із створенням та функціонуванням лікувально-оздоровчих місцевостей, є Закон України «Про курорти», назву якого у зв'язку з розширенням його предмету регулювання повинно бути переглянуто та змінено.

Вищенаведене дозволяє зробити висновок, що визначення лікувально–оздоровчої місцевості в законодавстві України потребує певного уточнення. Лікувально–оздоровча місцевість – це територія на землях оздоровчого призначення, яка не оголошена в установленому законом порядку курортною, містить природні лікувальні ресурси та може використовуватися з метою лікування, медичної реабілітації, профілактики захворювань, а також рекреації, та підлягає особливій охороні.

ДО ПИТАННЯ ПРО СУБ'ЄКТІВ ПРОЦЕДУРНИХ ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Чернявська Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Невід'ємною складовою правовідносин будь-якого виду, в тому числі, процедурних у сфері соціального забезпечення, є суб'єкти.

Зважаючи на множинність та різнотипність видів процедурних правовідносин у сфері соціального забезпечення, існує чимало суб'єктів вказаних правових відносин, які потребують групування у види за певним критерієм.

Проаналізувавши чинне законодавство, вважаємо, що всіх суб'єктів процедурних правовідносин у сфері соціального забезпечення необхідно класифікувати залежно від характеру прав та обов'язків, якими вони наділені у сфері соціального забезпечення. За вказаним критерієм можна виділити: 1) суб'єктів, які звертаються за встановленням юридичних фактів, за призначенням соціального забезпечення; 2) суб'єктів, які сприяють встановленню юридичних фактів, призначенню соціального забезпечення; 3) суб'єктів, які приймають рішення про встановлення юридичного факту, про призначення та виплату соціального забезпечення.

Тих суб'єктів, які звертаються за встановленням юридичних фактів, призначенням соціального забезпечення, позначимо терміном «заявники». Можна виділити дві групи таких суб'єктів: 1) які мають право на соціальне забезпечення; 2) які за законом або договором уповноважені звертатися за призначенням соціального забезпечення.

Ознакою заявників першої групи є те, що в їх особі поєднується суб'єкт, який має і право на соціальне забезпечення, і право на звернення за його призначенням. Ця група є найбільш чисельною, оскільки, за загальним правилом, передбаченим законодавством у сфері соціального забезпечення, особа, яка має право на соціальне забезпечення, вправі звернутися за його призначенням.

Другу групу заявників становлять суб'єкти, які за законом або договором уповноважені звернутися за призначенням соціального забезпечення. У цивільному праві їх називають представниками.

Відповідно до ч. 1, 2 ст. 242 ЦК України законними представниками можуть бути батьки, усиновителі та опікуни. Вказані особи є заявниками, зокрема, у правовідносинах з приводу надання технічних та інших засобів реабілітації потерпілим внаслідок нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання. Так, відповідно до п. 3.2. Положення про забезпечення технічними та іншими засобами реабілітації потерпілих унаслідок нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання (затв. постановою правл. Фонду соц. страх. від нещасн. вип. на в-ві та проф. захворювань України від 25.03.2008 р. № 23) заява про надання відповідних технічних засобів подається потерпілим або його законним представником.

Нормами права соціального забезпечення передбачено, що законними представниками можуть бути й інші, як фізичні, так і юридичні особи. Прикладом фізичної особи – представника за законом можна назвати страхового експерта. Відповідно до п. 3.2. Порядку призначення, перерахування та проведення страхових виплат (затв. постановою правл. Фонду соц. страх. від нещасн. вип. на в-ві та проф. захворювань України від 27.04.2007 р. № 24) на нього покладено обов'язок подавати документи для призначення соціального забезпечення за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання потерпілому, який за станом здоров'я або з інших причин не може їх подати.

Законне представництво юридичною особою допускається у правовідносинах з приводу призначення пенсій. Відповідно до п. 2 Порядку подання та оформлення документів для призначення (перерахунку) пенсій відповідно до Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування» (затв. постановою правл. ПФУ від 25.11.2005 р. № 22-1) заява про призначення пенсії працюючим громадянам і членам їх сімей (у зв'язку з втратою годувальника) подається в управління Пенсійного фонду України у районах, містах і районах у містах через уповноважену особу підприємства, установи, організації.

© Чернявська Г., 2012

У процедурних правовідносинах у сфері соціального забезпечення допускається також договірне представництво. Згідно із п. 1 Порядку подання та оформлення документів для призначення (перерахунку) пенсій відповідно до Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» заява про призначення пенсії непрацюючим громадянам і членам їх сімей подається заявником особисто або через представника, який діє на підставі виданої йому довіреності, посвідченої нотаріально.

Суб'єктом права на соціальне забезпечення може бути не лише фізична, а й юридична особа. Наприклад, відповідно до ст. 45 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими похованням» вона має право на отримання допомоги на поховання померлого. Нормою вказаної статті передбачено її право на звернення за отриманням зазначеної допомогти. Оскільки юридична особа є правовою фікцією, то для реалізації свого права вона також використовує представника. Тобто представника може мати не лише фізична, а й юридична особа.

У законодавстві не конкретизовано виду представництва юридичної особи. Тому, керуючись загальнодозвільним принципом, вважаємо, що від імені юридичної особи може звернутися за призначенням допомоги на поховання особа, визначена установчими документами або договором.

Поряд із досить широким колом осіб, які можуть бути представниками у сфері соціального забезпечення, друга група заявників – суб'єктів, які за законом або договором уповноважені звернутися за призначенням соціального забезпечення, є менш чисельною порівняно із першою. Це пов'язано із обмеженнями представництва у процедурних правовідносинах з приводу встановлення юридичних фактів. Так, у більшості правовідносин, які виникають на підставі звернення особи, представництво не допускається. Сюди належать усі процедурні правовідносини, пов'язані із встановленням факту безробіття, встановлення та підтвердження тимчасової непрацездатності. Винятком із наведеного вище правила можна вважати процедурні правовідносини з приводу розслідування нещасного випадку невиробничого характеру. Так, зі змісту п.п. 10, 11 Порядку розслідування та обліку нещасних випадків невиробничого характеру (затв. постановою КМУ від 22.03.2001 р. № 270), випливає, що у разі відсутності повідомлення лікувально-профілактичного закладу про нещасний випадок, представник потерпілого вправі ініціювати розслідування такого випадку.

Суб'єктів, які сприяють встановленню юридичних фактів, призначенню соціального забезпечення, також можна поділити на дві групи. До першої групи належать особи, які своїми діями мають намір допомогти суб'єкту встановити юридичний факт, отримати соціальне забезпечення, але, разом з тим, не приймають безпосередньої участі у розгляді документів та ухвалені рішення. До таких, наприклад, належать: 1) працівник, свідок, лікувально-профілактичний заклад, які відповідно до п. 8, 9 Порядку розслідування та ведення обліку нещасних випадків, професійних захворювань і аварій на виробництві (затв. постановою КМУ від 25.08.2004 р. № 1112) повідомляють роботодавця про настання нещасного випадку; 2) особи, які звертаються до державної служби зайнятості із заявою про виділення коштів для фінансування допомоги по частковому безробіттю згідно Порядку фінансування виплат по частковому безробіттю та надання допомоги по частковому безробіттю (затв. наказом Мінпраці та соц. політики від 07.02.2009 р. № 45); страхувальники-роботодавці, які наділяються правом звернення за отриманням фінансування матеріального забезпечення для застрахованих осіб за рахунок коштів Фонду соціального страхування з тимчасової втрати працездатності відповідно до Порядку фінансування страхувальників для надання застрахованим особам матеріального забезпечення за рахунок коштів Фонду соціального страхування з тимчасової втрати працездатності (затв. правл. Фонду соц. страхування з ТВП від 22.12.2010 р. № 26) тощо.

Суб'єктами, які сприяють в призначенні матеріального забезпечення та соціальних послуг, є ті, які безпосередньо розглядають документи та дають мотивований висновок про призначення забезпечення або про відмову в призначенні, проте безпосередньо не приймають рішення про встановлення юридичного факту, призначення соціального забезпечення. У сфері соціального забезпечення на випадок безробіття до таких суб'єктів належать: 1) міський центр зайнятості (фінансування допомоги по частковому безробіттю); 2) комісія з питань одноразової виплати допомоги по безробіттю для організації підприємницької діяльності; 3) комісія з питань фінансування виплат по частковому безробіттю регіонального центру зайнятості.

Суб'єктами, які приймають рішення про встановлення юридичного факту, про призначення та виплату соціального забезпечення, є комісія з розслідування нещасних випадків на виробництві (у правовідносинах з приводу встановлення нещасного випадку); державний центр зайнятості в особі його місцевих органів (у правовідносинах з приводу набуття статусу безробітного, виплати соціального забезпечення на випадок безробіття); комісія із соціального страхування (у правовідносинах з приводу призначення соціального забезпечення у зв'язку з тимчасовою непрацездатністю); органи Пенсійного фонду (у правовідносинах з приводу призначення пенсії) тощо.

Отже, процедурні правовідносини у сфері соціального забезпечення характеризуються широким колом суб'єктів, яких доцільно об'єднати у групи залежно від характеру прав та обов'язків, якими вони наділені. Це має важливе практичне значення для подальшого дослідження видів суб'єктів процедурних правовідносин у сфері соціального забезпечення.

РЕГУЛЯТИВНА ФУНКЦІЯ ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

Чопко Х.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Господарське втручання у природу, зростання рекреаційних навантажень протягом останніх десятиліть загострили проблему підтримки екологічної рівноваги. Разом з охороною природного середовища від забруднення і встановленням меж використання природних ресурсів необхідною умовою вирішення вказаної проблеми є постійна підтримка природного різноманіття, яке стабілізує екологічні системи. При цьому значно зростає роль природоохоронних заходів державного впливу, врегульованих нормами екологічного права. Значення екологічного права в державі визначається головним чином тим, які функції воно виконує, які основні суспільні проблеми дозволяє вирішити. Тобто ефективність екологічного права, його дієвість виявляється саме в його функціях, що найбільш повно відображають межі дії галузі права і визначають основні тенденції розвитку екологічного законодавства.

Водночас, при визначенні конкретних функцій екологічного права між науковцями немає єдності. Так, за аналогією з функціями держави виділяють три функції екологічного права: економічну, що закріплює господарську політику держави у сфері довкілля; політичну, що виражає співвідношення екологічної політики держави і права; виховну, що закріплює важливі вимоги моралі. Таким чином функції екологічного права класифікуються за сферами суспільного життя.

На переконання більшості науковців екологічному праву притаманні дві основні загальноправові функції – регулятивна та охоронна. Регулятивна функція права визначається як зумовлений соціальним призначенням права напрям правового впливу, що проявляється у встановленні позитивних правил поведінки, наданні суб'єктивних прав та юридичних обов'язків суб'єктам права. Охоронна функція подається, як зумовлений соціальним призначенням права напрям правового впливу, спрямований на охорону найбільш важливих суспільних відносин і викорінення негативних явищ неприйнятних для даного суспільства. Як справедливо відзначає М.Н. Марченко, обидві ці функції виконують важливі завдання утвердження та охорони прав особистості, сприяння розвитку і закріпленню суспільних відносин.

Найважливіші аспекти функціонування екологічного права, його впливу на суспільні відносини розкриває здійснювана ним регулятивна функція. Названа функція передує втіленню екологічним правом охоронної функції і є основною його функцією. Саме слово «регулювати» означає впорядковувати, приводити у певний порядок. А як відомо призначення будь-якої галузі права в суспільстві визначається насамперед потребою у регулюванні тих чи інших відносин і метою, якої в результаті регулювання потрібно досягнути.

Так, екологічне право виникло, коли постала гостра потреба окреслити вимоги екологічної безпеки, впорядкувати суспільні відносини з охорони і використання річок, озер, лісів, атмосфери і т.д. Ця потреба виникла, як наслідок розуміння більшості членів суспільства того, що такі об'єкти потребують невідкладної охорони, що ці відносини із побутових мають перейти в розряд охоронюваних та регульованих державою. Необхідність врегулювання цих відносин, через їх важливість, виникла об'єктивно, а тому ігнорування такої об'єктивності могло спричинити для суспільства значну шкоду. Метою такого регулювання стало забезпечення екологічної безпеки, раціонального природокористування і баланс економічних та екологічних інтересів суспільства. Встановлені екологічним законодавством правила використання природних ресурсів, їх закріплення та перерозподіл, а також утворення територій та об'єктів з обмеженим природокористуванням та сукупність нормативів і стандартів якості довкілля з метою забезпечення здорової і сприятливої життєдіяльності людини і є проявом здійснюваної екологічним правом регулятивної функції.

Окремі науковці вважають, що регулятивна функція права реалізується у двох проявах: регулятивно-статичному і регулятивно-динамічному. Перший проявляється у впливі права на суспільні відносини шляхом їх закріплення у тих чи інших правових інститутах (характеризується стабільністю, незмінністю), а другий – у такому впливі шляхом оформлення їх руху, динаміки (С. Алексєєв). Хоча названі функції більш притаманні праву в цілому, їх в той же час

© Чопко Х., 2012

можна використати при характеристиці регулятивної функції екологічного права. Зокрема, встановлення підстав виникнення екологічних прав та обов'язків громадян, обсягу компетенції різноманітних органів управління в галузі охорони довкілля та визначення порядку здійснення екологічно небезпечної діяльності є проявом регулятивно-статичної функції. Реалізація учасниками екологічних правовідносин своїх повноважень, а саме отримання дозволів на здійснення окремих видів природокористування, використання природних ресурсів в межах встановлених лімітів відображає здебільшого регулятивно-динамічну функцію екологічного права.

Погоджуючись із наведеними висловлюваннями можна зробити висновок, що екологічному праву, як галузі права притаманні два підвиди регулятивної функції. Однак, їх дія на конкретні суспільні відносини проявляється через низку галузевих функцій, які відображають специфіку екологічного права і зумовлені предметом правового регулювання.

Так, предмет екологічного права становлять, зокрема відносини з приводу раціонального використання природних ресурсів. Для забезпечення реалізації відносин з приводу раціонального природокористування, екологічними нормами встановлюються вимоги до спеціального природокористування. Зокрема, така діяльність вимагає закріплення природного ресурсу за конкретним користувачем, наявності в окремих випадках спеціальних дозволів (ліцензій), жорсткого квотування і лімітування щодо використання природних ресурсів з метою збереження їх для майбутніх поколінь і т.д. Вказані норми покликані забезпечити найбільш раціональний спосіб використання природних ресурсів та перерозподіл їх між природокористувачами. Власне вони виконують важливу функцію розподілу та збереження природних ресурсів, яку доцільно назвати функцією обліку і розподілу природних ресурсів.

Самостійною групою відносин у предметі екологічного права є відносини щодо збереження природних ресурсів, генетичного фонду живої природи, ландшафтів та інших природних комплексів, унікальних територій та природних об'єктів, пов'язаних з історико-культурною спадщиною. На переконання Н.Р. Кобецької саме заповідна (консервативна) форма стала однією з перших форм охорони навколишнього середовища, метою якої є збереження в первинному, природному стані особливих, унікальних чи типових за своїми характеристиками природних територій та об'єктів і максимальне обмеження господарського впливу на них.

Врегульовані еколого-правовими нормами процеси, пов'язані із збереженням природного середовища життя людини, забезпеченням сталого екологічно збалансованого розвитку України, дотриманням оптимального співвідношення між територіями, що інтенсивно експлуатуються, і такими, щодо яких запроваджуються спеціальні режими охорони і відтворення, є втіленням природозаповідної функції екологічного права.

Своєрідними відокремленими відносинами у предметі екологічного права є відносини із забезпечення екологічної безпеки. Право на безпечне для життя і здоров'я довкілля визнається природним, невід'ємним правом людини. Соціальний аспект цих відносин, на переконання П.Д. Пилипенка, змушує державу, як гаранта такого права взяти на себе зобов'язання щодо здійснення комплексу заходів для його забезпечення. Одним із важливих правових інститутів екологічного права та здійснюваних державою заходів по забезпеченню екологічної безпеки є нормування негативного впливу на довкілля. До екологічних нормативів належать: нормативи гранично допустимих викидів (ГДВ) у атмосферне повітря та гранично допустимих скидів (ГДС) у воду, ґрунти забруднюючих хімічних речовин, а також гранично допустимих рівнів (ГДР) фізичних факторів, зокрема шуму, вібрації, іонізуючого випромінювання (радіації), електромагнітних факторів, а також шкідливих біологічних факторів, тобто будь-яких чинників біотичного походження (віруси, бактерії, грибки, токсини тощо), що здатні спричиняти масові захворювання людей, тварин, рослин, а також погіршити стан довкілля.

Право особи на безпечне для життя і здоров'я довкілля є витоком для формування специфічного галузевого напряму правового впливу, який доречно назвати соціальною функцією екологічного права.

Підсумовуючи, можна ствердити, що екологічному праву, як і будь якій іншій галузі права притаманна регулятивна функція. Її зміст розкривається і конкретизується у галузевих функціях екологічного права, що зумовлено предметом правового регулювання. Реалізується регулятивна функція екологічного права через такі галузеві функції як функцію обліку та розподілу природних ресурсів, соціальну та природо заповідну функції.

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СОЦІАЛЬНИХ ПІЛЬГ В УКРАЇНІ

Шумна Л.

завідуюча кафедри трудового права та права соціального забезпечення
Чернігівського державного технологічного університету
канд. юрид. наук, доцент

Пільги становлять собою заходи, які полегшують матеріальний стан визначених законом категорій населення. Внаслідок виникнення відносин з надання пільг суспільство бере на себе частину грошових витрат і таким чином здійснює допомогу конкретним особам.

Як відомо, політика держави у сфері соціального забезпечення формується в першу чергу на законодавчому рівні. Без перебільшення можна сказати – Україна є країною пільговиків. Важко знайти особу, яка не мала б права хоча б на яку-небудь пільгу. В.І. Антипов, В.А. Клименко ще у 1996 р. констатували, що на той час існувало 550 категорій пільговиків, 100 видів різноманітних пільг, правове регулювання яких здійснювали понад 200 нормативних актів. В останній час відповідні показники зазнали серйозних змін у сторону збільшення. Наведемо приклад. Так, відповідно до ст. 12 Закону України "Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту" учасникам бойових дій надано 22 категорії пільг. Це, зокрема, такі пільги, як: безплатне одержання ліків, лікарських засобів, імунобіологічних препаратів та виробів медичного призначення за рецептами лікарів; першочергове безплатне зубопротезування; безоплатне забезпечення санаторно-курортним лікуванням або одержання компенсації вартості самостійного санаторно-курортного лікування; 75-процентна знижка плати за користування житлом в межах норм, передбачених чинним законодавством; 75-процентна знижка плати за користування комунальними послугами та скрапленим балонним газом для побутових потреб в межах середніх норм споживання; 75-процентна знижка вартості палива, в тому числі рідкого, в межах норм, встановлених для продажу населенню, для осіб, які проживають у будинках, що не мають центрального опалення; безплатний проїзд усіма видами міського пасажирського транспорту, автомобільним транспортом загального користування в сільській місцевості, а також залізничним і водним транспортом приміського сполучення та автобусами приміських і міжміських маршрутів; користування при виході на пенсію чи зміні місця роботи поліклініками та госпіталями, до яких вони були прикріплені за попереднім місцем роботи; щорічне медичне обстеження і диспансеризація із залученням необхідних спеціалістів; першочергове обслуговування в лікувально-профілактичних закладах, аптеках та першочергова госпіталізація; виплата допомоги по тимчасовій непрацездатності в розмірі 100 процентів середньої заробітної плати незалежно від стажу роботи; використання чергової щорічної відпустки у зручний для них час, а також одержання додаткової відпустки без збереження заробітної плати строком до двох тижнів на рік; переважне право на залишення на роботі при скороченні чисельності чи штату працівників у зв'язку із змінами в організації виробництва і праці та на працевлаштування у разі ліквідації підприємства; першочергове забезпечення жилою площею осіб, які потребують поліпшення житлових умов, та першочергове відведення земельних ділянок для індивідуального житлового будівництва, садівництва і городництва, першочерговий ремонт жилих будинків і квартир цих осіб та забезпечення їх паливом; одержання позики на будівництво, реконструкцію або капітальний ремонт жилих будинків і подвірних будівель, приєднання їх до інженерних мереж, комунікацій, а також позики на будівництво або придбання дачних будинків і благоустрій садових ділянок з погашенням її протягом 10 років починаючи з п'ятого року після закінчення будівництва; першочергове право на вступ до житлово-будівельних (житлових) кооперативів, кооперативів по будівництву та експлуатації колективних гаражів, стоянок для транспортних засобів та їх технічне обслуговування, до садівницьких товариств, на придбання матеріалів для індивідуального будівництва і садових будинків; безплатний проїзд один раз на два роки (туди і назад) залізничним, водним, повітряним або міжміським автомобільним транспортом, незалежно від наявності залізничного сполучення, або проїзд один раз на рік (туди і назад) вказаними видами транспорту з 50-процентною знижкою; зі сплати податків, зборів, мита та інших платежів до бюджету відповідно до податкового та

© Шумна Л., 2012

митного законодавства; позачергове користування всіма послугами зв'язку та позачергове встановлення на пільгових умовах квартирних телефонів; першочергове обслуговування підприємствами, установами та організаціями служби побуту, громадського харчування, житлово-комунального господарства, міжміського транспорту; позачергове влаштування до закладів соціального захисту населення, а також обслуговування службами соціального захисту населення вдома; учасникам бойових дій на території інших держав надається право на позаконкурсний вступ до вищих навчальних закладів та переважне право на вступ до професійно-технічних навчальних закладів і на курси для одержання відповідних професій.

Загалом же аналіз законодавчих актів, прийнятих за роки незалежності, показує, що суб'єкти законодавчої ініціативи безвідповідально ставляться до ініціювання законопроектів у царині надання соціальних пільг. Так, грубо ігноруються вимоги ч. 3 ст. 91 Регламенту Верховної Ради України, за яким у разі внесення законопроекту, проекту іншого акта, прийняття якого призведе до зміни показників бюджету (надходжень бюджету та/або витрат бюджету), суб'єкт права законодавчої ініціативи зобов'язаний додати фінансово-економічне обґрунтування (включаючи відповідні розрахунки). Якщо такі зміни показників бюджету передбачають зменшення надходжень бюджету та/або збільшення витрат бюджету, до законопроекту, проекту іншого акта подаються пропозиції змін до законодавчих актів щодо скорочення витрат бюджету та/або джерел додаткових надходжень бюджету для досягнення збалансованості бюджету.

Принципово важливо, що кількість таких законодавчих ініціатив серйозно зростає напередодні чергових парламентських або президентських виборів. У міжвиборчий же період суб'єктами законотворення у сфері надання додаткових або збільшення об'єму існуючих соціальних пільг, зазвичай, виступають опозиційні народні депутати. При цьому, інколи складається обґрунтоване враження, що вони так вчиняють тільки для того, щоб загнати в глухий фінансово-економічний кут чинну владу. Загалом же ця ситуація є неприпустимою та потребує негайного вирішення шляхом внесення змін до Регламенту Верховної Ради України, які б унеможливили не тільки реєстрацію законопроекту, а й передбачили відповідальність народного депутата за такого роду законотворчість (приміром, встановлення заборони на протязі однієї сесії реєструвати законопроекти, які мають фінансово-економічні обтяження). Правильність фінансово-економічне обґрунтування (включаючи відповідні розрахунки) повинні засвідчувати профільні органи державної виконавчої влади.

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ

«РОЗКРАДАННЯ» ТА «ВИКРАДЕННЯ»: СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ

Антонюк Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кримінальне право, як і будь-яка інша галузева дисципліна, окрім термінів, які використовуються безпосередньо у відповідному законодавстві, оперує так званими теоретичними конструкціями. Такими теоретичними конструкціями у кримінальному праві слід назвати терміни «розкрадання» і «викрадення», які використовують під час вивчення складів злочинів проти власності. Слід наголосити, що інколи зазначені терміни вживають як синоніми, надаючи їм однакового змісту. Однак, таке ототожнення є неприпустимим, так як спільний корінь слова ще не дає підстав визнавати їх такими, що позначають одні і ті ж поняття.

З огляду на те, що у вказаному дослідженні ми не зможемо ґрунтовно з'ясувати зміст ознак розкрадання і викрадання, виділимо блоки питань, які будуть нами досліджені. Спершу зупинимося на ґенезі поняття «розкрадання» і його ролі для сучасного кримінального права; сформулюємо поняття «розкрадання» і визначимо, які діяння охоплюються цим терміном. Пізніше зупинимося на питанні про зміст поняття «викрадення» і його використання у чинному законодавстві України. На підставі зроблених висновків сформулюємо основні критерії, які, на нашу думку, показують співвідношення між «розкраданням» і «викраденням».

Доктрина радянського кримінального права активно застосовувала термін «розкрадання». Зауважимо, що цей термін використовувався законодавцем у текстах кримінальних кодексів радянських республік. Основною передумовою для появи родового поняття розкрадання була схожість багатьох ознак складів злочинів, які були об'єднані цим поняттям. Розкрадання – це своєрідний кістяк із мінімумом ознак складу злочину, характерних для всіх його форм. Однак, саме виділення форм полягає в диференціації відповідальності шляхом додавання однієї чи кількох нових, властивих конкретній формі розкрадання ознак.

Законодавець у кримінальних кодексах УРСР термін розкрадання вживав, хоча й не роз'яснював його змісту. У чинному КК України від нього відмовилися. Такий законодавчий крок слугував підставою для висунення пропозицій про повну відмову від поняття «розкрадання» й у теорії кримінального права. Вважаємо, що є багато аргументів, які свідчать про доцільність використання вказаної теоретичної конструкції. Серед таких аргументів можна назвати те, що це родове поняття забезпечує побудову чіткої, структурної і логічної системи складів злочинів проти власності; дозволяє більш повно з'ясувати суть цього явища (за допомогою методів аналізу та синтезу); допомагає розмежовувати конкретні форми розкрадання із іншими суміжними складами злочинів; допомагає під час кримінально-правової кваліфікації. Науковці, які присвятили питанню про доцільність існування терміну «розкрадання» окремі наукові дослідження (О.В.Ільїна, В.Г.Кундеус та інші) дійшли такого ж висновку.

З огляду на вказане, вважаємо, що теоретична конструкція «розкрадання» має право на існування і доцільним є дослідження ознак розкрадання, щодо яких у науковій літературі немає єдиних підходів. Так як ця праця спрямована на дослідження іншого питання, ми вкажемо найбільш повне, на нашу думку, визначення розкрадання, в якому будуть відображені всі його ознаки. ***Розкрадання*** – це вчинене з прямим умислом протиправне заволодіння чужою рухомою річчю, вчинене одним із способів, визначених у КК, що посягає на право власності і спричиняє матеріальну шкоду. Формами розкрадання, які виділяються за способом вчинення посягання є крадіжка, грабіж, розбій, вимагання, шахрайство, привласнення, розтрата, заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем.

На відміну від терміну «розкрадання», який законодавцем, як зазначалося вище, не використовується, термін «викрадення» вжитий у тексті КК України. Слід зауважити, що цей

© Антонюк Н., 2012

термін вживався ще у дореволюційних працях вчених-криміналістів (зокрема у працях С.В.Познишева, І.Я.Фойницького). Сьогодні термін «викрадення» вжитий законодавцем безпосередньо у КК, під час визначення понять «крадіжка» і «грабіж» (ст. 185 і 186 КК). Застосування цього терміну у інших статтях КК (ст. 262, 308, 312, 313, 410 і т.д.) свідчить про те, що викраденням законодавець позначає таємне або відкрите викрадення чужого майна.

Однак, законодавець вживає термін «викрадення» і в ст. 188-1 КК України («Викрадення електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання»), надаючи йому невластивого значення. Адже, злочин, передбачений ст. 188-1 КК України може вчинюватися і шляхом застосування обману. Юридично некоректно вживати термін «викрадення» для позначення посягання на неуречевлене майно (у цьому випадку – посягання на електричну або теплову енергію).

Непослідовність законодавця щодо використання терміну «викрадення» простежується ще й втому, що вже у Кодексі про адміністративні правопорушення України (ст. 51 КпАП України) під дрібним викраденням чужого майна пропонується розуміти зовсім інше коло діянь: крадіжку, шахрайство, привласнення чи розтрату. Очевидно, що таке самовільне використання термінів законодавцем не сприяє полегшенню праворозуміння і створює невиправдані проблеми на практиці. Та й у теоретиків з'являється нове завдання, обґрунтовувати чому законодавець поступив таким чином і що ж потрібно розуміти під «викраденням» у кримінальному праві.

Якщо звернутися до наукових поглядів щодо змісту поняття «викрадення», слід виділити такі підходи: викрадення і розкрадання тотожні поняття; викрадення – це крадіжка і грабіж; викрадення - це крадіжка, грабіж і розбій.

Під викраденням доцільно, на нашу думку, розуміти крадіжку, грабіж і розбій. Такий висновок обґрунтовується наступними міркуваннями:

- крадіжка, грабіж і розбій як суміжні склади злочинів, співпадають за всіма ознаками, окрім способу вчинення злочину;
- різниця у визначенні моменту закінчення цих складів злочинів зумовлена не якимись особливими ознаками складу злочину, а виключно суспільною небезпечністю способу посягання в розбої;
- позначення діяння в розбої терміном «напад» вказує, що мова йде про таємне або відкрите викрадення, поєднане з раптовим застосуванням насильства, що є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого чи з погрозою застосування такого насильства;
- схожість цих суспільно небезпечних діянь зумовила виділення кваліфікованих складів крадіжки, грабежу і розбою за тими ж кваліфікуючими ознаками (за винятком особливостей ознаки повторності в розбої);
- у всіх цих складах злочинів суб'єкт не має жодних особливостей, немає видимої добровільності щодо передачі майна, додаткових ознак чужого майна;
- термін «викрадення» майна застосовується до негайного відібрання майна (відповідно з кола викрадень виключається склад вимагання), вказує на те, що навіть видимої добровільності передачі майна немає (на відміну від шахрайства), майно не перебуває у законному володінні винного (на відміну від привласнення і розтрати).

До такого ж висновку дійшов В.Г.Кундеус, зазначивши, що хоча у тексті ст. 187 КК України немає прямої вказівки на те, що розбій є викраденням, але при співвідношенні із специфічними складами (ст. ст. 262, 308, 312 КК) можна логічно прийти до висновку, що розбій – це також викрадення майна. Чітко вказує на помилки законодавця, що полягають у порушенні правил законодавчої техніки О.В.Ільїна. Автор цілком слушно зауважує, що навряд чи можна вживати конструкцію «розбій з метою викрадення», як це робить законодавець, оскільки викрадення – це специфічна родова юридична конструкція для розбою.

Таким чином, під ***викраденням*** слід розуміти крадіжку, грабіж та розбій.

Основною відмінною ознакою між «розкраданням» і «викраденням» є суспільно небезпечне діяння. У розкраданні – це заволодіння, а у «викраденні» - вилучення. Заволодіння є ширшим поняттям, оскільки окрім вилучення поза волею власника, включає у себе факти незаконного отримання майна за «видимої згоди» власника. Так, наприклад, у шахрайстві власник нібито добровільно передає майно шахраю, перебуваючи під впливом обману; або ж у

вимаганні – передає майно, оскільки боїться можливої реалізації висловленої вимагачем погрози. Таким чином заволодіння і вилучення співвідносяться як ціле та частина, оскільки заволодіти майном можна не лише «без відома» власника, а й за його видимої згоди, яка спотворена обманом, зловживанням довірою чи погрозою.

Співвідношення «розкрадання» і «викрадення» можна проілюструвати так:

- «розкрадання» і «викрадення» різні за об'ємом і за змістом поняття, тому їх не слід ототожнювати;
- поняттям «розкрадання» охоплюються вісім визначених законом форм: крадіжка, грабіж, розбій, вимагання, шахрайство, привласнення, розтрата, заволодіння майном шляхом зловживання службовим становищем;
- «викрадення» охоплює лише три форми розкрадання: крадіжку, грабіж і розбій;
- суспільно небезпечне діяння у «розкраданні» полягає у заволодінні чужою рухомою річчю, а у «викраденні» - у її вилученні;
- розкрадання і викрадення співвідносяться як ціле та частина.

СПІВВІДНОШЕННЯ ДЕЯКИХ ОБ'ЄКТИВНИХ ТА СУБ'ЄКТИВНИХ ОЗНАК СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ

Бурдін В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Незважаючи на те, що більшість вчених визнають той факт, що впливати на інтелектуально-вольову (психічну) діяльність особи можуть не тільки різного роду психічні розлади та захворювання, але й інші чинники, законодавець в частині, що стосується визначення причин неосудності, займає досить консервативну позицію, що не дозволяє врахувати вплив різного роду обставин, крім психічних розладів, на інтелектуально-вольову діяльність особи в межах причин неосудності. У цьому ж контексті зауважимо, що питання про чинники, які можуть виключати встановлення окремих видів вини, які також є по своїй суті відображенням інтелектуально-вольових процесів, взагалі проігнороване законодавцем. В теорії кримінального права така законодавча позиція призводить до того, що розуміння окремих об'єктивних ознак складу злочину наповнюється психологічним змістом. Саме таке їхнє розуміння і дозволяє згодом врахувати, але вже не в межах вирішення питання про осудність чи неосудність особи, чи встановлення вини, а в межах вирішення питання про наявність чи відсутність інших ознак складу злочину вплив різного роду чинників на можливість особи забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою.

Саме так відбувається вирішення питання про кримінальну відповідальність особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, під впливом непереборної сили, рефлексів та автоматизмів. В більшості випадків вплив названих чинників на інтелектуально-вольову діяльність особи пропонують враховувати при вирішенні питання про наявність такої ознаки об'єктивної сторони складу злочину як діяння. При цьому діяння як ознаку об'єктивної сторони складу злочину розглядають не тільки як зовнішній вираз активної чи пасивної поведінки людини, а вказують при цьому на свідомо-вольовий характер діяння в кримінально-правовому розумінні. Іншими словами, якщо внаслідок впливу непереборної сили, рефлексів чи автоматизмів особа втратила можливість забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою, формально таку особу з погляду положень чинного КК України не можна визнати неосудною, але з огляду на викладене, в таких випадках можна стверджувати про відсутність діяння в кримінально-правовому значенні цього поняття.

Разом з тим, в науковій літературі зустрічається позиція, що неможливість притягнення до кримінальної відповідальності особи у зв'язку із відсутністю у неї можливості забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою повинна пов'язуватися не з вадами діяння, а з суб'єктивними ознаками складу злочину. Адже діяння як об'єктивований вираз поведінки особи залишається діянням незалежно від того чи брали у ньому участь воля та свідомість особи (Малінін В.Б.). На наш погляд, такий підхід до розуміння діяння як однієї із ознак об'єктивної сторони складу злочину є цілком обґрунтованим. На користь цієї позиції можна навести такі аргументи:

- по-перше, розуміння діяння тільки як свідомо-вольової поведінки особи створює непотрібне дублювання одних і тих самих ознак в межах різних елементів складу злочину. Адже на можливість особи забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою вказує така ознака складу злочину як осудність;

- по-друге, за такого розуміння діяння фактично відбувається змішування суб'єктивних та об'єктивних ознак складу злочину, чим ламається сама система згрупування ознак у різні елементи складу злочину;

- по-третє, вказівка на свідомо-вольовий характер діяння ставить під сумнів необхідність самостійного існування таких кримінально-правових понять як неосудність та вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Адже і випадку недосягнення особою віку, з якого можне наставати кримінальна відповідальність, і випадку неможливості особи забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою внаслідок психічного розладу треба було би ставити питання про відсутність діяння;

© Бурдін В., 2012

- по-четверте, сам законодавець в чинному КК України розмежовує суб'єктивні та об'єктивні ознаки поняття злочину та складу злочину. Так, зокрема, в ч. 1 ст. 11 КК України серед ознак поняття злочину окремо вказується на діяння як його об'єктивну ознаку та винність і суб'єкта злочину як суб'єктивні ознаки цього поняття. Із змісту ч. 2 ст. 19, ст. 23 КК України також зрозуміло, що законодавцем чітко проводиться розмежування між суб'єктивними та об'єктивними ознаками складу злочину.

Звісно, що виділення різних елементів складу злочину є досить умовним, так само як умовною є і сама конструкція складу злочину. Адже лише умовно можна говорити про відокремлення психічної діяльності від поведінки особи. Проте поняття складу злочину та його конструкція сьогодні у кримінально-правовій науці є загальноприйнятою і використовується у сталому вигляді практично у кожному кримінально-правовому дослідженні. При цьому незважаючи на природну єдність психічного (внутрішнього) та об'єктивного (зовнішнього) у злочинній поведінці людини (зрештою як і в будь-якій поведінці), виділення в понятті складу злочину об'єктивних та суб'єктивних ознак в окремі елементи не протиставляє ці сторони злочинної поведінки людини. У цьому випадку не зайвим буде нагадати про необхідність проведення розмежування між категоріями "явище" і "поняття про явище". Якщо злочинна поведінка як явище характеризується органічною нерозривною єдністю її об'єктивних та суб'єктивних аспектів, то у понятті про неї цілком можливо виділяти окремі ознаки і проводити їх класифікацію по групах, що полегшує розуміння явища.

Крім того, відокремлення психічної діяльності особи в структурі елементів складу злочину від зовнішнього виразу такої діяльності забезпечує правильне розуміння функціонального призначення відповідних елементів та ознак складу злочину у механізмі кримінально-правового регулювання. Така ознака як діяння вказує на наявність або відсутність події злочину. В той час як кримінально-значимі характеристики психічної діяльності під час вчинення такого діяння дадуть можливість вирішити питання про те чи буде особа підлягати кримінальній відповідальності за це діяння. Якщо через ожеледицю людина, втрачаючи рівновагу, рефлекторно змахнула руками і вдарила іншого перехожого, розбивши йому ніс, то досить дивно у такому випадку, на наш погляд, стверджувати, що діяння не було. Певно найбільше здивувався би потерпілий, дізнавшись про те, що ніякого діяння не було, оскільки діяння у кримінально-правовому розумінні має якесь особливе значення. Він, як мінімум, задав би питання: якщо не було діяння, хто ж тоді розбив йому ніс. Звісно, що у такому випадку потрібно говорити не про відсутність діяння, яке об'єктивно мало місце, а про відсутність суб'єктивних підстав для кримінальної відповідальності за вчинення такого діяння.

Діяння, як ознака об'єктивної сторони складу злочину – це, перш за все, об'єктивний прояв суспільно небезпечної поведінки особи, на факт існування якого, як явища об'єктивної дійсності, не впливає те, чи відбувався він під свідомо-вольовим контролем ж боку людини, чи – ні. Як відомо, встановлення мінімального віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, позначає неспростовну презумпцію про те, що особи до досягнення певного віку не можуть здійснювати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою, а отже бути суб'єктами злочину. Разом з тим, очевидним є той факт, що значна частина малолітніх цілком віддає собі звіт під час вчинення суспільно небезпечних діянь, усвідомлюючи і їх суспільну небезпеку, і кримінальну протиправність. Отже, якщо послідовно дотримуватися позиції про те, що діяння – це лише свідомо-вольова поведінка особи, то щодо суспільно небезпечних діянь, вчинених малолітніми може дійти парадоксальних висновків. Зокрема, якщо двоє малолітніх спільно вчинили суспільно небезпечне діяння, один з яких усвідомлював його значення, а інший – ні, то з погляду цієї теорії можна стверджувати, що фактично діяння було вчинено лише одним малолітнім, а інший нічого не вчинив. Суперечливість такого підходу, на наш погляд, очевидна. Адже у таких випадках стосовно обох малолітніх, якщо вони досягли одинадцятирічного віку, згідно вимог КПК України буде порушена кримінальна справа з метою вирішення питання про застосування до них примусових заходів виховного характеру. Якщо ж стверджувати у таких випадках про відсутність діяння, необхідно стверджувати і про відсутність підстав для застосування примусових заходів виховного характеру. При визнанні особи неосудною також йдеться про вчинення нею суспільно небезпечного діяння, яке фактично відбувалося поза її свідомо-вольовим контролем. Відповідно до ч. 1 ст. 94 КК України тяжкість

діяння у такому випадку впливає на вид примусового заходу медичного характеру, який до неї може бути застосований. Проте навіть у тих в випадках, коли до неосудної особи суд вирішить не застосовувати примусових заходів медичного характеру відповідно до положень ч. 6 ст. 94 КК України, факт вчинення нею суспільно небезпечного діяння нікуди не зникає і не втрачає свого об'єктивного значення.

З огляду на викладене нам видається, що треба погодитися з тими вченими, які пропонуються вирішувати питання про вплив різного роду факторів на інтелектуально-вольову діяльність особи в межах суб'єктивних ознак складу злочину (Малінін В.Б.). При цьому, на наш погляд, необхідно ще раз звернути увагу на проблему законодавчого обмеження причин неосудності. Очевидно, що на сьогодні законодавчий підхід до причин неосудності не дозволяє повністю врахувати вплив різного роду факторів на інтелектуально-вольову діяльність особи. Проте заповнювати цю законодавчу прогалину необхідно шляхом внесення відповідних змін до КК України, а не в штучний спосіб шляхом розширеного тлумачення окремих ознак об'єктивної сторони складу злочину, коли ці ознаки наповнюються непритаманним їм психологічним змістом.

СТАДІЇ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ: ІСТОРИЧНО – ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Вакула І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В кримінальному законодавстві інститут стадій вчинення злочину бере свій початок близько XIX-XX століття, проте теорії кримінального права він був відомий набагато раніше. Аналізуючи нормативно-правові акти певних часових меж, якими тогочасне суспільство керувалося у житті, можна зробити висновок, що вже тоді були перші згадки про стадії вчинення злочину, хоча самого поняття сформульовано не було. Одним із перших нормативно-правових актів, якому можна віддати першість - це Руська Правда - збірник стародавнього руського права, складений в Київській державі у XI-XII ст.ст. на основі звичаєвого права. Звичайно, поняття стадій вчинення злочину в Руській Правді визначено не було. Однак варто звернути увагу на зміст статті 9: «Якщо вийняв меч, але не вдарив…» Дана стаття трактувалась по-різному. Такі історики як М.Ф. Владимирський-Буданов, В.І. Сергеєвич, А.Е. Пресняков та інші розглядали діяння в даній статті як закінчений злочин (погроза). На наш погляд, незважаючи на те, що поняття стадій вчинення злочину в той час було ще невідомим і законодавчо було закріплено набагато пізніше, диспозицію статті 9 Руської Правди варто розглядати як замах на злочин, а враховуючи види замаху, визначені в сучасній науці кримінального права - як незакінчений замах. Проаналізувавши статтю 20 Руської Правди: «якщо вдарить мечем не на смерть…», її диспозицію можна розцінювати як закінчений замах на злочин: об'єктивна сторона характеризується злочинним діянням, злочинним наслідком, який не настав та причинним зв'язком між діяння та наслідком.

Таким чином, враховуючи ще недосконалу законодавчу техніку формулювання вказаних діянь, можна стверджувати, що в Руській Правді вже був відомий поділ злочину на закінчений та незакінчений. Закон того часу розмежовував в загальних рисах закінчений злочин та замах на злочин, що виражається у формальному закріпленні злочинних діянь та у покараннях передбачених за ці діяння.

Наступним нормативним актом є Проект кодексу (обширного збірника) – Права, за якими судиться малоросійський народ 1743 року, який так і не був офіційно прийнятий. Досліджуючи інститут стадій вчинення злочину в даному законодавчому акті, варто звернути увагу на такі артикули: розділ 20, артикул 1 «Про кару за ґвалт загальний і про умисний напад з наміром вбити когось на смерть.» Пункт 3: «Якщо такий насильник нікого на смерть не уб'є, а тільки ранить з наміром вбити, то такого після доказування вини, смертю карати.» Аналіз даного артикулу дає підстави стверджувати, що «Права» розрізняють закінчений та незакінчений злочин, в даному випадку умисне вбивство, хоча відмінності у призначенні покарання не проводять. Смертну кару призначали як за закінчене умисне вбивство, так і за замах на вбивство. І ще одним основним доказом того, що «Права» хоча і не визначали поняття стадій вчинення злочину, але закріплювали окремі суспільно небезпечні діяння, які можуть підпадати під ознаки стадій вчинення злочину в сучасному законодавстві, є артикул 18 пункт 3, в якому передбачено, якщо особу намагались отруїти, проте смерть не настала, а настав інший наслідок - шкода здоров'ю, то такого винного смертю карати, якщо потерпілий не буде вимагати такої кари, то призначити покарання у виді відрубування руки. В даному артикулі передбачається покарання не за закінчений злочин, а за замах на вчинення злочину. Отже, «Правам» ще не відомий інститут стадій вчинення злочину, але проаналізувавши вище вказані артикули, можна зробити висновок, що безперечно окремі види стадій вчинення злочину (закінчений злочин, замах на злочин) визначались та закріплювались в даному законодавчому акті.

Аналізуючи подальшу історію розвитку інституту стадій вчинення злочину, слід констатувати, що перші згадки цього інституту були в законодавстві, що складало тодішню систему українського права. Проте, який би розвиток цей інститут мав би в подальшому невідомо. Це пов'язано з тим, що в першій половині XIX століття відбувався процес становлення єдиної правової системи Російської імперії, в тому числі і на території України, що означало крах ав-

© Вакула І., 2012

тономії найважливіших інститутів українського права Гетьманщини та ліквідацію національної правової системи.

У 1826 році проводиться систематизація права з метою зібрати всі закони Російської імперії та уніфікувати російську правову систему. Норми кримінального права були зібрані в томі 15 Зводу законів. У 1845 році прийнято «Уложення про покарання кримінальні та виправні», який у 1857 році був включений в том 15 Зводу законів Російської імперії. У статті 8 Уложення вказуються види стадій вчинення злочину: виявлення умислу, готування до злочину, замах на злочин та закінчений злочин. Як бачимо, законодавець того часу визначав чотири види стадій вчинення злочину. В статті 9 визначено поняття виявлення умислу: вираження на словах, або письмово, або іншим яким-небудь діянням наміру вчинити злочин, визначається ознакою умислу. До числа таких ознак відносять погрози та пропозицію зробити яке-небудь зло. Стаття 10 закріпляє поняття готування до злочину: підшукування або придбання засобів для вчинення злочину визначається готуванням до злочину. В статті 11:визначено, що замахом на злочин визнається будь-яке діяння, яким починається або продовжується здійснення злочинного наміру. Стаття 12 зазначено, що злочин є закінченим лише тоді, коли настало задумане винним, або інше від його дій зло. Офіційно виникнення стадій вчинення злочину можна пов'язувати з цим нормативно-правовим документом, оскільки, в ньому вперше закріплені види стадій вчинення злочину. На наш погляд, «Уложення про покарання кримінальні та виправні» 1885 р., є другим етапом розвитку досліджуваного інституту, формування та закріплення його на законодавчому рівні.

Статут про покарання, які застосовуються мировими суддями, затверджений у 1864 році, також визначав стадії вчинення злочину. Статут про покарання був своєрідним актом, який об’єднав у собі статті, в яких зазначались незначні злочини та проступки. Мирові суди розглядали малозначні злочини, проступки, а також незакінчені злочини: виявлення наміру, готування до злочину, замах на злочин, відмова від доведення злочину до кінця. Проте, мировому судді надано право зменшити дане покарання на половину, враховуючи небезпечність замаху. Отже, можна стверджувати, що стадії вчинення злочину не тільки зазначались в тогочасному законодавстві, але й винні підлягали покаранню за незакінчені злочини, відмінні за розміром від покарань, які призначались за закінчені злочини. В даному Статуті робиться спроба розмежувати караність закінчених та незакінчених злочинів, що свідчить про подальший розвиток стадій вчинення злочину.

У 1903 році приймається нове Кримінальне уложення. Кримінальне уложення на відміну від «Уложення про покарання кримінальні та виправні» виділяє три стадії вчинення злочину: готування, замах та закінчений злочин. Ще однією особливістю даного інституту є те, що Кримінальне уложення передбачало караність готування та замаху на злочин у чітко передбачених законом випадках.

Свій розвиток інститут стадій вчинення злочину продовжив в Керівних началах РСФСР 1919 р.. Розділ 4 Керівних начал РСФСР 1919 р. не визначав поняття стадій вчинення злочину, проте виділяв їх види. Так, злочин вважався закінченим, коли умисел на вчинення злочину був доведений до кінця.

Стаття 18 визначала, що замахом на злочин є діяння, яке спрямоване на вчинення злочину, коли винний виконав все, що вважав за необхідне для доведення умислу до кінця, але злочинний результат не настав з причин, що не залежали від його волі. Поняття замаху на злочин в цьому законодавчому акті є деталізованим, на відміну від «Уложення про покарання кримінальні та виправні» та від «Кримінального уложення 1903», проте мова йде, про закінчений замах. В статті 19 закріплено такі види готування: підшукування, придбання, пристосування засобів та знарядь для вчинення злочину. Порівняно з Кримінальним уложенням 1903 року види готування в Керівних началах РСФСР 1919р. доповнюються ще одним видом: підшукування засобів та знарядь для вчинення злочину. Варта уваги стаття 20 Керівних начал РСФСР 1919 р.: стадія здійснення наміру вчинюваного злочину сама по собі не впливає на міру репресії, яка визначається ступенем небезпечності злочинця. Дана стаття визначала караність ще однієї стадії вчинення злочину – виявлення наміру, але лише за умови ступеня суспільної небезпечності винного.

Таким чином, Керівні начала РСФСР 1919 р. визначали чотири стадії вчинення злочину: готування до злочину, замах на злочин та закінчений злочин, виявлення наміру. За вчинення будь-якої стадії злочину передбачалась кримінальна караність, проте винному призначалось покарання незалежно від виду стадій вчинення злочину, а визначалось за ступенем його суспільної небезпечності.

Види стадій вчинення злочину знайшли своє відображення і у Кримінальному кодексі УРСР 1922 р. та КК УРСР 1927 р.. На даному історичному етапі розвитку стадій вчинення злочину пройшли становлення нові теоретичні підходи до визначення даного інституту. Кримінальні кодекси 1922 та 1927 рр. не тільки закріплювали види стадій вчинення злочину, але й передбачали караність за вчинення таких стадій злочину. Кримінальний кодекс УРСР 1922 р., окрім готування до злочину, розрізняв закінчений та незакінчений замах. Статті 16-18 КК УРСР 1927 р. визначали види стадій вчинення злочину та караність таких діянь. Питання визначення та кримінальної відповідальності за готування до злочину за цим кодексом є дискусійним. Відповідно до ст. 18 КК УРСР 1927 р. за вчинення дій, які утворюють готування до злочину, особа не несла кримінальної відповідальності, але якщо в цих діях виражалась суспільна небезпечність винного, то відносно такої особи могли застосувати покарання передбачені п. «ж» ст.21 КК УРСР 1927 р. Виникає ряд запитань: в яких діях, що утворюють готування до злочину може виражатися суспільна небезпечність особи, як це визначити на практиці, що буде тим критерієм, який буде розмежовувати підготовчі дії, які виражають суспільну небезпечність особи та ті які не виражають такої суспільної небезпечності? Виникає і наступне запитання, що буде підставою кримінальної відповідальності особи, в діях якої виражається її суспільна небезпечність? Виходить, що особу притягають до кримінальної відповідальності не за суспільно небезпечні дії, які утворюють готування до конкретного злочину, а за суспільну небезпечність такої особи. Проведемо паралель та порівняємо ст. 54-6 КК УРСР 1927р. та ст. 114 КК України 2001, хоча ці склади злочинів віддалені досить великим проміжком часу, проте діяння, які утворюють стадії вчинення до цих складів злочинів є однаковими. Наприклад, особа висловить намір про викрадення чи збирання з метою передачі відомостей, що становлять державну таємницю або ж буде шукати шляхи доступу до такої інформації. В другому прикладі, безперечно, дії особи є готуванням до злочину передбаченого ст. 54-6 КК УРСР 1927 р.. та ст. 114 КК України 2001 р.. В першому прикладі є лише умисел вчинити злочин, а виявлення умислу не є кримінально караним. Проте, враховуючи тогочасний режим правління, можна стверджувати, що як і в першому, так і в другому прикладі особа є суспільно небезпечною. Отже, особа як і в першому варіанті так і в другому, буде підлягати кримінальній відповідальності за ст. 54-6 КК УРСР 1927 р.

На нашу думку, в КК УРСР 1927 р. хоча чітко і передбачено три стадії вчинення злочину, проте завуальовано при визначенні караності готування до злочину передбачено ще одну стадію вчинення злочину – виявлення наміру. Тут доцільно згадати «Уложення про покарання кримінальні та виправні» 1845 р., в якому на законодавчому рівні було закріплено виявлення наміру як стадію вчинення злочину: вираження на словах, або письмово, або іншим якимнебудь діянням наміру вчинити злочин.

Отже, порівнюючи діяння, що утворюють стадії вчинення злочину, а зокрема, готування до злочинів, передбачених ст. 54-6 КК УРСР 1927 р. та ст. 114 КК України 2001р., караність цих дій є неоднозначною. Незважаючи на те, що в КК УРСР 1927 р. закріплені три стадії вчинення злочину, виявлення наміру вчинити злочин як ще одна стадія вчинення злочину охоплюється ст. 18 КК УРСР 1927 р..

Генезис інституту стадій вчинення злочину знайшов своє продовження в Кримінальному кодексі УРСР 1960 року. Кримінальний кодекс УРСР 1960 р. не закріплював поняття закінченого злочину та не встановлював межі призначення покарання за незакінчений злочин. Проте судова практика виходила з тієї позиції, що готування до злочину за ступенем суспільної небезпечності є менш тяжчим, ніж замах на злочин, а замах на злочин в свою чергу є менш тяжчим ніж закінчений злочин.

На відміну від Кримінального кодексу УРСР 1960 р. Кримінальний кодекс 2001 р. значно детальніше нормативно закріпив положення щодо стадій вчинення злочину. Зокрема, нор-

мативно закріплено поняття закінченого злочину, визначено поділ замаху на злочин на закінчений та незакінчений, розширено перелік видів готування до злочину.

Отже, дослідивши виникнення та розвиток інституту стадій вчинення злочину, можна зробити наступні висновки.

Незважаючи на те, що виникнення даного інституту визначають у XIX-XX столітті, проте формуватись він почав набагато раніше. Корені беруть свій початок в XI-XII столітті, яскравим свідченням цього є Руська Правда, Права за якими судиться малоросійський народ 1743 р.

Вперше нормативно закріплюються стадії вчинення злочину в «Уложенні про покарання кримінальні та виправні» 1845 р.: виявлення умислу, готування до злочину, замах на злочин та закінчений злочин. Кримінальне уложення 1903 визначало такі стадії вчинення злочину, як готування до злочину та замах на злочин.

В подальшому своєму розвитку інститут стадій вчинення злочину і надалі зазнавав змін. Законодавець або визначав види стадій вчинення злочину, або визначав їх частково, нормативно закріплюючи окремі з них, або ж навпаки розрізняв їх підвиди (закінчений та незакінчений замах). Що стосується питання про призначення покарання за незакінчений злочин, то воно також визначалось неоднозначно. Винна особа могла понести покарання за замах на злочин рівнозначне покаранню за закінчений злочин; особа, яка вчинила замах на злочин чи готування до злочину підлягала кримінальній відповідальності у встановлених законом випадках; покарання могло призначатись незалежно від виду стадій вчинення злочину, а залежно від ступеня небезпечності винного; судова практика визначала призначення покарання, виходячи з тієї позиції, що готування до злочину за ступенем суспільної небезпечності є менш тяжчим ніж замах на злочин, а замах на злочин в свою чергу є менш тяжчим ніж закінчений злочин.

Інститут стадій вчинення злочину не вичерпав себе, а продовжує свій розвиток, про що свідчать зміни до КК України 2001 р, а саме до статті 68 КК України, в якій законодавчо закріплені межі призначання покарання за незакінчений злочин.

ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА НАЯВНОСТІ ДВОХ ЧИ БІЛЬШЕ СПЕЦІАЛЬНИХ ПРАВИЛ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ.

Василаш В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Законне і справедливе покарання може бути призначене судом лише за умови дотримання ним усіх загальних засад призначення покарання, передбачених ст. 65 Кримінального кодексу України (далі – КК України). Однак призначення такого покарання, у деяких випадках, не можливе без застосування судом, крім загальних засад призначення покарання, ще і спеціальних правил, закріплених у статтях Загальної частини КК України, оскільки такі правила доповнюють загальні засади призначення покарання та сприяють забезпеченню реалізації принципу індивідуалізації покарання. Разом з тим, як показує аналіз судової практики, застосування судом таких правил, в окремих випадках, викликає певні труднощі. Адже за наявності при призначенні покарання двох чи більше спеціальних правил може виникнути наявність двох чи більше підстав для пониження покарання. Саме у таких випадках і виникає питання, яким чином вказані правила повинні враховуватися судом при призначенні покарання. Наприклад, у випадку вчинення особою готування до злочину чи замаху на злочин і наявності усіх підстав для застосування ст. 69-1 КК України, суд, призначаючи покарання, повинен врахувати як положення ч. 2 чи 3 ст. 68 КК України так і положення ст. 69- 1. Відповідно до ч.2, 3 ст. 68 КК України за вчинення готування до злочину строк або розмір покарання не може перевищувати половини максимального строку або розміру покарання найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК, а за вчинення замаху на злочин строк або розмір покарання не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК. Як зазначається у ст. 69-1 КК України, суд, призначаючи покарання винній особі, за наявності підстав, зазначених у даній статті, не може призначити винній особі покарання строк або розмір якого перевищує двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК. Неважко замітити, що спеціальні правила призначення покарання, які закріплені і у ч. 2 і 3 ст. 68 КК України, так і у ст. 69-1 зазначеного кодексу, звужують межі призначення покарання, у межах яких суд повинен визначати конкретний строк (розмір) покарання, особі, яка вчинила злочин. Тому, у зв'язку із зазначеним виникає питання, чи повинен суд, призначаючи покарання особі, яка вчинила злочин у подібних випадках, застосовувати правила конкуренції вказаних спеціальних норм, чи застосувати поєднання їх, тобто застосувати зазначені кримінально-правові норми, у яких закріпленні вищезазначені спеціальні правила призначення покарання, поетапно.

Законодавчого вирішення даного питання у чинному Кримінальному кодексі України не має, не має жодних рекомендацій з цього приводу і в постанові Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 року із змінами та доповненнями від 10 грудня 2004 року; 12 червня 2009 року та 6 листопада 2009 року "Про судову практику призначення судами кримінального покарання ", відсутні чіткі рекомендації і в теорії кримінального права. Так, ряд вчених-криміналістів, зокрема Л.В. Іногамова-Хегай та А.С. Жумаєв пропонують вирішення даної проблеми з точки зору конкуренції кримінально-правових норм. Зокрема, на думку Л.В. Іногамової-Хегай, у випадку, коли дві норми містять вказівку на обов'язкове пом'якшення покарання, при цьому одна спеціальна норма, (у зазначеному нами випадку ч. 2 ст. 68 КК України) регламентує призначити покарання не більше половини, а інша (у зазначеному нами випадку ст. 69-1 КК України) – не більше двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК, то норма, яка містить більш м'яку ознаку, є спеціальною, а норма з менш м'якою – загальною. За правилами конкуренції загальної і спеціальної норми, перевага

© Василаш В., 2012

при застосуванні надається спеціальній нормі. Тому, у наведеному нами вище прикладі, конкуренція ч. 2 ст. 68 і ст. 69-1 КК України повинна вирішуватися на користь ч. 2 ст. 68 КК України. В основу прийнятого рішення покладено те, що норма про призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання (ст. 69-1 КК України) є загальною відносно спеціальної про призначення покарання за готування до злочину (ч.2 ст. 68 КК України), оскільки остання встановлює більш м'яке покарання: не більше половини максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК. Разом з тим у випадку, коли має місце конкуренція ч. 3 ст. 68 і ст. 69-1 КК України, дещо складніше встановити, яку норму слід вважати загальною, а яку спеціальною. Адже при наявності вказаної конкуренції максимальний строк чи розмір покарання, який може бути призначений, рівний: не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК. Як зазначає Л.В. Іногамова-Хегай, порівнюючи межі призначення покарання у подібній ситуації, важко визначити, яка із конкуруючих норм є біль м'якшою. Тому, на її думку , для встановлення більш м'якої норми слід порівнювати не межі призначення покарання, а направленість мотиву, устремлінь винної особи. Так, при замаху на злочин, винна особа прагне довести злочин до кінця, але не доводить його до кінця з причин, що не залежали від її волі. Зазначене дає підстави для висновку, що поведінка винної особи є асоціальною. Зовсім іншою є поведінка винної особи, яка після вчинення злочину, активно сприяє розкриттю злочину, добровільно усуває заподіяну злочином шкоду чи добровільно відшкодовує завданий збиток, що є підставою для застосування норми, яка регламентує порядок призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання. Безсумнівну, що, порівнюючи мотиви і устремління винної особи, можна прийти до висновку, що соціально корисливою є діяльність особи, яка пов'язана з призначенням покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання (ст. 69-1 КК України). Отже, із зазначеного слідує, що у випадку наявності конкуренції між ч. 3 ст. 68 і ст. 69-1 КК України, більш м'якшою слід вважати ст. 69-1 КК України. Тому дану норму і необхідно визнавати спеціальною конкуруючою нормою, а ч. 3 ст. 68 КК України – загальною.

По – іншому пропонує призначати покарання за наявності двох чи більше спеціальних правил, які містять вказівку на обов'язкове пом'якшення покарання, М.М. Становський. На думку автора, призначення покарання у такому випадку здійснюється поетапно: спочатку суд, застосовуючи норму, яка визначає порядок призначення покарання за незакінчену злочинну діяльність, визначає максимальний строк або розмір покарання, який може бути призначений за незакінчену злочинну діяльність, а після цього, за наявності підстав для застосування ст. 69-1 КК України, дві третини максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК: від половини – за готування до злочину і від двох третин – за замах на злочин. Зазначений порядок призначення покарання, на думку автора, зумовлений тим, що у статті, яка регламентує, порядок призначення покарання за незакінчений злочин (ст. 68 КК України), законодавець фактично встановив максимальні строки або розміри, які можуть бути призначені за незакінчену злочинну діяльність. Тому саме від цих строків необхідно вираховувати максимальний строк або розмір покарання, за які суд не може вийти при призначенні покарання за наявності підстав для застосування статті кримінального закону, яка регламентує порядок призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання (ст. 69-1 КК України).

Слід відмітити, що ідея поетапного застосування спеціальних правил призначення покарання, яка відстоюється М.М. Становським, зафіксована у п. 15 постанови Пленуму Верховного Суду Російської Федерації від 11 січня 2007 року в редакції від 3 квітня 2008 року; 29 жовтня 2009 року "Про практику призначення судами Російської Федерації кримінального покарання ". Так, у абзаці 3 п. 15 вказаної постанови зазначається, що при призначенні покарання за незакінчений злочин за наявності підстав, передбачених частиною 1 статті 62 КК РФ, дві третини максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання необхідно відраховувати від максимального покарання, передбаченого за незакінчений злочин (тобто дві третини від половини – за готування до злочину і дві третини від трьох четвертих – за замах на

злочин). Зазначене дає підстави для висновку, що суди Російської Федерації у випадку наявності двох чи більше спеціальних правил призначення покарання, які пом'якшують покарання, беручи до уваги зазначені вище рекомендації Пленуму Верховного Суду Російської Федерації, призначають покарання шляхом поетапного застосування цих правил, а не шляхом застосування правил про конкуренцію кримінально-правових норм. Однак, слід відмітити, що позиція, яку зайняв Пленум Верховного Суду Російської Федерації щодо вказаної проблеми є небезспірною. Так, на думку Є.В. Благова, наведені роз'яснення Пленуму Верховного Суду РФ з позиції букви закону спірні і оправдуються тільки тим, що є благо приємними для особи, яка вчинила злочин. На думку О.С.Жумаєва, ідея поетапного застосування особливих правил призначення покарання, яка викладена у постанові Пленуму Верховного Суду РФ, заснована на розширювальному тлумаченні кримінального закону. Тому погодитися із таким тлумаченням, на думку автора, не можна.

Аналізуючи наявні у теорії кримінального права різні підходи щодо порядку призначення покарання винній особі за наявності двох чи більше спеціальних правил призначення покарання, які пом'якшують покарання, слід зазначити, що пропозиція поетапного застосування цих правил не ґрунтується на законі, а її застосування, у більшості випадках, може позбавити суд можливості індивідуалізації покарання винній особі. Так, якщо виходити із положень статей, у яких закріплені спеціальні правила покарання, що зобов'язують суд понизити верхні межі призначуваного найбільш суворого виду покарання, то і в ч. 2 і 3 статті 68 і ст. 69-1 КК України зазначається, що призначене покарання не може перевищувати половини (ч. 2 ст. 68 КК України) чи двох третин (ч. 3 ст. 68; ст. 69-1 КК України) максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, **передбаченого відповідною санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК.** Як бачимо, у ст. 69 -1 КК України не зазначається, що строк призначуваного покарання необхідно визначати не лише з урахуванням санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК, але й з застосуванням правил призначення покарання за незакінчену злочинну діяльність (ст. 68 КК України). Не зазначено і в ч. 2, 3 ст.68 КК України, що строк призначуваного покарання необхідно визначати не лише з урахуванням санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК, але й з застосуванням правил призначення покарання, передбачених ст. 69-1 КК України. Крім цього, у зазначених статтях, законодавець не зазначає можливості поетапного застосування вказаних кримінально-правових норм. Навпаки, системний спосіб тлумачення кримінально-правових норм, які поетапно пропонується застосовувати, дає підстави зробити висновок, що застосування такого правила призначення покарання може призвести до надмірного пом'якшення покарання, що суперечитиме меті покарання та ч. 2 ст. 65 КК України. Наприклад, за замах на крадіжку в особливо великих розмірах, за наявності підстав для застосування ст. 69-1 КК України, суд, призначаючи покарання винній особі, застосовуючи поетапне застосування спеціальних правил, передбачених ч. 3 ст. 68 і ст. 69-1 КК України, спочатку у межах санкції ч. 5 ст. 185 КК України, повинен визначити верхню межу покарання із застосуванням положень ч. 3 ст. 68 КК України, а після цього від визначеної межі, визначити верхню межу призначуваного покарання із застосуванням положень ст. 69-1 КК України. Оскільки санкція ч. 5 ст. 185 КК України, передбачає покарання у вигляді покарання від 7 до 12 років позбавлення волі, то призначене судом покарання за замах на крадіжку в особливо великих розмірах відповідно до ч. 3 ст. 68 КК України не може бути більшим, ніж дві третини від 12 років позбавлення волі, тобто – 8 років позбавлення волі. Враховуючи положення ст. 69-1 КК України, суд в кінцевому рахунку вимушений буде призначити покарання у розмірі 5 років і 3 місяців позбавлення волі. Якщо, призначаючи покарання у наведеному прикладі, суд замість поетапного застосування зазначених спеціальних правил, застосує правила конкуренції кримінально-правових норм, які були розглянуті вище, то суд, дотримуючись загальних засад призначення покарання, призначатиме покарання , не у межах від 7 до 12 років, а у межах від 7 до 8 років позбавлення волі. Як бачимо, застосовуючи поетапне застосування спеціальних правил, передбачених ч. 3 ст. 68 і ст. 69-1 КК України, суд позбавлений можливості індивідуалізації покарання винній особі. В той же час, застосування такого порядку призначення покарання за наявності двох чи більше спеціальних правил призначення покарання, допускає і вихід за межі нижньої межі найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті Особливої частини КК, що безумовно є

неправильним. Адже, для призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, відповідно до положень ст. 69 КК України, повинні бути у наявності підстави, передбачені у зазначеній статті. Тому, призначаючи покарання за наявності двох чи більше спеціальних правил призначення покарання слід користуватися правилом конкуренції кримінально-правових норм, тобто конкуренція ч. 2 ст. 68 і ст. 69-1 КК України повинна вирішуватися на користь ч. 2 ст. 68 КК України; конкуренції між ч. 3 ст. 68 і ст. 69-1 КК України, повинна вирішуватися на користь ст. 69-1 КК України. Для усунення будь-яких непорозумінь при призначені покарання за наявності двох чи більше спеціальних правил призначення покарання, пропонуємо даним правилом доповнити постанову Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 року із змінами та доповненнями від 10 грудня 2004 року; 12 червня 2009 року та 6 листопада 2009 року "Про судову практику призначення судами кримінального покарання ".

ШТРАФ ЯК ОСНОВНИЙ ВИД ПОКАРАННЯ ЗА ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ «ДОВЕДЕННЯ ДО БАНКРУТСТВА»

Гордієнко В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним з важливих принципів призначення покарання у кримінальному праві виступає принцип економії засобів державного примусу, при якому однією з реальних альтернатив застосування покарання у виді позбавлення волі виступає застосування штрафу як основного виду покарання. На сьогодні в багатьох державах штраф займає основне місце в загальній структурі покарань. І це не є випадковим. Переваги штрафу як кримінального покарання є безсумнівні. Штраф виступає джерелом поповнення державного бюджету та не вимагає видатків на його виконання. Застосування штрафу в Україні як основного покарання може призвести до зменшення відсоткової кількості такого виду покарання як позбавлення волі в структурі кримінальних покарань в Україні і сприяє вирішенню такої проблеми як переповнення ув'язненими місць позбавлення волі та необхідність утримувати таких осіб, яка лягає тягарем на державний бюджет України.

Кримінальне покарання у виді штрафу має певні переваги перед іншими видами кримінальних покарань, що призначаються за вчинення злочинів невеликої та середньої тяжкості. Це можливість в межах спеціальної превенції, запобігати вчиненню нових злочинів самим засудженим так і іншими особами. Але попри це, штраф є доволі суворим покаранням, яке дозволяє ефективно досягнути реалізації також інших принципів та мети кримінального покарання. На наш погляд застосування штрафу як основного покарання у санкціях злочинів невеликої та середньої тяжкості Особливої частині КК України, особливо які вчиняються з корисливих мотивів, відповідають таким принципам кримінального покарання як: гуманності покарання, обґрунтованості покарання, повного відшкодування завданої злочином шкоди, доцільності та ефективність покарання, особистої відповідальності за вчинення злочину та дуже важливому для держави принципу економії засобів державного примусу.

Чинним Кримінальним кодексом України за вчинення злочину «Доведення до банкрутства» встановлена відповідальність у виді штрафу від п'ятисот до вісімсот неоподаткованих мінімумів доходів громадян. При неоподаткованому мінімумі доходів громадян у розмірі 17 гривень, сума штрафу за вчинення цього злочину за КК України складає від 8500 до 13600 гривень.

У 2011 році матеріальна шкода у злочині «Доведення до банкрутства» вважається великою, якщо вона перевищує суму 235 250 гривень, що є набагато більше ніж сума штрафу, встановленого санкцією статті «Доведення до банкрутства». На нашу думку обрахунок штрафу в твердій сумі – неоподаткованому доходу громадян, який складає 17 гривень через невідворотні інфляційні процеси в державі є застарілим.

Слід зазначити, що кримінальне законодавство більшості країн СНД і Балтії передбачають обрахування штрафу не в абсолютних грошових одиницях, а в мінімальних розмірах заробітної плати (КК Республіки Білорусь, КК Латвійської республіки, КК Таджикістану, КК Узбекістану та ін.), в денних заробітних платах (КК Грузії), в місячних розрахункових показниках (КК Казахстану). І обрахування розміру штрафу від розміру мінімальної заробітної плати є найбільш прийнятний, оскільки він не залежить від рівня інфляції, а його розмір має бути співрозмірним з розміром збитків, який засуджений завдає кредитору – а саме у 2011 році на суму 235 250 гривень. При мінімальному розмірі заробітної плати станом на 01.01.2011р. в 941 гривню, цей розмір складає 250 мінімальних заробітних плат.

На нашу думку при встановленні санкцій за господарські злочини у чинному Кримінальному кодексі України слід відмовитись від стягнення штрафу у відповідних розмірах неоподаткованого мінімуму доходів громадян, і запровадити стягнення штрафів у відповідних розмірах мінімальної заробітної плати.

Також ми вважаємо позитивним збільшення розміру штрафу за цією статтею проектом Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації

© Гордієнко В., 2012

відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності та службової діяльності», та вважаємо, що за вчинення злочину «Доведення до банкрутства» має бути посилена відповідальність шляхом передбачення суми штрафу не від неоподаткованих мінімумів доходів громадян, а *в розмірі від ста до п'ятисот мінімальних заробітних плат*, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

ПРОБЛЕМА ДОБРОВІЛЬНОЇ ВІДМОВИ ВІД ЗЛОЧИНУ СПІВВИКОНАВЦЕМ ЗЛОЧИНУ

Гриниха І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

З прийняттям КК України 2001 р. вперше на законодавчому рівні досить детально врегульовано питання добровільної відмови від злочину, в тому числі й виписано її умови та межі відповідальності співучасників злочину. Однак це не зняло деяких спірних моментів, що тривалий час є предметом наукових дискусій та, як наслідок, отримують різну правову оцінку. Серед них і проблема добровільної відмови співвиконавця злочину.

У ч. 1 ст. 31 КК законодавець, визначивши умови добровільної відмови від вчинення злочину виконавця, текстуально не передбачив жодних відмінностей щодо одноособового виконання співучасником об'єктивної сторони злочину та вчинення таких дій кількома суб'єктами (співвиконавцями – за визначенням КК): «У разі добровільної відмови від вчинення злочину виконавець (співвиконавець) не підлягає кримінальній відповідальності за наявності умов, передбачених статтею 17 цього Кодексу. У цьому випадку інші співучасники підлягають кримінальній відповідальності за готування до того злочину або замах на той злочин, від вчинення якого добровільно відмовився виконавець» (відповідно до ч. 1 ст.17 такими умовами є остаточне припинення особою за своєю волею готування до злочину або замаху на злочин, якщо при цьому вона усвідомлювала можливість доведення злочину до кінця). Але чи тотожні вони фактично?

З точки зору законодавчої техніки наведене вище формулювання бажає кращого. По-перше, виникає запитання, як тлумачити зміст термінологічного звороту «припинення готування до злочину чи замаху на злочин» (ч. 1 ст. 17 КК), зважаючи на те, що при співвиконавстві діяння, що становлять об'єктивну сторону злочину, вчиняються спільно кількома суб'єктами. Як вимогу припинити дії всіх осіб, що в сукупності містять ознаки готування до злочину чи замаху на злочин, чи й як можливість припинити лише свою участь у злочині, що містить ознаки створення умов для вчинення злочину (готування) або безпосереднього його виконання (замах)? На цей аспект проблеми вказує і В. Щепельков. По-друге, викликає сумніви універсальність твердження, що інші співучасники у випадку добровільної відмови виконавця (співвиконавця) несуть відповідальність за незакінчений злочин. Виникає запитання, чи законодавець не до кінця врегулював добровільну відмову співвиконавця злочину, чи вважає, що для такої відмови слід запобігти доведенню злочину до кінця іншими співвиконавцями? Тоді наскільки обґрунтовано умови добровільної відмови співвиконавця ставити в залежність від недоведення іншими співвиконавцями до кінця спільної діяльності?

На жаль, у науково-практичних коментарях до КК України (настільній книзі працівників правоохоронних органів), за невеликим винятком, положення ч. 1 ст. 31 тлумачаться досить загально, жодних акцентів на добровільній відмові співвиконавця не робиться, де-не-де лише зазначається, що вони є ідентичними до визначених для виконавця злочину. Проаналізуємо, як цю проблему пропонує вирішувати наука кримінального права.

Очевидно, що проблем встановлення наявності добровільної відмови не виникає, якщо від доведення злочину до кінця відмовляються всі співвиконавці. Складнішою є кримінально-правова оцінка поведінки одного із співвиконавців, що за власною волею припиняє участь у злочині, коли інші все ж продовжують вчинення злочину. В науковому середовищі єдиного підходу до вирішення цього питання на сьогодні не сформовано.

Один із них – найбільш радикальний: співвиконавець повинен запобігти доведенню злочину до кінця іншими співвиконавцями, настанню злочинних наслідків. В. Щепельков аргументує такий підхід наступним чином: по-перше, в КК мова йде про припинення готування чи замаху, по-друге – логіка диференціації кримінальної відповідальності повинна передбачати, принаймні, не менш жорсткі умови добровільної відмови для виконавця, ніж для інших учасників злочину. Більше того, якщо поряд з виконанням об'єктивної сторони злочину спільно з іншими особа ще виконувала і функції підбурювача чи організатора, то відповідно зі ст. 31 КК

© Гриниха І., 2012

(РФ) для добровільної відмови їй необхідно запобігти настанню злочинних наслідків. Таким, що відповідає чинному законодавству та є найбільш аргументованим, цей підхід до вирішення проблеми вважають В.І. Павликівський та В.В. Шалахіна. На їх думку, сутність добровільної відмови полягає у тому, що особа вчиняє протиправні дії, спрямовані на спричинення шкоди певним об'єктам правової охорони, а потім за власною волею припиняє діяння і злочинний результат не настає. … Для того, щоб злочинний результат не настав, особа повинна або взагалі не вчиняти певних дій (бездіяльності), або нейтралізувати їх наслідок. Тому співвиконавець, аби факт його добровільної відмови був визнаний, повинен на стадії виконання об'єктивної сторони злочину припинити не тільки власне діяння, а також здійснити всі заходи, щоб зруйнувати причинний зв'язок між своїм діянням та злочинним результатом. На такій же позиції стоять А.А. Тер-Акопов, С.С. Аветисян. Є.О. Галактіонов обґрунтовує такий підхід наданою співвиконавцем згодою брати участь у злочині, чим сприяє прийняттю співучасниками рішення про вчинення групового злочину. Тому лише у випадку активних його дій, спрямованих на запобігання злочинних дій, які призвели до остаточного припинення розпочатої злочинної діяльності, відмова співвиконавця буде добровільною.

Інша група криміналістів вбачає добровільну відмову на боці співвиконавця, який відмовився від продовження розпочатого злочину, обмежившись особистим невиконанням запланованого (М.Д. Дурманов, Д. Дядько, К.О. Панько, М.М. Скорілкін, П.Ф. Тельнов та ін.). С.Д. Шапченко та В.В. Пітецький обґрунтовують такий підхід відсутністю законодавчо встановленого обов'язку запобігти вчиненню злочину іншим співвиконавцем. Д. Дядько пояснює це тим, що кожен співвиконавець виконує дії, що утворюють склад злочину, а тому достатньо не вчиняти дій, що утворюють об'єктивну сторону злочину (недоліком аргументації Д.Дядька є те, що він обмежується лише випадками, коли співвиконавець взагалі не переходить до виконання об'єктивної сторони, або не вчиняє своєї частини дій по виконанню об'єктивної сторони, коли її інша частина вже виконана рештою співвиконавцями). Фактично такий же аргумент у М.М. Скорілкіна. Співвиконавцю, стверджує автор, немає необхідності відмовлятися від свого внеску у вчинення злочину при добровільній відмові, що необхідно робити при складній співучасті. На підтвердження своїх висновків автор наводить досить сумнівний, на наш погляд аргумент: чим можна було б пояснити положення, що в складній співучасті кримінальна відповідальність виконавця, який добровільно відмовився від вчинення злочину, виключається, а при простій співучасті вона б наставала.

Проте і з цього нібито загального правила деякими криміналістами робляться винятки. Перший пов'язаний із поєднанням в одній особі функцій кількох співучасників: добровільна відмова повинна носити активну форму, коли співвиконавець одночасно виконує роль підбурювача чи організатора злочину. В таких випадках він повинен запобігти вчиненню злочину іншими співвиконавцями (Д. Дядько, М.М. Скорілкін). Таку ж думку висловлюють р.Н. Судакова, Ю.В. Гродецький, С.В. Клименко.

Другий виняток із правила В.В. Пітецький пов'язує із випадками розподілу обов'язків між співвиконавцями: наприклад, один із співвиконавців починає виконання об'єктивної сторони злочину, а інший її завершує.

Третій підхід зводиться до того, що ставить форму добровільної відмови співвиконавця в залежність від форми співучасті у злочині, а точніше характеру суб'єктивного зв'язку між співучасниками (наявності/відсутності попередньої змови про вчинення злочину). Вважається, що припинення вчинення співвиконавцем власного діяння, якщо інші доводять злочин до кінця, достатньо лише для співвиконавства у групі осіб без попередньої змови, оскільки вплив співучасників у такій групі один на одного мінімальний. Не дивлячись на те, що співучасники і розуміють, що спільно вчиняють злочин, зв'язок між ними не носить стійкого характеру (А.А. Клюєв), особа не робить внеску у вчинене іншими співвиконавцями, основним моментом тут є відпадіння в особи задуму на спільну участь у злочині, що виник раніше (А.А. Шакірова). Що ж до вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою, то добровільна відмова співвиконавця можлива лише шляхом припинення спільного злочину. Припинення лише власних злочинних дій одним із співвиконавців недостатньо, оскільки, окрім виконання об'єктивної сторони, цей учасник групи утверджує рішучість вчинити злочин з іншими співучасниками. При цьому А.А. Шакірова підкреслює, що повна добровільна відмо-

ва особи, що дала згоду на співвиконавство у складі групи осіб за попередньою змовою, можлива лише шляхом запобігання злочину. Хоча, що таке повна добровільна відмова автор не пояснює, з її праці можемо зробити висновок, що у випадку доведення іншими учасниками групи злочину до кінця, особа, яка припинила власну участь у злочині, повинна нести відповідальність за інтелектуальне пособництво: погоджуючись брати участь у груповому злочині, він прийняв рішення спільно з іншими учасниками групи здійснити спільний злочинний намір.

Вважаємо, що в основі вирішення питання про наявність добровільної відмови співвиконавця злочину має лежати наявність чи відсутність причинного зв'язку між його попередньою поведінкою (до моменту припинення власного діяння) та злочинними наслідками. Адже загальною істотною ознакою добровільної відмови будь-якого співучасника злочину є розрив причинного зв'язку між його діянням і злочинними наслідками, або ж своєчасне усунення свої участі в злочині (Ю.В. Гродецький). Суб'єкт підлягає кримінальній відповідальності лише у випадку, коли вчинене ним суспільно небезпечне діяння містить склад злочину, передбачений КК (ч. 1 ст. 2 КК України), а отже лише за те діяння (дію чи бездіяльність), що знаходиться в причинному зв'язку із завданою об'єкту кримінально-правової охорони шкодою чи створеною загрозою її заподіяння.

Думаємо, що добровільна відмова співвиконавця від злочину можлива і у випадках, коли інші співучасники доводять злочин до кінця. По-перше, така відмова можлива на стадії готування. Співвиконавець, погодившись на спільне вчинення злочину, надалі може відмовитися від виконання об'єктивної сторони складу злочину. Сама по собі обіцянка, не підкріплена іншими діяннями, що сприяють іншим співвиконавцям у досягненні злочинного результату, не може розглядатися як внесок у вчинення злочину. Очевидно, що нести відповідальність як співвиконавець цього злочину такий суб'єкт не може, оскільки не виконував об'єктивної сторони. Немає підстав притягувати його до відповідальності і як співучасника іншого виду. Висловлені міркування, що така згода повинна розцінюватися як інтелектуальне пособництво (А.А. Шакірова), не має під собою правової основи. Природа пособництва полягає у сприянні вчиненню злочину іншим співучасникам, яке не становить собою об'єктивної сторони злочину. Кримінальний закон встановлює вичерпний перелік способів пособництва. І простої згоди на спільне вчинення злочину серед них не передбачено (ч. 5 ст. 27 КК). Лише за умови, що така згода супроводжувалася порадами щодо спільного вчинення злочину, участю в плануванні відповідного злочину тощо, вона могла б розглядатися як інтелектуальне пособництво, за умови, що інший співвиконавець скористався ними для доведення злочину до кінця. Не підпадає така згода і під усунення перешкод для вчинення злочину (вид фізичного пособництва), яке вимагає ліквідації зовнішніх перешкод, що заважають (ускладнюють, унеможливлюють) реалізації злочинного наміру співучасників. Окрім того, аналіз умов добровільної відмови від злочину пособника (ч.2 ст. 31 КК) також засвідчує, що законодавець не розглядає саму обіцянку посприяти у вчиненні злочину до його закінчення, не підкріплену реальними діяннями, як таку, що перебуває у причинному зв'язку із спричиненою іншими співучасниками шкодою об'єкту кримінально-правової охорони.

Те ж саме спостерігаємо у випадку відмови потенційного співвиконавця від виконання дій, що безпосередньо спрямовані на об'єкт кримінально-правової охорони. З цього моменту інший співвиконавець усвідомлює, що злочин ним вчиняється самостійно, без сприяння особи, яка відмовилася виконати свою роль. Проте, якщо змова супроводжувалася вчиненням інших дій, що створювали умови для вчинення злочину, або особа виступила ініціатором вчинення злочину, фактично схиливши іншого співучасника до вчинення злочину, викликала в ньому рішучість на вчинення злочину, то в її діях можна констатувати лише часткову відмову від вчинення злочину. За фактично виконані інші ролі, якщо таким сприянням скористався інший співучасник і довів злочин до кінця, вона повинна нести кримінальну відповідальність.

Якщо дії співвиконавця, не будучи доведеними до кінця, створили умови іншому для вчинення злочину, полегшили його вчинення, то тоді розірвати зв'язок свого діяння із злочинним результатом можна відвернувши доведення злочину до кінця іншими співвиконавцями. Якщо ж вчинене співвиконавцем діяння не полегшує іншому продовження злочинної діяльності, то достатньо відмовитися від продовження власної участі у злочині. Це стосується і випа-

дків вчинення злочину групою осіб без попередньої змови. Поставивши в залежність умови добровільної відмови співвиконавця злочину від форми співучасті (стійкості суб'єктивних зв'язків), науковці залишили поза увагою об'єктивну ознаку співучасті – спільність діяльності. За умови, що вже виконані дії не полегшили доведення злочину до кінця іншому співвиконавцю, а отже вони не перебуватимуть у причиновому зв'язку із заподіяною шкодою, такому суб'єкту для добровільної відмови достатньо буде припинити власну участь у злочині. Лише за таких умов він не підлягатиме кримінальній відповідальності за вчинене, звичайно, якщо фактично скоєне діяння не міститиме ознаки іншого складу злочину.

Аргумент В. Щепелькова, що умови добровільної відмови для співвиконавця не можуть бути менш жорсткими, ніж для інших співучасників, теж сумнівний. Якщо взяти пособника, то умови добровільної відмови співвиконавця не є менш жорсткими. Такими вони можуть виглядати лише на фоні умов добровільної відмови підбурювача та організатора. Оскільки їх внесок у вчинення злочину зроблений вже до виконання об'єктивної сторони виконавцем (співвиконавцями) злочину. Анулювати його можна лише шляхом активних дій, спрямованих на запобігання доведенню злочину до кінця виконавцем (правда, думаємо, що щодо організатора, зважаючи на різні види організаторської діяльності, теж є можливість добровільної відмови шляхом бездіяльності, хоча законодавець цього не передбачив – у випадку, якщо він бере на себе функції по керівництву вчиненням злочину). Видається, що в цьому випадку треба виходити не із порівняння жорсткості умов, а із констатації причинового зв'язку між фактично вчиненим і доведеним до кінця іншим співвиконавцем злочином.

Отже, враховуючи усе вищезазначене, вважаємо за необхідне внести зміни до чинної редакції ст. 31 КК України, врегулювавши окремо питання добровільної відмови від вчинення злочину при співвиконавстві.

СТУПІНЬ ТЯЖКОСТІ ДІЯННЯ ЯК КРИТЕРІЙ ПРИ ПРИЗНАЧЕННІ ПОКАРАННЯ ЗА НЕЗАКІНЧЕНИЙ ЗЛОЧИН

Гуменюк Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Правдивість намірів держави, яка задекларувала свою відданість ідеям верховенства права та визначила свою сутність, у тому числі, як правову, далеко не в останню чергу визначається рівнем та якістю закону про кримінальну відповідальність. І на наше переконання, одним із ключових у названій характеристиці останнього є питання караності злочинних діянь у найзагальнішому його розумінні, – починаючи від визначення, власне, видів покарань і, закінчуючи підставами для звільнення від відбування покарання. Серед категорії караності, чи не найвагоміша роль (через свою інструментальність) належить правилам призначення покарання. Подібно до тієї ролі, яку виконують правила кримінально-правової кваліфікації у забезпеченні встановлення ідентичності (а відтак істинності) між фактично вчиненим особою діянням та передбаченим у кримінальному законі діянням як злочину, правила призначення покарання забезпечують встановлення відповідності (співмірності) між вчиненим злочином та реально зазнаваним правообмеженням за нього. А тому недосконаліть, неправильність чи відверта помилковість як перших, так і других правил має наслідком спотворення та нівелювання самих ідей встановлення злочинності того чи іншого діяння та його караності відповідно, не кажучи вже про те, що найвища соціальна цінність, якою виступає кожна людина, може бути безпідставно піддана заходам кримінальної репресії, які в такому випадку набувають ознак насильства з боку держави.

Особливої уваги у цьому контексті, на нашу думку, заслуговує питання відповідності (адекватності) правил призначення покарання за незакінчений злочин. Зокрема, з огляду на те, що, по перше, незакінчений злочин за своєю суттю є нереалізованим потенціалом суспільної небезпеки, тоді як покарання за нього передбачено в цілком реалізованій формі, а по друге, кримінальна відповідальність за незакінчений злочин значною мірою є похідною від кримінальної відповідальності за його закінчений аналог, що спонукає (чи навіть зобов'язує) до проведення співвідношення між ними із встановленням конкретних правових наслідків такого співвідношення.

Відповідно до ч. 1 ст. 68 Кримінального кодексу України (далі – КК України), при призначенні покарання за незакінчений злочин суд, керуючись положеннями статей 65-67 КК України, враховує ступінь тяжкості вчиненого особою діяння, ступінь здійснення злочинного наміру та причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця. Саме на питанні ступеня тяжкості діяння як критерії при призначенні покарання за незакінчений злочин й зупинимось детальніше, однак, з тим лише застереженням, що у фокусі нашої уваги перебуватиме не стільки саме поняття «ступінь тяжкості діяння (злочину)» як таке, а, радше, проблеми теоретико-прикладного значення використання цього поняття у правилах призначення покарання за незакінчений злочин.

Під критерієм, як відомо, розуміють підставу для оцінки, мірило чогось тощо. Відтак, ступінь тяжкості вчиненого особою діяння виступає тим мірилом, «індикатором», який дозволяє суду визначити адекватні (правосудні) вид та міру покарання за його вчинення. Із змісту ч. 1 ст. 68 КК України, з урахуванням положень тих статей до яких у ній здійснюється відсилання, випливає, що таких критеріїв при призначенні покарання за незакінчений злочин є декілька. Зокрема, призначаючи покарання за незакінчений злочин, суд повинен призначити його у межах, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК України, що передбачає відповідальність за той злочин, до якого особа готувалась чи на який вчинила замах (з тією лише поправкою що верхня межа, яка установлена санкцією відповідної статті (санкцією частини відповідної статті) понижується на одну другу – при готуванні та на одну третю – при замаху, максимального строку чи розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого цією санкцією). Далі, суд призначає покарання відповідно до положень Загальної частини КК України (показовим у цьому випадку може бути приклад, коли суд визначившись

© Гуменюк Ю., 2012

у застосуванні із таким видом покарання як штраф, визначаючи його розмір, повинен враховувати тяжкість вчиненого злочину та майновий стан винного. Це положення ч. 2 ст. 53 КК України, може викликати зауваження не лише щодо зайвої необхідності вкотре враховувати «тяжкість вчиненого злочину», але й сам критерій «тяжкість злочину», а не «ступінь тяжкості злочину» немає жодного прикладного сенсу. Адже тяжкість злочину як така притаманна будь-якому злочину, відмінність же між злочинами полягає у її ступені). Далі, суд повинен врахувати ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного, обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання. Далі, врахувати ступінь тяжкості вчиненого особою діяння, ступінь здійснення злочинного наміру та причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця. В підсумку, призначене покарання повинне відповідати ще одному критерію – таке покарання має бути необхідне й достатнє для виправлення особи, що вчинила злочин та попередження нових злочинів.

Перелік обставин, які підлягають врахуванню при призначенні покарання за незакінчений злочин наведено не випадково, а для того щоб мати змогу оцінити роль та значення серед них ступеня тяжкості вчиненого діяння як складової більш широкої системи критеріїв призначення покарання. Проте, проглянувши цей перелік, одразу стає помітно, що законодавець зобов'язує суд при призначенні покарання за незакінчений злочин двічі враховувати ступінь тяжкості з тією лише відмінністю, що у ст. 65 КК України йдеться про вчинений злочин, а у ст. 68 КК України зазначається про вчинене діяння. Відповідно таке різне слововживання породжує питання щодо того, чи йдеться про тотожні поняття (тобто, чи «діяння» у ст. 68 КК України вжито у розумінні «злочину, злочинне діяння»), а чи йдеться про діяння як ознаку об'єктивної сторони складу незакінченого злочину? Обидва варіанти тлумачення цих норм, в принципі, мають право на існування, але й обидва вони вказують на суттєві недоліки законодавчої регламентації. Так, якщо під діянням розуміти злочин, що цілком узгоджується з положеннями ч. 2 ст. 1, ч. 1 ст. 2, ч. 3 ст. 3 та ч.2 ст. 13 КК України, то вийде, що згадка у ст. 68 КК України про необхідність при призначенні покарання враховувати ступінь тяжкості діяння є зайвою, та може призвести до неправильного правозастосування. Ще більш вразливим є підхід згідно з яким термін «діяння», вжитий у ч. 1 ст. 68 КК України розглядати як ознаку об'єктивної сторони складу незакінченого злочину, що, начебто, й узгоджується із положенням ч. 1 ст. 11 КК України. Насамперед, йдеться про те, що некоректно вживати поняття «ступінь тяжкості», що виражає кількісну величину, до поняття діяння (дії або бездіяльності) як ознаки об'єктивної сторони. Тим більше, що у цій же ч. 1 ст. 68 КК України, зазначено, що підлягає окремому врахуванню ступінь здійснення злочинного наміру. Тому у такому контексті, більш підставно було б вести мову не про ступінь тяжкості діяння, а про його характер як якісний вимір. З іншого боку, розгляд «діяння» як ознаки об'єктивної сторони у змісті ст. 68 КК України, означав би, що при призначенні покарання за незакінчений злочин суд мав би враховувати абстрактну ступінь тяжкості закінченого злочину, у готуванні до вчинення якого чи у замаху на вчинення якого особу визнано винуватою. Практичність, а основне, правомірність такого врахування видаються більш ніж сумнівними. Окрім того, подібний підхід у кримінально-правовій літературі справедливо піддається критиці, адже абстрактна ступінь тяжкості злочину визначається самим законодавцем у відповідній статті Особливої частини КК України.

Відтак, пропонуємо із ч. 1 ст. 68 КК України вилучити вказівку про врахування ступеня тяжкості діяння як такого, що зайвий раз дублює положення ст. 65 КК України (тут доречним буде зазначити, що такі пропозиції, щоправда з дещо іншою аргументацією, висловлювались науковцями й раніше, зокрема В. Василашем). Як додатковий, можна навести й той аргумент, що з огляду на ті завдання правового регулювання, які покликані виконувати положення ст. 68 КК України, у ній мали б міститися лише такі положення, які виступали б спеціальними (особливими) відносно загальних положень щодо призначення покарання, які передбачені ст. 65 КК України. Таким чином, при призначенні покарання за незакінчений злочин, суд лише один єдиний раз повинен враховувати ступінь тяжкості вчиненого особою незакінченого злочину.

Чинний КК України не містить визначення ні тяжкості злочину, ні ступеня тяжкості злочину, проте вказує, що залежно від ступеня тяжкості злочини поділяються на злочини невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкі та особливі тяжкі (ст. 12 КК України). У теорії ж кри-

мінального права чи не найпоширенішим є підхід, згідно з яким тяжкість злочину визначається характером і ступенем суспільної небезпеки злочину, видом і розміром кримінального покарання. Звідси, ступінь тяжкості злочину можна визначити як якісно (характер) - кількісний (ступінь) рівень (обсяг) суспільної небезпеки злочину. Похідне визначення поняття суспільної небезпеки міститься у ч. 2 ст. 11 КК України, відповідно до якого суспільну небезпеку злочину можна охарактеризувати як його здатність заподіювати або створювати реальну загрозу (небезпеку) заподіяння істотної шкоди об'єктам кримінально-правової охорони. Власне, створення реальної небезпеки заподіяння істотної шкоди охоронюваним кримінальним законом правовідносинам й характеризує суспільну небезпечність незакінченого злочину, і що найголовніше, за інших рівних умов виступає основною розмежувальною ознакою між ступенем тяжкості закінченого та незакінченого аналогічного (того ж) злочину. Однак, залишається відкритим питання щодо міри (обсягу) відмінності між цими ступенями суспільної небезпеки.

Вважаємо, що частково відповідь на вказане питання можна знайти у положеннях частин 2 і 3 ст. 68 КК України, у яких йдеться про пониження верхньої межі санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК України при призначенні покарання за незакінчений злочин. Так, якщо крадіжка, поєднана із проникненням у чуже житло як закінчений злочин карається позбавленням волі на строк від трьох до шести років, то вже замах на крадіжку, поєднану із проникненням у чуже житло карається позбавленням волі на строк від трьох до чотирьох років. Звідси, за інших рівних умов, можна визначити «ціну» відмінності між заподіянням істотної шкоди та створенням реальної загрози заподіяння такої шкоди. Проте, такий механізм визначення співвідношення ступеня тяжкості між закінченим та незакінченим аналогічним злочином спрацьовує лише у тому разі, коли ступінь тяжкості конкретно вчиненого особою злочину є максимальним у межах типізованого (абстрактного) ступеня тяжкості цього злочину, окресленого відповідними межами санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК України. Іншими словами, це стосується тих випадків коли йдеться про наявність усіх підстав для призначення максимального розміру чи строку найбільш суворого виду покарання, передбаченого у санкції відповідної статті.

Але законодавець не дає відповіді на питання щодо того, як впливає на призначення покарання відмінність між ступенем тяжкості закінченого та незакінченого злочину у тих випадках, коли за інших рівних умов, наявними є всі підстави для призначення за закінчений злочин мінімального розміру чи строку найменш суворого виду покарання. Якщо повернутись до нашого прикладу, то таке питання стосуватиметься того, яке покарання слід призначити особі за замах на крадіжку, поєднану із проникненням у житло, якщо за всіх інших рівних умов, особа, за вчинення закінченого складу цього злочину, підлягає покаранню у виді позбавлення волі строком у три роки. Навряд чи справедливим буде призначення особі такого ж покарання й за замах.

Ще менш придатними, згадані положення частин 2 і 3 ст. 68 КК України, для того, щоб виступати критерієм для встановлення відмінності між ступенем тяжкості закінченого та незакінченого аналогічного злочину, постають у тих випадках, коли незакінчений злочин полягає у готуванні чи замаху на злочин, за вчинення якого передбачено покарання у виді довічного позбавлення волі. Зокрема, це випливає із роз'яснень Пленуму Верховного Суду України, який у п. 6-1 своєї постанови «Про практику призначення судами кримінального покарання» від 24.10.2003 р. № 7 вказує, що правила частин 2 і 3 ст. 68 КК України не можуть бути застосовані при призначенні покарання особі, яка у віці 18 і більше років вчинила злочин, за який передбачено найбільш суворий вид покарання – довічне позбавлення волі, оскільки цей вид покарання є таким, що виключає можливість визначення його половини чи двох третин. Очевидно, що таке несправедливе, з яскраво вираженим обвинувальним ухилом, роз'яснення щодо застосування частин 2 і 3 ст. 68 КК України, найкращим чином може бути виправлене шляхом передбачення у КК України (у ст. 64 або ст. 68) прямої вказівки про те, що довічне позбавлення волі не може застосовуватись до осіб, які вчинили незакінчений злочин.

Таким чином, можемо констатувати, що існує і необхідність, і підстави для більш повної законодавчої формалізації відмінності між ступенем тяжкості закінченого та незакінченого злочину у правилах призначення покарання за незакінчений злочин.

Важливим також є з'ясування співвідношення між ступенем тяжкості закінченого та незакінченого замаху на відповідний злочин. Щоправда, законодавець передбачає додатковий критерій для встановлення відмінності між ними при призначенні покарання, а саме врахування ступеня здійснення злочинного наміру. Проте, на нашу думку, більш переконливою є позиція тих науковців, які вказують на необхідність формалізації диференціації між правилами призначення покарання за закінчений та незакінчений замах в частині визначення міри покарання. Адже, закінчений замах є більш суспільно небезпечним, ніж замах незакінчений, з огляду хоча б на те, що при останньому в особи потенційно залишалась можливість реалізувати своє право на добровільну відмову від доведення злочину до кінця.

Підсумовуючи вищенаведене, слід зазначити, що питання врахування ступеня тяжкості вчиненого особою незакінченого злочину як критерія при призначенні покарання за його вчинення потребує ще як додаткової теоретичної розробки, так і суттєвого удосконалення своєї законодавчої регламентації.

ПИТАННЯ РІВНОПРАВНОСТІ ГРОМАДЯН У ПРАКТИЦІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ: КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Денькович О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Однією із гарантій дотримання проголошеного у ст. 24 Конституції України принципу неприпустимості встановлення обмежень чи привілеїв за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовним або іншими ознаками є закріплена у ст. 161 Кримінального кодексу України (далі – КК України) норма, яка передбачає кримінальну відповідальність за пряме чи непряме обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян за цими ознаками. Різні аспекти вказаного конституційного принципу неодноразово розглядалися Конституційним Судом України (далі – КС України). За результатами розгляду орган конституційного контролю сформулював низку правових позицій, серед яких для з'ясування змісту ознак складу злочину, закріпленого у ст. 161 КК України «Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або релігійних переконань», значення мають наступні:

1) Конституція України не забороняє встановлення обмежень чи привілеїв, однак такі привілеї та обмеження не можуть встановлюватися за ознаками, визначеними у ст. 24 Конституції України (абз. 2 п. 3.3 мотивувальної частини Рішення КС України у справі про граничний вік перебування на державній службі та на службі в органах місцевого самоврядування від 16.10.2007 року № 8-рп/2007). Оскільки, встановлення обмежень чи привілеїв за ознаками, які не названі у ст. 24 Конституції України, дозволяється, то такі діяння не є суспільно-небезпечними, а отже, не є злочинами. Перелік ознак, кримінальна відповідальність за пряме чи непряме обмеження прав громадян або встановлення прямих чи непрямих привілеїв за якими передбачена ст. 161 КК України, повинен відповідати переліку ознак, закріплених у ч. 2 ст. 24 Конституції України. Тому *кримінальний закон не може передбачати відповідальності за порушення рівноправності громадян за ознаками, які не названі у ст. 24 Конституції України.*

2) закріплений у ч. 2 ст. 24 Конституції України принцип «визначає загальне правило неприпустимості встановлення за соціальними або особистими ознаками привілеїв чи обмежень» (абз. 2 п. 3.3 мотивувальної частини Рішення КС України у справі про граничний вік перебування на державній службі та на службі в органах місцевого самоврядування від 16.10.2007 року № 8-рп/2007). Ґрунтуючись на принципі відповідності положень КК та Конституції України, *перелік ознак, встановлення привілеїв або обмежень прав громадян за якими тягне кримінальну відповідальність за ст. 161 КК України, також охоплює соціальні або особисті ознаки. Таким чином під терміном «інші ознаки» у ст. 161 КК України слід розуміти лише соціальні або особисті ознаки.*

Ґрунтуючись на значенні поняття «особистий» як такий, який безпосередньо стосується якої-небудь особи, пов'язаний з нею, навряд чи обґрунтованим є висновок КС України про те, що вік особи не належить до її особистих ознак. Зокрема, у абз. 2 п. 3.4 мотивувальної частини Рішення від 16.10.2007 року № 8-рп/2007 у справі про граничний вік перебування на державній службі та на службі в органах місцевого самоврядування КС України зазначив, що у ч. 2 ст. 24 Конституції України вік не можна віднести до "інших ознак", що згадуються у зазначеному положенні. Тому встановлення вікових обмежень не може вважатися порушенням принципу правової рівності громадян. Отже, *вік особи не охоплюється поняттям «інші ознаки» у ст. 161 КК України*, а тому встановлення привілеїв чи обмежень за віковою ознакою не є кримінально-караним.

Вказана правова позиція КС України дає підстави стверджувати, що не кожна соціальна або особиста ознака належить до таких, за якими забороняється встановлення привілеїв або обмежень як Конституцією так і КК України. З огляду на сказане, органу конституційного ко-

© Денькович О., 2012

нтролю слід було навести критерії визначення особистих та соціальних ознак, які б дозволяли у кожному конкретному випадку вирішувати питання про те, чи належить певна ознака до таких, за якими забороняється встановлення привілеїв або обмежень прав громадян.

3) за результатами розгляду поняття «місце проживання» як ознаки, за якою забороняється встановлювати привілеї або обмеження, орган конституційного контролю прийшов до висновку, що за змістом статті 24 Конституції України під словосполученням "місце проживання" мається на увазі місце проживання громадян за територіальною ознакою (село, селище, місто чи інша адміністративно-територіальна одиниця), а не конкретне жиле приміщення (будинок, квартира, службова квартира) (абз 2 п. 3 мотивувальної частини Рішення у справі про приватизацію державного житлового фонду від 28.09.2000 року № 10-рп/2000). На підставі вказаного розуміння поняття «місце проживання», КС України зробив висновок, що включення законом певних жилих приміщень до переліку об'єктів, що не підлягають приватизації, не може розглядатися як обмеження прав людини за ознакою місця проживання, а отже такі дії не охоплюються ст. 161 КК України.

4) поняття «привілеї» та «пільги» не є тотожними (абз. 2 п. 4 мотивувальної частини Рішення КС України у справі про офіційне тлумачення терміна "член сім'ї" від 03.06.1999 року № 5-рп/99), а тому не є злочином, передбаченим у ст. 161 КК України, встановлення пільг громадянам за ознаками, які названі у ст. 161 КК України;

5) принцип заборони встановлення привілеїв чи обмежень за соціальними та особистими ознаками не є абсолютним (абз. 2 п. 3.3 мотивувальної частини Рішення КС України у справі про граничний вік перебування на державній службі та на службі в органах місцевого самоврядування від 16.10.2007 року № 8-рп/2007). Цей висновок органу конституційного контролю означає, що не кожне обмеження прав чи встановлення привілеїв за ознаками, названими у ст. 161 КК України, є кримінально-караним. Окремі випадки законності встановлення обмежень прав громадян за ознаками, названими у ст. 24 Конституції України та ст. 161 КК України відповідно, орган конституційного контролю наводить у своїх рішеннях (абз. 3 п. 2 мотивувальної частини Рішення КС України у справі про віковий ценз від 18.04.2000 року №5-рп/2000; абз. 5 п. 3.3 мотивувальної частини Рішення КС України у справі про граничний вік перебування на державній службі та на службі в органах місцевого самоврядування від 16.10.2007 року № 8-рп/2007).

Однак встановлення привілеїв або обмежень прав громадян за такими ознаками підпорядковується певним вимогам, окремі з яких визначені КС України. Зокрема, по-перше, мета встановлення певних відмінностей (вимог) у правовому статусі повинна бути істотною, а самі відмінності (вимоги), що переслідують таку мету, мають відповідати конституційним положенням, бути об'єктивно виправданими, обґрунтованими та справедливими (абз. 7 п. 4.1 мотивувальної частини Рішення КС України у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу від 07.07.2004 року № 14-рп/2004), по-друге, такі привілеї та обмеження мають бути рівними для усіх громадян (абз. 1 п. 5.5 мотивувальної частини Рішення КС України у справі про заощадження громадян від 10.10.2001 року № 13-рп/2001).

Оскільки дозволяється встановлення привілеїв або обмежень за ознаками, вказаними у ч. 2 ст. 24 Конституції України, у випадку дотримання відповідних вимог, то фактично *у ст. 161 КК України передбачено кримінальну відповідальність не за сам факт встановлення привілеїв чи обмежень прав громадян за вказаними у ній ознаками, а за недотримання принципів у встановленні цих привілеїв чи обмежень.*

Разом з тим КС України створив труднощі у застосуванні ст. 161 КК України, адже у жодному нормативно-правовому акті конкретно не визначено вимоги, які ставляться до процедури встановлення обмежень прав громадян або надання привілеїв за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовним або іншими соціальними чи особистими ознаками. Визначивши факт допустимості винятків із принципу заборони встановлення обмежень та привілеїв за соціальними та особистими ознаками, КС України не визначив випадків, коли такі винятки дозволяються і де вони повинні передбачатися. В якості прикладів винятків із вказаного принципу, орган конституційного контролю наводить випадки

обмеження прав або встановлення привілеїв за соціальними та особистими ознаками законодавцем, державними органами та їх посадовими особами. Чи можуть такі винятки застосовуватися також фізичними та юридичними особами, КС України не вказує, але й не забороняє.

Таким чином тлумачення КС України принципу заборони обмеження прав громадян не відповідає принципам ясності, чіткості, однозначності результату інтерпретації. Таке тлумачення створило ще більше неясностей у розумінні змісту норми, закріпленої у ст. 161 КК України.

ПОТЕНЦІЙНА ТА РЕАЛЬНА ЕФЕКТИВНІСТЬ ЗАБОРОНЯЮЧИХ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ НОРМ

Ждиняк Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У науковій літературі виділяють потенційну (прогнозовану) та реальну ефективність правових норм. Позиції дослідників умовно можна поділити на три групи:

В.В. Лазарєв, М.П. Лебедєв, С.В. Максімов, Л.Х. Мінгазов у своїх дослідженнях виділяють потенційну і реальну ефективність правових норм. Так, В.В. Лазарєв вказує, що ефективність у самій нормі існує тільки у можливості (потенційна ефективність). Своє реальне буття вона отримує у процесі реалізації норми, під час взаємодії з реальними суспільними відносинами.

Представники другої групи зазначають, що має значення лише реальна ефективність правових норм, під якою вони розуміють ефективність дії правових норм. Зокрема, В.М. Кудрявцев, В.І. Нікітинський, І.С. Самощенко, В.В. Глазирін зазначають, « … говорячи про ефективність правових норм, ми завжди мали та маємо на увазі не внутрішню якість правових рішень, а певну властивість їх дії».

Дослідники третьої групи (Ф.Н. Фаткулін, Л.Д. Чулюкін, А.С. Пашков, Д.М. Чечот, В.М. Сирих) вважають, що слід говорити лише про потенційну ефективність правових норм. На їх думку, ефективність правових норм фіксує їх певну внутрішню властивість, а саме їх здатність здійснювати сприятливий вплив на об'єкт у заданому напрямку при даних конкретних соціальних умовах (Ф.Н. Фаткулін, Л.Д.Чулюкін).

Однак, не всі науковці, що виокремлюють потенційну ефективність правових норм як самостійний вид вважають необхідним її дослідження. Так, на думку І.Г. Філановського та В.М. Бурлакова правильним є не визначення здатності права здійснювати свій вплив на регульовані суспільні відносини (здатність права здійснювати вплив вони не ставлять під сумнів), а визначення результатів такого впливу, що визначаються кількісними та якісними показниками.

Щодо забороняючих кримінально-правових норм доцільно виділяти та досліджувати потенційну та реальну ефективність, з врахуванням наступного.

Прийняття будь-якої кримінально-правової норми передбачає бажання законодавця досягнення певної мети. Для цього необхідно забезпечити закладення у процесі правотворчої діяльності необхідних властивостей кримінально-правової норми, що визначають її якість. На нашу думку, якість забороняючих кримінально-правових норм визначається: 1) внутрішньою досконалістю кримінально-правової норми – характеризує зміст норми; 2) зовнішньою досконалістю – характеризує форму кримінально-правової норми. Головним критерієм, за яким оцінюється потенційна ефективність забороняючих кримінально-правових норм є якість норми. Таким чином, оцінку потенційної ефективності забороняючих кримінально-правових норм слід проводити на основі показників, що характеризують якість норми із змістовного та формально-юридичного боку.

Варто зазначити, що у дослідженнях проблематики ефективності правових норм головна увага приділялася оцінці діючих норм (у дослідженнях І.С. Самощенко, В.І. Нікітинського, А.С. Пашкова, Д.М. Чечота). Однак, на сьогоднішній день стає все очевиднішим необхідність у дослідженнях якісних характеристик правових норм, її потенційної ефективності. Тому, ми вважаємо, що потенційну ефективність забороняючих кримінально-правових норм необхідно виділяти та досліджувати, адже це дає змогу ще до набрання чинності кримінально-правової норми визначити вплив (потенційний), що здійснюватиме кримінально-правова норма на суспільні відносини.

У літературі зустрічаються терміни «потенційна ефективність», «прогнозована ефективність», «розрахункова ефективність», «теоретична ефективність» правових норм. Науковці, що застосовують ці різні терміни фактично розуміють під ними одне й те ж: певну властивість, закладену законодавцем при прийнятті кримінально-правової норми.

© Ждиняк Н., 2012

Ще у літературі зустрічається поняття «технічна ефективність». Так, на думку Горбаня В.С., технічна ефективність пов'язана з розумінням технологічного характеру закону і його формою. Виконання вимоги технічної ефективності означає дотримання вимог формальної логістики, прийомів, способів і засобів підготовки текстів нормативних актів. Розуміння В.С. Горбанем технічної ефективності, на нашу думку, характеризує зовнішню досконаліть кримінально-правової норми. Не заперечуючи загалом щодо виділення технічної ефективності правових норм, варто зазначити, що поза увагою автора залишаються внутрішні (змістовні) характеристики правової норми. Проте, проведення досліджень технічної ефективності тільки сприятиме всебічному дослідженню цієї проблематики.

Для того, щоб потенційна ефективність кримінально-правової норми «запрацювала», необхідний відповідний механізм для її реалізації, оскільки втілення змісту забороняючої кримінально-правової норми у поведінці конкретної людини впроваджується саме через механізм реалізації забороняючих кримінально-правових норм.

У попередніх публікаціях ми визначили, що механізм реалізації забороняючих кримінально-правових норм - це певний процес здійснення суб'єктами прав та виконання обов'язків, визначених законом про кримінальну відповідальність, що виражається в правомірній усвідомленій вольовій поведінці осіб, що підлягають кримінальній відповідальності.

Головне завдання механізму реалізації забороняючих кримінально-правових норм – забезпечити їх дієвість, а відтак і ефективність. Завдяки механізму реалізації забороняючих кримінально-правових норм проявляються якісні властивості норми, які за умови належного його функціонування переходять в кількісні, тобто, у належне впорядкування суспільних відносин; таким чином ефективність забороняючих кримінально-правових норм – якісно- кількісна категорія. Тобто, від здатності механізмів реалізації кримінально-правової норми реалізувати закладені в ній якісні властивості залежить у підсумку ефективність кримінально-правової норми. Тому, під реальною ефективністю забороняючих кримінально-правових норм ми розуміємо ефективність механізму її реалізації.

Для забезпечення ефективності механізму реалізації забороняючих кримінально-правових норм законодавцю потрібно максимально врахувати всі умови, що впливають при їх реалізації на поведінку осіб, що підлягають кримінальній відповідальності у дотриманні кримінально-правової заборони.

З врахуванням вказаного, виходячи із специфіки забороняючих кримінально-правових норм можна зробити такі висновки:

- обґрунтованим, на нашу думку, є поділ ефективності забороняючих кримінально-правових норм на потенційну та реальну;

- потенційну ефективність забороняючих кримінально-правових норм доцільно не лише виділяти, але й досліджувати, оскільки це дає змогу ще до набрання нормою чинності визначити вплив (потенційний), що здійснюватиме остання на суспільні відносини;

- під реальною ефективністю забороняючих кримінально-правових норм слід розуміти ефективність механізму реалізації забороняючих кримінально-правових норм, оскільки саме завдяки йому якісні властивості норми переходять в кількісні, тобто, у належне впорядкування суспільних відносин.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОХОРОНА КОНСТИТУЦІЙНОГО ЛАДУ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Ільницька С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Порівняльне кримінальне право є частиною науки порівняльного права. Під ним необхідно розуміти сукупність знань про кримінально-правові системи сучасності, їх історію і закономірності розвитку.

Різні науковці виділяють у залежності від вибору певних критеріїв різні види правових систем. Найбільш правильною видається поділ правових систем на 3 великих групи: 1) романо-германська (континентальна); 2) англо-американська; 3) мусульманська.

В деяких країнах існують змішані системи кримінального права.

Отже, розглянемо детальніше кожну із них та яке місце надається кримінально-правовій охороні конституційного ладу в різних правових системах сучасності.

Романо-германська (континентальна) система кримінального права характеризується такими основними рисами, як:

1) наявність у кримінальних кодексах загальнотеоретичного визначення норм-цілей, задач КК, мети покарання, формально-матеріального визначення злочину, закріплення інституту судимості;

2) намагання повністю кодифікувати кримінальне право, включення всіх складів злочину в Особливу частину КК, відсутність окремих воєнних кодексів тощо.

До романо-германської правової системи кримінального права відносяться: Франція, Німеччина, Австрія, Швейцарія, Ліван, Сирія, Польща, Росія, Грузія, Китай, Латвія, Литва,Україна та інші. Тож детальніше зупинимось на характеристиці окремих з них.

Кримінальний кодекс Республіки Польща у главах XVII та XVIII передбачає відповідальність за злочини проти безпеки держави, серед яких стаття 127 та 138 присвячена саме кримінально-правовій охороні конституційного ладу держави.

Відповідно до § 1 та 2 статті 127 кримінально-протиправними вважатимуться дії, вчинені з метою насильницької зміни конституційного ладу Республіки Польща особами, які попередньо домовились про спільне їх вчинення, а також готування до вчинення таких дій, а стаття 138 КК встановлює відповідальність за дії, вчинені з метою насильницької зміни конституційного ладу держав-союзників, якщо така держава гарантує взаємність.

Дещо схожими є норми Кримінального закону Грузії. Він, як і більшість пострадянських держав, закріпив окремий розділ, присвячений злочинам проти держави.

Зокрема, глава XXXVII розділу XI закріплює відповідальність за злочини проти основ конституційного ладу і безпеки Грузії.

Відповідно до статей 315 та 317 Кримінального Закону Грузії кримінально-протиправними вважатимуть такі діяння, як:

1) змова на вчинення дій, спрямованих на насильницьку зміну конституційного ладу, а також вчинення заворушень з вищезазначеною метою;

2) вчинення заворушень з вищевказаною метою, якщо вони потягли смерть особи чи інші тяжкі наслідки;

3) публічні заклики до насильницької зміни конституційного ладу чи до озброєння з тією самою метою чи розповсюдження матеріалів з такими закликами;

Якщо ж така змова чи заворушення з вищезазначеною метою буде вчинена громадянами Грузії або особами без громадянства, які постійно проживають на території Грузії, то їх вважатимуть такими, що вчинили державну зраду.

Державною зрадою визнає посягання на конституційний порядок держави і законодавець Федеративної Республіки Німеччина.

Так, відповідно до § 81 Глави 2 Розділу 1 Кримінального Закону ФРН кримінально-протиправними вважатиметься будь-яка спроба з допомогою застосування насильства чи пог-

© Ільницька С., 2012

рози застосування насильства змінити конституційний порядок, встановлений Основним законом Федеративної Республіки Німеччина.

Крім відповідальності за державну зраду ФРН, Кримінальний Закон у § 82 Глави 2 Розділу 1 передбачає відповідальність за державну зраду Землі, під якою необхідно розуміти застосування насильства чи погрози його застосування з метою змінити конституційний порядок, передбачений Конституцією Землі.

Кримінальна відповідальність за посягання на конституційний лад закріплена і в Кримінальному кодексі Швейцарії у статтях 275, 275bis, 275ter. Зокрема, стаття 275 Розділу 13.3 Книги 2 передбачає відповідальність за посягання на конституційний порядок, під яким розуміють вчинення дій, спрямованих на протиправну зміну конституційного порядку конфедерації чи її кантонів або його порушення. Крім цього, у статті 275bis передбачена відповідальність за проведення пропаганди іноземної держави, яка спрямована на насильницьке повалення конституційного порядку Конфедерації чи кантону, а стаття 275ter забороняє заснування об'єднань з метою вчинення дій, передбачених статтею 275bis, вступ у такі об'єднання чи участь у них, а також заклики до створення такого об'єднання чи виконання його вказівок.

Вчинення будь-яких дій, спрямованих на те, щоб, використовуючи силу, змінити конституцію Федерації чи кантону, вважатиметься державною зрадою.

Положення щодо охорони конституційного ладу містяться і в КК Литви. Так глава XVI, окрім інших кримінально-протиправних діянь, передбачає:

1) створення збройних угрупування чи організацій метою яких є незаконна зміна конституційного ладу Литовської республіки;

2) пособництво іншій державі або організації в діях, спрямованих проти конституційного ладу Республіки (ст. 118);

3) публічні заклики до насильницької зміни конституційного ладу (ст. 122) або до створення збройних угрупувань з такою метою (ст. 122).

Будь-які інші дії не вважаються кримінально протиправними, оскільки в Кримінальному Кодексі цієї держави міститься вичерпний перелік таких діянь.

Значний інтерес викликають Кримінальні кодекси Латвійської Республіки та Республіки Білорусь. Відповідно до КК цих держав під кримінально-протиправними діяннями, які посягають на конституційний лад держави, необхідно розуміти публічні заклики до насильницької зміни державного ладу чи розповсюдження матеріалів з закликами до вчинення таких дій.

Як бачимо, і законодавець Латвійської Республіки, і Республіки Білорусь, на відміну від Кримінального кодексу України, встановлює кримінальну відповідальність лише за вчинення дій, що викликають намір, рішучість у інших осіб змінити конституційний лад, залишаючи поза увагою безпосередні дії, спрямовані на зміну конституційного ладу країни. Однак, відсутність норми, що встановлює відповідальність за безпосередні дії, вчинені з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу є цілком логічним, оскільки:

1) під діями, вчиненими з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу, необхідно розуміти суспільно небезпечні, кримінально-протиправні дії, спрямовані на досягнення злочинної мети. А, враховуючи, що законодавець вже встановив відповідальність за такі дії в інших статтях КК, немає необхідності ще раз передбачати за них кримінальну відповідальність;

2) дії, вчинені з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади в ряді випадків визнаватимуться менш суспільно-небезпечними, ніж вчинення таких дій без зазначеної мети.

Кримінальний кодекс Російської Федерації питання охорони конституційного ладу держави закріплює в Гл.29 р.X під назвою «Злочини проти основ конституційного ладу и безпеки держави» Відповідно до статей 278 та 279 цієї глави такими що посягають на конституційний лад держави вважатимуться: 1) дії, спрямовані на насильницьку зміну конституційного ладу РФ; 2) організація озброєного бунту або активна участь у ньому з метою повалення чи насильницької зміни конституційного ладу РФ.

Великий інтерес представляє також Кримінальний кодекс Китайської народної Республіки. Будучи соціалістичною державою та наслідуючи традиції Радянської ССР, кримінально-

протиправними вважає дії, спрямовані на повалення саме соціалістичного ладу. До таких дій згідно статей 105 та 107 Глави 1 Розділу 2 можна віднести:

1) організацію чи підготовку дій, спрямованих на повалення соціалістичного ладу;

2) вчинення дій, спрямованих на повалення соціалістичного ладу КНР;

3) матеріальна підтримка організацій та приватних осіб, які вчиняють протиправні дій, спрямовані на повалення соціалістичного ладу КНР представниками як зарубіжних, так і китайських структур та організацій, а також приватними особами.

Ще однією правовою системою сучасності є англо-американська правова система. Вона сформувалась в результаті колоніальної експансії Великобританії. В наш час англо-американська система діє в більше, ніж 60 країнах світу та характеризується такими ознаками: 1) джерелом права являється судовий прецедент; 2) в якості джерела права використовується правовий звичай, правова доктрина і закон; 3) відбувається поділ права на загальне право і право справедливості; 4) відсутній поділ права на галузі; 5) високий рівень самостійності суддів тощо.

Представниками англо-американської системи права є Англія, США, Ірландія, Австралія, ПАР, Ямайка та багато інших.

Так, Кримінальні кодекси Австралії, Штату Техас та багатьох інших країн, які відносяться до англо-американської правової системи кримінального права не регулюють питання кримінально-правової охорони конституційного ладу, а лише містять окремі положення, що стосуються злочинів проти безпеки держави. Проте, видається, що в країнах англо-американської системи кримінального права, а тим більше країнах з усталеною демократією, немає необхідності закріплювати норму щодо охорони конституційного ладу. Це можна пояснити таким чином:

1) оскільки під демократією необхідно розуміти таку форму державно-політичного устрою, що ґрунтується на визнанні народу джерелом влади в країні, а отже влада повинна цілком належати народові і ґрунтуватись на його волі, то лише народ, який є носієм і єдиним джерелом влади, може визначати і змінювати конституційний лад в державі. Ці органи в демократичних країнах є незалежними і здійснюють свої повноваження ефективно в інтересах народу і на захист народу. А отже, будь-яка спроба змінити конституційний лад в державі неправомірним шляхом чи, тим більше, повалити такий конституційний лад видається практично неможливим;

2) англо-американська правова система характеризується наявністю так званого правового прецеденту, під яким необхідно розуміти джерело права, виражене в об'єктивованому рішенні органу держави, яке містить юридичне положення або надає тлумачення спірному питанню, або ж вирішує не передбачене у законі питання та якому надається формальна обов'язковість при вирішенні всіх наступних аналогічних справ. А отже, у разі посягання на конституційний лад держави, навіть у разі відсутності норм, що регулюють питання відповідальності за посягання на конституційний лад держави, це питання може бути врегульоване на рівні правового прецеденту. Тому, кримінальні кодекси більшості країн з англо-американською системою кримінального права закріплюють лише посягання, які вчиняються найчастіше чи становлять найбільшу небезпеку для держави та суспільства.

До третьої групи правових систем входить мусульманська система кримінального права. Кримінальне право тут становить складову частину релігії ісламу, його нормативну сторону. Джерелами права являються Коран, сунна та норми, сформульовані мусульмансько-правовою доктриною на основі іджми (думки найбільш авторитетних знавців ісламу з питань правовірних) та кияса (судження по аналогії).

Представниками країн мусульманської системи кримінального права є Іран, Лівія Пакистан, Судан, Малайзія і інші.

Для прикладу, охарактеризуємо Кримінальний кодекс Ірану та місце кримінально-правової охорони конституційного ладу в цій державі.

Так, частини 5 Розділу 1 Закону про Ісламські кримінальні покарання Ісламської народної республіки Іран передбачає відповідальність за злочини проти внутрішньої і зовнішньої безпеки країни.

Відповідно до статтей 500 та 504 кримінально-протиправною є: 1) пропагандистська діяльність, вчинена у будь-якій формі проти державного ладу Ісламської Республіки або в інтересах яких-небудь груп і організацій, ворожих державному ладу країни; 2) схилення військовослужбовців чи осіб, які відносяться до обслуговуючого персоналу Збройних сил до бунту, дезертирства, здачі в полон чи невиконання воєнних обов'язків з метою повалення державного ладу країни.

Як бачимо, Закон про Ісламські кримінальні покарання Ісламської народної республіки Іран питанню охорони конституційного ладу держави приділяє також увагу, як і інші країни, які ми вже розглядали вище. Проте, проаналізувавши санкцію, яку встановив Іранський законодавець за посягання на державний лад Ісламської держави, ми можемо побачити, що на думку законодавця такі посягання не становлять велику суспільну небезпеку, на відміну від злочинів проти релігії, які є найбільш небезпечними.

Отже, проаналізувавши КК країн, які належать до різних правових систем кримінального права, можна зробити такі висновки:

1) більшість країн, які належать до континентальної системи права та деякі ісламські країни так чи інакше закріпили положення, що стосуються кримінально-правової охорони конституційного ладу держави та встановили значні санкції за вчинення таких посягань. Лише країни, що належать до англо-американської системи кримінального права не містять положень в кримінальному законі щодо охорони конституційного ладу держави;

2) необхідно виключити положення частини 1 статті 109 КК України «дії, вчинені з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади», оскільки:

- під діями, вчиненими з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади, необхідно розуміти лише суспільно небезпечні, кримінально-протиправні дії, спрямовані на досягнення злочинної мети. А, враховуючи, що законодавець вже встановив відповідальність за такі дії в інших статтях КК, немає необхідності ще раз передбачати за них кримінальну відповідальність в статті 109 КК України;
- дії, вчинені з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади в ряді випадків визнаватимуться менш суспільно-небезпечними, ніж вчинення таких дій без зазначеної мети.

ВИНА ЯК ОЗНАКА СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ «НЕЗАКОННЕ ВИКОРИСТАННЯ ІНСАЙДЕРСЬКОЇ ІНФОРМАЦІЇ»

Кондра О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним з концептуальних положень класичної школи кримінального права є те, що вина є обов'язковою ознакою будь-якого складу злочину. Тому, при науковому дослідженні кримінальної відповідальності за незаконне використання інсайдерської інформації детальний аналіз вини як ознаки складу злочину є обов'язковим.

Причому таке дослідження не може обмежуватись констатацією того, що вина є обов'язковою ознакою, оскільки такий висновок є апріорі зрозумілим. Завданням дослідження повинне виступати встановлення конкретної форми та виду вини, які перетворюють її в обов'язкову ознаку складу злочину передбаченого ст. 232-1 КК України, інші особливості психічного ставлення особи під час вчинення нею незаконного використання інсайдерської інформації.

Відповідно до ч.1., ч.2. ст. 232-1 КК України законодавець вважає кримінально караними 2 самостійні склади злочинів і 2 кваліфіковані. Відповідно і правовий аналіз має проводитись щодо цих складів злочинів з урахуванням специфіки конструювання форм об'єктивної сторони злочину і наслідків, які можуть вказувати на можливу форму вини.

На перший погляд, проблеми у визначенні форми вини, щодо ч.1. ст. 232-1 КК України не виникає, оскільки у цій частині вживається вказівка - «умисне». У ч.2. цієї статті вказівки на умисність немає, що проте, не виключає його існування. Виникає питання щодо якої саме ознаки складу злочину вказується про умисність, а також слід зважити на відношення особи до наслідків, оскільки вказані склади злочинів є матеріальними.

З положень ст. 24 КК України випливає, що умисне ставлення визначається, в тому числі і по відношенню до наслідків. Тому, в злочинах з матеріальним складом, умисна форма вини можлива лише тоді, коли особа передбачає суспільно небезпечні наслідки свого діяння і бажає їх настання, а якщо і не бажає, то свідомо припускала їх настання.

Тому вказівка на умисність, яка наводиться на початку диспозиції ч.1. ст. 232-1 КК України, хоча і виступає орієнтиром, але не може виступати єдиновизначальною ознакою. Вважати встановленим можливо лише умисне ставлення особи до вчинюваного нею діяння, з числа перелічених у ч.1. ст. 232-1 КК України. Психічне ставлення до цих діянь може характеризуватись лише умислом, оскільки з диспозиції і примітки до ст. 232-1 КК України вбачається, що особа знає, що вона передає, розголошує чи надає доступ саме до інсайдерської інформації. Оскільки різниця між видами умислів (прямий чи непрямий) у ст. 24 КК України проведене лиша за ставленням до наслідків, то по відношенню до діяння, в цьому випадку, вид умислу не визначається

Вчинення з використанням інсайдерської інформації на власну користь або на користь інших осіб правочинів, спрямованих на придбання або відчуження цінних паперів чи похідних (деривативів), яких стосується інсайдерська інформація може характеризуватись теж лише умисним ставленням. Особа при цьому повністю усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння, те, що правочин ґрунтується на інсайдерській інформації і порушує публічний порядок, а тому в силу ст. 228 ЦК України є нікчемним. При цьому, особа бажає настання наслідків у вигляді виконання (придбання або відчуження) укладеного нею правочину з використанням інсайдерської інформації.

Продовжуючи з'ясування вини, для повного аналізу слід окремо розцінити ставлення особи до наслідків.

Наслідками у ч.1. ст. 232-1 КК України є отримання особою, яка вчинила зазначені дії, чи третіми особами необґрунтованого прибутку в значному розмірі, або уникнення учасником фондового ринку чи третіми особами значних збитків, або заподіяння значної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб. Аналогічні наслідки передбачає і ч.2. цієї

© Кондра О., 2012

статті. Чіткого встановлення форми вини з такого визначення наслідків не вбачається, тому цю форму слід встановлювати методом логічного співставлення.

Якщо особа здійснюючи одну з передбачених у ч.1., ч.2. ст. 232-1 КК України форм незаконного використання сама одержує необґрунтований прибуток чи уникає значних збитків, то в такому випадку мова йде лише про умисне ставлення до наслідків. Принагідно слід зауважити, що суб'єкти вчинення злочину окреслені в ч.3. примітки до ст. 232-1 КК України за специфікою своєї діяльності і глибиною ознайомлення з цією інформацією розуміють її інсайдерський характер.

Усвідомлюючи інсайдерський характер інформації, з якою вчиняються певні злочинні дії, у власних інтересах, особа не може не передбачати таких наслідків свого діяння. Більше того, у випадку вчинення злочинів передбачених ч.1., ч.2. ст. 232-1 КК України на власну користь, вид умислу може бути лише прямий, а суб'єктивна сторона має мати ще одну обов'язкову ознаку – корисливий мотив як спонукання до одержання необґрунтованого прибутку чи уникнення збитків всупереч ринковим засадам функціонування фондового ринку.

Однак, передбачені форми діяння і наслідків ст. 232-1 КК України вказують на можливість вчинення цього злочину, як у власних інтересах, так і в інтересах третіх осіб, а також просте настання наслідків у вигляді значної шкоди як фізичним, так і юридичним особам.

У випадку вчинення особою розголошення, передачі або надання доступу, якщо особа не здійснює ці діяння на власну користь, а відбувається просте порушення встановленого порядку зберігання інсайдерської інформації, ставлення до наслідків може бути і необережним.

Зокрема, особа розголошуючи інсайдерську інформацію може передбачати гіпотетичну можливість того, що хтось нею може скористатись в протиправних цілях, однак легковажно розраховувати, що наслідки цього не настануть. Таким чином можуть настати наслідки у вигляді вигоди (прибутку або уникнення збитків) для третіх осіб, або може бути заподіяна значна шкода фізичним чи юридичним особам.

Також особа, розголошуючи, передаючи або надаючи доступ до такої інформації може взагалі діяти зі зовсім іншою некримінальною метою – наприклад через надмірну балакучість, прагнення самоствердитись або інші людські слабкості. При цьому особа не передбачає можливості настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння, хоча з огляду на те, що вона обізнана зі змістом такої інформації і особливостями її використання, повинна була і могла їх передбачити. Наслідки, що можуть настати є аналогічними вищенаведеним.

У наведених випадках умисна вина особи полягає лише у вчиненні нею діяння, спектр можливих наслідків цього діяння цією особою не охоплюється і від цієї особи не залежить. Наприклад, здійснюючи передачу інсайдерської інформації шахраям, який видає себе за журналіста, винний не може передбачати того, як ця інформація може бути використана.

Але необережне спричинення цих наслідків не виключає за собою і їх умисне заподіяння, як з прямим, так і з непрямим умислом.

Зокрема, здійснюючи розголошення інсайдерської інформації особа може передбачати суспільно небезпечні наслідки свого діяння і бажати їх настання, у всіх формах передбачених ст. 232-1 КК України. Також особа може не бажати настання таких наслідків, однак усвідомлюючи зміст і характер такої інформації, може свідомо допускати таке настання. Мотивація здійснення цього може бути різна – від простої помсти до усунення ринкового конкурента, доведення до банкрутства, зриву контрактів та домовленостей тощо. Самостійного кримінально правового значення мотивація в такому випадку немає.

Дещо іншим є ставлення до наслідків у випадку скоєння злочину передбаченого ч.2. ст. 232-1 КК України. Вчиняючи з використанням інсайдерської інформації на власну користь або на користь інших осіб правочинів, спрямованих на придбання або відчуження цінних паперів чи похідних (деривативів), яких стосується інсайдерська інформація, особа може окреслити і з розумною долею вірогідності передбачити можливе настання наслідків, їх розмір та вид. З огляду на закріплені у ст. 202, 203 ЦК України загальні ознаки поняття та змісту правочину, вчиняючи правочини з використанням інсайдерської інформації особа передбачає (або в іншому варіанті - не може не передбачати) їх наслідки.

Суттєвим моментом є те, що на відміні від ч.1. ст. 232-1 КК України, особа може передбачати не загальну можливість настання наслідків, а їх реальність їх настання. Відповідно це

виключає необережність як форму вини по відношенню до наслідків у ч.2. ст. 232-1 КК України, оскільки ст. 25 КК України наводячи ознаки різних форм необережності оперує лише передбаченням можливості настання наслідків, як варіант злочинної самовпевненості. Згідно з ч.2., ч.3. ст. 24 КК України передбачення реальності настання наслідків є ознакою умислу.

Умисел у ч.2. ст. 232-1 КК України може бути як прямий, так і непрямий. Вчиняючи правочини з використанням інсайдерської інформації особа може як бажати настання певних наслідків, так і не бажати, але свідомо їх допускати.

Таким чином, з урахуванням викладеного можна дійти до висновку, що злочин передбачений ч.1. ст. 232-1 КК України характеризується психічним ставленням до діяння у формі умислу; ставлення до наслідків може бути умисним (як прямий, так і непрямий умисел), так і необережним (можливі і злочинна самовпевненість і злочинна недбалість).

Підводячи висновки, можна ствердити, що злочин передбачений ч.1. ст. 232-1 КК України може бути як умисним в цілому (характеризуватись прямим чи непрямим умислом), так і поєднювати різні форми вини. У випадку психічного ставлення до діяння у формі умислу і необережності щододо наслідків, злочин передбачений ч.1. ст. 232-1 КК України буде злочином з подвійною формою вини (інша назва - злочин із змішаною формою вини), тим, що німецький криміналіст Фейербах називав cupla dolo determinata.

Злочин передбачений ч.2. ст. 232-1 КК України може бути лише умисним (вчиненим як з прямим, так і з непрямим умислом). Вина у кваліфікованих складах злочинів у ст. 232-1 КК України має визначатись у відповідності до того, які дії (передбачені ч.1. або ч.2.) вчинив злочинець.

ДО ПИТАННЯ ПРО ПОКАРАННЯ У ВИДІ КРИМІНАЛЬНОЇ РЕСТИТУЦІЇ У ПРОЕКТАХ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ (1993 – 2001 РР.)

Марисюк К.

Львівський національний університет імені Івана Франка

З часу проголошення незалежності перед Україною постало досить складне завдання не тільки розбудови державності, а й створення надійного правового забезпечення економічного, соціального та духовного розвитку громадянського суспільства, підвищення ролі і значення законодавства в суспільному розвитку. Це абсолютно зрозуміло – не можна було будувати незалежну суверенну державу на законодавчому фундаменті іншої антагоністичної їй за принципами побудови й існування країни. Зрозуміло, що при цьому потребувала докорінних змін і вся система права, в тому числі кримінальне законодавство.

Не зважаючи на численні зміни та доповнення, Кримінальний кодекс і надалі містив багато архаїзмів, прогалин, неточностей і суперечностей. Він не зовсім враховував зміни, що відбулися в економічних та політичних відносинах, і особливо перспективи їх розвитку.

Отже, за вірним твердженням О. Парфьонової та І. Солов'євич, враховуючи значне зростання злочинності, виникнення нових правопорушень, що відрізнялися новим ступенем соціальної небезпеки і часто володіли ознаками непередбачуваності, виникла необхідність створення нормативно-правового акту вищої юридичної сили (Кримінального кодексу), який би адекватно здійснював регулювання криміногенної ситуації, що склалася в Україні.

Відтак, у період між 1993 та 2001 роками світ побачила доволі значна кількість законопроектів, деякі з яких стосувались всієї сфери кримінального права, інші – окремих його частин або й інститутів. Серед іншого стосувались ці законопроекти й питань кримінальних покарань загалом, а також майнових зокрема.

Розділяючи уже традиційно притаманні підходи вітчизняного законодавства до виокремлення двох майнових покарань – штрафу та конфіскації майна, деякі розробники пропонували впровадити ще й інші покарання цієї категорії, одним з яких мала б бути кримінальна реституція. Зосередимо нашу увагу саме на ній.

Вперше пропозиція про впровадження цього покарання з'явилась уже у першому проекті Кримінального кодексу незалежної України 1993 р., автором якого був відомий український вчений-криміналіст, професор В. Смітієнко. Дещо пізніше його ідеї були відтворені у Проекті Кримінального кодексу України О. Матковського 1996 р. та у Законодавчих пропозиціях, внесених народним депутатом України І. Пилипчуком у 1999 р.

Загалом будучи аналогічними за змістом, вони усі пропонували наступне.

Кримінальна реституція мала полягати у примусовому та обов'язковому відновленні засудженим порушених прав потерпілого, а також відшкодуванні завданої матеріальної і моральної шкоди.

Питання про застосування кримінальної реституції мало підлягати обов'язковому розглядові судом у будь-якій кримінальній справі. Незастосування цього покарання у всіх випадках мало бути мотивоване у вироку з повідомленням про це потерпілого.

Кримінальна реституція мала вважатися повною, якщо всі наслідки діяння є оборотні, або неповною, коли частина наслідків фізичному відновленню не підлягає. У цьому разі засуджений мав відшкодовувати матеріальну і моральну шкоду.

Щодо неповнолітнього, якого визнано винним у вчиненні караного діяння, кримінальна реституція мала провадитись за рахунок його наявних коштів та коштів батьків або осіб, які їх замінюють.

Виконання призначеної судом кримінальної реституції строками давності не мало обмежуватись.

Варто окремо підкреслити, що досліджуваний вид покарання диспозиціонувався його ідеологами як майбільш м'який у системі кримінальних покарань.

© Марисюк К., 2012

Науковий світ та практики сприйняли зазначену вище пропозицію доволі критично, наголошуючи на тому, що кримінальна реституція за своєю суттю є не до кінця кримінально-правовим, а швидше процесуальним явищем.

Ще однією підставою для критики стали потенційні правові наслідки застосування цього покарання. Багато дослідників, в першу чергу науковців, вважали, що відновлення засудженим порушених прав потерпілого та відшкодування завданої матеріальної і моральної шкоди не несе в собі ознак караності та правообмеження, які є основою будь-якого кримінального покарання. Так, наприклад, М. Коржанський з цього приводу писав, що "… зобов'язання загладити заподіяну злочином шкоду чи злочинні збитки треба вважати лише передумовою покарання, які не повинні залежати від міри і виду покарання… Хіба ж це покарання? Якщо так міркувати, то за великою латентністю злочинів і невеликими відсотками їх викривання, дужчого державного стимулювання злочинності не можна і вигадати…".

Відтак, після довготривалих дискусій, які передували прийняттю Кримінального кодексу 2001 р., покарання у виді кримінальної реституції не отримало відображення у кінцевій редакції закону і залишилось виключно однією з авторських думок, яким так і не судилось перетворитись у правову норму.

СТАТТЯ 181 «ПОСЯГАННЯ НА ЗДОРОВ'Я ЛЮДЕЙ ПІД ПРИВОДОМ ПРОПОВІДУВАННЯ РЕЛІГІЙНИХ ВІРОВЧЕНЬ ЧИ ВИКОНАННЯ РЕЛІГІЙНИХ ОБРЯДІВ» КК УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ

Маркін В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Свобода віросповідання традиційно розглядається як фундаментальна соціальна цінність, духовна основа усієї системи демократичних прав і свобод людини та громадянина. Її невід'ємними елементами, як відомо, виступають свобода безперешкодного відправлення релігійних обрядів та свобода ведення релігійної діяльності.

Разом з тим, як вдало підкреслила Н.Ф. Кузнєцова, свобода віросповідання « … ніколи не означала свободу свавілля і суспільно шкідливої діяльності під виглядом відправлення релігійних культів». Подібна поведінка, виходячи далеко за межі дійсної свободи віросповідання (а такі межі, відповідно до ч. 2 ст. 35 Конституції України, ч. 4 ст. 3 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» встановлюються з метою охорони громадської безпеки та порядку, життя, здоров'я і моральності населення, а також захисту прав і свобод інших людей), визнавалась і визнається протиправною, а в окремих випадках – злочинною.

Саме про такі випадки йдеться у ст. 181 КК України, ч. 1 якої встановлює відповідальність за « … організацію або керівництво групою, діяльність якої здійснюється під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів і поєднана із заподіянням шкоди здоров'ю людей або статевою розпустою». Цитоване положення виступає однією з гарантій свободи віросповідання і покликане запобігти виникненню та функціонуванню релігійних утворень, діяльність яких грубо суперечить основоположним принципам цієї свободи.

Проте, уважний аналіз чинної редакції ст. 181 КК України дозволяє виявити цілу низку недоліків, які суттєво ускладнюють розуміння змісту згаданої статті, створюють умови для двозначного тлумачення її окремих положень. Основні з них наступні:

1. Назва ст. 181 «Посягання на здоров'я людей під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів» КК України не відповідає змісту її диспозиції: у диспозиції статті наголос зроблено на організації та керівництві групою, тобто, первинним виступає сам факт виникнення (організація), а також подальшого функціонування групи (керівництво). Назва ж статті відчутно зміщує акценти, висуваючи на перший план характер діяльності вже створеної групи, її спрямованість на заподіяння шкоди здоров'ю людей.

Зазначений недолік відзначив ще р.Р. Галіакбаров, вказавши, що назва ст. 227 «Посягання на особу і права громадян під виглядом виконання релігійних обрядів» КК РРСФР 1960 р. « … не відображає форм злочинної діяльності, за які встановлена кримінальна відповідальність за цією статтею, що на практиці нерідко призводить до викривленого тлумачення змісту закону».

2. Диспозиція ч. 1 ст. 181 КК України поєднує діяльність групи із « … заподіянням шкоди здоров'ю людей або статевою розпустою». Тут, як бачимо, законодавець нічого не згадує про життя людей, хоча групи, діяльність яких пов'язана із заподіянням шкоди саме цьому правовому благу, є найбільш суспільно небезпечними.

Застосовуючи статтю у подібних випадках, доводиться виходити з того, що шкода життю людини завжди передбачає шкоду її здоров'ю. Попри логічність та очевидність цього твердження (адже, навряд чи можна говорити про здоров'я мерця), на практиці не виключені спірні ситуації, оскільки законодавець, зазвичай, наділяє кожне з цих понять («життя», «здоров'я») своїм кримінально-правовим змістом.

3. Законодавче формулювання « … діяльність якої здійснюється під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів» неадекватно відображає існуючі соціальні реалії. Якщо буквально тлумачити наведене положення, можна дійти доволі простого висновку: релігійним обрядам, проповідям релігійних віровчень законодавець відводить роль своєрідної «ширми», якою прикриваються злочинні групи з метою полегшення реа-

© Маркін В., 2012

лізації своїх істинних цілей – заподіяння шкоди здоров'ю віруючих, вчинення актів статевої розпусти.

Насправді ж ситуація близька до зворотної, адже релігійна (культова) практика більшості груп, про які йде мова, органічно пов'язана із заподіянням шкоди здоров'ю адептів, статевою розпустою. Такі діяння виступають невід'ємною частиною самого віровчення та розглядаються як спосіб «очиститися», отримати «прощення», заслужити «вічне життя», перейти на вищу ступінь спілкування з божеством тощо; фігурально висловлюючись, релігійний обряд здійснюється не для того, щоб заподіяти шкоду здоров'ю людини, а навпаки – шкода здоров'ю заподіюється лише остільки, оскільки це обумовлено практикою здійснення того чи іншого релігійного обряду.

4. Формулювання диспозиції ч. 1 ст. 181 КК України (а також ч. 1 ст. 239 КК РФ) є вкрай суперечливим, внаслідок чого практично унеможливлюється однозначне встановлення моменту закінчення злочину та, відповідно, визначення виду юридичної конструкції його складу. «Більшою мірою саме це не вирішене у законі питання, – підкреслюють дослідники О.В. Старков та Л.Д. Башкатов, – робить дану норму неефективною та практично не діючою».

«Видається, – пише з цього ж приводу М.І. Хавронюк, – що організувати групу, діяльність якої здійснюється під якимось приводом і з чимось поєднана, за правилами логіки неможливо: злочин є закінченим з моменту організації групи, а діяльність останньої перебуває за межами складу злочину».

5. Кваліфікований склад досліджуваного злочину посилює кримінальну відповідальність, якщо організація чи керівництво групою були поєднані із « … втягненням в діяльність групи неповнолітніх».

Як видно, слово «неповнолітній» вжито законодавцем у множині, внаслідок чого може скластися хибне враження про те, що у ч. 2 ст. 181 КК України йдеться про втягнення у діяльність організовуваної чи вже створеної групи ще й іншої «групи неповнолітніх».

6. Використання у ч. 2 ст. 181 КК України терміну «втягування» не дозволяє кваліфікувати за цією частиною статті дії організаторів чи керівників, які дали лише мовчазну згоду на участь у діяльності групи неповнолітнього. Такі дії, очевидно, також становлять собою підвищену небезпеку, оскільки порушують право неповнолітнього на нормальний психофізичний розвиток; у зв'язку з цим, доцільно замінити термін «втягування» терміном «залучення» (як це зроблено, наприклад, у ч. 3 ст. 302 КК України).

Таким чином, потреба усунення вказаних вище недоліків обумовлює зміну формулювання ст. 181 КК України. Її слід викласти у наступній редакції:

«Стаття 181. Організація або керівництво забороненими релігійними групами

1. Організація або керівництво групою, релігійна (культова) практика якої передбачає заподіяння шкоди життю, здоров'ю людей або вчинення актів статевої розпусти, –

карається ...

2. Ті самі дії, поєднані із залученням до групи неповнолітнього, –

карається … ».

ВРАХУВАННЯ ЗАГАЛЬНИХ ЗАСАД ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ПРИ ПРИЗНАЧЕННІ ПОКАРАННЯ ЗА СУКУПНІСТЮ ВИРОКІВ

Мартинишин Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Загальні засади призначення покарання закріплені у ст.65 КК України. Вони є базовими положеннями для суду, якими він повинен керуватися при призначенні покарання за кожен злочин і щодо кожного підсудного. Ми не будемо вступати в дискусію щодо того чи загальні засади і принципи призначення покарання потрібно розмежовувати, чи це слова-синоніми, лише зазначимо, що в юридичній літературі немає єдності думок з цього питання. Підтримуємо точку зору відповідно до якої загальні засади призначення покрання—це передбачена в кримінальному законі система загальних правил, що грунтуються на принципах призначення покарання і є обов'язковими для суду в кожному конкретному випадку призначення покарання винному у вчиненні злочину для досягнення мети покарання.

Варто зазначити, що загальні засади повинні враховуватись судом обов'язково у сукупності, цілісності, оскільки, як правильно зазначає В.В.Полтавець, це не просто сума правил, а певна їх система, кожен елемент якої взаємопов'язаний і взаємодіє з іншими та не може враховуватись лише сам по собі, ізольовано для досягнення мети покарання.

Загальні засади призначення покарання поширюються на всі випадки призначення покарання за вчинений злочин, в тому числі і при призначенні покарання за сукупністю вироків. Але варто зазначити, що призначаючи покарання за сукупністю вироків, суд керується загальними засадами призначення покарання лише, коли призначає покарання за нововчинений злочин. Оскільки, коли суд призначає покарання за сукупністю вироків, то перший вирок по справі вже постановлений і покарання за цим вироком призначалось з урахуванням загальних засад призначення покарання. Призначаючи покарання за нововчинений злочин, у разі призначення покарання за сукупністю вироків, врахувавши загальні засади призначення покарання, суд також має право застосувати ст.69 КК України, тобто призначити більш м'яке покарання, ніж передбачено законом. Однак, призначивши покарання за сукупністю вироків, суд вже не може посилатися на ст.69 КК України.

Отже, призначення покарання за сукупністю вироків проводиться в два етапи. На першому етапі суд, з урахуванням загальних засад і принципів призначення покарання, призначає покарання за одиничний злочин, вчинений після постановлення вироку по першій справі. На другому етапі суд визначає невідбуту частину покарання, призначеного за попереднім вироком, і остаточно призначає покарання за сукупністю шляхом повного або часткового складання покарань, а у випадках визначених законом- шляхом поглинання одного покарання іншим. Такий порядок призначення покарання забезпечує реалізацію принципів індивідуалізації та невідворотності кримінальної відповідальності за кожен злочин. Більше того, таким чином забезпечується можливість перевірки в апеляційному або касаційному порядку обгрунтованості і справедливості призначеного покарання за злочин, вчинений після постановлення вироку.

Особливу увагу потрібно звернути на врахування загальних засад при призначенні покарання за сукупністю вироків, коли особа вчинила кілька злочинів після постановлення вироку—поєднання сукупності злочинів і сукупності вироків. В такому разі суд, з урахуванням загальних засад і принципів призначення покарання, призначає покарання за кожен злочин окремо, потім за сукупністю злочинів і лише тоді, враховуючи характер і ступінь суспільної небезпечності раніше вчиненого злочину, обставини, в силу яких не було досягнуто мети покарання, а також характер і ступінь суспільної небезпечності злочинів, вчинених після постановлення вироку по першій справі, призначає покарання за сукупністю вироків.

Застосування універсальних правил, якими є загальні засади призначення покарання, дозволяє призначити індивідуальне та справедливе покарання. Особливості застосування загальних засад призначення покарання за сукупністю вироків полягають у:

© Мартинишин Г., 2012

1) необхідності збирання і вивчення додаткових відомостей про особу, котра вчинила злочин, пов'язаних з її попереднім засудження;

2) вивченні обставин через які не було досягнуто мети покарання;

3) конкретизації правил, які визначають розмір покарання: покарання призначається не у межах, встановлених в санкції статті, а воно не може бути більшим від максимальної межі, встановленої для даного виду покарання в Загальній частині КК України (за винятком покарання у виді позбавлення волі у разі вчинення особою особливо тяжкого злочину).

Разом з тим, вивчення судової практики свідчить про те, що судді, здебільшого, вказують на врахування загальних засад призначення покарання, не розкриваючи їх змісту відповідно до конкретних обставин справи. Зокрема, вказують, що суд враховує ступінь тяжкості вчиненого злочину, але не зазнають чи вчинений злочин є злочином невеликої, середньої тяжкості, тяжким чи особливо тяжким злочином. Крім того, у більшості вироків, які були постановлені після прийняття чинного КК України, зустрічаються положення загальних засад призначення покарання, які були закріплені у КК України 1960 року, що свідчить про формальний підхід до врахування загальних засад призначення покарання. У вироках зазначається, що суд враховує особу винного, але які саме характеристики особи винного, що вплинули на призначення покарання було враховано судом, зі змісту вироку зрозуміти неможливо. Досить часто дані про особу винного суди вважають пом'якшуючими обставинами, а інколи безпідставно не беруть до уваги обставини, які обтяжують покарання. Зустрічаються вироки у яких суд зазначає про відсутність пом'якшуючих обставин, негативну характеристику особи винного, наявність обтяжуючих обставин, але призначає покарання за сукупністю вироків шляхом часткового складання покарань, що, на нашу думку, є неприпустимим. Отже, проаналізувавши судову практику щодо питання врахування загальних засад призначення покарання, в тому числі у разі призначення покарання за сукупністю вироків, приходимо до висновку, що суди досить часто не приділяють належної уваги цьому питанню і, призначаючи покарання за нововчинений злочин, не розкривають змісту загальних засад призначення покарання відповідно до обставин справи, а обмежуються загальними фразами, виписаними з КК України. На нашу думку, таку негативну практику потрібно змінювати, оскільки врахування загальних засад призначення покарання у разі призначення покарання за сукупністю вироків є необхідною умовою для призначення покарання особі, необхідного і достатнього для її виправлення і попередження вчинення нових злочинів.

ПОМИЛКА ЯК ОБСТАВИНА, ЩО ВИКЛЮЧАЄ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ, ЗА МІЖНАРОДНИМ КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ

Мелих Б.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Міжнародне кримінальне право – одна з наймолодших галузей міжнародного публічного права. Її зародження прийнято пов'язувати з підписанням 8 серпня 1945 року Лондонської угоди про судове переслідування та покарання головних військових злочинців європейських країн осі (гітлерівської Німеччини та її європейських союзників), одним з додатків якої був Статут Нюрнберзького Міжнародного військового трибуналу. Цей документ був покладений в основу Статуту Міжнародного військового трибуналу для Далекого Сходу (Токійського Статуту). Хоча, внаслідок «холодної війни», до початку дев'яностих років XX століття у цій галузі не було якихось істотних зрушень, що дало привід деяким ученим засумніватися в її існуванні як самостійної галузі міжнародного права, подальші події засвідчили актуальність виділення міжнародного кримінального права. Діяльність трибуналів *ad hoc* для розслідування злочинів проти людства, вчинених у колишній Югославії та Руанді, довела неефективність національних правових механізмів у боротьбі з такими посяганнями, які становлять серйозну загрозу для міжнародної безпеки.

З огляду на це під егідою ООН було створено Статут Міжнародного кримінального суду (далі в тексті – Статут МКС), що був прийнятий на Римській конференції повноважних представників ООН 17 липня 1998 року і вступив у силу з 1 липня 2002 року. На відміну від попередніх актів, у структурі Статуту МКС чітко розмежовані положення, що стосуються загальної і особливої частини кримінального права, а також процесуальних особливостей. Цей акт був підписаний Україною 20 січня 2000 року, однак Верховна Рада досі не ратифікувала його. Відповідно до Висновку Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду від 11 липня 2001 року № 3-в/2001 Статут МКС був визнаний таким, що не відповідає положенням ч. ч. 1, 3 ст. 124 Конституції України, в частині, що стосується положень абзацу десятого преамбули та статті 1 Статуту, за якими «Міжнародний кримінальний суд … доповнює національні органи кримінальної юстиції». Таким чином цей міжнародно-правовий акт може стати частиною національного законодавства України тільки після внесення відповідних змін до Конституції України.

Якщо проаналізувати загальну частину галузі міжнародного кримінального права, то можна зробити висновок, що для неї притаманні ті самі інститути, що містяться у кримінальному праві окремих держав. Наприклад, у Статуті МКС є положення, що стосуються юрисдикції суду в часі, просторі та за колом осіб, загальних принципів кримінального права, окремих елементів складу злочину, підстав для звільнення від кримінальної відповідальності, давності тощо.

Інститут помилки за кримінальним правом також існує в міжнародному кримінальному праві. Варто зазначити, що до недавнього часу джерела міжнародного кримінального права не регулювали питання відповідальності особи, яка вчинила суспільно-небезпечне діяння під впливом помилки, за винятком окремих положень, що стосувалися виконання наказів або розпоряджень. Однак, з прийняттям вже згаданого Статуту МКС ситуація істотно змінилася. У цьому акті є норми, присвячені як фактичній, так і юридичній помилці.

Так, згідно з ч. 1 ст. 32 Статуту МКС *помилка щодо факту* є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності тільки тоді, коли вона виключає необхідну суб'єктивну сторону певного злочину.

Відповідне кримінально-правове значення має тільки фактична помилка щодо матеріальних елементів складу злочину. У спеціальній літературі як приклад наведено постріли у транспортний засіб Червоного Хреста, коли внаслідок поганої видимості виконавець прийняв його за ворожий танк.

© Мелих Б., 2012

Фактичною помилкою не вважається помилкове сприйняття виконавцем злочину нормативних елементів складу злочину, для встановлення яких необхідна юридична оцінка. Так, якщо у наведеному вище прикладі виконавець злочину впізнає автомобіль Червоного Хреста, але вважатиме, що напад на такий автомобіль дозволено правом, якщо він не повідомив про проїзд заздалегідь, то він допустить юридичну помилку. Однак, хоча в таких ситуаціях є помилка щодо права, у деяких випадках положення про фактичну помилку Статуту МКС можуть бути застосовані за аналогією.

Деякі особливості має фактична помилка щодо обставин, які є підставою для звільнення від відповідальності. Виходячи з буквального розуміння ч. 1 ст. 32 Статуту МКС така помилка є підставою для звільнення особи від кримінальної відповідальності. Але, як зазначається в юридичній літературі, з урахуванням того, що в аналогічних ситуаціях національні системи кримінального правосуддя, як правило, не притягають особу до відповідальності, можна припустити, що в таких випадках повинен діяти загальний принцип права. Наприклад, якщо суб'єкт помилково вважає, що військовополонений простягає руку для того, щоб вийняти з кишені зброю і, у зв'язку з цим, вбиває цього військовополоненого, то він не може бути звільнений від відповідальності за ч. 1 ст. 32 Статуту МКС. Однак, відповідно до положення п. «c» ч. 1 ст. 21 цього акта, Міжнародний кримінальний суд може застосувати загальні принципи права, взяті з національних законів правових систем світу, в тому числі держав, які за звичайних обставин здійснювали б юрисдикцію щодо певного злочину. У будь-якому разі застосування таких положень є правом, а не обов'язком суду.

Що стосується *юридичної помилки*, то, згідно з ч. 2 ст. 32 Статуту МКС, помилка щодо права стосовно того, чи є певний тип поведінки злочином, який підпадає під юрисдикцію Міжнародного кримінального суду, не є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності. Проте, помилка щодо права може бути підставою для звільнення від кримінальної відповідальності, якщо вона виключає необхідну суб'єктивну сторону певного злочину, або в порядку, передбаченому у ст. 33 Статуту (виконання наказу, про незаконність якого особа не знала – *Б. М.*).

Строге формулювання, яке містить Статут МКС, не визнає юридичну помилку підставою для звільнення від відповідальності навіть тоді, коли її неможливо було уникнути. Це, як зазначають у юридичній літературі, може бути порушенням принципу індивідуальної кримінальної відповідальності (ст. 25 Статуту МКС).

Прикладом релевантної юридичної помилки як винятку з загального правила можуть бути дії особи, яка здійснює судовий розгляд щодо військовополоненого, коли вона вважає об'єктивно недостатній розгляд цілком достатнім.

Ще одним винятком з правила *ignorantia juris non excusat* є помилка щодо незаконності наказу начальника вчинити військовий злочин, який не є явно незаконним. Цей виняток випливає зі змісту положень пп. «b» і «c» ч. 1 ст. 33 Статуту МКС. У цій статті також зазначено, що накази про вчинення геноциду чи злочинів проти людяності завжди є явно незаконними.

Отже, як бачимо, питання помилки за кримінальним правом є актуальними не лише для національних правових систем, але й у міжнародному кримінальному праві. Юридичне закріплення цього інституту у Статуті МКС є зайвим підтвердженням цього.

Міжнародно-правове регулювання помилки має деякі особливості, зумовлені тим, що норми Статуту МКС приймалися шляхом погодження між представниками держав, які належать до різних правових сімей, і у кримінальному законодавстві яких помилка має неоднакове правове значення. Однак, є всі підстави говорити про те, що на сьогодні ця норма є оптимальною для міжнародної спільноти, бо увібрала в себе найкращі здобутки кримінально-правової думки різних шкіл та традицій. Тому, коли виникне потреба у закріпленні норми про помилку у Кримінальному кодексі України, було б доцільно врахувати положення ст. 32 Статуту МКС. Тим більше, що своїм підписом під цим документом Україна взяла на себе зобов'язання дотримуватися його положень, а ратифікація цього акта Верховною Радою України є лише питанням часу.

ОСОБЛИВОСТІ СУБ'ЄКТА НЕПОВІДОМЛЕННЯ ПРО ЗЛОЧИН

Остапик Я.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Із прийняттям КК України 2001р. неповідомлення про злочин (за незначним виключенням) було декриміналізовано. Одним із таких виключень можна назвати включення неповідомлення про вчинення злочину, який передує легалізації, як однієї з форм небезпечної поведінки, до складу ст. 209-1 КК України в редакції від 01.06.2010р. Вищенаведене ще раз підтверджує, що виключення у 2001р. недонесення про злочин з діянь, які передбачені кримінальним законом було недоцільним, що в свою чергу вимагає впровадження у КК України кримінальної відповідальності за неповідомлення про злочин. Не останнє питання при вирішенні питання про криміналізацію неповідомлення про злочин відіграє коло суб'єктів, які повинні нести відповідальність за неповідомлення про злочин.

Дискусійним у літературі є питання загального чи спеціального суб'єкта неповідомлення про злочин, серед яких варто виділити пропозицію встановлення кримінальної відповідальності спеціального суб'єкта – службової особи за неповідомлення (неінформування) про вчинення злочину.

Законодавство України встановлює ряд обов'язків саме службових осіб по інформування про вчинення злочинів. Такі обов'язки передбачені Законом України „Про державну контрольно-ревізійну службу" , Законом України „Про боротьбу із корупцією", Законом України „Про міліцію" , тощо. Проте навіть незважаючи на наявність правового обов'язку службових осіб повідомляти про злочини, доцільність встановлення кримінальної відповідальності службових осіб за неповідомлення про злочин є доволі сумнівною.

Перш за все, покладенням обов'язку інформувати про вчинення злочинів, держава тим самим вже відмежувала цих осіб для боротьби із вчиненням злочинів.

Особи, які наділені обов'язком протидіяти злочинам і які не виконують цей обов'язок, зокрема шляхом неінформування відповідних органів про підготовлюваний або вчинений злочин не вчиняють неповідомлення. Справедливо підкреслювалось у юридичній літературі, що недоведення такими особами інформації про підготовлюваний або вчинений злочин слід розглядати як неприйняття заходів по припиненню злочину та затриманню злочинця, як свідому протидію нормальній діяльності державних органів. Такого роду бездіяльність слід розглядати за правилами про посадові злочини. Крім того не інформування службовими особами про підготовку або вчинення злочину у багатьох випадках можна розглядати як потурання злочину, що є більш суспільно-небезпечним, ніж неповідомлення.

Закономірним явищем є виключення із суб'єктів неповідомлення про злочин членів сім'ї та близьких родичів особи, яка вчинила злочин. Психологічні переживання та почуття, у зв'язку із загрозою покарання близьких осіб є очевидною підставою для звільнення таких осіб від кримінальної відповідальності. Проте для прикладу в окремих країнах і сьогодні існує практика притягнення близьких осіб до відповідальності за неповідомлення про злочин. Так попри конституційну норму у законодавстві, яка надає право не свідчити проти близького родича або члена сім'ї, відповідно до Висновку Конституційного суду Республіки Білорусь від 25 травня 1999р. не виключається відповідальність близького родича або члена сім'ї особи, яка готується вчинити особливо тяжкий злочин, небезпечний для життя людей, якщо у нього була можливість повідомити про факт такої підготовки з метою попередження цього злочину, виключаючи при цьому надання свідчень проти цієї особи.

На противагу цьому слід зазначити, що у близької особи є завжди позитивне спонукання неповідомляти про злочин – вона не бажає, щоб близька їй особа була притягнута до відповідальності, і кримінальне покарання не може зрівнятись із тими переживаннями та стражданнями, які пов'язані зі страхом за долю близької особи, яка вчинила злочин.

Поряд із звільненням від відповідальності членів сім'ї та близьких родичів, потерпілих від злочину у юридичній літературі вважають такими, що повинні повідомляти про підготовлюваний чи вчинений злочин, пояснюючи, що з кримінологічної точки зору така поведінка є

© Остапик Я., 2012

однією з умов, які сприяють продовженню злочинної поведінки і може пояснюватись дружніми взаємовідносинами зі злочинцем, небажання мати справу з формальними кримінально-правовими відносинами, небажанням компрометувати себе, боязню розголошенню факту посягання, бажанням самому розібратись з винним, тягарем родинних відчуттів, страхом перед злочинцем.

Натомість з моральної точки зору доволі обгрунтованим є звільнення від кримінальної відповідальності потерпілих від злочину. Аргументом на користь цього є сам факт того, що особа вже постраждала – держава не вберегла цю особу від протиправного впливу, то ж чи повинна держава, яка не вберегла особу від злочину ще й переслідувати її за неповідомлення про злочин? Очевидно, що це може бути достатнім аргументом для звільнення від відповідальності за неповідомлення про злочин потерпілих осіб. Крім того, конституційне право особи на відмову давати покази про себе теж свідчити про необхідність звільнення потерпілих від обов'язку повідомляти про злочин, то ж повідомлення про злочин повинно залишитись правом, а не обов'язком потерпілого.

Важливе місце при з'ясуванні питання про суб'єкта неповідомлення про злочин займає питання покладення обов'язку на осіб, які виконують певні професійні обов'язки, в силу яких вони отримують інформацію про вчинення злочину, зокрема медичних працівників, адвокатів, священнослужителів, у зв'язку із тим, що інформація має статус таємної в силу норм права чи моралі.

Медичні працівники у багатьох випадках володіють первинною інформацією про тяжкі злочини, наслідками яких є смерть та тяжкі тілесні ушкодження, і у ряді випадків від швидкого інформування про такі злочини правоохоронних органів залежить їх розкриття, притягнення винних до відповідальності, наприклад у випадках, коли контакт з правоохоронним органами травмованих осіб не зовсім виправданий, а повідомлення про злочини саме лікарів можуть сприяти виявленню особи злочинця по гарячих слідах чи попередити майбутні злочини.

Крім того, громадяни не завжди можуть визначити характер ушкодження та припустити вчинення злочину, тоді як лікар може оцінити характер та причину заподіяння травм професійно. Також інформація про стан здоров'я хворого, характер ушкоджень підлягає фіксації у медичній документації – історії хвороби тощо. Таким чином медичний працівник згідно законодавства зобов'язаний зафіксувати інформацію, яка свідчить про вчинення злочину. Крім того, підзаконні галузеві нормативні акти зобов'язують медичних працівників повідомляти наприклад про факти смерті, яка настала від ушкоджень, отруєнь, електрики, механічної асфіксії, насильницьких дій. Всі ці обставини свідчать про те, що медичні працівники не повинні бути виключені з кола осіб, які несуть відповідальність за неповідомлення про злочин.

На противагу цьому відповідальність адвокатів, які дізнались про злочин у зв'язку із виконанням професійних функцій, за неповідомлення про злочин встановлювати необгрунтовано. Діяльність адвокатів належить до правозахисної діяльності та діяльності по наданню правової допомоги і адвокатська таємниця є однією із важливих складових цієї діяльності. Тож покладення на адвокатів обов'язку повідомляти про злочини порушуватиме гарантоване Конституцією України право особи на правову допомогу.

У цьому контексті суперечливою є ст. 209-1 КК України в редакції від 01.06.2010р., що встановлює відповідальність за неподання, несвоєчасне подання або подання недостовірної інформації про фінансові операції, що відповідно до закону підлягають фінансовому моніторингу. Згідно Закону України „Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом" суб'єктами цього злочину можуть бути адвокати та особи, які надають юридичні послуги і звільняються вони від такого обов'язку лише у разі, якщо відповідна інформація отримана, коли вони виконують свої обов'язки щодо захисту клієнта, представництва його інтересів у судових органах та у справах досудового врегулювання спорів. Натомість значна частина професійної діяльності адвокатів не пов'язана із судовими правовідносинами, з чого випливає, що ст. 209-1 зобов'язує адвокатів повідомляти про вчинення злочинів, пов'язаних із легалізацією доходів, отриманих злочинним шляхом, що у свою чергу є порушенням права на правову допомогу. Слід зазначити, що навіть у радянській доктрині кримінального права, коли повідомляти про злочини повинні були всі громадяни, адвокат без-

умовно виключався із суб'єктів недонесення про злочин та й на даний момент наука кримінального права вважає, що адвокати не зобов'язані інформувати про злочини.

Окреме місце займає серед осіб, які повинні бути звільнені від відповідальності за неповідомлення про злочин є священнослужителі. Відкинувши моральну сторону такого неповідомлення, варто зазначити, що інформація, отримана священнослужителями, є інформацією у загальному вигляді і повідомлення її правоохоронним органам у більшості випадків було б недоцільним.

Дискусійним у літературі є питання включення до кола осіб, які повинні бути звільнені від кримінальної відповідальності за неповідомлення про злочин, винних у неповідомленні, які після вчинення неповідомлення, вчинили конкретні вчинки, спрямовані на виявлення злочинів, їх розкриття. Ця ідея перегукується з ідеєю звільнення від відповідальності осіб, які не повідомили про вчинений злочин у зв'язку з діяльним каяттям. Проте ефективність такої норми є доволі сумнівною, оскільки якщо особа здійснила інформування про вчинення злочину, що не вимагає значних зусиль, чи можемо ми говорити про певні активні дії цієї особи, спрямовані на розкриття злочину. При цьому, якщо особа володіє даними про підготовлюваний злочин, має при цьому реальну можливість довести її до органів влади, але робить це після його вчинення, то вона не може бути звільнена від кримінальної відповідальності за неповідомлення про злочин, оскільки злочин вже завершений. Поведінка особи буде правомірною лише в тих випадках, коли органи, що отримали інформацію, об'єктивно мають можливість попередити закінчення початого злочину, тобто якщо повідомлення буде вчинено до закінчення злочину.

ДО ПИТАННЯ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗЛОЧИНИ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА ЖИТТЯ, ЗДОРОВ'Я, ВЛАСНІСТЬ І БЕЗПЕКУ УЧАСНИКІВ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ВІДНОСИН ТА ВІДНОСИН ЩО ВИНИКАЮТЬ ПРИ ВИКОНАННІ СУДОВИХ РІШЕНЬ

Палюх Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У розділі XVIII КК України виділено декілька статей, що передбачають склади злочинів, що посягають життя, здоров'я, власність і безпеку учасників процесуальних відносин. Зокрема, це статті 377 КК України «Погроза або насильство щодо судді, народного засідателя чи присяжного», ст.378 «Умисне знищення або пошкодження майна судді, народного засідателя або присяжного», ст. 379 «Посягання на життя судді, народного засідателя або присяжного у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя», ст. 380 «Невжиття заходів безпеки щодо осіб, взятих під захист», ст. 381 «Розголошення відомостей про заходи безпеки щодо особи, взятої під захист», ст. 398 «Погроза або насильство щодо захисника чи представника особи», ст. 399 «Умисне знищення або пошкодження майна захисника чи представника особи», ст. 400 «Посягання на життя захисника чи представника особи у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги».

Родовим об'єктом розглядуваної групи злочинів є встановлений порядок судочинства та виконання судових рішень. Якщо виходити із зазначеного родового об'єкта, проаналізувавши норми зазначеного розділу XVIII КК України, що передбачають кримінальну відповідальність за посягання на життя, здоров'я, безпеку учасників процесуальних відносин, можна зауважити, що поза охороною кримінального закону залишаються учасники відносин, що виникають при виконанні судових рішень. Зокрема, в даному випадку мова йде про державних виконавців. Водночас відповідно до Закону України від 4 листопада 2010 року ст. 342 КК України, що міститься у розділі розділі XV «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян», була викладена в новій редакції, відповідно до якої передбачено кримінальну відповідальність за опір державному виконавцю під час виконання ним службових обов'язків поряд з працівником правоохоронного органу, членом громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону, військовослужбовцем. Крім того, у новій редакції були викладені назва та ч. 1 ст. 343 КК України, відповідно до якої передбачено кримінальну відповідальність також за втручання в діяльність працівника державної виконавчої служби поряд втручанням в діяльність працівника правоохоронного органу. Щодо зазначених змін, доповнень до законодавства, слід зауважити, що діяльність державних виконавців повністю охоплюється об'єктом злочинів, що містяться у розділі XVIII КК України. Адже відповідно до ст. 1 Закону України «Про державну виконавчу службу» державна виконавча служба здійснює виконання рішень судів, третейських судів та інших органів, а також посадових осіб відповідно до законів України. Тому видається більш доцільним передбачити кримінальну відповідальність за зазначені вище діяння у розділі XVIII. Водночас слід наголосити, що спеціальних норм, які б передбачали кримінальну відповідальність за посягання на життя, здоров'я, власність, безпеку працівників державної виконавчої служби в кримінальному законі на сьогодні не передбачено. Зокрема, йдеться про такі діяння як погроза або насильство, умисне знищення або пошкодження майна, посягання на життя працівника державної виконавчої служби у зв'язку з виконанням ним своїх службових обов'язків. Зважаючи на завдання державної виконавчої служби, діяльність її працівників потребує підвищеної правової охорони, в тому числі і засобами кримінального права. Тому видається доцільним передбачити в розділі XVIII КК України кримінальну відповідальність за зазначені діяння, вчинені саме щодо працівників державної виконавчої служби.

Також слід звернути увагу на відсутність у розділі XVIII КК України норм, що охороняють таких учасників процесуальних відносин, як особи, які здійснюють дізнання, досудове слідство. Очевидно, щодо останньої з зазначених категорій осіб, законодавець у розділі XVIII

© Палюх Л., 2012

не виділяв окремі склади злочинів, оскільки у розділі XV «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян» містяться норми, що передбачають кримінальну відповідальність за посягання на життя, здоров'я, безпеку працівників правоохоронних органів. Слід однак зауважити, що працівник правоохоронного органу не завжди виступає при виконанні своїх службових обов'язків як учасник процесуальних відносин. Крім того, відповідно до ч. 1 ст. 101 КПК України до органів дізнання належить коло осіб, які не є працівниками правоохоронних органів, зокрема, у справах про злочини, визначені в зазначеній статті КПК України, ними є командири (начальники) військових частин, з'єднань, начальники військових установ, командири кораблів, капітани морських суден, що перебувають у далекому плаванні, командири підрозділів Державної спеціальної служби транспорту.

Таким чином, можна констатувати, що поза правовою охороною залишаються життя, здоров'я, власність і безпека осіб, які відповідно до КПК України уповноважені здійснювати дізнання, але які не є працівниками правоохоронних органів, у зв'язку з провадженням ними дізнання у кримінальних справах. Крім того, видається, що процесуальна діяльність працівників правоохоронних органів щодо провадження ними дізнання і досудового слідства повинна охоронятися в особливому порядку, оскільки ця діяльність пов'язана з встановленням істини у кримінальній справі. Водночас кримінальна відповідальність за відповідні посягання щодо працівників правоохоронних органів у зв'язку з виконанням ними зазначених функцій не диференціюється законодавцем. Тому доцільним було б передбачити в розділі XVIII КК України кримінальну відповідальність за такі діяння як погроза або насильство, умисне знищення або пошкодження майна, посягання на життя особи, яка здійснює дізнання, досудове слідство у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням досудового розслідування у кримінальній справі.

Порівнюючи КК України із законодавством деяких зарубіжних країн, слід відзначити, що наприклад, у КК Російської Федерації проблема «розкиданості» норм про посягання на працівників правоохоронних органів не виникає, оскільки у розділі «Злочини проти правосуддя» виділено такі статті як «Посягання на життя особи, яка здійснює правосуддя або попереднє розслідування» (ст. 295 КК РФ), «Погроза або насильницькі дії у зв'язку із здійсненням правосуддя або провадженням попереднього розслідування» (ст. 296 КК України).

Інше питання стосується кримінальної правової охорони життя, здоров'я, власності, безпеки особи, яка у судочинстві є захисником чи представником. Якщо виходити зі змісту норм статей 398 – 400 КК України, слід зауважити, що в них йдеться лише про посягання щодо захисника чи представника *особи*, а також їх близьких родичів.

Відповідно до ст. 44 Кримінально-процесуального кодексу України захисником є особа, яка в порядку, встановленому законом, уповноважена здійснювати захист прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого та надання їм необхідної юридичної допомоги при провадженні у кримінальній справі. Тому через формулювання в диспозиції ст. 398 КК України «захисника чи представника особи» можна витлумачити таким чином, що йдеться лише про захисника чи представника фізичної особи.

У зв'язку з цим видається доцільним більш чітко передбачити в КК України відповідні норми, передбачивши в них такі формулювання: «щодо захисника особи або представника фізичної чи юридичної особи».

ЗНАЧЕННЯ ДОКТРИНАЛЬНОГО ТЛУМАЧЕННЯ ЗАКОНУ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ

Панчак О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У працях з проблем тлумачення питання про значення доктринального тлумачення піднімається практично завжди, однак виходячи із розуміння останнього як неофіційного необов'язкового виду тлумачення, здійснюваного науковцями. Оскільки ми виділяємо доктринальне тлумачення не за суб'єктом чи обов'язковістю його результату, а за елементом правосвідомості, на якому воно базується, та новизною, то відповідно і роль такого доктринального тлумачення буде дещо відрізнятися від тієї, яка відводиться йому в існуючих публікаціях.

Виділимо основні сфери впливу та розглянемо коротко значення, яке має для них доктринальне тлумачення закону про кримінальну відповідальність:

1. У навчанні. Доктринальне тлумачення, по-перше, є однією з основних складових формування в учня (в широкому розумінні цього слова) та подальшого "відточення" сформованої у науковця, практика правосвідомості (правової ідеології), яка проявлятиметься і "братиме участь" у всіх видах їх подальшої юридичної діяльності. А відтак саме через правосвідомість доктринальне тлумачення буде здійснювати опосередкований вплив на всі сфери юридичної діяльності відповідних суб'єктів; по-друге, і це тісно пов'язане з першим, закладатиме схеми, алгоритми, зразки для наступного самостійного тлумачення аналогічних положень КК, адже таке тлумачення здебільшого супроводжується розгорнутою аргументацією; по-третє, є одним з основних джерел отримання систематизованого знання про закон про кримінальну відповідальність, а щодо будь-яких нововведень у такому законі, змін у ньому – і єдиним таким джерелом.

2. У науковій діяльності. Доктринальне тлумачення, що характеризується новизною, є важливим для здійснення подальших наукових досліджень як самим тлумачем, так і іншими науковцями. Воно збуджуватиме наукову думку; складатиме основу для наступного розвитку як самого тлумачення відповідного законодавчого положення, так і інших наукових досліджень, оскільки дає ніби емпіричний матеріал для них; спонукатиме до перегляду усталених теоретичних висновків, узагальнень; сприятиме здійсненню нових наукових прогнозів та висуненню нових рекомендацій по вдосконаленню існуючого закону тощо.

3. У законотворенні. По-перше, результати доктринального тлумачення закону про кримінальну відповідальність можуть використовуватися законодавцем при створенні законопроектів і ставати текстом закону. Так, ряд теоретичних визначень кримінально-правових понять були поміщені в текст КК України 2001 р. (наприклад, закінченого та незакінченого замахів (ч.ч. 2 і 3 ст. 15); добровільної відмови при незакінченому злочині (ч. 1 ст. 37); примусових заходів медичного характеру (ст. 92) тощо). Відповідно, за критерієм обов'язковості результату тлумачення, такі визначення з необов'язкових стають обов'язковими. Однак, видається, що саме в цьому випадку не варто "гнатись за новим", а включати в текст закону ті доктринальні визначення, які підтримані багатьма науковцями й апробовані практикою. По-друге, важко погодитися із тими авторами (наприклад, Ю. Л. Власовим), які стверджують, що тлумачення, в тому числі і доктринальне, здійснюється в ході законопроектних робіт та під час прийняття закону. Більше того, окремі науковці (М. Б. Кострова, А. А. Мухаметдінова) визначають дослідження тлумачення в процесі законотворення як один з перспективних напрямків розвитку вчення про тлумачення кримінального закону. Звичайно, до законопроектних робіт повинні залучатися і залучаються науковці, їх колективи, цілі наукові установи, однак видається, що аналіз ними тексту майбутнього закону має дещо іншу спрямованість, аніж у тлумача. Вони повинні проекспертувати проект на відповідність його всім вимогам законодавчої техніки до мови, системи, логічної несуперечності і т.д.; і у разі виявлення таких невідповідностей, вказати на них та їх виправити. А тлумач, при здійсненні тлумачення навпаки повинен насамперед виходити із презумпції досконалості за-

© Панчак О., 2012

кону і його відповідності вказаним вимогам. У разі ж виявлення закладених в тексті закону багатозначностей, зумовлених порушенням правил законодавчої техніки, суб'єкт доктринального тлумачення повинен обрати один із можливих варіантів тлумачення і заперечити інші, використовуючи різні способи тлумачення та виходячи зі своїх ідеологічно-ціннісних установок. Висунення ж пропозицій з виправлення таких законодавчих недоліків вже буде виходити за межі тлумачення; і по-третє, хоча й суб'єкт доктринального тлумачення не може виправляти недоліки законодавства, однак це тлумачення все ж відіграє свою роль в їх усуненні, а саме: воно є первинним етапом наукового дослідження закону про кримінальну відповідальність та кримінального права, в ході якого недоліки законодавчої техніки, прогалини в правовому регулюванні виявляються і далі може лягти в основу висунення пропозицій по вдосконаленню КК. А динамізм доктринального тлумачення забезпечує те, що воно набагато швидше ніж інші види тлумачення, ніж практика застосування закону про кримінальну відповідальність виявляє такі недоліки.

4. У прийнятті рішень Конституційного Суду України (далі - Рішення**).** Навіть прихильники класичного підходу до розуміння природи доктринального тлумачення не можуть заперечити, що Рішення і за формою, і за змістом, і за суб'єктом можуть з ним збігатися. Тобто, такі Рішення можуть виступати джерелом (зовнішньою формою) доктринального тлумачення закону про кримінальну відповідальність. Очевидно, що аналогічну роль виконують і окремі думки суддів Конституційного Суду України, правову природу яких дотепер не можуть "втиснути" в усталені схеми поділу тлумачення на види. І саме у формі Рішень доктринальне тлумачення, як обов'язкове, буде впливати на всі інші сфери юридичної діяльності.

5. У прийнятті роз'яснень Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – Роз'яснення). Хоча відповідно до нині чинного законодавства такі Роз'яснення мають рекомендаційний характер, однак загальновідомо, що фактично їх статус є іншим. Доктринальне ж тлумачення здійснює на них різносторонній вплив. По-перше, його результати можуть напряму, дослівно включатися в тексти таких Роз'яснень. Однак, в цьому випадку, на відміну від законотворчої діяльності, видається, слід віддавати перевагу доктринальному тлумаченню не за критерієм загальновизнаності, а насамперед тому, яке максимально враховує всі зміни як в самому законі, так і в суспільстві. По-друге, Роз'яснення можуть ставати зовнішньою формою (джерелом) доктринального тлумачення закону про кримінальну відповідальність. Відповідно таке доктринальне тлумачення КК у формі Роз'яснень впливатиме на всі інші сфери юридичної діяльності. По-третє, доктринальне тлумачення КК України виступатиме критерієм для оцінки існуючих Роз'яснень на їх відповідність чинному законодавству та природному праву і базою для висунення пропозицій з їх вдосконалення. Хоча, навіть у випадках наявності застарілих положень у Роз'ясненнях, правозастосовувачі продовжують ними послуговуватися у своїй діяльності аж до внесення до них змін чи заміни новими.

6. У правозастосовній діяльності. Насамперед, відмітимо, що доктринальне тлумачення закону про кримінальну відповідальність впливатиме на цю сферу через вищенаведені сфери навчання, законотворення, через Роз'яснення і Рішення, на що вже вказувалося. По-друге, аналізований вид тлумачення, здійснюваний практиками щодо конкретної справи, може виражатися назовні у формі правозастосовних актів або може використовуватися в останніх з інших джерел (наукових праць, висновків експертів у конкретній справі, консультацій науковців тощо) і забезпечуватиме їм належну обґрунтованість. Особливо і перше, і друге актуально у діяльності вищих інстанцій відповідних правозастосовних органів, у практиці адвокатів тощо. Зокрема, проведене анкетування працівників суду, прокуратури, органів внутрішніх справ та адвокатури засвідчило, що практично всі такі працівники (96 %) у своїй практичній діяльності використовують результати тлумачення науковцями КК України (науково-практичні коментарі, наукові статті, підручники, монографії). Зокрема, в анкетах було зазначено, що таким тлумаченням послуговуються для з'ясування змісту оціночних слів (словосполучень), відкритих переліків, змісту законодавчих приписів в цілому, для розмежування злочинів, з'ясування спірних питань, колізій тощо; що воно допомагає на практиці в обґрунтуванні розуміння КК України в процесуальних документах, а окремі із практиків навіть посилаються у процесуальних документах на доктринальні роз'яснення КК України. Од-

нак, слід відмітити, що ця сфера юридичної діяльності є досить консервативна, особливо це стосується судових та правоохоронних органів, і тому в основному її учасники віддають перевагу усталеним, перевіреним на практиці схемам, зразкам тлумачення положень закону про кримінальну відповідальність, тобто теоретико-наслідувальному виду тлумачення, навіть коли воно вже стало застарілим. Цей висновок також підтверджується проведеним анкетуванням, зокрема тим, що практично всі (95 %) із респондентів використовують у своїй діяльності науково-практичні коментарі КК України і віддають їм перевагу та хотіли б щоб вони відповідали таким критеріям, як: наведення конкретних справ як прикладів, є результатом аналізу закону та рішень судів, містить узагальнення судової практики, наближеність до офіційного тлумачення, відповідність судовим роз'ясненням, більша наближеність до реального життя, до практики, не повинне бути суб'єктивною думкою його авторів, а чітко слідувати нормам закону, одноманітне, узгоджене з практикою та усіма гілками влади, одне для всіх, а також висловили побажання, щоб рішення з тлумачення закону приймалися на спільних нарадах фахівців суду, прокуратури, органів внутрішніх справ та адвокатури.

У реалізації права, вважаємо, найбільше значення має теоретико-наслідувальне тлумачення, а тому цей напрямок ми не виділяємо як окремий.

Більше чи менше значення доктринального тлумачення закону про кримінальну відповідальність для всіх виділених сфер юридичної діяльності, те, якому із декількох різних варіантів (джерел) такого тлумачення віддадуть пріоритет, залежатиме від об'єктивних (його аргументованість, відповідність чинному законодавству тощо) та суб'єктивних (відповідність його ідеологічно-ціннісним установкам "користувача", авторитет для нього суб'єкта доктринального тлумачення, належність цього суб'єкта до певної наукової школи, обмеженість доступу до джерел такого тлумачення чи й повне їх ігнорування тощо) чинників.

ПРАКТИКА ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ ПРИ ПОДОЛАННІ ПРОГАЛИН У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНІ

Пісна Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

З моменту прийняття КК Україні до сьогоднішнього дня до цього нормативно-правового акту вносяться безліч доповнень та змін. Кримінальний закон (закон про кримінальну відповідальність) змінюється залежно від зміни суспільних відносин у певній державі. Криміналізація і декриміналізація діянь це невідворотній процес.

Внаслідок постійних змін кримінального закону допускаються певні неточності (прогалини) чи то у диспозиціях кримінально-правових норм чи то у санкціях. Прогалини очевидними стають тоді, коли починають застосовуватись норми кримінального закону правозастосовними органами, це зокрема суддями, прокурорами, слідчими. Правильне визначення змісту юридичних термінів створює необхідну основу для належного застосування нормативно-правових норм.

Беззаперечною видається теза про те, що проблема подолання прогалин у кримінальному законі є надзвичайно актуальна. Також не буде перебільшенням сказати, що проблема прогалин у кримінальному законодавстві залишається однією із малодосліджених. Це насамперед пов'язано з тим, що кримінальний закон встановлює, які суспільно небезпечні діяння визнаються злочинами та який вид та розмір покарання буде застосовано до особи, що вчинила злочин. Він визначає долю людини, його кримінально-правові норми є дуже суворими, вони повинні бути точними, недвозначними, з огляду на це у кримінальному законі (закон про кримінальну відповідальність) не повинно бути прогалин.

В науці кримінального права ніхто не заперечує про існування прогалин у кримінальному законі, адже суспільні відносини змінюються, суспільство розвивається, законодавча техніка не ідеальна. Однак існують дискусії, щодо розмежування чи ототожнення понять «прогалина у кримінальному законі» та «прогалина у кримінальному праві», щодо визначення змісту даних понять.

У теорії права зміст поняття «прогалина» трактується по різному. Зокрема, В.В. Лазарев визначає її як повну чи часткову відсутність нормативних настанов, необхідність яких зумовлена розвитком суспільних відносин і потребами практичного вирішення справ, основними принципами, політикою, сенсом і змістом чинного законодавства. С.С. Алексєєв визначає прогалину в законі як повну або часткову відсутність в чинних законах необхідних юридичних норм. Є.В. Васьковський вважає, що прогалина у чинному праві має місце тоді, коли для якої-небудь категорії випадків або 1) взагалі немає норми, або 2) існує норма, але зовсім темна і незрозуміла, або 3) існує декілька норм, які знаходяться між собою у непримиримому протиріччі, або 4) встановлена норма, що страждає на неповноту (часткова прогалина).

З огляду на викладене, ми підтримуємо позицію, що «прогалина у праві» та «прогалина у законі» це різні поняття. Право за своєю суттю є ширшим поняттям, аніж закон. Право включає в себе усі нормативно-правові та підзаконні акти, а закон – це лише нормативно-правовий акт, який приймається компетентним органом, уповноваженим на прийняття законів, та у якому містяться правові норми, що регулюють ті чи інші суспільні відносини.

Виходячи із загальнотеоретичного розуміння прогалини в законі, про її наявність в кримінальному законі можна говорити тоді, коли певне суспільне відношення є за своїм характером кримінально-правовим, тобто підлягає кримінально-правовому регулюванню, однак повністю чи частково не врегульоване положеннями кримінального закону.

Проаналізувавши різноманітні погляди вчених приходимо до висновку, що «прогалини у кримінальному законі» - це упущення, недолік, неповнота існуючої кримінально-правової норми, яка є очевидною, утворюється внаслідок недосконалих прийомів законодавчої техніки, і може бути подолана практикою правозастосування (судами).

© Пісна Н., 2012

Усунення прогалин у законах здійснюється законодавцем шляхом створення приписів, яких не вистачає. Проте, щодо конкретних неврегульованих відносин, які вже склалися, подолання прогалини має здійснюватися правозастосувачем.

Вищевикладене дає підстави сформулювати певні висновки з проведеного дослідження. Законодавча техніка не ідеальна і при конструюванні кримінально-правових норм можуть виникати певні недоробки. Для того, аби їх подолати законодавцю як правило потрібен певний час, а практика правозастосування реагує на певні речі, набагато швидше, і це дозволяє зберегти динамічність та стабільність кримінального закону. За допомогою практики правозастосування долаються прогалини у кримінальному законі, якщо вони не пов'язані із криміналізацією діяння. Під прогалинами у кримінальному законі слід розуміти упущення, недоліки, неповноту існуючої кримінально-правової норми, яка є очевидною, які утворюються внаслідок недосконалих прийомів законодавчої техніки, і можуть бути подолані практикою правозастосування (судами).

ОКРЕМІ ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ ОБСТАВИН, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ, ІЗ СУМІЖНИМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИМИ ПОНЯТТЯМИ

Сибаль О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним із важливих напрямків розвитку та подальшого удосконалення сучасного кримінально-правового вчення про обставини, що виключають злочинність діяння, є теоретичне обґрунтування необхідності з'ясування їх співвідношення з іншими кримінально-правовим поняттями, які можуть змістовно термінологічно підмінювати вказані обставини чи помилково використовуватись замість них під час правозастосовчої діяльності.

1) «Обставина, що виключає злочинність діяння» та «діяння, злочинність якого виключається». Особливістю теоретичних досліджень, присвячених обставинам, що виключають злочинність діяння, є домінування наукового підходу, відповідно до якого ці поняття більшістю авторів визначаються як певні акти людської поведінки через такі терміни як «діяння», «дії», «конкретні акти діяльності людини», «свідомі і вольові вчинки», «поведінка особи, що заподіяла шкоду» та інші. Так, наприклад, за твердженням окремих науковців, «обставина, що виключає злочинність діяння, – це передбачений різними галузями законодавства, зовні схожий із злочином суспільно корисний (суспільно допустимий) і правомірний вчинок, що здійснюється за наявності визначених підстав, виключає суспільну небезпечність та протиправність діяння, а, як наслідок, і кримінальну відповідальність особи за заподіяну нею шкоду». Тобто визначення обставини зводиться до «вчинку», який по суті є тотожним поняттю «діяння» (дії чи бездіяльності). Аналогічної позиції дотримувався законодавець при формулюванні змісту норм Розділу VIII Загальної частини КК України «Обставини, що виключають злочинність діяння». Так, необхідною та уявною обороною визнаються дії (ч. ч. 1, 1 ст. ст. 36, 37), виправданий ризик закріплений під назвою «Діяння, пов'язане з ризиком» (ст. 42) тощо.

Однак, вважаємо, що таке трактування є не зовсім правильним, оскільки у цьому випадку обставина, що виключає злочинність діяння, помилково ототожнюється із самим діянням, злочинність якого виключається, тобто із поведінкою особи, яка завдала шкоди. Іншими словами (із вказаної точки зору) обставина, що виключає злочинність діяння, будучи діянням (вчинком), виключає злочинність самої себе.

Із таким твердженням важко погодитись, оскільки, як справедливо зазначають з цього приводу автори наукової праці «Енциклопедия уголовного права. Т. 7. Обстоятельства, исключающее преступность деяния» (2007 р.) за редакцією В. Б. Малініна, більшість аналізованих обставин обумовлені дією зовнішнього фактору, наприклад, нападом іншої людини, дією сил природи чи інших осіб, що створює обстановку необхідності вибору поведінки, пов'язаної із заподіянням шкоди об'єкту кримінально-правової охорони. Підтримуючи цю тезу, Н. А. Бєляєв та М. Д. Шаргородський як на визначальну ознаку обставин, що виключають злочинність діяння, вказують, що усі вони характеризують обстановку, яка викликає певне діяння, і при якій це діяння вчиняється.

Такий підхід видається більш обґрунтованим, оскільки, якщо звернутися до тлумачного словника української мови, ми знайдемо там наступні визначення поняття «обставина»: 1. Явище, подія, факт і т. ін., що пов'язані з чим-небудь, супроводять або викликають що-небудь, впливають на щось. 2. Сукупність умов, за яких що-небудь відбувається.

Проводячи аналогію, можемо припустити, що обставина, яка виключає злочинність діяння, становить сукупність певних умов (факторів реальної дійсності), які лежать в основі вчинення формально злочинного діяння, викликають його, утворюючи при цьому фактичну підставу для його здійснення. Такими умовами (факторами) є, зокрема, наявність суспільно небезпечного посягання при необхідній обороні, неможливість усунути небезпеку іншими засобами при крайній необхідності, наявність суспільно корисної мети при діянні, пов'язаному з ризиком, тощо.

© Сибаль О., 2012

Для прикладу розглянемо практичну ситуацію: С., виламуючи двері, намагався проникнути у будинок К. для здійснення крадіжки цінних речей. Останній у цей час проходив поблизу і, непомітно підкравшись ззаду, раптово ударив С. палкою по голові, заподіявши йому тяжке тілесне ушкодження. Завдання тілесного ушкодження у цій ситуації буде діянням, що формально, зовні схоже із злочином, передбаченим ст. 121 КК України. Однак такі фактори як те, що С. намагався протиправно і насильницько проникнути у чуже житло і те, що К. захищав свою власність, реалізовуючи суб'єктивне юридичне право на необхідну оборону, у сукупності утворюватимуть обставину, що виключає із діяння К. ознаку злочинності.

Тобто обставина, що виключає злочинність діяння, не є діянням (вчинком), злочинність якого виключається, а становить окрему, органічно поєднану сукупність умов, які позбавляють цього діяння ознаки кримінальної протиправності, надаючи йому правомірного характеру. Розмежування цих понять відображає об'єктивну реальність, коли спочатку виникає певна зовнішня подія, процес, явище, яке згодом викликає необхідність у вчиненні у відповідь діяння, пов'язаного із заподіянням шкоди об'єкту кримінально-правової охорони.

Наведена теза підтверджується і тим, що за результатами кваліфікації дій особи, яка, наприклад, захищаючи своє життя, заподіює посягаючому тілесні ушкодження, ми не робимо висновку, що особа вчинила необхідну оборону, а говоримо про вчинення діяння в умовах чи у стані необхідної оборони.

2) «Обставина, що виключає злочинність діяння» та «обставина, що виключає склад злочину». У теорії кримінального та кримінально-процесуального права, а також на практиці застосування їх норм виникають різнобіччя поглядів стосовно того, що слід вкладати у зміст поняття «виключення злочинності діяння», а також, яку у зв'язку із цим підставу для закриття кримінальної справи чи відмови у її порушенні, з числа передбачених ст. 6 КПК України, необхідно вказувати у відповідних процесуальних документах за наявності досліджуваних обставин. Вирішення цього питання утруднюється виключно номінальним закріпленням законодавцем терміну «обставини, що виключають злочинність діяння» у вигляді назви Розділу VIII Загальної частини КК України без його легальної дефініції.

Найпоширенішою є точка зору, згідно із якою особа, що вчинила діяння у стані необхідної оборони, крайньої необхідності чи в умовах інших обставин, що виключають злочинність діяння, не підлягає кримінальній відповідальності, оскільки у її діях (бездіяльності) відсутній *склад злочину* (п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК України). При цьому, з позицій А. А. Піонтковського, В. Н. Кудрявцева та В. Н. Козака, відсутньою є саме вина особи, як обов'язкова ознака суб'єктивної сторони складу того чи іншого злочину.

Вказане твердження видається сумнівним, адже у такому випадку наявність будь-якої із аналізованих обставини виключала б умисне чи необережне ставлення особи до результату свого діяння. Тобто дії особи, вчинені, скажімо, у стані необхідної оборони (наприклад, нанесення ударів злочинцю), не отримували б жодного відображення у її психіці. Однак, це практично неможливо: якщо людина обороняється, то робить це, як правило, цілеспрямовано, з метою припинення посягання шляхом фізичного впливу на нападаючого. При цьому вона усвідомлює можливість чи неминучість спричинення шкоди об'єкту кримінально-правової охорони і бажає або свідомо допускає досягнення саме такого результату, а, отже, діє винно.

Тому, якщо під виною розуміти психічне ставлення особи до вчинюваної дії чи бездіяльності та її наслідків, виражене у формі умислу чи необережності (ст. 23 КК України), то за наявності будь-якої із обставин, що виключають злочинність діяння, вина безумовно має місце, і про її відсутність говорити щонайменше некоректно.

А. В. Наумов, підтримуючи позицію виключення складу злочину під час характеристики досліджуваних обставин, стверджує про відсутність не лише вини, а й одночасно усіх інших ознак злочину (протиправності, суспільної небезпечності, караності і, як наслідок, його злочинності).

Видається, що наведена позиція також не може бути прийнятною в силу надмірної категоричності, оскільки очевидним є той факт, що за умов, коли у діянні відсутні одночасно усі ознаки злочину, не виникає необхідності у постановці питання про наявність обставини, яка б усувала його злочинність, тому що вказане діяння злочином автоматично не визнаватиметься внаслідок відсутності його конститутивних ознак. Як слушно з цього приводу зазначає Ю. В.

Баулін, «проблема розглядуваних обставин виникає лише за умови підпадання правомірних вчинків під ознаки діяння, передбаченого КК як злочин». Так, наприклад, діяння особи, вчинене в умовах крайньої необхідності, що заподіяло шкоду чужому майну у великих розмірах, формально містить усі ознаки складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 194 КК України.

Тому діяння, злочинність якого виключається, не позбавлене ознак складу відповідного злочину. Ця його характеристика надає можливість розмежовувати обставини, що виключають злочинність діяння (ст. ст. 36-43 КК України), та обставини, що виключають склад злочину (наприклад, недосягнення особою віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, казус, неосудність, непереборна сила, відсутність способу, мети, мотиву чи інших обов'язкових ознак конкретного складу злочину). У протилежному випадку було б знівельовано кримінально-правове значення виокремлення інституту обставин, що виключають злочинність діяння, та їх видового поділу, шляхом їх підміни з іншими кримінально-правовими явищами.

3) «Обставина, що виключає злочинність діяння» та «обставина, що звільняє від кримінальної відповідальності». Не можна, на наш погляд, погодитись також із позицією Н. Н. Паше-Озерського та В. Н. Козака, які у своїх працях вказують, що наслідком вчинення особою діяння за наявності обставини, що усуває його злочинність, є її *звільнення від кримінальної відповідальності*, адже номінально-формальне розмежування понять «виключення злочинності діяння» та «звільнення від кримінальної відповідальності» здійснено на рівні КК України (Розділи VIII та IX Загальної частини). Головним розмежувальним критерієм виступає те, що при виключенні злочинності відсутня підстава кримінальної відповідальності, тобто факт вчинення злочину, оскільки діяння є правомірним і лише зовні (формально) підпадає під ознаки певного злочину. Натомість про звільнення від кримінальної відповідальності можна говорити у разі, коли особа вчинила злочин, однак за наявності вказаних у кримінальному законі умов, які характеризують діяння та (або) особу злочинця, держава в особі уповноважених органів відмовляється від осуду цієї особи, а також від покладення на неї обмежень особистого, майнового або іншого характеру, передбачених законом за вчинення злочину (дійове каяття, примирення винного з потерпілим, передача особи на поруки та ін.).

4) «Обставина, що виключає злочинність діяння» та «обставина, що виключає кримінальну відповідальність». Окремі автори (Ю. В. Александров, В. А. Клименко, В. І. Борисов), даючи характеристику обставинам, що виключають злочинність діяння, зазначають, що усі вони (обставини) *виключають кримінальну відповідальність* за заподіяну шкоду.

Видається, що використання надмірно узагальненого теоретичного терміну «виключення кримінальної відповідальності» для позначення кримінально-правових наслідків застосування аналізованих обставин є не зовсім вдалим, адже в обсяг цього поняття окрім виключення злочинності можна також включити випадки звільнення від кримінальної відповідальності та покарання (його відбування), добровільну відмову від доведення злочину до кінця, відсутність певних елементів складу злочину, недоведення участі особи у вчиненні злочину, непередбаченість діяння Особливою частиною КК як злочину чи його декриміналізація тощо. А це, у свою чергу, породить термінологічну суперечку та пов'язані із нею правозастосовчі проблеми. Відтак, з метою забезпечення дотримання вимог єдиного законодавчого понятєвокатегоріального апарату, який дозволяє диференціювати смислове значення різних кримінально-правових явищ, у розглядуваній ситуації доцільнішим є використання більш конкретизованого терміну.

5) «Обставина, що виключає злочинність діяння» та «обставина, що виключає подію злочину». Підтримки заслуговує теоретичний підхід, розроблений авторами наукової праці «Энциклопедия уголовного права. Т. 7. Обстоятельства, исключающие преступность деяния» (2007 р.), що грунтується на розмежуванні понять «злочин» та «склад злочину». Ключовим положенням вказаного підходу є твердження про те, що корені юридичної природи обставин, які виключають злочинність діяння, необхідно шукати у виключенні ознак самого злочину, а не його складу. Тобто наявність зазначених обставин виключає кримінально-правовий юридичний факт – *подію злочину*.

При цьому у разі виключення події злочину за наявності тієї чи іншої обставини не виникає необхідності у встановленні усіх ознак складу злочину як єдиної та достатньої підстави

притягнення до кримінальної відповідальності. Іншими словами, допустимість обставини, що виключає злочинність діяння, позбавляє останнє визначальної ознаки злочину (кримінальної протиправності), а це, у свою чергу, виключає наявність складу злочину у вчиненому діянні. Як наслідок, якщо немає події злочину, відпадає необхідність у пошуку складу злочину.

Саме тому, на наш погляд, кримінально-процесуальне переслідування особи, яка вчинила діяння в умовах обставини, що виключає його злочинність, повинно бути припинено за відсутністю події злочину як однією з обставин, що виключають провадження у кримінальній справі, передбачених ст. 6 КПК України.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ПРАВИЛА *NON BIS IN IDEM* У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Хилюк С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Правило non bis in idem (в перекладі з латинської не двічі за одне) є одним з найдавніших правових принципів західної цивілізації, коріння якого сягає часів Стародавньої Греції та Риму. За твердженням Вілема Ван Бокла перша згадка про нього датується приблизно 355 р. до н.е., коли Демосфен зробив висновок, що закон забороняє судити одного й того ж чоловіка двічі з того самого приводу. Цей принцип з'являється знову в Corpus Juris Civilis Юстиніана. В основі його лежать дві латинські максими: nemo debet bis vexari pro una et eadem cause (ніхто не повинен обвинувачуватися двічі в одному й тому ж правопорушенні) та nemo debet bis puniri pro uno delicto (ніхто не повинен бути покараним двічі за те саме правопорушення). Історично склалося так, що дію цього принципу обмежили сферою застосування кримінального права та тривалий час надавали йому лише внутрішньодержавного статусу.

Аналізуючи зміст вказаного правила суддя Конституційного Суду Російської Федерації Кононов А.Л. не безпідставно заявляє, що в зв'язку з відсутністю офіційного визнання принципу non bis in idem у радянському кримінальному праві та правовій доктрині, він недостатньо засвоєний сучасною правосвідомістю. В Україні ситуація ускладнюється домінуванням обвинувального ухилу в науці кримінального права, а також непослідовною позицією вищої судової інстанції України, яка в ряді випадків прямо рекомендує судам нижчих ланок двічі інкримінувати особі один наслідок її злочинного діяння.

З урахування описаних реалій української правової дійсності та положень ст. 17 Закону України від 23 лютого 2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (де практика Європейського суду з прав людини визнана джерелом права в Україні) доцільним є звернення до рішень Європейського Суду з прав людини (надалі ЄСПЛ) з метою з'ясування змісту правила non bis in idem.

Правило «не двічі за одне» закріплене у ст. 4 Протоколу №7 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (надалі Конвенція), яким Конвенція була доповнена у 1984 році у вигляді суб'єктивного права особи не бути притягненим до суду або покараним двічі. Важливість цього права підтверджується в тому числі забороною його обмеження, навіть у надзвичайних обставинах (ч. 3 ст. 4 Протоколу №7, ст. 15 Конвенції). Протокол №7 ратифікували далеко не всі члени Ради Європи, лише 25 держав. Практика ЄСПЛ з застосування аналізованого положення Конвенції є досить обмеженою: розглянуто 28 справ, з них у 9 – констатовано порушення ст. 4 Протоколу №7 Конвенції. Україна не було стороною у жодній з вказаних справ.

Практика ЄСПЛ щодо застосування ст.4 проколу № 7 Конвенції є непослідовною та в деяких випадках, навіть, суперечливою. Цей недолік визнає й сам Суд. ЄСПЛ констатував у рішенні у справі Золотухіна проти Росії, що застосовував різні підходи щодо трактування змісту idem-компонента правила не двічі за одне. З метою усунення суперечностей визначив, що надалі ЄСПЛ підтримує ту позицію відповідно до якої, ст. 4 Протоколу №7 трактується як заборона кримінального переслідування особи двічі за правопорушення, які базуються на тих самих фактах або фактах, які по суті є такими самими.

ЄСПЛ розглядає правило «не двічі за одне» в межах правової системи однієї держави, відтак у його рішеннях нема відповіді, чи узгоджується з положеннями non bis in idem притягнення до відповідальності та відповідно покарання особи двічі за одне й те ж, але юрисдикційними органами різних держав.

У практиці ЄСПЛ дія правила «не двічі за одне» поширюються лише на кримінально-правову сферу, межі якої Суд розуміє значно ширше, ніж національні юрисдикції держав-членів Ради Європи, в тому числі й України. Беручи до уваги об'єкт посягання та суворість стягнення, ЄСПЛ відносить до кримінально-правових окремі види адміністративних правопорушень.

© Хилюк С., 2012

Правило non bis in idem у трактуванні ЄСПЛ становить нерозривну єдність матеріально-правових та процесуально-правових положень, відтак не може розглядатися як галузевий принцип кримінального права. Розв'язуючи окремі спірні питання, Суд надає вирішального значення процесуальним аспектам. Проте правова природа та функції кримінально-правових та кримінально-процесуальних норм, їх співвідношення на нинішньому етапі розвитку юриспруденції дають підстави для іншого вирішення цієї проблеми.

Матеріально-правова складова правила «не двічі за одне» зводиться до вирішення двох питань. По-перше, що слід розуміти під «тим самим порушенням», за яке не можна притягати до суду, а також карати двічі. По-друге, що слід вважати подвійним покаранням.

ЄСПЛ констатує, що одне діяння може становити ідеальну сукупність правопорушень кримінально-правового характеру, і це не суперечить правилу non bis in idem.

Проводячи межу між тими випадками, коли одне діяння може становити ідеальну сукупність правопорушень, та випадками, коли інкримінування особі двох посягань, які випливають з одних фактів є порушенням правила «не двічі за одне», ЄСПЛ фактично формулює окремі підходи до розмежування складів злочинів та відмежування їх від інших видів правопорушень. При цьому зустрічаються твердження, які кореспондують поняттю конкуренції загальної та спеціальної норми, а також частини та цілого, зокрема у справі Фішера проти Австрії. Суд не дає жодних рекомендацій щодо того, яка з конкуруючих норм підлягає застосування, він лише констатує невідповідність одночасного інкримінування конкуруючих норм правилу «не двічі за одне». З окремих рішень випливає, що відповідно до положень non bis in idem, діяння, яке отримало остаточну оцінку як адміністративне правопорушення не може визнаватися злочином чи його складовою й навпаки. Проте не суперечить аналізованому правилу одночасне застосування до особи за ті самі діяння кримінально-правової та конституційної відповідальності, кримінальної відповідальності та фінансових санкцій.

Окремі позиції Верховного Суду України щодо кваліфікації злочинів не узгоджуються з трактуванням правила «не двічі за одне» у рішеннях ЄСПЛ. Зокрема, це стосується рекомендацій Пленуму ВС України двічі інкримінувати особі наслідки у вигляді смерті, у разі вчинення умисного вбивства під час іншого злочину, основний чи кваліфікований склад якого містить таку ознаку як тяжкі наслідки. Оскільки на думку ЄСПЛ нема підстав карати правопорушення, негативні наслідки якого повністю охоплюються іншим правопорушенням. Також не узгоджується з правилом не двічі за одне усталенні в Україні підходи щодо кваліфікації хуліганства, яке полягало у заподіянні тілесних ушкоджень. Цікавим та корисним для правозастосовної практики України є рішення у справі Цоньо Цонев проти Болгарії (Tsonyo Tsonev v. Bulgaria). Заявника звинуватили у вчиненні адміністративного правопорушення – порушення громадянського порядку з явною неповагою до суспільства, яке полягало у насильницькому вторгненні в житло іншої особи та заподіянні їй тілесних ушкоджень. Пізніше на основі тих самих фактів висунули звинувачення у двох злочинах: заподіяння середньої тяжкості тілесних ушкоджень (§ 1 ст. 129 Кримінального кодексу Болгарії 1968) та вторгнення в житло (§ 2 ст. 170 Кримінального кодексу Болгарії 1968). Окружний суд Габрово (Gabrovo District Court) визнав заявника винним у заподіянні тілесних ушкоджень та виправдав щодо вторгнення в житло, засудивши до 18 місяців позбавлення волі. ЄСПЛ, по-перше, визнав порушення громадського порядку з явною неповагою до суспільства кримінально-правовим за своєю природою з огляду на об'єкт посягання та цілі відповідальності, по-друге, констатував порушення принципу не двічі за одне, так як всі ознаки адміністративного правопорушення охоплюються ознаками інкримінованого складу злочину. Аналогічний підхід й у рішенні у справі Маресті проти Хорватії (Maresti v. Croatia). Проте зовсім по-іншому вирішує це питання Верховний Суд України. Зокрема, з ухвали колегії суддів палати у кримінальних правах від 03.02.2004 випливає, що у випадку, коли хуліганство полягало у заподіянні середньої тяжкості тілесних ушкоджень дії винного належить кваліфікувати за сукупністю як хуліганство та умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження (ст.ст. 296, 122 КК України), пояснюється це тим, що заподіяння такого виду тілесних ушкоджень за своїми ознаками та ступенем тяжкості істотно відрізняється від хуліганства.

Позбавлення права займатися певною діяльністю не оцінюється ЄСПЛ як покарання у кримінально-правовому розумінні, з огляду на те, що воно не є карою для засудженого, а пок-

ликане захистити інтереси інших. Відтак застосування до особи поряд з основним покаранням цього виду покарання не є подвійним покаранням. Також не порушує правила non bis in idem в частині подвійного покарання накладення на особу крім покарання за злочин ще й фіскальних санкцій. Не є подвійним покаранням заміна штрафу позбавленням волі у випадку несплати штрафу, хоча такий захід ЄСПЛ називає архаїчним.

ПРОБЛЕМА ВСТАНОВЛЕННЯ ЗМІСТУ СУБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ ЗЛОЧИНУ „УМИСНЕ ВВЕДЕННЯ В ОБІГ НА РИНКУ УКРАЇНИ (ВИПУСК НА РИНОК УКРАЇНИ) НЕБЕЗПЕЧНОЇ ПРОДУКЦІЇ"

Цюра А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Склад злочину, передбачений ст. 227 КК України „Умисне введення в обіг на ринку України (випуск на ринок України) небезпечної продукції" відповідно до Закону України " Про державний ринковий нагляд і контроль нехарчової продукції" від 2 грудня 2010 року № 2735-VI , було викладено у новій редакції, яка є чинною. Відповідно, редакція складу злочину, передбаченого ст. 227 КК України, "Випуск або реалізація недоброякісної продукції", яка набрала чинності із введенням у дію КК України 2001 року, втратила свою чинність. Необхідно констатувати факт, що законодавцем було видозмінено повністю ознаки складу злочину, передбаченого ст. 227 КК України, було конкретизовано і суб'єктивну сторону цього злочину із вказівкою на те, що цей злочин може вчинятись лише умисно.

Суб'єктивна сторона злочину, злочину, передбаченого ст. 227 КК України "Випуск або реалізація недоброякісної продукції" у редакції, що втратила чинність, характеризувалась, як умисною, так і необережною формою вини. За конструкцією об'єктивної сторони складу злочину "Випуск або реалізація недоброякісної продукції" слід було відносити до злочинів з формальним складом, оскільки вказівки на злочинні наслідки у відповідній статті не було. Відсутня була прив'язка до злочинних наслідків як умова притягнення винного до кримінальної відповідальності за випуск недоброякісної продукції.

У науковій літературі стверджується, що злочини з формальним складом можуть вчинятись як правило з прямим умислом. Винятком з цього правила був склад злочину передбачений ст. 227 КК України. Безспірним є положення про те, що цей злочин може вчинятись із прямим умислом. Винний усвідомлював те, що випускає на ринок і реалізує споживачам недоброякісну продукцію. Відповідно винний, не може не бажати вчинення такого діяння. Проте можливі й випадки коли й через недбале, несумлінне ставлення до своїх службових обов'язків по контролю за якістю продукції, винний вчиняє випуск на ринок і реалізацію споживачам недоброякісної продукції через необережність. Винні особи, які вчиняють таке діяння теж повинні були підлягати кримінальній відповідальності за ст. 227 КК України. Оскільки, законодавець у ст. 227 КК не наводив жодних прямих чи непрямих вказівок щодо суб'єктивної сторони цього злочину. Тому, визначати кримінально караний випуск недоброякісної продукції, як такий, що міг бути вчинений лише умисно, на нашу думку було безпідставним.

Однак, спільною ознакою усіх злочинів у сфері господарської діяльності є те, що вчиняються вони з умисною формою вини за винятком злочину, передбаченого ст. 227 КК України. Виходячи із загального поняття злочинів у сфері господарської діяльності як умисних правопорушень, видається, що законодавець без достатніх на те підстав вийшов за межі такого загального поняття цих злочинів і зробив можливим тоді визнавати випадки необережного випуску недоброякісної продукції злочином. Випадки умисного та необережного випуску недоброякісної продукції характеризуються різним ступенем суспільної небезпечності, неоднаковим буде механізм спричинення шкоди заподіяної охоронюваним суспільним відносинам. Про умисний випуск або реалізацію недоброякісної продукції свідчить неодноразове вчинення відповідних дій. Винний вчиняючи цей злочин умисно ставить собі за мету випустити на ринок та реалізувати споживачам недоброякісну продукцію. Таким чином винний розраховує зекономити на випуску такої продукції, а за рахунок дешевшої ціни виграти конкуренцію у сумлінного виробника та отримати з такої діяльності відповідний економічний результат, заподіявши при цьому майнову шкоду кінцевому споживачу.

У той час як при необережному випуску або реалізації споживачам недоброякісної продукції винний має на меті випустити на ринок та реалізувати споживачам якісну продукції,

© Цюра А., 2012

проте через недостатній контроль винного така продукція усе ж потрапляє на споживчий ринок. Тому доцільність у визнанні необережного випуску або реалізації недоброякісної продукції злочином поряд з умисним випуском у межах ст. 227 КК України відсутня. У випадку необережного випуску або реалізації недоброякісної продукції споживачеві повинні бути задіяні механізми інших галузей права, а зокрема цивільного, господарського, за допомогою яких потерпілі зможуть у повній мірі відшкодувати завдані їм збитки.

Тому, на нашу думку, існувала необхідність доповнення ст. 227 КК України "Умисне введення в обіг на ринку України (випуск на ринок України) небезпечної продукції" прямою вказівкою на те, що цей злочин може бути вчинений лише умисно.

У науці кримінального права широко дискутується пропозиція встановлення кримінальної відповідальності у окремій статті кримінального закону за реалізацію споживачам продукції, яка є небезпечною для їх життя чи здоров'я. Наслідком такої дискусії і були відповідні зміни у ст. 227 КК України. Таким чином було забезпечено кримінально-правовою охороною право споживачів на безпечну продукцію. Згадане право на сьогодні охороняється ст. 227 КК України, проте у випадку спричинення шкоди життю чи здоров'ю споживача така охорона все ж буде здійснюватись за допомогою загальних норм Розділу ІІ Особливої частини КК України, оскільки кваліфіковані види складу злочину, у ст. 227 КК України відсутні. Оскільки, склад злочину сконструйовано законодавцем як формальний, то законодавцем відповідно і було обумовлено, що такий злочин може бути вчинений лише з прямим умислом. Випадки умисного чи необережного заподіяння шкоди життю або здоров'ю споживача небезпечною продукцією потрібно буде кваліфікувати за статтями Розділу ІІ Особливої частини КК України.

Тому, у зв'язку із появою у КК України нової редакції ст. 227 КК України, слід констатувати, що було встановлена кримінальна відповідальність за реалізацію споживачам небезпечної продукції, кримінально караними такі дії повинні визнаватись у тих випадках коли вони вчинені лише із прямим умислом. Вчинення таких дій із іншими видами вини, якщо це не спричинило ще шкоди життю та здоров'ю споживача, злочином, за чинним КК України, не визнається.

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА КРИМІНАЛІСТИКИ

ОКРЕМІ ПИТАННЯ СУДОУСТРОЮ РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА

Анікіна Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У Конституції Республіки Польща зазначено, що державна влада здійснюється на підставі її поділу на законодавчу, виконавчу і судову. Стаття 10 Конституції Польщі вказує, що судову владу здійснюють суди і трибунали. Стаття 124 Конституції України містить положення, що правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. Власне цей правовий припис в свій час послужив причиною того, що військові трибунали та арбітражі, що здійснювали судочинство відповідно у справах військових та у господарських спорах, були перейменовані у військові суди та у господарські суди.

Законодавство Республіки Польща дозволяє створення на час війни виключного суду та провадження прискореного процесу. Видається, що надбанням правової системи незалежної України є положення, згідно якого в державі забороняється створення надзвичайних та особливих судів.

Судова система Польщі складається з Конституційного трибуналу, загальних, адміністративних та військових судів. Конституційний трибунал був утворений у 1982 р. як орган, що не входив до судової системи держави, був допоміжним органом парламенту, діяльність якого була спрямована на зміцнення верховенства вищого представницького органу у сфері правотворчості. В подальшому він перетворився на аналог конституційного суду, що остаточно було закріплено в Конституції 1997 р. Конституційний трибунал складається з 15 суддів, які обираються Сеймом на 9 років з числа осіб, що вирізняються правовими знаннями, мають кваліфікацію, яка потрібна для зайняття посади судді Верховного або Вищого адміністративного суду, а саме мають вищу юридичну освіту, пройшли дворічне судове стажування і склали державний іспит або мають вчене звання не нижче доцента. Повторне переобрання до складу трибуналу не допускається. Президент і вице- президент Конституційного трибуналу призначаються Президентом Республіки з числа кандидатів, що висуваються Генеральною асамблеєю суддів трибуналу.

Конституційний трибунал Республіки Польща розглядає спори: а/ щодо відповідності законів і міжнародних договорів Конституції; б/ щодо відповідності законів ратифікованим міжнародним договорам, ратифікація яких вимагала попередньої згоди; в/ щодо відповідності нормативно-правових актів центральних державних органів Конституції, ратифікованим міжнародним договорам і законам; г/ щодо відповідності цілей або діяльності політичних партій Конституції; д/ розподілу повноважень між центральними державними органами; е/ щодо конституційності нормативного акта, що застосовується в конкретній судовій або адміністративній справі; є/ визнає тимчасову нездатність Президента виконувати свої обов'язки; ж/ на вимогу Президента, Голови Ради міністрів, Першого голови Верховного суду, голови Вищого адміністративного суду, Уповноваженого з громадянських прав, Генерального прокурора дає загальнообов'язкове тлумачення законів.

Як бачимо, ці повноваження є дещо відмінними (ширшими) від повноважень аналогічного судового органа України - Конституційного Суду, до компетенції якого належить визначення конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України (Парламента), правових актів Президента України, Кабінету Міністрів України та Верховної Ради Автономної Республіки Крим, конституційності міжнародних договорів України, дотримання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України в порядку імпічменту, а також офіційне тлумачення Конституції і законів України.

Аналіз польської судової системи дозволяє зробити висновок, що вона, як і українська система судів, будується за принципами територіальності, спеціалізації та інстанційності . Принцип територіальності тлумачиться, в основному, однозначно: як побудова судової систе-

© Анікіна Н., 2012

ми згідно з адміністративно-територіальним поділом держави. Так, низовим рівнем загальних судів є районні, їх нараховується 323, утворюються в одному або декількох районах (гмінах), вони є винятково судами першої інстанції і розглядають по суті переважну більшість цивільних, господарських і кримінальних справ. Наступний рівень утворюють регіональні суди, яких у Польщі 45. Ці суди виступають судами першої інстанції у складних категоріях справ (як це було донедавна і в Україні), а також є судами апеляційної інстанції щодо рішень районних судів. Наступний рівень займають апеляційні суди, створені у 1990 році. Їх десять. Як зрозуміло вже з назви, ці суди розглядають апеляційні скарги на рішення регіональних судів, постановлені по першій інстанції. Якщо проводити аналогію з українською судовою системою, то подібний суд – Апеляційний суд України - був передбачений Законом про судоустрій 2007 р., але фактично створений не був. Найвищим судовим органом системи загальних судів є Верховний Суд Польщі, який здійснює касаційний перегляд рішень регіональних та апеляційних судів , постановлених ними як судами апеляційної інстанції, а також військових судів. У зв'язку з цим в його складі діють цивільна і кримінальна палати, палата з розгляду трудових спорів, з питань соціального забезпечення і зв'язків з громадськістю та військова колегія. Крім функції перегляду рішень судів нижчого рівня, Верховний Суд здійснює функцію нагляду за діяльністю судів та однаковою реалізацією існуючих правових приписів у рішеннях, що виносяться судами, інакше кажучи, за однаковістю судової практики.

Згідно принципу спеціалізації в Республіці Польща діють адміністративні суди, які згідно Конституції здійснюють контроль за діяльністю публічної адміністрації; цей контроль охоплює також відповідність законам рішень органів територіального (місцевого) самоврядування і нормативних актів місцевих органів урядової адміністрації. Система адміністративних судів є дволанковою: на низовому рівні діють адміністративні суди воєводств (їх є чотирнадцять), які є судами першої інстанції, і другий рівень утворює Вищий адміністративний суд, який розглядає окремі категорії справ по першій інстанції, а також переглядає рішення нижчих адміністративних судів в касаційному порядку. Голову Вищого адміністративного суду призначає Президент Республіки на шестирічний строк з числа кандидатів, висунутих Загальними зборами суддів Вищого адміністративного суду.

У польському законодавстві нема вказівки на належність Державного трибуналу, який так само, як і Конституційний трибунал, був утворений у 1982 р., до судової системи Польщі. Однак аналіз правового статусу, компетенції та складу Державного трибуналу дозволяє віднести його до судових органів держави. Так, Державний трибунал виносить рішення про притягнення до відповідальності осіб, які обіймають визначені Конституцією вищі державні посади, за порушення Конституції і законів або за злочини, вчинені ними з використанням займаної посади чи у сфері виконання ними своїх службових обов'язків. До кола таких осіб належать Президент Республіки, Голова та члени Ради міністрів, голова Національного банку, голова Верховної палати контролю, члени Всепольської ради радіомовлення і телебачення, Вищий командувач Збройними силами, депутати і сенатори. Державний трибунал складається з Голови, двох заступників Голови та 16 членів, які обираються Сеймом не з числа депутатів та сенаторів на строк повноважень Сейму (4 роки), є польськими громадянами, наділені всією повнотою громадянських прав, не мають судимості і не працюють в органах державної адміністрації. Заступник Голови Трибунала, а також не менше половини його членів повинні мати кваліфікацію і відповідати вимогам, що пред'являються для професійних суддів. Головою Державного трибуналу є Перший Голова Верховного суду.

ПРОЦЕСУАЛЬНІ АСПЕКТИ ПРОВЕДЕННЯ «ПЕРЕХРЕСНОГО ДОПИТУ» КРІЗЬ ПРИЗМУ НОРМ ЧИННОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Бабунич В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Перехресний допит – це один із видів судового допиту, що проводиться за особливими правилами та який повинен обмежуватися з'ясованими під час прямого допиту обставинами або стосуватися питань достовірності показань і може бути проведеним лише учасниками процесу, які згідно закону мають право здійснювати судовий допит, а інтерес яких відрізняється від інтересу особи, яка провела прямий допит.

В чинному Кримінально-процесуальному кодексі України не передбаченого такого виду допиту, як «перехресний допит», а відтак і не встановлено жодних процесуальних особливостей його проведення. Незважаючи на відсутність законодавчої згадки про такий вид допиту, його широко застосовують в судовій практиці при розгляді кримінальних справ. Учасники кримінального процесу під час проведення перехресного допиту керуються загальними положеннями встановленими у процесуальному законодавстві, що стосуються проведення судового допиту в цілому. Суть перехресного допиту частково відображена в частині 1 ст.304 КПК України «Кожен учасник судового розгляду має право задавати свідкові додаткові запитання для з'ясування або доповнення відповідей даних на запитання інших осіб». Проведення такого виду допиту можливе також у вигляді допиту експерта у суді. Згідно статті 311 КПК України після оголошення висновку експертові можуть бути задані питання для роз'яснення і доповнення його висновку.

Відсутність правової регламентації порядку проведення перехресного допиту пояснюється, тим що такий допит, як окремий вид судового допиту, з притаманними йому процесуальними особливостями його проведення, вперше був виділений, шляхом створення окремого інституту кримінального процесу, в державах, які належать до англо-саксонської правової системи (загального права). Україна, як відомо, належить до романо-германської правової системи (континентального права). Однак враховуючи те, що обидві вищенаведені правові системи продовжують розвиватися, перебуваючи у постійному зв'язку, по ряду питань в державах цих сімей приймаються дуже схожі рішення, що базуються на тих самих ідеях та засадах. А відтак, ефективні методи та механізми розв'язання тих чи інших суспільних проблем, часто запозичаються державами, які належать до різних правових сімей. Вказана тенденція спостерігається також і в Україні. Так, вищенаведений вид допиту передбачений в проекті Кримінально процесуального кодексу України в редакції від 11 вересня 2008 року, розроблений членами робочої групи Національної комісії з зміцнення демократії та утвердження верховенства права. У вищенаведеному Проекті в частині перехресного допиту зазначено наступне. Після прямого допиту протилежній стороні надається можливість перехресного допиту свідка. Під час перехресного допиту дозволяється задавати навідні питання. Перехресний допит повинен обмежуватися питаннями, які були з'ясовані під час прямого допиту, і питаннями достовірності показань свідків. Під час допиту свідка сторонами головуючий за протестом учасника має право зняти питання, що не стосуються суті кримінального провадження (частини 6 та 7 ст. 337 даного Проекту).

Згідно норм чинного законодавства на перехресному допиті можуть бути допитані усі учасники процесу, які допитуються у судовому засіданні (підсудні, свідки, потерпілі, цивільні позивачі та цивільні відповідачі, а також експерти).

У судовому засіданні можуть ставити запитання за правилами такого допиту прокурор, захисник, експерти, цивільний позивач, цивільний відповідач та їхні представники, а також підсудні та потерпілі.

Актуальною є дискусія, щодо допустимості навідних запитань в межах перехресного допиту згідно норм чинного законодавства.

В умовах чинного КПК України абсолютна більшість практиків переконана в недопустимості навідних запитань під час проведення усіх видів допиту.

© Бабунич В., 2012

Проте ряд науковців переконані, що таку заборону можна поширювати лише на основний допит, але не на перехресний. Таку позицію теж закріпили на законодавчому рівні США та Англія. Якщо стосовно досудового розслідування та основного допиту судового слідства будь-яка форма наведення допитуваного питанням на відповідь недопустима, оскільки це може суттєво спотворити відтворювані в уяві допитуваної особи обставин справи, що може повести слідство по неправильному шляху. Тобто завжди є небезпека того, що пропуск в пам'яті особи, яка допитується відносно забутих або непомічених ознак об'єкта буде заповнений ознаками або обставинами, що містяться в навідних питаннях. То під час судового слідства в перехресному допиті, де докази (як правило, вже зібрані) представляються і досліджуються сторонами, практика вживання навідних питань не може бути повністю заборонена так як жодним чином це не вплине на вже зібрані докази, але може вказати на неправдиві чи перекручені відомості або внести певні сумніви щодо свідчень які були спотворені в уяві допитуваної особи. А, як відомо, всі сумніви тлумачаться на користь підсудного.

Обміркувавши аргументи двох сторін більш виправданою, як видається, є позиція про допустимість навідних запитань в перехресному допиті. Навіть в рамках чинного КПК України, відсутня пряма заборона щодо навідних запитань в межах судового допиту. Така заборона встановлена лише в частині допиту, який проводиться на досудовому розслідуванні. А враховуючи те, що допит на досудовому розслідуванні та перехресний допит на судовому слідстві не є тотожними явищами (переконуємося в цьому аналізуючи ознаки, що притаманні їм, вони мають суттєві відмінності щодо завдань, меж їх проведення, суб’єктного складу, обстановки та належності до стадії кримінального процесу ін.), застосування аналогії закону не видається доцільним.

Як підсумок варто зазначити, що перехресний допит не замінний в умовах змагального процесу. Запитання особи, що веде перехресний допит, впливають на силу показань допитаних осіб, а, крім того, становлять найважливіший компонент остаточного аргументу сторони перед судом. Українські законотворці, стоячи на порозі великих законодавчих змін (зокрема, прийняття нового КПК), повинні в повній мірі дослідити безлічь інститутів та положень кримінального процесу, де одним із ключових питань повинен бути – перехресний допит. Потрібно проаналізувати законодавство та досвід держав, де такий вид допиту існує вже достатньо давно, з метою віднайдення оптимального шляху вирішення проблемних моментів в умовах української правової системи і національної ментальності, та законодавчо врегулювати усі питання, що виникають під час проведення перехресного допиту в судовому засіданні, щоб виключити диференційований підхід до розв’язання цих проблем в судовій практиці, що існує на сьогодні.

ПОНЯТТЯ УГЛЯДУ (РОЗСУДУ) СЛІДЧОГО У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Багрій М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. У зв'язку з прийнятими останнім часом законами про внесення змін та доповнень у чинне кримінально-процесуальне законодавство, які спрямовані на реформування правоохоронних органів та вдосконалення їх діяльності, назріло чимало теоретичних і практичних питань оновлення існуючого порядку і умов досудового слідства, а також реального забезпечення процесуальної самостійності слідчого. В цьому відношенні одним з актуальних наукових напрямків теорії і практики кримінального процесу є поглиблена розробка проблем розсуду слідчого, його ролі в прийнятті процесуальних рішень на сучасному етапі боротьби зі злочинністю.

2. Проблеми розсуду слідчого були і залишаються предметом особливої уваги вчених-процесуалістів та криміналістів. В період радянської доби з'явились праці Г. Рєзніка, Ю. Грошевого та інших, які стосувалися проблем внутрішнього переконання суб'єктів кримінального процесу. В останнє десятиліття було захищено декілька дисертацій, які стосуються означеної проблеми, як в Україні, так і за кордоном.

3. Кримінально-процесуальний закон лише у двох статтях безпосередньо оперує поняттям «розсуд слідчого». Це статті, які стосуються особливостей допиту неповнолітнього обвинуваченого та неповнолітнього свідка. Зокрема, у ч. 1 ст. 168 КПК України зазначається: «Допит неповнолітнього свідка віком до чотирнадцяти років, а ***за розсудом слідчого*** – віком до шістнадцяти років проводиться в присутності педагога …». Крім того, у ч. 2 ст. 438 КПК України зазначається: «В разі, коли неповнолітній не досяг шістнадцяти років або якщо неповнолітнього визнано розумово відсталим, при пред'явленні йому обвинувачення та його допиті ***за розсудом слідчого*** чи прокурора або за клопотанням захисника можуть бути присутні педагог або лікар …». Таким чином, законодавець прямо надає право деяким учасникам кримінального судочинства (зокрема, слідчому) діяти на власний розсуд. Це не означає, що вони не мають права діяти на власний розсуд і в інших випадках, передбачених законом, проте створює платформу для наукового аналізу цього питання.

4. Щодо можливості використання поняття «угляд» у науці та правозастосовній практиці існують діаметрально протилежні позиції. Так, її противники вважають, що угляд – це наслідок недосконалості законодавчої техніки, він не відповідає історичній перспективі розвитку кримінальної політики і принципу законності. Прихильники поняття «угляд» в процесі правозастосування обґрунтовують його необхідність та реальність. Половинчасту позицію в цьому питанні займає В. Манохін, який вважає, що «оскільки угляд існує та діє як юридичне явище і залишиться в якості такого і надалі, то він повинен отримати в законодавстві і правозастосовній діяльності «право громадянства». Його не можна приховувати каучуковими формулюваннями: при необхідності, в крайній випадках, при доцільності і т. д.». У зв'язку з цим, слід погодитися з позицією тих вчених, які підкреслюють, що «нерідко проходить заміна оціночних понять вичерпним регулюванням в нормативних актах, але це лише тенденція, так як повна ліквідація оціночних категорій неможлива, та і не завжди потрібна».

5. Як зазначає проф. О. Баєв «в теорії права немає більш неформалізованого, а тому далеко не однозначного поняття, ніж угляд (discrecio) у правозастосовчій діяльності». А. Барак з цього приводу зазначав: «В мові і науці термін «угляд» має більше ніж одне значення, і, звичайно, означає різні речі в різних контекстах. Однак ми повинні відповісти на це питання, тому що воно є центральним для розуміння кримінального процесу». І справді, плюралізм різноманітних підходів і дефініцій до означеного поняття в юридичній науці є досить великим.

6. З точки зору В. Дубовицького, необхідно розрізняти широке та вузьке трактування поняття «угляд». В широкому, загальносоціальному розумінні, угляд – це рішення, думка, висновок взагалі. При такому підході, на думку автора, виходить, що право «пов'язане» углядом. У вузькому ж розумінні, навпаки угляд «пов'язаний» правом. Б. Лазарєв розумів угляд як во-

© Багрій М., 2012

льову сторону співвідношення доцільності та законності. В колективній монографії А. Луньова, С. Студенікіна та Ц. Ямпольської адміністративний угляд визначався лише у зв'язку із законом. Автори підкреслювали, що у розглядуваній ними сфері застосування закону вибір рішення повинен бути пов'язаний з ціллю, яка, або зазначається законодавцем, або випливає із змісту закону. Тому, угляд можна розглядати як доцільність у сфері застосування закону.

7. На думку, А. Ярославського, угляд – це відношення до характеру вирішення не врегульованої законом ситуації. Він вважає, що «оптимальний угляд слідчого – це його відношення (думки, судження, погляди, оцінка) до характеру вирішення не врегульованої законом слідчої ситуації, обумовлене наявним у нього життєвим та професійним досвідом, загальними та професійними знаннями, навиками, уміннями, фізичними та психічними особливостями його особи». Основним недоліком зазначеної позиції, як видається, є те, що автор зводить зміст угляду лише до його генези, до того, що лежить в основі вирішення ситуації, яка виникла перед правозастосовним суб'єктом (слідчим, суддею). Однак, практична, прикладна, процесуальна значимість угляду полягає не у внутрішніх роздумах цього суб'єкта, а у змісті прийнятих ним в результаті процесуальних і тактичних рішень.

8. Як видається, при визначенні поняття «угляд слідчого» необхідно виходити з наступних положень: 1) угляд передбачає вибір слідчим своєї поведінки з декількох (дві і більше) альтернатив; 2) можливість вибору поведінки повинна бути або прямо передбачена законодавцем у правовій нормі, або випливати з її змісту, або виникати через недостатність конкретності чи повноти нормативного закріплення; 3) кожна з альтернатив, яка розглядається слідчим, в ході формування угляду повинна бути законною; 4) здійснення вибору можливе лише в рамках повноважень, встановлених для слідчого стосовно конкретного кримінально-процесуального провадження; 5) угляд здійснюється під впливом як об'єктивних, так і суб'єктивних факторів; 6) «угляд» слідчого – це правова категорія.

9. *Слідчий угляд* – це обраний слідчим в межах своїх повноважень із декількох альтернатив (кожна з яких є законна) варіант поведінки, яка або прямо передбачена у правовій нормі, або випливає з її змісту, або виникає через недостатність конкретності чи повноти нормативного закріплення, у формі кримінально-процесуального акту (рішення) в рамках конкретного кримінально-процесуального провадження.

10. Підсумовуючи вищенаведене слід відзначити, що поняття слідчого угляду (розсуду) є складовою частиною понятійного апарату науки кримінального процесу а також правозастосовної практики. Від розуміння зазначеного поняття залежатиме законність його застосування у слідчій практиці. Слід активізувати наукові потуги вчених-процесуалістів у цьому напрямку і напрацьовувати нові підходи до розуміння меж слідчого угляду (розсуду) та механізму його застосування.

СУДОВІ ПОМИЛКИ ТА ФАКТОРИ, ЩО ЇХ ЗУМОВЛЮЮТЬ

Бобечко Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Термін «помилка» вживається у ряді наук (філософія, логіка, психологія, мовознавстві і т.п.) та є багатозначним.

З етимологічної точки зору під помилкою розуміється неправильність, неточність у чомусь, хибне уявлення, порочна думка.

2. У теорії права категорія «помилка» розглядається у трьох аспектах – правотворчому, правозастосовному та правоінтерпретаційному. У рамках даного дослідження інтерес становлять правозастосовні, зокрема судові помилки.

Аналізований термін не одержав законодавчого визначення. Як наслідок – різноманітні підходи до його трактування:

1) коли судовою помилкою вважається будь-який неправильний або необґрунтований висновок суду, порушення процесуальних норм, що мають неумисний характер та є підставою для скасування або зміни судового рішення (А.Д. Бойков, І.Л. Петрухін);

2) коли судова помилка розглядається як результат діяння, тобто вона прирівнюється до правозастосовного акту (М.М. Гультай, М.Л. Голубєва, А.Д. Назаров, М.Є. Пучковська);

3) коли судова помилка зумовлена відсутністю належного рівня професійних знань, неправильним тлумаченням норм права, хибним уявленням про мету правоположення, що застосовується, необґрунтованим висновком або допущеною необережністю (К.Р. Мурсалімов).

Кожен з названих підходів має свої недоліки.

Так, перший підхід надто широко трактує судову помилку. За другого підходу при характеристиці судової помилки не враховується розумово-логічна діяльність судді, що передує застосуванню правових норм та спричинила неправильну оцінку доказів, хибний висновок, відображені у процесуальному акті. Недоліком третього підходу є неврахування сфери, у якій допускаються судові помилки – правозастосовна діяльність, що накладає свій відбиток на характер таких помилок.

Судова помилка є категорією, яка поєднує внутрішні та зовнішні ознаки. До внутрішніх ознак належать особливості мислено-логічної діяльність судді, що пояснюють причину неправильного рішення. До зовнішніх ознак відноситься сам негативний результат (наслідок) такої діяльності у вигляді порушення процесуального та неправильного застосування матеріального закону. Без урахування взаємозв'язку обох груп ознак неможливо правильно і повно розкрити суть аналізованої категорії.

3. Виходячи з викладеного, до ознак судових помилок варто віднести такі положення:

1) становлять відступ від вимог правових норм, недосягнення їх мети і завдань у вигляді порушення процесуального та неправильного застосування матеріального закону;

2) мають неумисний характер;

3) є наслідком незнання положень правових актів, неправильного тлумачення норм права, упущень у перевірці доказів, хибної їх оцінки;

4) вчиняються під час правозастосовної діяльності органом, уповноваженим здійснювати судовий контроль за дотриманням законності на досудовому провадженні, відправляти правосуддя та вирішувати питання, що виникають на стадії виконання вироку, постанови й ухвали, тобто судом;

5) підлягають виявленню, виправленню та попередженню судами вищої інстанції за допомогою встановленої процедури;

6) спричиняють негативні наслідки соціально-правового характеру (порушують права на законні інтереси фізичних та юридичних осіб, знецінюють віру населення в неупереджене та об'єктивне правосуддя, знижують авторитет судової влади).

Отже, судові помилки – це відступ від вимог правових норм, недосягнення їх мети і завдань у вигляді порушення процесуального та неправильного застосування матеріального закону неумисного характеру, що спричиняють негативні наслідки соціально-правового харак-

© Бобечко Н., 2012

теру, вчиняються судом під час провадження у справі внаслідок незнання положень правових актів, неправильного тлумачення норм права, упущень у перевірці доказів та їх хибної оцінки і підлягають виявленню, виправленню та попередженню судами вищої інстанції за допомогою встановленої процедури.

4. У розкритті природи судових помилок важливе значення займає їх класифікація.

Залежно від видової приналежності норм права, що застосовуються, судові помилки можна поділити на кримінально-правові та кримінально-процесуальні.

За характером допущеної помилки розрізняють судові помилки у пізнанні фактичних обставин справи та у юридичній оцінці суспільно небезпечного діяння.

Залежно від наслідків, що настали, судові помилки поділяються на ті, що істотно вплинули на правосудність судового рішення, і ті, що істотно не вплинули на правосудність судового рішення.

За видом санкцій, що застосовуються у разі виявлення судових помилок, вони поділяються на судові помилки, що тягнуть скасування судового рішення, та судові помилки, що тягнуть зміну судового рішення.

Залежно від стадії кримінального процесу, у якій допущені судові помилки, – під час досудового провадження, попереднього розгляду кримінальної справи суддею, в ході судового розгляду, за результатами апеляційного, касаційного провадження, перегляду судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами, перегляду судових рішень Верховним Судом України, в ході виконання вироку, постанови й ухвали суду.

За характером виявлення судові помилки бувають явні (очевидні), тобто виявлені та виправлені з ініціативи сторін або інших заінтересованих осіб, а також латентні (приховані), тобто виявлені в результаті проведення спеціальних досліджень чи перевірок або виявлені та виправлені після спливу умовно досить тривалого часу після набрання судовим рішенням законної сили.

За ступенем поширеності судові помилки можуть бути типові, тобто широко розповсюджені, та атипові, тобто нерозповсюджені або мало розповсюджені.

За психологічним механізмом виникнення можливі судові помилки, вчинені з необережності та невинні.

5. Судові помилки породжені багатьма факторами, які поєднують їх причини (підстави, що зумовлюють виникнення) та умови (явища, що сприяють існуванню).

Перше. Вони зумовлені недостатнім рівнем підготовки суддів, низькими знаннями деякими з них норм матеріального та процесуального права, відсутністю в окремих суддів необхідних для здійснення правосуддя якостей та відповідного досвіду правозастосування.

Друге. Низьким рівнем загальної та правової культури, упередженістю, недобросовісністю, некритичністю, самовпевненістю, а іноді, й безвідповідальністю окремих суддів.

Третє. Стороннім впливом та тиском на суддів.

Четверте. Низькою якістю правотворчої діяльності, що характеризується наявністю прогалин, правових колізій, значною кількістю оцінних понять і, водночас, складністю чинного законодавства, поділом його норм на декларативні та фактичні.

П'яте. Відсутністю належних роз'яснень застосування окремих положень нормативно-правових актів вищими судовими інстанціями, необґрунтованим коливанням судової практики.

Шосте. Недостатнім організаційним (фінансовим, матеріально-технічним, кадровим, інформаційним та організаційно-технічним) забезпеченням судів, відсутністю ефективної організації праці в судах.

Сьоме. Несприятливими умовами здійснення правозастосовної діяльності, що спричинені великим обсягом території, яка обслуговується судом, високим рівнем злочинності у ній, значною службовою завантаженістю суддів.

Восьме. Недостатньою ефективністю кримінально-процесуальної діяльності сторін та суду в справі, а також вищих судових інстанцій щодо перевірки судових рішень. На якість судових рішень впливає і якість проведеного досудового розслідування, його всебічність, повнота та об'єктивність.

Дев’яте. Недоліки судової діяльності можуть бути наслідком і суддівського угляду (дискреції), який завжди пов'язаний із суб’єктивізмом.

Десяте. Проведенням судової реформи, яка недостатньо забезпечена науковим підходом та теоретичним обґрунтуванням.

Одинадцяте. Криза у політичній, економічній та соціальній сферах неодмінно породжує негативні явища і в правосудді.

За таких обставин і виникає необхідність у виявленні, виправленні та попередженні помилок, наявних у рішенні суду, шляхом оскарження такого рішення та його перегляду. Сьогодні жодна держава не обходиться без стадій судочинства, покликаних регламентувати провадження щодо перевірки судових рішень.

СКОРОЧЕНІ ФОРМИ ПРОВАДЖЕННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

Бойко В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кримінально-процесуальне законодавство України в усі періоди історії розвивалось в напрямку уніфікації та диференціації процесуальної форми. Необхідність диференціації процесуальної форми викликається об'єктивними потребами посилення захисту прав та законних інтересів особи, економії та раціоналізації процесуальних засобів розслідування та розгляду кримінальної справи і забезпечення тим самим найбільш ефективного вирішення завдань кримінального судочинства. Законодавець в усі періоди розвитку кримінального процесу вдавався до такої диференціації залежно від ступеня тяжкості вчиненого злочину, складності справи, особливостей особи, яка вчинила злочин, передбачаючи як створення додаткових гарантій правосуддя і прав особи залежно від категорії злочинів та особливостей особи, так і скорочене досудове і судове провадження, зберігаючи при цьому і певні гарантії прав учасників процесу та правильного вирішення справи. Сучасна тенденція уніфікації та диференціації кримінально-процесуальної форми враховує не лише суспільну небезпеку злочинів, але й думку учасників кримінального судочинства.

Диференціація процесуальної форми робить більш ефективним кримінальне судочинство, оскільки вона дозволяє враховувати інтереси кримінального судочинства та особливості справи. Визнання необхідності диференціації кримінального судочинства в рамках єдиного процесу є однією із передумов вдосконалення кримінально-процесуального законодавства як в напрямку посилення гарантій, так і в бік спрощення тих процесуальних форм, що невиправдано «ускладнюють процес». Диференціація процесуальної форми є необхідною умовою ефективної і раціональної побудови кримінального процесу, послідовного здійснення демократичних засад правосуддя.

Підставами диференціації кримінально-процесуальної форми є:

1) Кримінально-правова підстава (ступінь суспільної небезпеки вчиненого злочину);
2) Кримінально-процесуальна підстава (ступінь складності встановлення фактичних обставин справи; особливості особи, щодо якої ведеться провадження або потерпілого; суспільна значимість справи; зміст інтересів обвинуваченого і потерпілого).

Однією із скорочених форм провадження у кримінальних справах є протокольна форма досудової підготовки матеріалів.

Слід зазначити, що однією із тенденцій подальшого розвитку кримінально-процесуального законодавства є намагання спростити порядок провадження у кримінальних справах. Починаючи з 1966 року, коли було запроваджено протокольну форму досудової підготовки матеріалів, ця тенденція прослідковується і в ході так званої «малої судової реформи» 2001 року, шляхом запровадження скороченого судового розгляду (ст.299 КПК України) та спостерігається і в проектах нового КПК України. Втім, якщо скорочений судовий порядок розгляду справи на сьогоднішній день ще не набув поширення, то застосування таких процедур на досудовому провадженні має значний і тривалий досвід. Цим, зокрема характеризується протокольна форма досудової підготовки матеріалів, яка дозволяє суттєво скоротити час, заощадити матеріальні і трудові ресурси на розслідування справ про злочини, які не становлять великої суспільної небезпеки. Пройшовши тривалий шлях становлення у кримінальному судочинстві, ця форма після внесення в КПК України змін та доповнень в ході так званої «малої судової реформи» 2001 року зазнала суттєвих змін, однак багато питань які пов’язані із забезпеченням надійної охорони і захисту прав та законних інтересів осіб, які беруть участь при провадженні у цій категорії справ, цього часу залишаються іще не вирішеними.

В ст. 425 КПК України визначено вичерпний перелік злочинів, по яких проводиться протокольна форма досудової підготовки матеріалів. Цей перелік включає 24 склади злочинів.

© Бойко В., 2012

Слід зазначити, що в юридичній літературі пропонується розширити сферу застосування протокольної форми досудової підготовки матеріалів, поширивши її на всі злочини, за які передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк не більше п'яти років. Цей підхід викликає заперечення, оскільки такі злочини становлять велику суспільну небезпеку, що вимагає при їх розслідуванні забезпечення гарантій встановлення істини шляхом проведення слідчих дій, а також гарантій забезпечення прав обвинуваченого, потерпілого та інших учасників процесу на захист їх законних інтересів. На цій основі слід визнати неможливим поширення даної форми на всі кримінальні справи про злочини середньої тяжкості, санкція яких передбачає покарання у виді позбавлення волі на строк не більше п'яти років. Крім того, при визначенні злочинів, по яких може проводитись протокольна форма досудової підготовки матеріалів, необхідно враховувати й інші обставини, зокрема, суспільну значимість справи. Саме на цій підставі не допускається скорочене провадження у справах про злочини, передбачені ст.445 КК України (незаконне використання символіки Червоного Христа і Червоного Півмісяця), ст.339 КК України (незаконне підняття Державного прапора України на річковому чи морському судні) та злочини, передбачена іншими статтями КК України. За ступенем тяжкості вказані вище злочини є злочинами невеликої тяжкості, однак для держави і суспільства вони набувають особливого громадянського і політичного значення і тому вимагають особливого кримінально-процесуального забезпечення. Тому по таких справах обов'язково проводиться досудове слідство(ст. 112 КК України).

Крім того, заслуговують на увагу висловлені в юридичній літературі погляди науковців щодо необхідності врахування при провадженні у справах про такого роду злочини і особливостей особи, щодо якої ведеться таке провадження. В зв'язку з цим, слід підтримати позицію тих науковців, які пропонують включити в кримінально-процесуальне законодавство норми, згідно з якими не допускалося б провадження за протокольною формою досудової підготовки матеріалів щодо осіб, які займають відповідальне становище, а саме, щодо депутатів усіх рівнів, суддів, народних засідателів і присяжних у період виконання ними обов'язків у суді, а також запровадити норми, які встановлювали б, що за рішенням прокурора чи суду провадження за протокольною формою, замінювалось би досудовим розслідуванням у випадку, коли конкретна справа про злочин, за яким можлива протокольна форма досудової підготовки матеріалів набувала б особливого громадського значення.

Разом з тим, цей вид провадження у кримінальних справах має і ряд суттєвих недоліків. Вони полягають у наступному:

1. У ст.426 КПК України законодавець вживає термін «правопорушник». Проте, цей термін вжитий невдало, оскільки він ніби констатує вчинення злочину певною особою ще до того, як за цим злочином порушено кримінальну справу, що суперечить принципу презумпції невинуватості, згідно з яким особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в передбаченому законом порядку і встановлено обвинувальним вироком суду (ст. 62 Конституції України). В зв'язку з цим, доцільніше було б називати цього учасника «особою, щодо якої ведеться провадження за протокольною формою досудової підготовки матеріалів».

2. В свою чергу, в окремих статтях КПК України слід було б визначити права осіб, які залучаються до процесу доказування під час здійснення провадження за протокольною формою досудової підготовки матеріалів. Це стосується, насамперед, особи, щодо якої здійснюється дане провадження, особи, яка постраждала від злочину та інших осіб, які викликаються для давання пояснень.

Зокрема, особа, щодо якої ведеться провадження за протокольною формою повинна бути наділена наступними правами: знати, з приводу причетності до якого злочину їй пропонується дати пояснення; давати пояснення, або відмовитися давати пояснення і відповідати на запитання; власноруч викладати свої пояснення; знайомитися з протоколом відібрання його пояснень і вимагати внесення до нього поправок і доповнень; відмовитися давати пояснення щодо себе, членів своєї сім'ї та близьких родичів; мати захисника і побачення з ним з моменту ознайомлення з протоколом про обставини злочину, що ставиться їй у вину; подавати докази; заявляти клопотання і відводи; подавати скарги на дії і рішення особи, яка проводить дізнання, прокурора, а за наявності відповідних підстав - на забезпечення безпеки; ознайомлюватися з

протоколом про обставини злочину, що ставиться їй у вину, а також з усіма матеріалами справи.

Про роз'яснення прав особі, щодо якої ведеться провадження за протокольною формою дізнавач складає протокол, який підписується цією особою і дізнавачем.

3. Особі, яка постраждала від злочину слід було б надати наступні права: давати пояснення щодо обставин вчинення злочину, яким їй заподіяно шкоду; власноруч викладати свої пояснення; знайомитися з протоколом відібрання його пояснень і вимагати внесення до нього поправок і доповнень; відмовитися давати пояснення щодо себе, членів своєї сім'ї та близьких родичів; мати представника; подавати докази; заявляти клопотання і відводи; подавати скарги на дії і рішення особи, яка проводить дізнання, прокурора, а за наявності відповідних підстав - на забезпечення безпеки; ознайомлюватись з протоколом про обставини вчинення злочину, а також з іншими матеріалами справи.

В свою чергу, заслуговує на увагу пропозиція щодо необхідності закріплення в законі норми, яка зобов'язувала б прокурора вручати особі, щодо якої ведеться провадження у протокольній формі копію обвинувального висновку до направлення справи до суду. Це забезпечило б повну обізнанність цієї особи з усіма матеріалами справи і сприяло б ретельній підготовці її до захисту від висунутого проти неї обвинувачення та здійсненню ефективного захисту інших прав і законних інтересів цієї особи в суді.

Наступною формою скороченого впровадження є провадження у справах приватного обвинувачення.

Справи приватного обвинувачення - це справи про злочини, передбачені статтею 125 КК України (умисне легке тілесне ушкодження), частиною першою статті 126 КК України (побої і мордування), а також про злочини, передбачені статтею 356 КК України (самоправство, якщо такими діями заподіяно шкоду правам та інтересам окремих громадян), які порушуються не інакше як за скаргою потерпілого, якому і належить в такому разі право підтримувати обвинувачення і які можуть бути закриті за примиренням потерпілого з підсудним.

Справи приватного обвинувачення, як одна із форм скороченого провадження у кримінальних справах, є важливою формою вирішення кримінальних конфліктів. Правильне застосування закону при провадженні у цих справах спрямовано не тільки на забезпечення дотримання конституційних прав громадян, виховання у них поваги до закону і правил поведінки, але й сприяє усуненню конфліктів, що виникають на особистому ґрунті і попередженню вчиненню в ряді випадків, пов'язаних з ними більш тяжких злочинів. Разом з тим, провадження у цій категорії справ містить ряд проблем, що пов'язано з недосконалістю чинного кримінально-процесуального законодавства і не завжди правильною практикою його застосування, що значно обмежує можливість громадян у захисті своїх прав та законних інтересів, порушених злочинним діянням. З різних причин ці проблеми до цього часу не знайшли законодавчого вирішення.

Так, справу приватного обвинувачення може бути порушено тільки за наявності скарги потерпілого чи його законного представника (ч.1 ст.27 КПК України). При цьому, скарга потерпілого, згідно із ч.1 ст. 251 КПК України, повинна відповідати вимогам, які встановлені КПК України щодо обвинувального висновку, тобто вимогам, які встановлені статтями 223 та 224 КПК України. Це означає, що в скарзі потерпілого мають бути чітко викладені підстави для порушення кримінальної справи, а саме:

- обставини, час, місце, мотиви і наслідки вчинення злочину;
- його кримінально-правова кваліфікація та відповідні докази, що підтверджують наявність злочину та вчинення його певною особою;
- дані про особу, яку обвинувачують у його вчиненні, а також наявність обставин, що обтяжують та пом'якшують її покарання;
- прохання про притягнення цієї особи до кримінальної відповідальності.

Однак, наведені вище правила, які встановлені законодавцем до оформлення таких скарг реально не можуть бути виконані потерпілим, що призводить на практиці до залишення їх суддями без розгляду, як таких, що формально не відповідають вимогам закону.

По-перше, ч.2 ст.223 КПК України вимагає, щоби в описовій частині містилось посилання на докази (та ще й із зазначенням аркушів справи). Проте, дії потерпілого спрямовані на

збирання доказової інформації суперечать існуючій концепції доказового права, так як одержані ним фактичні дані ще не є доказами, оскільки такі дані одержані ще до порушення кримінальної справи. В такому разі це суперечить такій властивості доказу як його допустимість. Крім того, покладення на потерпілого у зазначеній вище категорії справ обов'язку по збиранню доказів для встановлення особи винного та її викриття, не забезпечено необхідним для цього процесуальним механізмом, оскільки потерпілі позбавлені процесуальних засобів і можливостей для здійснення цих повноважень, в тому числі і для застосування з цією метою у необхідних випадках заходів процесуального примусу, на відміну від правоохоронних органів, які здійснюють досудове розслідування у кримінальних справах. Крім того, потерпілі не володіють необхідними для цього професійними, фінансовими і технічними можливостями, що не дозволяє їм належним чином захистити свої права та законні інтереси. Наслідком цього в багатьох випадках є відмова у порушенні кримінальної справи, що фактично позбавляє потерпілого можливості судового захисту своїх прав та законних інтересів від діянь, що належать до справ приватного обвинувачення. Тому цілком обґрунтованою є позиція науковців в тому, що позбавляючи потерпілого (його законного представника) відповідного сприяння з боку правоохоронних органів, законодавець, по суті, створив сприятливий ґрунт для залишення великої кількості діянь цієї категорії та осіб, які їх вчинили без покарання. В зв'язку з цим, заслуговують на увагу висловлені в юридичній літературі пропозиції щодо необхідності законодавчого закріплення обов'язку правоохоронних органів по збиранню доказів шляхом проведення досудового розслідування в справах приватного обвинувачення. В такому разі це жодним чином не повинно змінити суть цих справ, порушення яких, як і раніше здійснювалось би за скаргою чи заявою потерпілого і які підлягали б закриттю за примиренням потерпілого з обвинуваченим, підсудним.

По-друге, відповідно до ч.4 ст. 223 КПК України, в скарзі потерпілого потрібно зазначити відомості про особу кожного з обвинувачених та викласти суть пред'явленого обвинувачення і дати юридичну оцінку вчиненому з посиланням на відповідну статтю (частину статті) Кримінального кодексу. Перш за все, передчасно в даному контексті називати особу, щодо якої подана скарга обвинуваченим, оскільки згідно закону (ч.1 ст. 43 КПК України) такого статусу особа набуває після винесення постанови про притягнення її як обвинуваченого. У справах цієї категорії такого статусу особа повинна набувати одночасно з винесенням суддею постанови про порушення щодо неї кримінальної справи. Крім того, не можна покладати на потерпілого обов'язок зазначати в скарзі наявність обставин,які пом'якшують покарання цієї особи, а також доводи, наведені нею на свій захист. Адже в такому разі на одну й ту ж особу покладаються, по суті, дві кардинально протилежні функції - обвинувачення і захисту, що навряд чи може бути здійснено потерпілим.

Що стосується такої вимоги закону, як обов'язковість зазначення в скарзі відомостей про особу кожного з обвинувачених (ч.4 ст. 223 КПК), то ця вимога також навряд чи може бути виконана потерпілим у всіх випадках. Адже, в багатьох випадках заборонене кримінальним законом діяння, що відноситься до справ приватного обвинувачення, може бути вчинено за таких обставин, коли потерпілий не міг, чи не встиг розгледіти обличчя особи, яка вчинила це діяння - (наприклад, діяння вчинено в темряві). За таких умов, не зазначення в скарзі даних про особу, яка підлягає притягненню до кримінальної відповідальності в зв'язку з тим,що потерпілому невідомі такі дані, позбавляє його можливості захистити свої права, порушені злочинним діянням, оскільки відповідно до п. 1 ч.2 ст. 251 КПК України при недотриманні цієї вимоги закону суддя залишає скаргу без розгляду.

Протягом тривалого часу в теорії і практиці кримінально-процесуальної діяльності виникали проблеми, пов'язані із зверненням потерпілих зі скаргами у справах приватного обвинувачення не до суду, а до органів дізнання, досудового слідства чи прокуратури. Вони полягали в тому, що ці органи відмовлялися приймати скарги приватного обвинувачення, або приймали скарги з наступною відмовою в порушенні кримінальної справи через відсутність складу іншого злочину (наприклад, хуліганства), або приймали і направляли їх за належністю до суду, але останній повертав їх до органу дізнання через неналежне оформлення. Слід зазначити, що ці проблеми правильно вирішено в Постанові Пленуму Верховного Суду України від 02.07.2004 р. № 13 « Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені

права потерпілих від злочинів», в п. 27 якої зазначено, що суддя не вправі відмовити у прийнятті скарги потерпілого про притягнення особи до кримінальної відповідальності за ст. 125, ч. 1 ст.126, ст. 356 КК України, якщо скарга надійшла до суду з прокуратури чи з інших компетентних органів у порядку, встановленому п.3 ч.2 ст.97 КПК України. При розгляді такої скарги суддя повинен викликати потерпілого і з'ясувати його думку, а також інші обставини, необхідні для прийняття правильного рішення.

Видається, що це положення слід було б закріпити в законі, встановивши при цьому строк, протягом якого відповідний державний орган повинен письмово повідомити особу, яка подала заяву (скаргу) про злочин про направлення її за належністю до суду (строк такого повідомлення слід було б встановити в межах доби з часу прийняття цього рішення). Це розширило б гарантії ефективного захисту прав та законних інтересів осіб, які звертаються із заявами (скаргами) про вчинення злочину, що відноситься до справ приватного обвинувачення, не до суду, а до органів дізнання, досудового слідства і прокуратури.

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ В ПРОЦЕСІ РОЗГЛЯДУ СУДОМ ПОДАННЯ ПРО ОБРАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ У ВИГЛЯДІ ВЗЯТТЯ ПІД ВАРТУ

Гузела М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кримінально-процесуальне законодавство України в цілому регламентує процесуальний порядок обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Зокрема, ст. 165-2 КПК України передбачає процесуальний порядок обрання як запобіжних заходів, пов'язаних з обмеженням волі особи, так і запобіжних заходів, з обмеженням волі не пов'язаних. Однак, слід наголосити, що процесуальна регламентація порядку обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, закріплена в ст.165-2 є певною мірою не зовсім досконалою. Так в п.4 зазначеної норми вказується, що якщо у поданні слідчого чи прокурора формулюється клопотання про взяття під варту особи яка перебуває на волі, то суддя має право своєю постановою дозволити затримання підозрюваного, обвинуваченого та супровід його до суду під вартою. Відповідно до зазначеного положеня затримання в цьому випадку не може перевищувати 72 годин (а у випадку, якщо особа знаходиться за межами населеного пункту, де знаходиться суд – не може перевищувати 48 годин) з моменту доставлення затриманого до цього населеного пункту. Таким чином можна зробити висновок, що кримінально-процесуальне законодвавство України в процесі вирішення питання взяття під варту опосередковано вказує на обов'язковість участі особи, стосовно якої це питання ставиться. З огляду на це, без участі затриманого питання про взяття його під варту не може бути вирішено судом в принципі. З цією метою суддя своєю постановою в праві дозволити затримання такої особи та супровід її до суду під вартою. Керівні роз'ясненя Пленуму Верховного Суду України з цього питання також чітко не закріплюють процесуальної регламентації його вирішення. Так п.8 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 25.04.2003 року «Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту і продовження терміну утримання під вартою на стадіях дізнання і судового слідства» регламентує , що затримання підозрюваного, обвинуваченого і його доставка до суду під вартою для вирішення питання щодо застосування арешту є можливою виключно при наявності підстав для обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Такі підстави чітко передбачені ст.148 КПК України та ч.1ст.155 КПК України. Це означає, що суддя фактично зобов'язаний без участі підозрюваного, обвинуваченого вирішити наявність чи відсутність підстав для обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Вважаємо, що суддя, приймаючи рішення про дозвіл на затримання підозрюваного , обвинуваченого та супровід його в суд під вартою не повинен встановлювати наявність підстав для обрання даного запобіжного заходу, оскільки ці підстави встановлюватимуться ним безпосередньо під час розгляду подання про обрання запобіжного заходу. Даючи дозвіл на затримання суддя в цьому випадку зобов'язаний лише встановити, у вчиненні якого саме злочину підозрюється чи обвинувачується особа, а також чи передбачає санкція відповідної статті особливої частини матеріального закону покарання у вигляді позбавлення волі на строк більше 3 років. Вважаємо, що питання про затримання особи суддя в цьому випадку вирішує на підставі п/п «с» п.1 ст.5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (1950р.) з тією метою, щоб затримана особа постала перед компетентним органом за обгрунтованою підозрою у вчиненні правопорушення.

У відповідності до вимог кримінально-процесуального законодавства України подання слідчого (прокурора) про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту повинно бути розглянуто в 72-годинний строк з моменту затримання підозрюваного чи обвинуваченого. Однак, не поодинокими є випадки коли доставити затриману особу у вищеназваний строк неможливо з певних об'єктивних причин (наприклад, поміщення до медичного закладу через стійку залежність від наркотичних засобів, загострення захворювань нервової системи або серцево-судинних захворювань внаслідок хвилювання під час затримання, отримання тілесних ушкоджень під час затримання тощо). Кримінально-процесуальне законодавство

© Гузела М., 2012

України дій судді в зазначених випадках, на жаль, не регламентує. Вважаємо, що за наявності зазначених об'єктивних причин аж ніяк не суперечитиме чинному кримінально-процесуальному законодавству винесення суддею постанови про надання дозволу на затримання обвинуваченого, підозрюваного і супровід його до суду під вартою (при цьому, поділяємо позиції науковців про те, що в своїй постанові суддя обов'язково повинен зазначити, що особа повинна бути доставлена до суду зразу ж, як тільки її фізичний стан дозволить без будь-якої шкоди для здоров'я доставку до суду, що підтверджується відповідними медичними документами). Таке положення могло б претендувати на законодавче закріплення.

Певні зауваження виникають і стосовно законодавчої регламентації порядку судового розгляду подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Ст.48 КПК України прямо передбачає право захисника на ознайомлення з документами в яких обгрунтовується затримання підзахисного та застосуваня до нього запобіжного заходу. Стосовно ж особи, щодо якої ставиться питання про взяття під її варту, КПК України не предбачає права цієї особи на ознайомлення як з поданням, так і з матеріалами справи що стосуються обгрунтування обрання запобіжного заходу. Вважаємо це суттєвим упущенням кримінально-процесуального законодавства України. Більше того, п.6 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 25.04.2003 року «Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту і продовження терміну утримання під вартою на стадіях дізнання і судового слідства» роз'яснює що за змістом ст.165-2 КПК України подання про необхідність обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та матеріали його обгрунтування повинні бути представлені судді безпосередньо органом досудового розслідування. При цьому, представлені матеріали не реєструються в суді і повинні вивчатися суддею в режимі нерозголешення даних досудового слідства. В такому випадку не передбачено і ознайомлення із матеріалами справи підозрюваного, обвинуваченого та їх захисника, що суперечить ст.48 КПК України. Вважаємо, що таке роз'яснення Пленуму Верховного Суду України істотно порушує право підозрюваного, обвинуваченого на захист, оскільки КПК України не передбачає як вручення копії подання про обрання запобіжного заходу підозрюваному, обвинуваченому, так і оголошення цього подання під час судового розгляду. В цьому випадку підозрюваний, обвинувачений фактично позбавлений можливості підготувати власні аргументи, що він не буде ухилятися від явки до органу досудового слідства, не буде продовжувати злочинну діяльність і не буде перешкоджати встановленню істини у справі, оскільки він до початку судового розгляду подання він не знає чим це подання обгрунтовується і на підставі яких фактичних даних зроблено висновок про необхідність обрання саме такого запобіжного заходу як взяття під варту, що перешкоджає йому підготуватися до спростування цих даних. Вважаємо що досить вдало ця проблема вирішена в практиці судів Російської Федерації (роз'яснення Пленуму Верховного Суду РФ від 29.10.2009 р.), зокрема, якщо при вирішенні питання про застосування до підозрюваного, обвинуваченого, підсудного запобіжного заходу у вигляді взяття під варту буде заявлено клопотання про ознайомлення з матеріалами справи на підставі яких приймається рішення, то суддя на підставі конституційних норм не має права відмовити підозрюваному, обвинуваченому, а також захиснику, законному представнику і потерпілому в задоволенні такого клопотання. При цьому ознайомлення з матеріалами справи проводиться в розумні строки, однак в межах встановленого кримінально-процесуального закону строку для розгляду судом подання про застосування до підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

Таким чином ст.165-2 КПК України і деякі положення Постанови Пленуму Верховного Суду України « Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту і продовження терміну утримання під вартою на стадіях дізнання і судового слідства» потребують коректуваня з метою забезпечення права підозрюваного, обвинуваченого на захист під час розгляду подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

ДЖЕРЕЛА РОЗВИТКУ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ ТАКТИКО-КРИМІНАЛІСТИЧНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Єзерський Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У системі тактико-криміналістичного забезпечення розкриття і розслідування злочинів провідне значення об'єктивно належить науковій розробці тактичних прийомів і рекомендацій, а ефективність їх застосування знаходиться в прямій залежності від стану правового регулювання, організації і тактико-криміналістичної підготовки кадрів — складових системи тактико-криміналістичного забезпечення. Через ці елементи даної системи формується, образно кажучи, запит практики на відповідні розробки, а в подальшому реалізуються їх результати.

Саме в тактико-криміналістичному забезпеченні виявляються два аспекти: науковий («творчий») і практичний. Відповідно, в самому узагальненому вигляді можна виділити два основні джерела формування тактико-криміналістичного забезпечення: а) наукові досягнення; б) результати аналізу і узагальнення практики. Перший пов'язаний з розробкою тактичних прийомів і рекомендацій, другий — з їх практичним використанням. У свою чергу, досконалість тактичних прийомів і рекомендацій залежить, з одного боку, від ефективності використання криміналістикою досягнень психології, логіки, педагогіки і інших наук, а з іншого — від рівня і стану розвитку самої криміналістики і її розділів, зокрема загальної теорії цієї науки.

Варто відзначити, що в криміналістичній літературі досить багато уваги надається проблемам використання досягнень соціології, логіки стосовно криміналістичної тактики. Зокрема, звертають на себе увагу розробки В.О. Коновалової — проблем соціології, логіки і психології в слідчій практиці; А.М. Васільєва — використання досягнень логіки, психології і наукової організації праці в слідчій тактиці; М.Я. Якубовича, що звернув увагу на можливості філософії, педагогіки, теорії інформації і теорії ігор в розвитку криміналістичної тактики; Л.І. Полтавцевої, що досліджувала інтеграцію досягнень психології в криміналістиці; В.Ю. Шепітько, що додав в цьому переліку наук соціологію, кібернетику, науку управління тощо.

Наочніше і докладно розроблені вченими-криміналістами, причому стосовно як в цілому до процесу розслідування, так і до окремих слідчих дій, проблеми психології. Не менше уваги приділено ними математиці, кібернетиці і науковій організації праці слідчого.

Таким чином, є всі підстави резюмувати: - при розробці питань тактико-криміналістичного забезпечення розкриття і розслідування злочинів спектр використання знань з інших галузей наук досить різноманітний. Він включає досягнення природних, технічних, гуманітарних, зокрема правових наук;

- положення інших наук, зокрема що відносяться до тактики, знаходять свою реалізацію і при розробці питань тактико-криміналістичного забезпечення в його системному уявленні, широко використовуються в окремих криміналістичних теоріях.

Особливо в цьому контексті звертають на себе увагу дослідження, в яких дані проблеми аналізуються з погляду суспільного прогресу, виявляється його закономірний вплив на розвиток криміналістики взагалі і криміналістичної тактики зокрема. При цьому робиться методологічно важливий висновок: цей процес не може бути і не повинен бути одностороннім. Криміналістика як суспільно значуща галузь наукового знання, у свою чергу, повинна впливати на суспільний прогрес у властивих їй (як науці) формах. Саме в зв'язку з цим необхідно відзначити і ще раз підкреслити настійну необхідність активнішої популяризації криміналістичних знань, сучасних досягнень криміналістики, формування, таким шляхом, громадської думки, що має вирішальне значення у вдосконаленні правового регулювання і організації використання її можливостей в розкритті і розслідуванні злочинів. Це одна з найважливіших соціальних функцій криміналістики, як і всіх інших наук кримінально-правового циклу.

На другому рівні тактико-криміналістичного забезпечення розкриття і розслідування злочинів по суті реалізуються результати діяльності (наукової, організаційної, законотворчої тощо) першого рівня, які знаходять своє віддзеркалення в конкретних рішеннях тактичних завдань, в ухваленні і виконанні процесуальних і організаційно-управлінських рішень. Практика

© Єзерський Р., 2012

зрештою визначає, з одного боку, науковий рівень тактико-криміналістичного забезпечення, стан постійної готовності правоохоронних органів до діяльності по розкриттю і розслідуванню злочинів, а з іншою — ефективність реалізації такої готовності в повсякденній роботі суб'єктів цієї діяльності.

Наукове узагальнення, аналіз практики розкриття і розслідування злочинів грає двоєдину роль у вдосконаленні тактико-криміналістичного забезпечення. На цій основі, з одного боку, удосконалюються організація, правове регулювання процесу розслідування, методичні рекомендації, тактичні прийоми тощо, а з іншого - сформований таким чином сукупний досвід використовується в процесі криміналістичної підготовки, перепідготовки, підвищення кваліфікації співробітників правоохоронних органів. Саме цей досвід і є одним з джерел розвитку тактико-криміналістичного забезпечення.

Слід зазначити, що практично у всіх дисертаційних, монографічних дослідженнях з проблем криміналістики неодмінно (у різних формах і об'ємах) знаходять віддзеркалення результати вивчення криміналістичної практики. Проте часто вони залишаються надбанням авторів таких досліджень. Проблема тут полягає не тільки у потребі в даній науковій продукції практичними працівниками, але і в її якості, в обґрунтованості і спроможності висловлюваних в них висновків, пропозицій, рекомендацій, нарешті у формі їх викладу.

В зв'язку з цим особливо виразно виявляється необхідність підготовки для практичних працівників короткої «алгоритмізованої» практичної допомоги і довідників. У таких посібниках з тактики, беручи за основу розроблені в криміналістиці класифікації тактичних прийомів, слід було б розкривати їх зміст (у яких ситуаціях, які прийоми і як застосовувати). Очевидно, що підготовка таких робіт можлива тільки на основі спеціальних цільових досліджень — об'ємних, складних в своїй конкретиці, але необхідних.

Пропуски в цьому відношенні могли б заповнити, до певної міри, науково-практичні видання типу «Слідча практика», «Експертна практика», що раніше систематично видавалися і користувалися великою популярністю у практичних працівників. Але в даний час такі видання виходять малими тиражами і практично «загубилися» у величезній масі наукових і науково-популярних видань, розрахованих, швидше, на комерційний інтерес, ніж на реальну практику розкриття і розслідування злочинів.

Могла б бути кращою і в цілому система впровадження досягнень криміналістики в повсякденну практику розкриття і розслідування злочинів. Вона розрахована в основі своїй на ініціативу суб'єктів цієї діяльності, починаючи від пошуку відповідної інформації, її осмислення, освоєння і, нарешті, використання. Необхідність централізованого забезпечення подібною інформацією наукових і навчальних установ, практичних органів особливо доцільна в даний час — в умовах реформ, що відбуваються в країні, і адаптації правоохоронних органів до нових реалій їх діяльності.

При безлічі різних форм і методів впровадження досягнень криміналістики в практику (публікації, конференції, навчальний процес, службова підготовка тощо), в сучасних умовах особливу роль має в цьому відношенні законотворчий процес. Це найбільш складна, а разом з тим і дієва форма вирішення даного завдання. Закони і підзаконні нормативно-правові акти завжди були і залишаються предметом особливої уваги і вчених, і практиків, що діють у сфері правоохоронних органів.

Практика, як джерело формування тактико-криміналістичного забезпечення розкриття і розслідування злочинів, припускає використання і досвіду зарубіжних країн. Це особливо важливо на сучасному етапі розвитку нашої країни, в умовах формування таких соціально-економічних відносин, які в нашій країні традиційні. Відповідно, нами накопичений величезний, перевірений часом досвід боротьби із злочинністю. Тому, враховуючи, що наша країна в своєму розвитку орієнтується на певні цінності (демократія, гарантії прав і свобод особи тощо), логічно було б уважніше придивитися, яким чином, за допомогою яких методів і засобів, в даному випадку у сфері боротьби із злочинністю, ці цінності стали реальністю і як забезпечується їх збереження і зміцнення в даний час.

Такий досвід, слід було б спеціально вивчити і використати при прийнятті нового КПК України, перш за все в частині, що стосується доказів і доказування, використання з цією метою криміналістичних методів, засобів, тактичних рекомендацій і можливостей оперативно-

розшукової діяльності. Але, судячи з усього, досвіду зарубіжних країн в цьому відношенні не надавалося належного значення, чим багато в чому і пояснюються недоліки нашого основоположного кримінально-процесуального закону.

Сучасний рівень розвитку науково-технічного прогресу, як однієї з складових суспільного прогресу, не просто дає можливості, але і зобов'язує науковців-криміналістів шукати адекватні, такі, що відповідають реаліям боротьби із злочинністю шляхи і форми впровадження його досягнень в кримінальний процес. Слід враховувати, що злочинність має можливість користуватися результатами цих же досягнень в своїх цілях, не маючи при цьому ні матеріальних утруднень, ні правових обмежень, не говорячи вже про такі поняття, як мораль, честь і совість. Їй правоохоронні органи можуть протиставити тільки одне - вищий рівень організації своєї діяльності, більш довершене її правове регулювання і науково обгрунтовані методи і засоби розкриття і розслідування злочинів. При цьому дуже важливо враховувати як історичний, так і сучасний досвід боротьби із злочинністю в нашій країні і в зарубіжних країнах.

ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ СЛУЖБОВИХ ЗЛОЧИНІВ

Жолнович І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Криміналістична характеристика службових злочинів включає ряд взаємопов'язаних елементів, які створюють інформаційну модель даної видової методики, і встановлення яких дозволяє швидко і ефективно розслідувати таку категорію злочинів.

Криміналістична характеристика службових злочинів повинна включати в себе оптимальне з криміналістичних позицій число компонентів, щоб забезпечити виконання завдань правосуддя. Для зручного використання вона повинна бути конструктивно нескладною, компактною. Криміналістична характеристика службових злочинів включає: 1) відомості про особу злочинця; 2) спосіб вчинення злочину; 3) мотиви та цілі злочинного діяння; 4) обстановка вчиненого злочину; 5) предмет злочинного посягання; 6) слідова картина злочину; 6) відомості про особу потерпілого.

1. *Відомості про особу злочинця*. Суб'єктом злочину даного виду може бути лише службова особа (згідно примітки до ст.364 КК України – особа, яка постійно чи тимчасово здійснює функції представника влади, а також обіймає постійно чи тимчасово на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або виконує такі обов'язки за спеціальним повноваженням).

Зазвичай така особа має досвід з виконанням таких обов'язків, тому орієнтується в законодавстві, має знання у бухгалтерському обліку та особливостей економічної діяльності. Усе це дозволяє ефективно приховувати злочинну діяльність. Останнім часом почастішали випадки, коли до відповідальності притягуються державні службовці зі стажем роботи не більше 2-х років.

2. Особливості *способів* службових злочинів полягають у тому, що вони застосовуються не як одиничні дії, а, найчастіше, у вигляді продуманої системи злочинної діяльності, яка здійснюється протягом тривалого періоду. Для службових злочинів (за винятком службової недбалості) характерною є загальна особливість – основою їх способу є навмисне виконання (або невиконання) певних службових дій у вигляді розпоряджень, наказів, доручень, дозволів, або утримання від виконання дій.

При бездіяльності службові злочини виражаються головним чином у злочинно-недбалому ставленні до виконання службових обов'язків.

Спосіб приховування даного виду злочинів нерідко є складовим елементом злочинної діяльності, здійснюваної відповідно до єдиного задуму. Це характерно в основному для хабарництва і службових зловживань, оскільки спосіб приховування їх передбачається заздалегідь.

Основними способами приховування є: внесення змін до документів, заплутування обліку та звітності, знищення документів та ін.

3. *Мотивами* службових злочинів, вчинених умисно, найчастіше виступають користь та інша особиста зацікавленість, заздрість, помста, бажання створити видимість добре поставленої роботи, брехливо зрозуміла «службова необхідність» та ін. Мета таких злочинів – отримання вигоди в тій чи іншій формі.

4. *Обстановка вчиненого злочину* – це не лише частина матеріального середовища, що включає приміщення, ділянки, а й сукупність чинників нормативного регулювання діяльності як службової особи, так і підприємства, установи, організації, де вона працює. Місцем вчинення службових злочинів, як правило є робоче місце службової особи, але це може бути і будь-яке інше, але це має бути пов'язане з виконанням нею своїх обов'язків, як прямо (наприклад, перебування працівниками міліції в патрулі), так і опосередковано (наприклад, давання хабара поза робочим кабінетом і в неробочий час).

З'ясування актів, які регулюють повноваження службової особи, коло її прав та обов'язків, є необхідною умовою розслідування злочинів даної категорії. Також дослідженню

© Жолнович І., 2012

підлягає і нормативне регулювання діяльності юридичної особи, оскільки це може вказати на причини та умови, які сприяли вчиненню даного злочину, а також виявити і інші злочини, вчинені як даною службовою особою, так і іншими.

5. *Предмет злочинного посягання* під час розслідування службових злочинах – це визначений законом порядок діяльності державного апарату, апарату органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ і організацій незалежно від форми власності. Якщо службовий злочин вчиняється в комерційних установах, то предмет злочинного посягання включає кошти, цінні папери, будь-які матеріальні цінності, невраховані цінності, які виготовлені за рахунок лишку, майно, приховане від оподаткування та ін.

6. *Слідова картина* службових злочинів тісно пов’язана зі способами їх вчинення і приховування. Механізм вчинення даних злочинів, як правило, передбачає відображення дій злочинця у документах, тому останні є основними слідоутворюючими об’єктами (наприклад, у службовому підробленні, зловживанні владою та ін.).

Можна виділити наступні групи об’єктів слідоутворення:

1) документи (бухгалтерські (накладні, чеки тощо), відомчі (накази, розпорядження) та ін.);
2) матеріальні цінності;
3) предмети, які пов’язані з механізмом вчинення злочину;

Також джерелами доказової інформації є показання різних осіб (свідків (співробітників, відвідувачі та ін..), співучасників, підозрюваного (обвинуваченого), потерпілого).

7. *Відомості про особу потерпілого*. У результаті вчинення службових злочинів шкода заподіюється інтересам держави або юридичних осіб. Шкода фізичній особі може бути заподіяна може бути заподіяна лише при перевищенні влади або службових повноважень (ч.2 ст.365 КК України).

ПРОБЛЕМИ ОЦІНКИ СУДОМ МАТЕРІАЛІВ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ ПРИ ВИРІШЕННІ ДЕЯКИХ ПИТАНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ З ПІДГОТОВКОЮ СПРАВИ ДО СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ

Калужинський О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Законодавець в Кримінально-процесуальному Кодексі України (надалі – КПК) закріплює певне коло повноважень судді в ході реалізації ним підготовчо-організаційної функції попереднього розгляду кримінальної справи при вирішенні питань у зв'язку з підготовкою справи до судового розгляду. Разом з цим, деякі питання, на які повинен надати відповідь суддя, виходять за межі діяльності судді на цьому етапі кримінального судочинства. Крім цього, для вирішення підготовчих до розгляду справи в суді питань, суддя повинен провести специфічну оціночну діяльність, дослідження якої в сучасній кримінально-процесуальній літературі не проводилось. Праці таких дослідників як: Бушуєва Г.І., Попелюшка О.В., Сіліна А.Б., Гончаренка В.Т., Лобойка Л.М., лише частково зачіпали питання оцінки суддею матеріалів кримінальної справи при підготовці справи до судового розгляду. Саме завдяки особливій оціночній діяльності судді при підготовці справи до розгляду можна належним чином забезпечити відповідні умови для розгляду її в судовому засіданні. Тому дослідження цієї проблеми не викликає сумнівів щодо її актуальності та необхідності в подальшому науковому вивченні.

1. Оціночна діяльність судді при підготовці справи до судового розгляду складається із оцінки матеріалів справи, обмеженої оцінки доказів, виникнення у судді внутрішнього переконання з обов'язковим дотримання вимог КПК. П.1 ч.1 ст.253 КПК передбачає, що прийнявши рішення про призначення справи до судового розгляду суддя вирішує питання про призначення захисника у випадках, коли його участь у справі є обов'язковою. Для з'ясування цього суддя повинен здійснити оцінку матеріалів справи на предмет того, чи існували такі обставини справи, які вказували на обов'язкові випадки участі захисника у кримінальній справі. З'ясувати це суддя повинен шляхом аналізу постанови про порушення кримінальної справи на предмет віку особи, щодо якої порушено справу; наявності в матеріалах справи оригіналів медичних документів, які свідчать про наявність фізичних або психічних вад обвинуваченого; наявності в справі копій паспорту чи іншого документу, який засвідчує громадянство обвинуваченого або посвідки особи без громадянства, що може підтверджувати обставину не володіння такою особою мовою, якою ведеться судочинство; наявності в постанові про притягнення як обвинуваченого та в обвинувальному висновку кваліфікації діянь обвинуваченого за статтею КК України, санкція якої передбачає довічне ув'язнення; отримання суддею справи із постановою про направлення справи до суду для застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру; отримання суддею справи із постановою про направлення справи до суду для вирішення питання про застосування примусових заходів медичного характеру.

У разі виявлення за ре результатами оцінки матеріалів кримінальної справи таких обставин, суддя повинен перевірити, чи міститься в матеріалах справи постанова особи, яка проводила дізнання, слідчого, прокурора про допуск захисника до участі у справі або про призначення захисника особою, яка проводила дізнання або слідчим. При цьому, коли суддя виявить, що існували обставини, при яких участь захисника обов'язкова, однак жоден із документів не свідчить про таку участь, суддя не може призначити захисника. Це може свідчити про допущені істотні порушення вимог КПК при проведенні дізнання та досудового слідства, що призвели до порушення у обвинуваченого права на захист та є підставою для повернення справи на додаткове розслідування. В такому разі справа не може бути призначена до судового розгляду.

Реалізація цієї норми в стадії попереднього розгляду справи можлива лише тоді, коли суддя на цьому етапі кримінального судочинства з'ясує, що участь захисника у судовому розгляді справи, який брав участь під час досудового слідства не буде забезпечена (через відмову або усунення захисника), а іншого захисника обвинувачений не запросив. Це можливо в тому

© Калужинський О., 2012

випадку, коли на час проведення попереднього розгляду справи щодо захисника порушено кримінальну справу або зупинено дію свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю або права на надання правової допомоги чи його анулювання у порядку, визначеному законодавством. У такому разі прокурор повинен надати судді копію постанови про порушення кримінальної справи проти захисника, або ж документи, які підтверджують, що дію свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю зупинено чи анульовано.

Крім цього, за наявності підстав, передбачених ст.61 КПК та відповідного клопотання прокурора про усунення захисника від участі у справі, видається допустимим та доцільним судді на підставі поданих, підтверджуючих існування цих підстав, документів прийняти рішення про усунення захисника від участі у справі та призначити нового, коли його участь є обов'язковою.

2. При підготовці справи до судового розгляду в стадії попереднього розгляду законодавець ставить судді завдання з'ясувати питання про зміну, скасування або обрання запобіжного заходу. Однак, це завдання вирішувалось вже суддею при здійсненні ним контрольної функції на стадії попереднього розгляду, при чому суддею проведена відповідна оціночна діяльність та у нього на таке завдання є вже відповідь. Тому КПК недоцільно в п.2 ч.1 ст.253 передбачає обов'язок судді ще раз з'ясувати питання про зміну, скасування або обрання запобіжного заходу, що призводить до порушення прав учасників кримінального судочинства та затягування призначення та розгляду справи в суді.

3. Про визнання особи законним представником обвинуваченого на стадії попереднього розгляду справи суддя вправі прийняти рішення лише на підставі та при оцінці оригіналу заяви обвинуваченого про його допуск до участі у справі відповідно до ст.44 КПК. При цьому суддя повинен оцінити надані законним представником документи, які підтверджують, що він є дійсно близьким родичем, опікуном чи піклувальником обвинуваченого (наприклад, свідоцтво про народження законного представника, паспорт, документ, який підтверджує опіку чи піклування, виданий уповноваженим органом в сфері опіки чи піклування). Без оцінки таких документів, які б підтверджували можливість законного представництва обвинуваченого, суддя не може прийняти рішення про визнання особи законним представником обвинуваченого. Видається очевидним, що суддя вправі визнати особу потерпілим за результатами оцінки її клопотання чи заяви про визнання її потерпілою, наданою в стадії попереднього розгляду. Однак, суддя може визнати таку особу потерпілою в тому разі, коли вона фігурує в матеріалах кримінальної справи, але формально на досудовому слідстві не було прийнято рішення про визнання її потерпілою. Якщо ж ця особа появляється в справі лише в стадії попереднього розгляду, це свідчить, що досудове слідство проведено з порушенням вимог КПК та наявні підстави для направлення справи на додаткове розслідування. З власної ініціативи прийняття такого рішення суддею є неможливим, оскільки для цього потрібно досліджувати докази та встановлювати, чи суспільно-небезпечними діями особі заподіяно моральну, фізичну або майнову шкоду, що є компетенцією органів досудового слідства та прокурора. Визнання особи цивільним відповідачем повинно відбуватися лише за результатами оцінки суддею вмотивованого клопотання цивільного позивача, потерпілого чи їх представників. Виходячи з принципу змагальності суддя на цьому етапі кримінального судочинства не може з власної ініціативи притягувати особу як відповідача, що суперечило б функції суду в кримінальному процесі. При прийнятті рішення про визнання особи представником потерпілого, позивача, відповідача суддя повинен з'ясувати наявність відповідного клопотання представника, оригіналу документу, що підтверджує його повноваження (договір доручення, довіреність, ордер, тощо) та оригіналу заяви потерпілого, позивача, відповідача. Без оцінки цих документів (з'ясування їх змісту та обов'язкових формальних реквізитів) суддя не може призначити відповідного представника в стадії попереднього розгляду.

4. Визнати потерпілого цивільним позивачем при призначенні справи до судового розгляду суддя може за результатами оцінки вимоги потерпілого про відшкодування йому збитків, заподіяних злочином. Відтак, предметом оцінки в такому разі на стадії попереднього розгляду справи має бути цивільний позов потерпілого, на підставі якого суддя має право призначити потерпілого цивільним позивачем. Однак, до подання такого позову особа має бути визнана потерпілим. При цьому, суддя повинен встановити та з'ясувати, чи подавався цивільний позов

в порядку цивільного судочинства. У разі наявності в матеріалах справи копії рішення суду, яке набрало законної сили, прийнятого в порядку цивільного судочинства про відмову у задоволенні позову особі, якій злочином було заподіяно матеріальну шкоду, суддя при призначені справи до судового розгляду не може визнати потерпілого цивільним позивачем відповідно до ч.3 ст.28 КПК України. Крім цього, суддя повинен встановити відношення цивільного позову до даної кримінальної справи. Якщо за результатами оцінки цивільного позову суддя з'ясує, що цивільний позов не пов'язаний з обвинуваченням, суддя в постанові про призначення справи до розгляду зазначає, що позов не стосується даної справи і розгляду не підлягає.

5. Визначаючи список осіб, які підлягають виклику в судове засідання, суддя оцінює спершу додатки до обвинувального висновку та інші матеріали справи та може викликати в судове засідання і інших осіб, які не вказані слідчим в додатку до обвинувального висновку. У цьому разі суддя керується внутрішнім переконанням з метою з'ясування істини в кримінальній справі шляхом майбутнього допиту при судовому розгляді тих осіб, які не були зазначені стороною обвинувачення. Суддя, на нашу думку, не може в стадії попереднього розгляду приймати рішення про витребування додаткових доказів, що буде порушувати принципи рівності сторін та змагальності в кримінальному процесі, суперечитиме функції здійснення правосуддя судом. Однак, коли в отриманні певних доказів для сторін у справі є труднощі, суддя, призначаючи справу до судового розгляду, в разі наявності обґрунтованого клопотання про дослідження цих доказів при судовому розгляді, повинен сприяти учасникам процесу в їх витребуванні шляхом надання відповідних запитів, судових повісток, судових доручень, тощо.

6. При з'ясуванні питань про прийняття заходів щодо забезпечення цивільного позову суддя повинен оцінити наявні документи в справі на предмет підтвердження ними права власності на вклади (наприклад, банківські виписки), цінності, нерухоме майно, земельні ділянки та інше майно обвинуваченого та обґрунтованість заяви цивільного позивача чи його представника або сторони обвинувачення про вжиття заходів щодо забезпечення цивільного позову. Суддя вправі вжити заходів до забезпечення цивільного позову, коли вжиті на досудовому слідстві заходи виявились недостатніми (у обвинуваченого виявилось додаткове майно, що не було описано та зберігалось у його родичів, або не заарештовано нові вклади у банках, чи відкрито нові банківські рахунки, тощо).

7. При призначенні справи до судового розгляду суддя повинен прийняти рішення про виклик у необхідних випадках перекладача. У цьому контексті, на нашу думку, мається на увазі саме виклик перекладача, який вже брав участь у справі на досудовому слідстві. Якщо ж участь перекладача була необхідною, а слідчі дії проводились без залучення перекладача, це є підставою для визнання доказів недопустимими та повернення справи на додаткове розслідування. Суддя повинен оцінити матеріали справи на предмет того, чи підсудний володіє мовою, якою ведеться судочинство. При цьому він, за постановою про порушення кримінальної справи, постановою про притягнення як обвинуваченого, обвинувальним висновком встановлює особу обвинуваченого та з'ясовує чи обвинувачений володіє мовою, якою ведеться судочинство шляхом перевірки наявності в матеріалах справи копій документів (слідчих та судових), які вручалися обвинуваченому в перекладі на його рідну мову або іншу мову, якою він володіє. В такому разі за наявності таких матеріалів справи, суддя повинен викликати в судове засідання перекладача. Аналогічно, якщо обвинуваченим чи іншим учасником процесу виступає особа німа або глуха, суддя в стадії попереднього розгляду справи повинен прийняти рішення про виклик у судове засідання особи, яка буде роз'яснювати знаки німого або глухого. Оскільки перекладача також можуть мати інші особи, які беруть участь у справі, суддя для виклику перекладача повинен оцінити наявність оригіналу та зміст відповідного клопотання потерпілого його законного представника, представника потерпілого, цивільного позивача, відповідача, їх представників, експерта, спеціаліста, свідка про залучення перекладача. Однак, не можна погодитись із позицією законодавця, який вимагає у судді перекладу обвинувального висновку для вручення його підсудному, який не володіє мовою, якою він складений, після призначення справи до розгляду та завершення попереднього розгляду справи. Ця норма має бути виключена із КПК, оскільки відсутність перекладу обвинувального висновку є підставою для повернення кримінальної справи прокурору для усунення порушення при складанні обвинувального висновку.

8. Суддя також на основі аналізу матеріалів кримінальної справи повинен з'ясувати питання про розгляд справи у відкритому чи закритому судовому засіданні. Як правило, розгляд справи відкритий, за винятком випадків, встановлених законом. Якщо з матеріалів кримінальної справи суддя дійде висновку, що її розгляд у відкритому засіданні суперечить інтересам охорони державної або іншої захищеної законом таємниці, він призначає закритий судовий розгляд. Це стосується в основному справ, кваліфікація діянь підсудного передбачена Розділом І Особливої частини КК України «Злочини проти основ національної безпеки України». Однак, якщо суддя за результатами оцінки складових частин обвинувального висновку встановить, підсуднім є особа, яка не досягла шістнадцятирічного віку; кваліфікація діянь підсудного передбачена статтею КК України, яка передбачає відповідальність за статевий злочин; необхідно запобігти розголошенню відомостей про інтимні сторони життя осіб, які беруть участь у справі, наявна потреба інтересів безпеки осіб, взятих під захист, він може призначити закритий судовий розгляд справи.

Чинний КПК не вказує вичерпного переліку питань, які має з'ясувати суддя для підготовки справи до судового розгляду. І це на нашу думку є правильним, оскільки вирішення питань, пов'язаних з підготовкою справи до судового розгляду залежить від конкретних обставин справи та учасників, які беруть участь в кримінальній справі.

ЧИ МАЄ НАУКОВА ДИСКУСІЯ ПРО ПРИРОДУ КРИМІНАЛІСТИКИ ТІЛЬКИ ПОЗИТИВНІ НАСЛІДКИ

Калужна О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Останнім часом ми, криміналісти, чуйно й уразливо, як ніхто інший з наукового юридичного фаху, стаємо свідками активних спроб принизити роль криміналістики у повноцінній юридичній освіті і підготовці юридичних кадрів широкого профілю. Подібні шпильки на адресу криміналістики закидаються у різних площинах, від рівня мікроклімату певного юридичного вузу чи факультету, до розміщення на окремих Інтернет-сайтах деякими процесуалістами настільки агресивних і зверхніх публікацій, що іноді емоції і мотиви, які керували їх авторами, виводять подібну «творчість» за межі академічності.

При цьому цікава, як на мене, проглядається тенденція. Виявляється, правилом самореклами, яке приписують Г.Форду і яке фактично стало атрибутом шоу-бізнесу: «нехай говорять про мене що завгодно, - головне, щоб ім'я не перебріхували» не нехтують і окремі науковці, оскільки зазвичай у закидах на адресу криміналістики, наприкл. проф. із Нижнього Новгорода О.А.Александрова чи інших деяких дописувачів МАСП, крім епатажу їх авторів і бажання «зробити собі ім'я» нічого статечного нема. Але ж який резонанс! - Прізвища, відомі хіба що у вузьких регіональних наукових колах, після яскравих «виходів в ефір» природно привертають увагу користувачів Інтернет, переважно науковців спеціальності 12.00.09, і навіть мають рейтинги у пошукових системах соціальних мереж. До того ж подібні «епатажі» отримали відповіді провідних і видних, із кілька десятилітнім стажем, які стали ще «всесоюзно» відомими своїм вкладом у науку, професорів криміналістики – Л.Я.Драпкіна, О.Г.Філіпова, В.П. Бахіна, не кажучи про ґрунтовні відгуки і низки молодих і поки що менш відомих за географією вчених. У цьому контексті звичайно напрошуються запитання: а які ж наукові здобутки самих критиканів, якими працями вони відомі? Хіба принцип шоу-бізнесу не спрацював у наукових колах? Можливо на фоні подібних епатажів найбільш мудрою позицією криміналістів є слідувати народній мудрості: «моє мовчання компенсує вашу балаканину»?

З іншої сторони, що не говори про статечність і підставність закидів на адресу криміналістики і криміналістів, факт залишається фактом, - склалась і оформилась ситуація конфлікту, спостерігається певний наступ на криміналістику. Дійшло до того, що на сайті МАСП проводиться опитування щодо прихильності чи неприхильності науковців до розділення наукових спеціальностей кримінального процесу і криміналістики у окремі наукові номенклатури.

Звичайно, не ці резонансні суперечки і полеміка є тим предметом, до якого потрібно привертати і так високу увагу наукової громадськості. Так само, як нема що переповідати висловлені контраргументи науковців, істинних любителів криміналістики, чи так само докоряти за відсутність позиції чи опортунізм у справі відстоювання позицій криміналістики інших її представників хоча б із суто прагматичних мотивів, адже мова йде про науку, у галузі якої вони здобули науковий ступінь і який, вочевидь, у певній мірі причетний до їхнього статусу в суспільстві.

Дивує інше. – Нелогічність, необачність і недалекоглядність окремих криміналістів. При чому деякі з них - істинні науковці з великої літери, генератори ідей, із своїми школами і послідовниками.

Загроза сьогодні надходить не стільки ззовні, скільки самі ми, криміналісти, є «джерелом підвищеної небезпеки» для цілісності, утвердження і збереження криміналістикою свого статусу серед юридичних наук. Погляньмо на себе зі сторони: новим витком на початку 2000-х років дискусії природу криміналістики, а саме через поширення світогляду про неюридичну природу криміналістики і непохитність у цьому ділі окремих педагогів-криміналістів навіть лавиною аргументів, виглядає так, що «підрубуємо гілку на якій сидимо».

Безперечно,«у суперечці народжується істина» , а «критика є рух вперед» і в будь-якій науці полеміка думок щодо будь-якої проблеми чи окремого питання сприяє їх пізнанню і

© Калужна О., 2012

встановленню істини. Так само природно, що парадигма поглядів на природу криміналістики не є закостенілою, раз і назавжди усталеною, і щоразу глибше пізнання певною накою свого предмета і накопичення власної бази знань по спіралі спричиняє перегляд, уточнення і вдосконалення її концептуальних теоретичних основ. Однак після численних обговорень цього питання на міжнародних вузькоспеціалізованих криміналістичних конференціях, виходу ґрунтовних публікацій у фахових виданнях, у яких викристалізувалось якесь загальновизнане сучасне бачення на юридичну природу криміналістики на кінець 2010-х рр., якось дисонує продовження у сучасних підручниках з «Криміналістики» підкреслювання деякими педагогами-криміналістами її неюридичної природи, причому з посиланням на давно уже спростовані аргументи р.С.Бєлкіна.

Водночас у контексті дискусії про природу криміналістики, мусимо констатувати, що це питання, як одне із ключових складових її «Загальнотеоретичних основ» не є суто теоретичним, а концептуальна позиція щодо нього мала, має і матиме (за законами історичного розвитку криміналістики) відповідне відлуння (відгомін) на практиці, зокрема в освітньо-навчальному і в інформаційно-забезпечувальному плані.

Визнання криміналістики неюридичною наукою може мати наслідком її виключення із переліку загальнопрофесійних обов'язкових навчальних дисциплін, перерахованих в державному освітньому стандарті вищої професійної освіти. Причому такі тенденції вже проглядаються у сфері вищої юридичної освіти. Відповідно вона може стати в цивільних вузах лише спецкурсом, а при постійному підкреслюванні неюридичної природи криміналістики – просто перетворитись на факультативну навчальну дисципліну. Можливо, ставитимуться і організаційні питання про існування кафедр криміналістики у юридичних вузах.

Розуміння криміналістики як юридичної науки зовсім не перешкоджає подальшим процесам інтеграції криміналістикою досягнень інших наук і пристосування їх для вирішення завдань кримінального судочинства. Це тільки зайвий раз підкреслює специфічну особливість науки криміналістики, в тому числі і з позицій системності знань, що її складають.

Отож, говорячи про криміналістику з позицій її природи, я приєднуюсь до поглядів професорів М.П.Яблокова, В.Г.Гончаренка та ін., що ця наука є важливою специфічною системою взаємопов'язаних і взаємозалежних юридичних знань, в тому числі спеціального характеру, яка здатна виступати як єдине ціле стосовно інших галузей юридичних чи інших наукових знань. Тому у державному освітньому стандарті юридичної освіти, як уже відзначалось, вона знаходиться і має всі об'єктивні підстави залишатись у переліку загальнопрофесійних обов'язкових юридичних навчальних дисциплін.

ПРО ОДИН З АСПЕКТІВ СПРАВЕДЛИВОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Когутич І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Аналіз кримінального, кримінально-процесуального законодавства, слідча і судова практика засвідчують низький рівень забезпечення справедливості у провадженні в кримінальних справах. Чому так?

Передусім – це наслідок попередньої суспільно - політичної системи, яка не особливо переймалась цією ідеєю в будь - яких її проявах. Більше того, вона підштовхувала до помилкових (подеколи сумнівних) суджень про зміст, межі і форми реалізації справедливості в кримінальному праві і процесі.

На сьогодні психологія, мораль нашого суспільства унаслідок різноманітних об'єктивних процесів зазнають значні зміни. А це, своєю чергою, закономірно знаходить відображення, крім іншого, у кримінальному судочинстві. Насамперед у потребі розробки додаткових рекомендацій стосовно збору і оцінки доказів.

Справедливість, гуманізм, законність і етичність, так чи інакше, передбачають повагу до людини незалежно від її соціального, кримінально-процесуального статусу. Проте в юридичній літературі, а подеколи і законодавцем, ці загальнолюдські категорії сьогодні часто трактуються своєрідно. Особливо, коли йдеться про гуманізм наших законів.

Чомусь цей гуманізм часто вбачають у тенденції надмірного, як видається, забезпечення підозрюваним, обвинуваченим (підсудним) процесуальних гарантій та пом'якшення їм покарання за вчинене. У той же час, переважна більшість практичних працівників, потерпілі, свідки, громадськість не поділяють ці тенденції. Реалії життя засвідчують, що такий вектор руху демократизації кримінального права і процесу породжує не зниження, а ріст злочинності, жорстокості і насильства. Закордонні колеги ці обставини вже добре усвідомили. Приміром, у США ухвалено закон про страту, без права її заміни на пожиттєве ув'язнення, до осіб, які вчинили вбивство поліцейських інформаторів, свідків тощо.

Відомо, що принципи кримінального судочинства не можуть ні "розширюватися", ні "звужуватися". Однак хибна практика минулого переконала у протилежному. Колись політично, нині кон'юнктурно, замовлені "посилення боротьби зі злочинністю", "розширення демократизації, гуманізації і соціальної справедливості у здійсненні судочинства", які закономірно призводили і призводять до девестибулювання системи правоохоронних органів, судів не баряться з наслідками. Неадекватне суті тлумачення справедливості спричиняє безкарність, зухвалість злочинців, їх зневажливе ставлення до закону та суспільної моралі. Саме тому, як ніколи, процвітає правовий нігілізм. Зростає злочинність у найжорсткіших і насильницьких формах. Невиправдано ліберальні застережні заходи, неадекватно малі санкції і терміни покарання винних спричиняють низьке розкривання злочинів, особливо тяжких.

Як наслідок, більшість громадян максимально залякана, вони не можуть захистити свої права. А коли волею долі стають свідками, потерпілими у кримінальних справах, боячись помсти з боку злочинців, усіляко ухиляються від виконання свого громадянського обов'язку сприяти слідству у встановленні істини. Приймають пасивну, байдужу до злочинів позицію. Цим же можна пояснити і той факт, що потерпілі боятися звертатися за допомогою в правоохоронні органи. Своєю чергою, працівники правоохоронних органів не завжди можуть знайти свідків - очевидців навіть у тих випадках, коли "розборки" кримінальних угрупувань та всілякі інші демонстративно зухвалі злочини відбуваються у багатолюдних місцях.

Зрозуміло, частково це можна пояснити і тим, що, забезпечуючи права учасників процесу, слідчий і суд об'єктивно не можуть не лише компенсувати потерпілому, свідкові - очевидцю завданої злочином фізичної, моральної і психічної шкоди, але, на жаль, своїми формально-юридичними діями часто посилюють їх переживання.

Вже доволі давно в юридичній літературі обговорюється питання щодо потреби надання дієвої безпеки відповідним категоріям свідків і потерпілих (стосовно яких є інформація про

© Когутич І., 2012

тиск на них шляхом висловлювань в їхню адресу погроз насильства тощо). Передусім, висловлювалися обґрунтовані пропозиції про участь цих осіб у процесі під псевдонімом або пропонувалося розглядати кримінальні справи в закритому судовому засіданні. У цілому судження, цілком слушні, хоча вони лише частково можуть сприяти вирішенню цієї проблеми.

Відомо, що виконання більшості слідчих і майже всіх судово – слідчих дій здійснюється за безпосереднього спілкування обвинуваченого (підсудного) зі свідком і потерпілим. У багатьох випадках такі дії виконуються без будь - яких психологічних конфліктів. У той же час, спостереження за учасниками процесу засвідчує, що значна частина потерпілих і свідків відчувають гостре почуття страху від майбутнього спілкування із злочинцем під час досудового слідства і в суді. І ці переживання, як відомо, небезпідставні. Обвинувачені (підсудні) на очних ставках, пред'явленні для впізнання або під час допитів в суді часто ведуть себе агресивно стосовно осіб, які викривають їх у злочині. Враховуючи це, Законодавець передбачив ряд пропозицій, що гарантують охорону прав і свобод людини і громадянина в кримінальному процесі (ст.ст. 14-1, 174, 303 та ін.. КПК). Ці заходи, хоча і декларативні (вони не забезпечені реальними ресурсами), але все ж правильні і своєчасні.

Проте, користуючись демократичними началами кримінального судочинства, окремі правники зробили активну "атаку" і на ці гарантії. Пропонуючи додаткові заходи стосовно пом'якшення покарання підсудного, вони в тій чи іншій мірі вважають, що закон, хоча і захищає свідків і потерпілих, проте, повинен дозволити адвокатові все ж знаходити їх за своїм розсудом.

Далі розвивається думка, щоб з відома слідчого (прокурора) або без їх згоди адвокату можна було б отримувати від них відповідну інформацію. Більше того, щоб такі дії захисника (або навіть його підзахисного) забезпечувалися б механізмом процесуального примусу. Не важко уявити - як почуватиме себе жертва злочину, коли її з "пристрастю" допитуватиме в примусовому порядку обвинувачений (підсудний).

У іншому випадку захисникові підсудного рекомендується "вивчати за допомогою своїх засобів особу слідчого і його минулі процесуальні невдачі під час виконання слідчих дій, нагадати йому про закриті справи стосовно аналогічних подій, виправдувальні вироки або робити посилання на це в письмових клопотаннях".

Саме у цьому ракурсі бачать автори суть проблеми змагального судочинства.

Якщо в першому випадку автори мали на увазі винятково пошук свідків обвинувачення і їх опитування з їх згоди (ст.66 КПК), то ця рекомендація з певною долею умовності прийнятна. В іншому разі ці "нові тактичні рішення" можуть призвести до того, що отримані в такий спосіб докази будуть недопустимими, оскільки її інформація, і процес її отримання суперечитимуть принципу законності кримінального процесу.

Що ж до другої ситуації, то тут слідчий закономірно і правомірно вимушений вжити заходи у відповідь: він за допомогою працівників карного розшуку, податкової інспекції тощо буде "цікавитися" - на які доходи живе адвокат, чи платить він податки і чи з усіх доходів тощо? Само собою напрошується запитання - хто ж і коли шукатиме винного, чи вистачить сил у слідчого (суду) повністю забезпечити гарантії права і законних інтересів "принижених і ображених" або ж вони повністю поринуть у міжкорпоративні чвари. Але це вже не демократизація кримінального судочинства, не змагальність сторін, а щось збочене за формою і знущальне за змістом стосовно жертв злочину.

Зрозуміло, вдосконалення, пошук оптимальних шляхів кримінального судочинства може розвиватися у різних напрямах. Усі вони заслуговують на пильну увагу. Але безперечним залишається те, що, залучаючи громадян у тій або іншій формі у боротьбу із злочинністю, Законодавець, правоохоронні органи, передусім, повинні приділяти максимум уваги захисту прав і законних інтересів законослухняних громадян, не нехтуючи справедливістю та гуманністю під час ухвалення обвинувальних вироків.

ОСОБЛИВОСТІ ФОРМУЛЮВАННЯ КОНТРОЛЬНИХ ЗАПИТАНЬ В ПОЛІГРАФОЛОГІЧНИХ ТЕСТУВАННЯХ

Лешкович Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Контрольні запитання (Control questions) були впроваджені в поліграфологічні опитування Дж. Рідом. Він провів наукові дослідження, результатом яких стала розробка структурованої методики, що використовувала контрольні запитання. Нині ця методика називається – Методика Контрольних Запитань Ріда (Reid Control Question Technique). Їх ще називають «балансові», «перевірочні», «оціночні», «порівняльні» запитання, «запитання стосовно раннього життя».

Відповіді на контрольні запитання порівнюють з відповідями на релевантні (значимі) запитання для визначення правдивості обстежуваної особи. Якщо реакція на контрольне запитання більша, ніж на релевантне – відповідь правдива. Якщо ж більша реакція на релевантне запитання – відповідь неправдива. Це пов'язано з тим, що правдива особа більше впевнена у своїй відповіді на релевантні запитання і свідомо говорить неправду, відповідаючи на контрольні запитання. А особа, яка говорить неправду на релевантні запитання, не відчуває такого сильного хвилювання, відповідаючи неправдиво на контрольні запитання.

Відповідь на контрольне запитання завжди повинна бути неправдивою. Це запитання схоже за своєю природою з релевантним, проте не споріднене з ним і є дещо менш інтенсивним. Психологічною основою теорії контрольних запитань є той факт, що важлива, значна неправда (під час відповіді на релевантне запитання) спричиняє людині більше занепокоєння, ніж неважлива неправда (під час відповіді на контрольне запитання).

Для отримання достовірних результатів поліграфологічного тестування необхідно враховувати особливості формулювання контрольних запитань. Адже практично у всіх поліграфологічних методиках (техніках) використовуються контрольні запитання. Немає їх лише в тестах, які проводять під час перевірки осіб перед прийомом на роботу.

Контрольне запитання має бути сформульоване так, щоб суб'єкт, відповідаючи на нього, говорив неправду. Відповідь на це запитання повинна мати сумнівну правдоподібність для самого обстежуваного, або змушувати його до постійних роздумів. Наприклад:

- У віці від 6 до 21 року, Ви коли-небудь обманювали когось, хто Вас любив або довіряв Вам?
- Протягом перших 22 років Вашого життя, Ви коли-небудь крали щось у когось, хто Вас любив або довіряв Вам?

У 1960 р. К. Бекстер запровадив часові рамки в контрольних запитаннях, щоб віддалити їх від розслідуваної події. Якщо особа підозрюється у вчиненні певних дій, то контрольні запитання повинні стосуватися періоду життя цієї особи, який хоча би на рік віддалений від часу можливого вчинення цих дій. Для прикладу, якщо особа підозрюється у вчиненні крадіжки у віці 34 роки, то контрольні запитання повинні стосуватися періоду життя до 33 років. Це робиться для того, щоб реакції на вчинене діяння не накладалися на контрольні запитання.

Контрольні запитання також поділяються на запитання «знаної» або «спрямованої неправди» та запитання «можливої неправди».

Відповідь на запитання «знаної неправди» у всіх випадках буде неправдивою. При формулюванні таких запитань використовується формула «Ви коли-небудь…». Ніколи не можна використовувати формулу «Ви пам'ятаєте коли-небудь…». В контрольних запитаннях знаної неправди повинно звучати чи особа зробила це, а не чи пам'ятає вона те, що зробила.

В запитаннях можливої неправди використовують часові рамки і формулювати їх слід максимально подібно до релевантних запитань. Якщо особа перевіряється у зв'язку з крадіжкою, то в контрольних запитаннях буде словосполучення «… крали що-небудь»; якщо у зв'язку з шахрайством, обманом, привласненням «… обманювали когось»; у зв'язку з вбивством «… завдавали шкоди», «… приносили біль», «… кривдили когось» тощо.

© Лешкович Т., 2012

Контрольні запитання повинні формулюватися максимально чітко і точно, уникати будь-яких можливих двозначностей. Також всі питання мають бути обговорені перед тестуванням і роз'яснені обстежуваній особі. Передтестове обговорення має два завдання:

1) усунення нерозуміння особою запитання;

2) психологічне налаштування особи.

Психологічне налаштування особи при відповіді на контрольні запитання є найважливішою і найважчою частиною поліграфологічного тесту. Поліграфолог повинен налаштувати обстежувану особу так, щоб вона свідомо відповіла неправдиво на контрольне запитання.

Можливий сценарій такого налаштування розробив американський поліграфолог р. Хікман, згодом його удосконалив українець А.М. Волик.

За жодних обставин не можна дискутувати з обстежуваним про теорію формулювання контрольних запитань чи пояснювати йому цю теорію. Не варто навіть вживати словосполучення «контрольне запитання» в присутності суб'єкта.

Коли суб'єкт відповідає неправдиво на контрольні запитання, це повинно бути результатом його власного рішення. Поліграфолог не інструктує суб'єкта, як останній має відповідати, лише підштовхує його до потрібних відповідей (лише під час формулювання контрольних запитань; під час формулювання інших типів запитань, психологічне налаштування не здійснюється).

Правильному формулюванню контрольних запитань, може допомогти інформація про особу, її біографію. Поліграфологу слід доброзичливо спілкуватися з обстежуваним, в жодному разі не поводитись осудливо. Поліграфолог у свідомості обстежуваного повинен бути відмежований від осіб, які підозрюють чи звинувачують його у вчиненні певних дій.

Якщо поліграфолог поводиться правильно, обстежуваному буде соромно визнавати певні неприємні факти свого життя. Крім того, правдивий суб'єкт буде схвильований інтересом до його попередніх вчинків.

Дотримання зазначених вимог формулювання контрольних запитань є важливою передумовою отримання правильних висновків поліграфологічного тестування.

ПРОКУРОРСЬКИЙ НАГЛЯД ЗА ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ У СУЧАСНИХ УМОВАХ: ШЛЯХИ РЕФОРМУВАННЯ

Луцик В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Існуюча правоохоронна система, до якої входять і оперативні служби та підрозділи, усе з більшою напругою стримує посилений натиск злочинності, її організованих форм, корупції. Загострення сучасної ситуації у сфері забезпечення законності й правопорядку при реформуванні правоохоронних органів зумовлює віддання переваги комплексному використанню та більш чіткій координації зусиль прокуратури й оперативних підрозділів по захисту конституційних гарантій прав і свобод громадянина з метою підвищення ефективності боротьби зі злочинністю, виключення негативних відомчих інтересів, протистояння.

В сучасних умовах успішне розкриття багатьох категорій злочинів залежить від своєчасного, правильного та ефективного проведення оперативно – розшукових заходів. Гарантом законності в ході їх проведення виступають відповідні прокурори, коло яких передбачено Законом України «Про оперативно – розшукову діяльність» (ст. 14), та конкретизовано Наказом Генерального прокурора України від 19 вересня 2005 року №4/1гн «Про організацію прокурорського нагляду за додержанням законів органами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність».

Однак, як бути у тому випадку, коли об'єктом оперативної розробки виступають самі прокурорські працівники, особливо у розслідуваннях справ про хабарництво, де матеріали ОРД виступають основним доказом протиправної поведінки особи? В такій ситуації виникає певна неузгодженість, оскільки працівники прокуратури, які здійснюють нагляд за ОРЗ щодо своїх колег, умисно або з необережності можуть бути джерелом витоку оперативної інформації. Ця неузгодженість полягає у неврегульованості питання вирішення конфлікту інтересів, що виникає між функцією нагляду за оперативно-розшуковою діяльністю, яку покладено на систему органів прокуратури, та функціональним завданням спецпідрозділів СБ України боротися з організованою злочинністю шляхом здійснення оперативно-розшукових заходів, в тому числі, стосовно корумпованих або причетних до діяльності ОЗУ співробітників органів прокуратури.

Статтею 26 Закону «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» уточнюється, що нагляд за дотриманням законів спеціальними підрозділами по боротьбі з організованою злочинністю уповноважені здійснювати спеціально створене управління в Генеральній прокуратурі України та його відділи в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі.

Співробітникам вказаних підрозділів прокуратури статтею 14 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» надано право, серед іншого, вимагати від оперативних підрозділів для перевірки нормативні акти щодо оперативно-розшукової діяльності, оперативно-розшукові справи, реєстраційні, облікові, звітні, статистичні, аналітичні документи та інші відомості щодо здійснення оперативно-розшукових заходів, а також скасовувати незаконні постанови про заведення або закриття оперативно-розшукової справи, зупинення або поновлення оперативно-розшукової діяльності чи про інші рішення, що суперечать закону.

Тобто прокурори, які здійснюють нагляд, мають можливість не тільки ознайомлюватись з матеріалами оперативно-розшукових справ, але й в певній мірі безпосередньо впливати на процес здійснення оперативно-розшукової діяльності в окремих справах.

Виконання зазначених вимог законодавства в практичній діяльності спецпідрозділів призводить до необхідності пошуку специфічних способів документування протиправної діяльності високопосадових співробітників прокуратури таким чином, щоб і вимоги законодавства витримувати, і, в той же час, з огляду на необхідність дотримання вимог конспірації, не ознайомлювати прокурорів по нагляду з усіма відомими фактами причетності до протиправної діяльності окремих їх колег та керівників. Це негативно впливає не тільки на процес опе-

© Луцик В., 2012

ративно-розшукової діяльності в таких справах, на його результативність, а також призводить до порушення законності оперативними працівниками шляхом приховування окремих матеріалів від прокурора, що здійснює нагляд.

Поставлена проблема також видається актуальною ще й тому, що органи прокуратури, використовуючи право нагляду за дотриманням законів оперативно-розшуковими підрозділами, маючи при цьому можливість *певним чином впливати на процес здійснення оперативно-розшукової діяльності, не несуть будь-якої відповідальності за остаточний результат, оскільки законодавчими та нормативними актами механізми такого контролю не визначені.* Так, навіть за висновками іноземних експертів, наприклад, Європейської комісії за ефективність правосуддя (Commission europeenne pour l'efficacite de la justice (CEPEJ) в Україні відсутня система моніторингу та контролю за роботою прокуратури.

На підставі вищевикладеного, пропонується внести зміни до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», а саме доповнити ст. 14 Закону частиною другою наступного змісту: «У випадку заведення оперативно-розшукової справи щодо прокурорських працівників, нагляд за додержанням законів по цих справах здійснюють спеціально уповноважені судді апеляційних суддів, а якщо справа заводиться стосовно судді, санкції на проведення оперативно-розшукових заходів дає Генеральний прокурор або його заступник».

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ТА ВИДИ СУДОВОГО ДОПИТУ

Максимишин Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Допит – найрозповсюдженіший в кримінальному судочинстві спосіб одержання доказів, і, одночасно, - найуніверсальніший засіб їх формування та перевірки у судовому засіданні. За допомогою судового допиту, як і допиту у рамках досудового розслідування одержують інформацію про злочин, якою володіють потерпілий, свідок, підсудний. Практично жодну кримінальну справу не можна розглянути у суді без застосування допитів, принаймні, підсудного і потерпілого (якщо такий є у справі).

Допит в суді – це активна взаємодія допитуваного і допитуючого, система продуманих цілеспрямованих дій того, хто допитує, для досягнення мети судово – слідчої дії. Успіх допиту у цьому аспекті максимально залежить від класифікації, досвіду того, хто допитує, від застосування ним рекомендацій криміналістики, напрацьованих узагальненням судової, прокурорської і адвокатської практики [Кореневський Ю.В.].

Від умілого проведення в суді допитів чи не найбільше залежить постановлення законного і обґрунтованого вироку.

Спочатку назвемо ознаки, за якими судовий допит відрізняється від допиту на судовому слідстві, це: публічність судового допиту, короткочасність судового допиту, віддаленість у часі від події злочину, раптовість, відсутність попереднього знайомства обвинувача (судді) з допитуваними в суді особами, перевірково – посвідчувальний характер судового допиту.

Серед особливостей судового допиту можна назвати: 1) розширене коло учасників судового допиту; 2) ускладнений інформаційний обмін між учасниками допиту; 3) особлива роль судді як регулятора інформаційного обміну; 4) повторюваність показань, що повідомляються; 5) змагальний характер судового допиту; 6) складність рефлексивного управління учасниками судового допиту; 7) гласність, відкритість; допит веде не одна особа, а ряд учасників процесу; 8) ті, хто допитується, як правило, попередньо ознайомилися з раніше даними на досудовому слідстві показаннями.

Судові допити можна класифікувати за різними підставами, залежного від процесуального становища допитуваного в суді вирізняють допити: а) підсудного; б) потерпілого; в) свідка; г) допит експерта. Залежно від вікових особливостей допитуваної особи: а) допит малолітнього; б) допит неповнолітнього; в) допит дорослої особи; в) допит особи похилого віку. Залежно від девіантних властивостей особи допитуваного: а) допит звичних (без девіантних властивостей людей; б) допит рецидивістів, в) допит осіб із психічними вадами, алкоголіків, наркоманів,тощо; г) допит засуджених, що утримуються в місцях відбуття покарання; д) допит іноземців, або осіб з особливим регламентно – свідоцьким статусом. За послідовністю проведення: а) первинний; б) повторний (з'ясовують обставини, про які допитуваний вже давав показання під час первинного, якщо з'явилась інформація, що ці свідчення умисно неповні, або виникли сумніви щодо їхньої достовірності, або первинний допит проведено неналежними способами та засобами, тобто з порушенням процесуальної форми). За обсягом з'ясування питань: а) основний; б) додатковий (отримання показань, щодо окремих обставин, про які з об'єктивних причин не йшлося під час попередніх допитів. Залежно від ставлення до предмету доказування допитуваної особи: а) допит особи, яка дає правдиві показання; б) допит особи, яка дає помилкові свідчення; в) допит особи, яка дає завідомо неправдиві показання. За ситуацією, що склалась на допиті: а) допит у безконфліктній ситуації; б) допит у конфліктній ситуації. Крім цього формами судового допиту є: головний, перехресний, шаховий, комбінований допит і допит у формі очної ставки.

Розглянемо характеристику окремих видів судового допиту.

Що ж стосується специфічних судових видів допиту, то такими є: "перехресний" і "шаховий**"** допити.

© Максимишин Н., 2012

Перехресний допит – такий, за якого учасники судового розгляду можуть почергово ставити одній і тій самій особі запитання щодо будь – яких епізодів її показань з метою їх уточнення, доповнення і перевірки.

Цей допит розпочинається після того, як допитуваний розповість про все йому відоме у справі.

Черговість запитань різними учасниками за такого допиту визначається загальним порядком допиту, регламентованим КПК України, тобто спочатку обвинувач, а всі інші – після нього.

Цей допит особливо є корисним у ситуаціях, коли в суді допитувана особа раптово і кардинально змінює свої попередні показання. Одному обвинувачу в такому випадку доволі складно всебічно перевірити нову версію допитуваного. Очевидно, що декілька учасників здатні більшою мірою, аніж один, гарантувати повноту, об'єктивність та неупередженість з'ясування всіх обставин, про які повідомляє допитуваний.

Судова практика засвідчує, що перехресний допит впливає на психіку підсудних, оскільки відрізняється від звичайного допиту підвищеним психологічним навантаженням на допитуваних, тримає підсудних у стані неослабної напруги, дає можливість розкрити протиріччя у завідомо неправдивих показаннях підсудного, виявити і продемонструвати неспроможність обраної допитуваною особою позиції [Кисленко С.Л.]. Проте цей специфічний вид судового допиту "збільшує небезпеку навіювання, яка пов'язана з постановленням однотипних запитань та різною тактикою допитуючого".

Важливою є й інша перевага такого допиту – він є більш економнішим і раціональним з точки зору сил та часу. Адже один перехресний допит замінює собою декілька окремих видів допитів однієї і тієї ж конкретної особи, які потрібно було б проводити, якби не існувало цієї форми допиту. Це й обумовило те, що перехресний допит є основною формою судового допиту.

Сутність шахового допиту полягає в тому, що: суб'єкт (суб'єкти) допиту (той, хто допитує), працюючи з основним об'єктом (допитуваною в суді особою) намагається паралельно з'ясувати від інших допитуваних факти й обставини, які досліджують в момент основного допиту. Метою цього різновиду допиту є негайне отримання підтвердження чи спростування показань допитуваної особи з конкретного факту показаннями інших осіб – учасників судового процесу [Когутич І.І.] Наприклад, державний обвинувач під час допиту свідка захисту з метою підтвердження і уточнення показань, раніше наданих свідком на досудовому слідстві, може звернутися з таким запитанням до іншого свідка (захисту чи обвинувачення). Використовуючи зазначений вид допиту, можна виявити нові обставини, що ставлять під сумнів обґрунтованість кимось зайнятої позиції у справі.

Під час шахового допиту потрібно дотримуватися наступних вимог: допит можливий тільки щодо осіб, раніше допитаних у судовому засіданні, й таких, що перебувають у судовій залі; запитання, що ставлять перед іншими особами, повинні переслідувати конкретну мету – підтвердження чи спростування показань основного в цей момент допитуваного, тобто не відходити від лінії основного допиту.

Шаховий допит не тільки зовнішньо, але й за змістом схожий до судової очної ставки, однак різниця між ними існує. По – перше, якщо очну ставку проводять тільки між особами, в показаннях яких є суттєві протиріччя, тоді за шахового допиту питання ставлять також особам, у показаннях яких й не може бути протиріч. По – друге, очну ставку проводять тільки між двома раніше допитаними особами, тоді як під час шахового допиту – і між більшою кількістю осіб. Цей допит наче замінює очну ставку, причому не одну. Крім цього, одна сторона присутня постійно, а інша сторона постійно змінюється послідовно запрошеними особами – допитаними у суді раніше.

Щодо тактичних прийомів, то це в основному схожі до тих, що використовуються на досудовому слідстві: прийоми на встановлення психологічного контакту, на згадування забутого, на переборення різних форм протидії тощо.

Типові варіанти ситуацій, що виникають на судовому допиті можна розмежовувати залежно від обстановки проведення допиту, а саме: а) безконфліктна ситуація; б) конфліктна з незначним суперництвом між допитуваним і особою, яка допитує (коли має місце часткове

визнання підсудним своєї вини); в) конфліктна із значним суперництвом (характеризується повним запереченням підсудним своєї вини і полягає у протистоянню встановленню у справі істини за допомогою неправдивих показань або відмови від дачі будь – яких свідчень.

Часто саме прокурор змушений стикатись у суді із категоричним суперництвом з боку свідків чи навіть потерпілих, які, як це не парадоксально, з багатьох причин намагаються допомогти підсудному. Їх навіть не лякає перспектива кримінальної відповідальності за дачу завідомо неправдивих показань.

Допит у порівнюваних процедурах, тобто на досудовому і судовому слідстві притаманні винятково свої складності, але вони одночасно є і перевагами. Відмінності у допитах обумовлені тим, що вони проводяться на різних стадіях пізнання кримінальної події і у суттєво вирізнюваних умовах, а це по своєму впливає на спектр завдань допитів і тактичних засобів їх досягнення.

ОСОБЛИВОСТІ МЕТОДИКИ ПРОВЕДЕННЯ ТЕЛЕФОННИХ ТА ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЙ У СУДОВОМУ РОЗГЛЯДІ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ

Мурадов В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

На шляху реформування кримінального судочинства можна констатувати все глибше проникнення у його механізм новітніх досягнень науки і техніки, законодавчого закріплення можливостей їх використання, а відтак формування методик роботи та їх вдосконалення. Відеоконференцзв'язок є однією з технологій, яка з успіхом використовується у кримінальному судочинстві. Ця технологія являє собою сеанс двосторонньої інтерактивної комунікації з використанням комплексу технічних засобів приймання-передачі відео-зображення, звуку та іншої інформації у режимі реального часу. Використання такого комплексу засобів, як вже не раз зазначалося у літературі, має значні переваги. Про регламентацію такої можливості і необхідності йдеться у низці міжнародно-правових документів (Європейська конвенція про взаємну допомогу у кримінальних справах (20.04.1959 р.); Додатковий протокол до Європейської конвенції про взаємну правову допомогу у кримінальних справах (17.03.1978 р.) (ратифікований Законом України від 16.01.1998); Другий додатковий протокол до Європейської конвенції про взаємну правову допомогу у кримінальних справах (08.11.20001); Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах. Мінськ (22.01.1993р.) (ратифікована Законом України, від 10.11.1994р.); Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах. Кишинів (07.10.2002 р.). Зокрема варто відзначити, що 8 листопада 2001року був підписаний від імені України другий додатковий протокол до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах, який ввів у міжнародну практику нову форму здійснення правосуддя – розгляд справи у режимі відеоконференції. Тобто дослідження доказів (показань учасників процесу, зміст різного роду документів і навіть можливість зовнішнього дослідження речових доказів) вийшло на якісно новий рівень. Разом з тим слід наголосити на недостатній досконалості самої методики проведення таких сеансів у ході судового розгляду кримінальних справ через відсутність необхідної практичної бази, а відтак системних методичних рекомендацій щодо проведення таких заходів. Лише нещодавно відповідні зміни були внесені у кримінально-процесуальний кодекс України (Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з ратифікацією Другого додаткового протоколу до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах» від 16.06.2011). Згідно змін, внесених у КПК з'явилась стаття 85-3 «Застосування телефонної конференції та відеоконференції при проведенні слідчої дії». Таким чином окрім вже відомої методики дистанційного допиту за допомогою відеоконференцзв'язку, можна виділити ще й телефонну конференцію як засіб проведення допиту свідка чи експерта за їх письмовою згодою (ч. 6 ст. 85-3 КПК України). Натомість відеоконференція може застосовуватися під час допиту свідка, експерта, підозрюваного, обвинуваченого і підсудного, очної ставки, пред'явлення для впізнання, відтворення обстановки і обставин події (ч. 3 ст. 85-3 КПК України). Одразу викликає зауваження назва статті, що не зовсім співпадає із її змістом. У переліку суб'єктів, котрі можуть прийняти участь у проведенні слідчих дій в такий спосіб можна побачити також і підсудного. Це доводить можливість використання таких способів проведення означених дій в рамках судових розглядів кримінальних справ. Отже назва статті мала б включати імовірну можливість таких ситуацій і в ній має бути присутнє поняття «судово-слідчої дії».

Викликає також зауваження і регулювання фіксації проведення телефонної та відеоконференції. У статті (ч. 7 ст. 85-3 КПК України) врегульовано порядок фіксування таких конференцій шляхом проведення звуко-, або відеозапису. Отже можна зробити висновок, що дана норма наділяє диспозитивністю суб'єктів виконання таких дій. В результаті при проведенні відеоконференції згідно з її приписами належною фіксацією може бути і звукозапис такої дії. Однак дана позиція є просто абсурдною. На нашу думку методика проведення відеоконфере-

© Мурадов В., 2012

нції обов'язково має включати в себе належну фіксацію проведення, тобто фіксування її ходу лише у форматі відеозапису. Також слід уточнити саму методику фіксування, а саме яким чином потрібно здійснювати вищезгаданий відеозапис. Видається, що найкращим способом такого фіксування міг би бути запис самої конференції, а не окремий відеозапис усіх суб'єктів такої конференції. Потокове відео, що передається по спеціальних каналах зв'язку, можна зафіксувати на окремий носій інформації у вигляді дво-, або більше –стороннього діалогу у формі одного відеозображення з усіма суб'єктами у окремих виділених частинах на загальному тлі. Таким чином досягається максимальна інформативність такої фіксації та належне сприйняття змісту всієї судово-слідчої дії.

Іншою особливістю даної статті є так звана «телефонна конференція». Очевидно, що дане поняття означає двосторонній аудіозв'язок при проведенні судово-слідчих дій. І тут постає логічне запитання: чи можна вважати допустимою таку методику проведення допитів свідка або експерта? Як випливає з норм КПК, що регулюють проведення допиту, його мета безпосередній, живий і прямий діалог. У законодавстві не врегульоване проведення допитів по телефону, або в інший, так званий «аудіо-спосіб». Можна згадати лише звукозапис ходу судових засідань (ст. 87 КПК України), але ж в даному випадку аудіо фіксування є нічим іншим, окрім як фіксацією ходу судового розгляду, а не способом його проведення. У випадку телефонної конференції, на нашу думку, втрачається можливість сприйняття поведінки особи, що дає покази, її психо-фізіологічних реакцій, загального стану. Отже, можна стверджувати, що в такий спосіб нівелюється частина сутності допиту як слідчої дії. На даний час, зважаючи на загальну тенденцію розвитку засобів комунікації, слід відзначити стрімке розповсюдження та швидке вдосконалення саме засобів відеоконференцзв'язку, які без сумніву мають значні переваги над технологією аудіозв'язку. Відтак, на нашу думку, «телефонні конференції» у кримінальному процесі як такі, є морально застарілими. Вони мають право на існування, але звичайно ж, не на одному рівні з відеоконференціями.

ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ ТЕРМІНУ «СМЕРТЬ» І НАУКОВА МЕДИЧНА КЛАСИФІКАЦІЯ ЇЇ ФОРМ

Найда А., Малик О.

Львівський національний університет імені Івана Франка
Львівський національний медичний університет імені Данила Галицького

І. Феномен соціальної смерті. У давнину соціальна смерть трактувалася як вигнання людини з роду за недотримання його заборон. Вигнаний з роду ставав живим мерцем, він був нічийний: рід не захищав і не відповідав за його життя, будь яка людина могла його убити, схопити, продати в рабство. І стан приниження, і рабство можна розглядати як форму живої смерті. Живими мерцями ставали і полонені: втративши свободу, вони «втрачали» свою гідність.

Капіталізм спричинив нову хвилю відчуження, збільшив кількість самотніх людей, а самотність як неповне життя є одним із видів живої смерті. Ринкові кризові стосунки вплинули на ріст безробітності; бездіяльність і відсторонення суспільства звели їх до положення живих мерців. XX сторіччя, як сторіччя двох світових воєн, породило інші форми соціальної смерті: боязкість на війні, психічні хвороби, еміграція. Тоталітарні системи створили зомбованих людей, ідеологічно сліпих роботів - живих мерців, які фізично пережили себе й свої ідеї, ставали смішними і водночас небезпечними, залишалися навіть тоді, коли їх час вже минув.

Істинна смерть, по Чаадаєву, в самому житті, оскільки ми половину життя мертві не гіперболічно, не в уяві, а дійсно, тобто спимо або не діємо, знаходимося в стані соціальної смерті, який згодом іменуватимуть «обломовщиною» - виокремлення з життя суспільства і природи, поступового отупіння, що поступово спричиняє фізичну смерть.

ІІ. Науково-медичне розуміння смерті (танатологія). У цьому випадку репрезентативні погляди професора В.Г.Шора. 1925 року в Ленінграді вийшла монографія «Про смерть людини. Вступ у танатологію», у якій Шор В.Г. передусім дає термінологічне визначення танатології: вчення про ознаки, про динаміку і статику смерті; класифікуючи усі патологічні форми смерті поділяє їх на наступні групи: «смерть випадкова і насильна»; «смерть раптова»; «смерть звичайна». Згідно «Великої медичної енциклопедії» смерть (біологічна) це безповоротне припинення життєдіяльності організму і смерть - неминуча кінцева стадія існування будь якої живої системи. Також у медицині сьогодні існує термін «термінальний стан», дослівно латинською означає «межа між життям і смертю», це період ще «зворотної» смерті, який включає такі етапи: шок; колапс; агонія; клінічна смерть.

Оскільки смерть не лише медичний і біологічний термін, але і юридичний, необхідно, щоб розуміння цього терміну було однаковим, особливо стосовно юридичної оцінки медичних дій.

Процес переходу від життя до смерті слід називати помиранням, його потрібно відрізняти і від життя, і від смерті. Клінічний, клініка стосуються життя, до смерті ближче слова морг (лат. mors - смерть), прозекторська (лат. prosecare - розтинати, приносити в жертву), тому клінічна смерть - мало сумісні слова. Використовуючи термін «клінічна смерть», ми не можемо обійтися без додаткового «біологічна смерть», застосування якого також суперечливе, оскільки термін стверджує, що організм безповоротно помер, але в різних тканинах і органах життєдіяльність припиняється неодночасно у функціональному і морфологічному відношенні. Сьогодні у всьому світі, в нашій країні також, прийняте наступне визначення смерті, що задовольняє медицину і юриспруденцію, засноване на розробці Спеціального комітету Гарвардського медичного факультету в 1968 році: «смерть - це припинення спонтанного кровообігу і дихання, що супроводжується безповоротним ураженням усіх функцій мозку». У цьому терміні передбачено, що зупинка кровообігу і дихання може бути заміщена штучним шляхом: такий стан може відноситися до життя, якщо немає безповоротного припинення усіх функцій мозку. Якщо ж загинули усі функції мозку, то цей стан є смертю, навіть якщо кровообіг і дихання підтримуються штучним шляхом. З цим визначенням можуть не погодитися теологи і фахівці з етики, але достатня категоричність терміну підкріплюється об'єктивними критеріями

© Найда А., Малик О., 2012

і тестами, що дозволяють за допомогою медицини констатувати настання смерті, які відповідають юридичним вимогам.

Будь яке смертельне ускладнення, що виникає в операційній, розцінюється як наркозна смерть, якщо немає очевидних дефектів дій хірурга. При цьому мовчазно мають на увазі, що провина анестезіолога просто не доведена. Проте клініко-фізіологічний і юридичний аналіз кожного випадку можуть і повинні довести або провину, або невинність будь якого фахівця.

Нове визначення смерті, як смерті мозку, викликало низку складних етичних і юридичних проблем, оскільки складно змінити уявлення про суть смерті, що складались протягом тисячоліть у середовищі людей, далеких від медицини, і особливо у зв'язку з можливістю взяти органи у померлих для пересадки іншій людині.

ІІІ. Класифікація смерті у судовій медицині. В основі прийнятого в судовій медицині поділу смерті на насильну та ненасильну є біосоціальні чинники, проте залежно від роду та виду смерті кожний з них впливає по різному. Якщо на настання насильної смерті соціальні конфлікти впливають безпосередньо, то в ґенезі ненасильної смерті головну роль відіграє патологічний процес, який опосередковано поєднаний із соціальними факторами.

У 1964 році група експертів-патологоанатомів Відділу серцево-судинних хвороб ВООЗ вперше запропонувала уніфіковане визначення раптової смерті, згідно з яким до таких випадків відносять ті, в яких смерть настала несподівано протягом 6 год., у здорової людини чи у хворої, яка перебуває в задовільному стані. У 1970 році Інтернаціональний комітет США запропонував раптовою, несподіваною смертю вважати ненасильну смерть, яка настала миттєво чи в межах 24 год. від початку гострих симптомів. Загалом раптову смерть характеризують такі загальні обставини:

- причиною раптової смерті завжди є хвороба, гостра або з непомітним перебігом;
- раптова смерть настає швидко, нерідко миттєво, на тлі повного або відносно повного благополуччя особи;
- через несподіваність і особливі обставини смерті (на вулиці, на виробництві, за кермом тощо) раптова смерть завжди схожа на насильну;
- під час секції морфологічні ознаки хвороби чи її ускладнень, які спричиняють смерть, помітні, проте розвивались вони за життя непомітно для усіх.

Спеціальна комісія Національного Інституту дитячого здоров'я та розвитку людини (США, 1991) запропонувала термін «синдром раптової смерті немовляти» як несподівана смерть зовні здорової дитини віком до одного року, коли ретельно виконане дослідження трупу (розтин з гістологічним та іншими додатковими методами дослідження), з'ясування обставин смерті та вивчення клінічного анамнезу не дає можливості визначити причину смерті». Під час Міжнародної конференції з синдрому раптової смерті дітей (Німеччина, 1995) уточнили цей термін - смерть дитини без попередньої клініки і, при якій після морфологічного та лабораторних методів дослідження, хвороба та причина смерті залишаються не з'ясованими.

IV. Досвід смерті та право на легку смерть. У 80-і роки XX сторіччя американський лікар р.Моуді у книзі «Життя після життя» оприлюднив свідчення 150 людей, які пережили стан клінічної смерті. Згодом доктор психології К.Рінг у клініках штату Коннектікут виконав 13-ти місячне дослідження, що підтвердило існування такого феномену, а доктор Сейб розробив 10-и ступінчасту модель стану клінічної смерті, яку тепер називають його ім'ям. У світовій практиці задокументований унікальний випадок, коли житель Боснії був мертвий 42 хвилини, за цей час пережив 17 клінічних смертей і повернувся до життя. Такий феномен називають «феномен HDE» (англ. абревіатурою) - стан, який близький до смерті.

Проблема констатації смерті загальномедична. У спеціаліста з галузі судової медицини може виникнути необхідність констатувати біологічну смерть під час зовнішнього огляду трупа на місці його знаходження. Відомі та загальновизнані 38 випадків «синдрому Лазаря» або спонтанного відновлення циркуляції, коли до життя поверталися особи, яким лікарі констатували смерть та яких відправляли в морг. По таких фактах поліція здійснювала розслідування, а потерпілі особи подавали заяви в суд на лікувальний заклад.

Лікарі та юристи не повинні замовчувати ні смерть як явище, ні проблему догляду за вмираючими хворими. Висловлювали думку, що лікарі не зобов'язані виконувати даремну терапію, але, з іншого боку, ніхто і не відміняв права хворого вимагати таку терапію, яка може

продовжити його життя. Ф.Бекон, запропонованим терміном «ейтаназія», передбачав наголосити саме принцип легкої смерті, котра необхідна кожній людині у відповідний час. Сучасна проблема ейтаназії вимагає відповіді на два питання: стосовно права людини на вибір між життям і смертю — і цього права її ніхто і ніколи не позбавляв — і щодо права людини, яка вибрала смерть, на допомогу медика. Складність проблеми саме в другому. «Явище смерті є якщо не єдиним, тоді, мабуть, дуже сильним джерелом не тільки мистецтва і філософії, але й людської моральності», адже майже всі найбільш спірні проблеми біоетики безпосередньо поєднані з категорією смерті: і ейтаназія, і штучне переривання вагітності, і клонування, і трансплантація органів людини.

СТАТУС СУДУ У ВСТАНОВЛЕННІ ОБСТАВИН КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ ЗА ЧИННИМ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ ТА ЙОГО НОВИМ ПРОЕКТОМ: ТЕОРІЯ І ПРАВОТВОРЧА ПРАКТИКА

Нор В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Судова реформа в Україні, незважаючи на значні досягнення в оновленні правового регулювання в багатьох сферах суспільного життя, результатом чого стали позитивні зміни в захисті прав і законних інтересів насамперед фізичних осіб (людини), все ж до сьогодні ще не близька до свого завершення. Незважаючи на істотні зміни і доповнення до чинного Кримінально-процесуального законодавства (КПК України), які істотно наповнили кримінально-процесуальну діяльність елементами змагальності, все ж до сьогодні в Україні, чи не єдиної зі всіх пострадянських держав, ще не прийнятий новий Кримінально-процесуальний кодекс (КПК), який би втілив кращі європейські стандарти в регулюванні відносин, пов'язаних з провадженням у кримінальній справі, передбачив би додаткові процесуальні гарантії дотримання прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб, їх належного захисту від необґрунтованих порушень. Проекти Нового КПК України (їх на сьогодні є три) ґрунтуються в цілому на засаді змагальності. Проте роль суду у змагальному процесі, особливо у встановленні обставин кримінальної справи (у доказуванні), змодельована у них неоднаково, що стало відображенням тих дискусій у науці кримінально-процесуального права на пострадянському просторі щодо цієї важливої проблеми.

2. З розвитком змагальності у кримінальному судочинстві, в основі якої лежить вчення та обґрунтована ним законодавча практика про чіткий розподіл кримінально-процесуальних функцій (обвинувачення, захисту, розгляду і вирішення справи), в теорії кримінального судочинства набула широкого поширення думка, згідно якої на судові, як одному з суб'єктів, що веде кримінальний процес, не лежить обов'язок доказування обставин, що складають фактичний і правовий боки справи. Активність суду, пов'язану з встановленням названих обставин, у відповідності з нею не сумісна із засадою змагальності. В активній діяльності суду під час судового слідства, спрямованої на встановлення фактичних обставин справи (обставин, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні), вбачається порушення засади змагальності, оскільки одержані за власною ініціативою суду докази під час судового розгляду справи будуть використані або стороною обвинувачення, або ж стороною захисту, що свідчить про схиляння суду на один чи другий бік. За такого підходу статус суду у змагальному судовому процесі має визначатись лише процесуальним керівництвом за змаганням сторін обвинувачення і захисту та створенням необхідних умов для виконання ними своїх процесуальних прав, а також усувати з судового слідства все, що не стосується розгляду справи. В змагальному судочинстві «дослідження доказів здійснюють сторони, а суддя лише спостерігає щоб при цьому не порушувався процесуальний регламент» (Л.І. Петрухін). Суд має акцентувати увагу не на меті доказування, а на його процедурі. Суд відповідає «не за знаходження істини, а лише за те, щоб результат судовговоріня був досягнутий певним чином» (А.С. Пашін, В.В. Золотих). «Пасивне і тільки пасивне положення суду звільняє його від виконання функції обвинувачення» (С.Д. Шестакова). Такий підхід щодо ролі (статусу) суду під час дослідження доказів на судовому слідстві знаходить все більше прихильників у кримінально-процесуальній доктрині, а також у правотворчій практиці держав пострадянського простору.

3. На перший погляд за таким «сценарієм» пішов і український законодавець в ході т.зв. «малої судової реформи» (червень 2001 р.), яка внесла істотні зміни і доповнення до чинного КПК. Якщо брати до уваги ту обставину, що український законодавець вилучив суд з числа органів держави, на які покладається обов'язок при провадженні кримінальної справи «вжити всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи» (ст. 22 КПК); ввів положення ч.6 ст. 16^1 чинного вітчизняного КПК («Суд, зберігаючи об'єктивність і неупередженість, створює необхідні умови для виконання сторонами їх

© Нор В., 2012

процесуальних обов'язків і здійснення наданих їм прав»), а так само вилучив із ст. 260 КПК вказівку на обов'язок головуючого в судовому засіданні судді спрямовувати «судове слідство на забезпечення повного всебічного та об'єктивного дослідження всіх обставин справи і встановлення істини», замінивши його обов'язком «забезпечення здійснення сторонами своїх прав» (ч. 1 ст. 260 КПК), то на перший погляд напрошується висновок, що законодавець дійсно обмежив активність суду у встановленні обставин справи всебічно, повно й об'єктивно. Проте системний аналіз норм чинного КПК України спростовує такий висновок.

4. Суть принципу змагальності у кримінальному судочинстві полягає у такій побудові судового розгляду кримінальної справи та дослідження під час нього доказів, які на основі процесуальної рівності забезпечують сторонам обвинувачення і захисту можливість активно відстоювати свої права та законні інтереси шляхом подання суду своїх доказів і доведення їх переконливості, заявлення судові клопотань, оскарження його процесуальних рішень тощо (ст. 261 КПК). Суд же, при цьому, зберігаючи об'єктивність і неупередженість, створює необхідні умови для виконання сторонами їх процесуальних обов'язків і здійснення наданих їм прав (ч. 6 ст. 16-1 КПК). Такий підхід законодавця до визначення статусу сторін та суду у змагальному процесі цілком є слушним.

Але сама по собі змагальність кримінального судочинства, звичайна річ, не може гарантувати, що обставини справи будуть встановлені повно, всебічно та об'єктивно, в результаті чого буде досягнена істина у кримінальній справі. Змагальність є важливим інструментом судового пізнання, необхідною, але все ж далеко не завжди достатньою умовою для встановлення істини. Адже змагання (процесуальний спір) сторін здатне не лише знайти істину, але й затушувати її залежно від того, чи зацікавлена сторона у її знаходженні.

Тяжко уявити ситуацію, коли захисник підсудного буде докладати процесуальні зусилля для всебічного, повного і об'єктивно встановлення обставин справи, якщо це буде суперечити інтересам його підзахисного. На жаль, і сторона обвинувачення в реальній дійсності нерідко має тенденцію до «згущення фарб» щодо обвинувачення, намагаючись формулювати, пред'являти і доказувати його «з запасом». Анемічний же суд за таких обставин здатний констатувати не лише перемогу правої, хоч недостатньо активної у поданні доказів та доведення їх переконливості, сторони, але й неправду більш активної сторони. Тож суд при вирішенні справи та ухваленні законного і обґрунтованого рішення не має залишатися пасивним спостерігачем за правовим поєдинком сторін, забезпечуючи лише дотримання його процедури (правил). Він повинен мати можливість з допомогою сторін, але незалежно від них, дослідити подані ними докази всіма процесуальними засобами, зокрема слідчо-судовими діями, які закон дає у його розпорядження.

5. Суд з допомогою сторін активно досліджуючи всі обставини справи, безпосередньо перевіряючи представлені сторонами докази, залучаючи нові докази як за їх ініціативою, так і власною, зобов'язаний не просто розв'язати спір між стороною обвинувачення і стороною захисту, а правильно (законно), обґрунтовано (на підставі перевірених доказів) і справедливо вирішити справу, що неможливо досягти без встановлення істини у справі. Саме з цією метою законодавець надає судові право (поряд з іншими суб'єктами, які ведуть процес і здійснюють доказування) **збирати** докази: викликати будь-яких осіб як свідків і як потерпілих для допиту; експертів для дачі висновків; вимагати від фізичних і юридичних осіб пред'явлення предметів і документів, які можуть встановлювати необхідні в справі фактичні дані, тощо (ст. 66 КПК). Він також зобов'язує суд за чинним КПК «безпосередньо дослідити докази в справі» (ст. 257). Для цього кримінально-процесуальний закон надає йому право як за клопотанням осіб, так і **за власною ініціативою**: задавати питання особам, яких допитують під час судового слідства (підсудного, свідків, потерпілого - ч. 2 ст. 300, ч. 3, 5 ст. 303; ст. 304; ст. 308); оголошувати їх показання, дані під час досудового розслідування (ч. 1 ст. 301; ч. 1 ст. 306; ст. 308); призначати експертизу, формулювати питання, які ставляться експертам, допитувати експерта в суді (ст. 310; ст. 311, ст. 312); оглядати речові докази (ст. 313) і місце події (ст. 315); оглядати і оголошувати протоколи слідчих дій, протоколи з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, інші документи (ст. 314); давати доручення органам досудового розслідування виконати певні слідчі дії з метою перевірки і уточнення фактичних даних, одержаних під час судового слідства, результати яких пере-

даються до суду (ч. 3 ст. 66, ст. 315-1); провести впізнання особи чи предмету свідком, потерпілим або підсудним (ст. 309).

Хоч стосовно низки слідчо-судових дій, що перераховані вище, відповідні норми КПК не містять безпосередньої вказівки на ініціативу суду для їх проведення, але в контексті інших норм та на підставі принципу безпосередності дослідження доказів (ст. 257) немає жодних сумнівів, що вони проводяться і за ініціативою суду. Мета ж їх проведення – встановити обставини справи всебічно, повно й об'єктивно, що фактично означає встановити істину у справі. І суд, не будучи ні стороною обвинувачення, ні стороною захисту, повинен мати достатні повноваження для її досягнення.

Зрозуміло, що в змагальному процесі на суд не може покладатися обов'язок збирати додаткові докази вини чи невинуватості підсудного. Але з нього не може зніматися тягар доказування стосовно кримінально-правових і кримінально-процесуальних констатацій, що містяться в судовому рішенні. А тому він «вправі, з огляду на публічно-правовий обов'язок, з власної ініціативи збирати докази» у певних випадках, «оскільки саме на суд покладається відповідальність за законність та обґрунтованість рішень, що виносяться в стадії судового розгляду» (Ю.М.Грошевой).

6.На концепції «активного суду» пропонується побудувати судове слідство і в проекті нового КПК України.

В той же час укладачі проекту КПК при визначенні статусу суду під час розгляду і вирішення кримінальної справи допустили певну непослідовність. Виходячи з концепції «чистої» змагальності сторін, навіть абсолютизуючи її, вони задекларували у його ст.23 засаду змагальності, «яка передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав і законних інтересів засобами, передбаченими цим Кодексом» (ч. 1). У цьому зв'язку проект забороняє судові «виступати на стороні обвинувачення або захисту», оскільки «суд, зберігаючи об'єктивність та неупередженість, створює необхідні умови для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання обов'язків». Але в той же час серед суб'єктів, які ведуть кримінальний процес, вони поклали і на суд обов'язок «всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують і обтяжують його покарання, …забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень» (ч. 6 ст. 10 проекту КПК). Більше того, на головуючого у судовому засіданні проектом КПК покладається обов'язок не лише забезпечити учасникам кримінального провадження здійснення їхніх процесуальних прав і виконання ними обов'язків, але й «спрямувати судовий розгляд на забезпечення з'ясування всіх обставин кримінального провадження» (ч. 1 ст. 316 проекту КПК).

Власне, з метою забезпечення з'ясування всіх обставин кримінальної справи (предмету доказування у ній) як чинний КПК України, так і його новий проект, наділяють суд певними процесуальними засобами, за допомогою яких він в змозі одержати (залучити) нові докази, їх дослідити за участю сторін, і цим самим перевірити достовірність поданих сторонами доказів. І чим більше процесуальних засобів і способів буде у розпорядженні суду, тим більше можливостей буде надано йому для встановлення дійсних обставин справи, а отже, й для ухвалення справедливого рішення – законного і обґрунтованого.

7. Активність суду, пов'язана з встановленням обставин, що підлягають встановленню (доказуванню) у кримінальній справі, не лише можлива, але й необхідна, оскільки на судові лежить обов'язок ухвалити законний і обґрунтований вирок (ст. 323 КПК, ст. 364 проекту КПК). В той же час роль суду, його статус у змагальному процесі, особливо під час дослідження зібраних стороною обвинувачення і поданих стороною захисту доказів, має визначатися на основі компромісу: з одного боку, між обов'язком суду ухвалити лише законне і обґрунтоване рішення у справі, яке ґрунтується лише на тих доказах, що були розглянуті в судовому засіданні (ч.2 ст. 323 КПК), а з другого, - не перейти межу функції правосуддя, взявши на себе функцію обвинувачення чи протилежну їй функцію захисту. Власне, обов'язок суду ухвалити законне і обґрунтоване рішення спонукає його проявляти активність у встановленні дійсних обставин справи, якщо сторони достатньо не проявляють її під час дослідження доказів. Але при цьому необхідно чітко розмежовувати активність сторін в доказуванні, обу-

мовлену виконанням своїх функцій, і активність, ініціативу суду, спрямовані на встановлення дійсних обставин справи, які охоплюються предметом доказування, іншими словами – встановлення істини. Таким чином, обов'язок суду ухвалити законний, обґрунтований, а отже, й справедливий вирок (ст. 323 КПК) вимагає від нього проявляти активність під час дослідження доказів, без чого виконання названого обов'язку фактично не можливе. Тому й не випадково, що поклавши в основу судового дослідження доказів засаду змагальності між стороною обвинувачення і стороною захисту, законодавець передбачив, що суд має не лише керувати «судовим засіданням, спрямовуючи судове слідство на забезпечення сторонами своїх прав» (ч. 1 ст. 260 КПК), але й проявляти активність у дослідженні доказів, а у випадку необхідності – й ініціативу в одержанні доказів для перевірки наявних, для чого надав судові право проводити необхідні слідчо-судові дії.

Таким чином, як за чинним КПК, так і його новим проектом суд вправі одержати (залучити) нові докази, їх дослідити за участю сторін і тим самим перевірити достовірність доказів, поданих сторонами. Коли суд ухвалює рішення за власною ініціативою вчинити ту чи іншу судово-слідчу дію, він не стає на бік тієї чи іншої сторони, оскільки не відомо наперед, які докази – обвинувального чи виправдувального характеру – будуть при цьому одержані. Він діє при цьому в інтересах правосуддя.

8. Змагальність судового розгляду і активність у ньому суду не можна протиставляти. Активність суду у встановленні дійсних обставин справи є необхідним елементом самої змагальності сторін. Адже для того, щоб перевірити подані судові сторонами докази, усунути сумніви у їх достовірності, судові нерідко необхідно одержати нові докази за допомогою проведення наданих йому судово-слідчих дій, без чого ухвалити законне і обґрунтоване, а отже, й справедливе рішення неможливо.

ПРАВО ОБВИНУВАЧЕНОГО НА УЧАСТЬ У ФОРМУВАННІ ДОКАЗІВ СВОЄЇ НЕВИНУВАТОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ ТА ЙОГО ВІДПОВІДНІСТЬ СТ.6 ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД

Павлишин А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно п.d ч.3 ст.6 Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод «кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше право допитувати свідків обвинувачення або вимагати, щоб їх допитали, а також вимагати виклику й допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення».

Європейський суд з прав людини дещо ширше тлумачить наведене право. Зокрема у справі Брікмонта проти Бельгії Європейський суд зазначив: «на національного суддю покладається обов'язок вирішити питання про необхідність або можливість викликати до суду свідка, і тільки виняткові обставини можуть привести до висновку про сумісність із статтею 6 Конвенції недопуску особи як свідка. Національна влада повинна вирішувати питання про корисність показань свідків. Конвенція не вимагає присутності і допиту усіх свідків з боку обвинуваченого, які будуть ним запропоновані. У відповідь, вона вимагає **повної рівності** в частині показань свідків між обвинуваченням і захистом, як на це, втім, вказують слова **"на тих же умовах"**, що містяться в статті 6 ч.3 п.d». У справі Енгель та інших проти Нідерландів Європейський суд уточнив: «Стаття 6 ч.3 п.d не вимагає присутності і допиту усіх свідків з боку обвинуваченого. Її основною метою, як це витікає із слів **"на тих же умовах"**, являється в даному випадку **повна "рівність сторін"**. З цією умовою стаття надає компетентним національним органам вирішити питання, які показання свідків потрібні у цій справі в цілях **справедливого судового розгляду** - основної вимоги статті 6». У справі Віддаль проти Бельгії Європейський суд пішов ще далі, зазначивши: «За загальним правилом, національні суди, особливо суди першої інстанції, в принципі, зобов'язані оцінювати засоби доказування, які вони мають у своєму розпорядженні.

Спосіб надання доказів тісно пов'язаний із здійсненням права на захист. Так, що торкається доказів, представлених стороною обвинувачення, це право вимагає, щоб обвинуваченому були надані адекватні і достатні можливості оспорити показання свідків і запитати про них автора, у момент подання або пізніше.

Поняття **"Рівність сторін" не вичерпує** зміст п.d ч.3 статті 6, як і ч.1 даної статті, застосування якої, разом з іншими, має на увазі цей підпункт. Завдання Європейського Суду полягає у встановленні того, чи провадження у розглядуваній справі мало **справедливий характер**, визначений частиною 1».

Таким чином згідно роз’яснень Європейського Суду з прав людини сторона обвинувачення і сторона захисту (обвинувачений) повинні мати рівні можливості щодо збирання і подання доказів. Чи діє така рівноправність у кримінальному процесі України, і чи діє вона на усіх стадіях процесу?

Для того, щоб дати відповідь на ці запитання очевидно потрібно проаналізувати статус обвинуваченого за кримінально-процесуальним законодавством України.

Відповідно до ч.2 ст. 43 КПК України обвинувачений вправі подавати докази. У ч.2 ст.66 КПК зазначено, що докази можуть бути подані підозрюваним, обвинуваченим. Це ж право передбачене у п.3 ч. 1 ст.142 КПК. З наведених законодавчих положень випливає, що обвинувачений вправі лише подавати докази, а не збирати їх. У зв’язку з цим переважна більшість вчених сходиться на думці, що серед таких доказів можуть бути лише предмети і документи і ні в якому разі показання осіб чи висновки експертів. При цьому вони наголошують, що використання у тексті ст.66 та інших статей КПК терміну "подання доказів" слід вважати умовним, оскільки докази формуються у ході кримінально-процесуальної діяльності. Як випливає з чинного кримінально-процесуального законодавства подані обвинуваченим та й іншими уча-

© Павлишин А., 2012

сниками процесу предмети і документи стануть доказами за умови їх процесуального закріплення суб'єктами, які ведуть процес. У ч.1 ст.65 чітко зафіксовано, що доказами в кримінальній справі є всякі фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку **орган дізнання, слідчий і суд** встановлюють наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, винність особи, яка вчинила це діяння, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи.

Як показує практика, реалізація закріплених законодавчих положень здійснюється наступним чином: допит обвинуваченого про умови виявлення і вилучення поданого предмету чи документу; їх огляд і фіксація у протоколі огляду; винесення постанови про приєднання їх до справи, якщо, звичайно, відповідні особи, котрі ведуть процес, визнають це за необхідне. При цьому, як свідчить ця ж практика, зазначені особи роблять це дуже неохоче, вишукуючи причини для відмови. Тому обвинувачені і їхні захисники змушені застосовувати певні тактичні хитрощі: відправляти відповідні предмети і документи рекомендованими листами чи банделролями, що змусить відповідні органи офіційно їх реєструвати і давати відповіді.

Що стосується збирання доказів своєї невинуватості обвинуваченим, то як вже зазначалося вище, чинне законодавство України такої можливості для нього не передбачає. Воно передбачає лише право останнього клопотати про допит свідків, про проведення очної ставки, про проведення експертизи, про витребування і приєднання до справи доказів, а також заявляти клопотання з усіх інших питань, які мають значення для встановлення істини в справі (п.4 ч.1 ст. 142 КПК). Однак клопотання такі будуть розглядати органи, які ведуть процес: дізнавач, слідчий, прокурор, котрі виступають стороною обвинувачення і суб'єктивно не дуже зацікавлені у зборі виправдувальних доказів, хоча й такий обов'язок за ними закріплений у ст. 22 КПК.

У зв'язку з цим виникає ще одне запитання: чи обвинувачений відповідно до положень Конвенції особисто може допитувати свідків обвинувачення. Як уже згадувалось вище, відповідно до п.4 ч.1 ст. 142 КПК обвинувачений на досудовому слідстві вправі лише клопотати про допит свідків, про проведення очної ставки, особисто ж допитувати їх ні він ні його захисник не може. Однак таке право існує у підсудного під час судового розгляду кримінальної справи. Так, відповідно до п.7 ст.263 КПК підсудний має право задавати питання іншим підсудним, свідкам, експертові, спеціалістові, потерпілому, цивільному позивачеві і цивільному відповідачеві. А у ч.3 ст.304 КПК зазначено, що після того, як свідок розповів усе, що йому відомо у справі, його допитують прокурор, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач, захисник, підсудний, суддя, а також запрошений ним захисник.

У суді підсудний також має право брати участь в огляді речових доказів та документів, огляді місця події (ст.313-315 КПК).

Можливо відсутність у обвинуваченого права збирати докази своєї невинуватості на досудовому слідстві компенсується таким правом його захисника. Дійсно відповідно до п.13 ч.2 ст. 48 КПК захисник має право збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази в справі, в тому числі запитувати і одержувати документи чи їх копії від громадян та юридичних осіб, знайомитися на підприємствах, в установах, організаціях, об'єднаннях громадян з необхідними документами, крім тих, таємниця яких охороняється законом, одержувати письмові висновки фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань, опитувати громадян.

Проте, як слушно зауважує з цього приводу В.О. Попелюшко, закріпивши у п. 13 ч.2 ст.48 КПК право захисника збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази в справі, законодавець не регламентував процедуру реалізації цього права. З одного боку законодавець не регламентував порядку здійснення цього права, а з іншого, ввів поняття, пов'язані із захисною діяльністю захисника, які не досить чітко пов'язуються із визначеним у законі загальним поняттям доказів (ст. 65 КПК), поняттями окремих видів доказів (засобів доказування) (ст.ст. 68, 72, 73, 75, 82, 83 КПК) та поняттями збирання і подання доказів (ст. 66 КПК).

Крім того, як уже зазначалося вище, відповідно до чинного законодавства України, подані захисником відомості про фактичні обставини, які мають значення для правильного вирішення кримінальної справи стануть доказами лише після їх процесуального закріплення органами, котрі ведуть процес. Навіть одержані захисником висновки фахівців є лише

документами, і у випадках долучення їх до справи вони набувають статусу документів у розумінні ст. 83 КПК та досліджуються й оцінюються слідчим і судом як такі нарівні з іншими доказами у справі. Але, як відомо, на практиці сторона обвинувачення, як правило, виступає проти долучення таких висновків до справи, мотивуючи це тим, що подібні дослідження проводилися без дотримання процедури, передбаченої КПК, тому їх результати є недопустимими. Максимум чого може добитися захисник за таких обставин – призначення експертизи з цих питань, та й то тільки у суді.

Цікавим у наведеному контексті є використання захисником результатів опитування громадян. Чинне законодавство жодним чином не регламентує відповідної процедури. Тому на практиці мали місце випадки, коли опитування особи, оформлене адвокатом у письмовій формі, за клопотанням останнього було долучено слідчим до матеріалів кримінальної справи, але на стадії досудового розслідування опитану адвокатом особу не було допитано як свідка. Після ж виклику за клопотанням сторони захисту в суд вже як свідка, ця особа дала абсолютно інші показання. За таких обставин суд не міг за клопотанням сторони захисту зачитати письмові пояснення цієї особи, оскільки законодавство передбачає можливість оголошення саме показань свідка, поданих під час досудового розслідування, а опитана адвокатом особа це не свідок.

Можна наводити ще й інші приклади, коли захисник, використовуючи передбачені законом засоби одержання інформації, фактично і формально не може використати їхніх результатів у кримінальному процесі. Узагальнено ці проблеми можна викласти наступним чином.

1. Як уже наголошувалося для того, щоб подані учасниками процесу предмети, документи стали доказами, як правило, особа, котра веде процес, допитує особу, яка подала предмет чи документ, складає протокол допиту та виносить постанову про приєднання поданого предмета чи документа в якості доказу до справи. Проте, відповідно до п.2 ч.1 ст.69 КПК захисника не можна допитувати з приводу обставин, які стали йому відомі під час надання допомоги підзахисному. А якщо він все ж таки підлягає допиту як свідок він не може бути захисником. Виходить колізія.

2. Наступним проблемним моментом є те, що доля зібраних захисником відомостей про факти вирішується стороною обвинувачення. Звісно, відповідно до ч.1 ст.22 КПК, прокурор, слідчий і особа, яка провадить дізнання, зобов'язані вжити всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдують обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують і обтяжують його відповідальність. Проте варто погодитись з О.М. Ларіним, який зазначає, що «практично однобічний обвинувальний ухил в діяльності органів розслідування, прокуратури, суду – не така вже і рідкість. Не випадково більша частина судових помилок (за якими часто стоять слідчі помилки) полягає в постановленні необґрунтованих обвинувальних (а не виправдувальних) вироків, у призначенні покарань, явно несправедливих за своєю тяжкістю (а не за м'якістю)»[·]. Через те надія на об'єктивність слідчого й прокурора є досить таки ілюзорною.

Цілком очевидно, що основною причиною зазначених проблем є те, що досудове розслідування у кримінальному процесі України абсолютно не відповідає засаді змагальності і не надає рівних можливостей стороні обвинувачення і захисту для реалізації своїх функцій й не відповідає європейським стандартам. Цьому сприяє і занадто формалізований письмовий характер досудового розслідування, де кримінально-процесуальна форма, на жаль, із гарантії перетворилася на звичайний формалізм.

Як видається, вихід із такої ситуації тільки один. Для цього не потрібно винаходити новий велосипед, а використати існуючий досвід провідних демократичних держав, який підтверджує, що найкращий спосіб найбільш повного, всебічного і об'єктивного розслідування і вирішення кримінальних справ – це змагальний процес з рівними можливостями сторони обвинувачення і захисту та безстороннім судом з більшим або меншим рівнем активності.

РЕФОРМУВАННЯ ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ І НАБЛИЖЕННЯ ЙОГО ДО ЄВРОПЕЙСЬКИХ СТАНДАРТІВ

Святоцька В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сьогодні відносини, пов'язані із адвокатською діяльністю, а також правові основи, принципи побудови і функціонування адвокатури в Україні врегульовано Законом України "Про адвокатуру". Закон, введений в дію 1992 року, побудований на досить демократичних засадах з урахуванням багатьох міжнародно-правових документів, що регламентують діяльність адвокатури. В загальному, концепція Закону України "Про адвокатуру" побудована на загальноприйнятих міжнародних стандартах. Вона неодноразово піддавалась міжнародним експертизам і отримувала позитивні відгуки. Однак, у зв'язку з прийняттям 1996 року Конституції України, інших нормативних актів закон потребує подальшого розвитку, внесення певних змін та уточнень. Зміни повинні бути спрямовані на демократизацію правової системи України, її належне функціонування, створення гарантій захисту прав і свобод людини. Це допоможе посилити правозахисну діяльності адвокатури, забезпечить її організаційне зміцнення, виконання нею конституційних завдань, водночас – підвищення відповідальності адвокатів за виконання своїх професійних обов'язків.

З часу прийняття Закону "Про адвокатуру" 19 грудня цього року виповниться 18 років. Звичайно, ні в кого не викликає сумнівів, що він зіграв важливу роль у демократичному становленні адвокатури України, утвердженні її незалежності, розвитку самоврядності, розширенні процесуальних прав адвоката, зміцненні гарантій адвокатської діяльності, запровадженні демократичних засад організації адвокатури тощо.

Та, є певні недоліки щодо його ролі у становленні української адвокатури як правозахисного інституту. Недаремно називають суттєвими недоліками закону відсутність чіткої системи організації адвокатури, руйнування єдності адвокатури, недосконаліть норм щодо самоврядування, відсутність достатніх професійних і соціальних гарантій адвокатів, незахищеність професії тощо.

Втім, багаторазові спроби виправити загальновідомі недоліки адвокатського закону, які негативно відбиваються на практиці захисту прав людини, не вдалися, адже ні один із законопроектів про адвокатуру не пройшли у парламенті. Непримиренність різних точок зору на організацію адвокатури, абсолютно протилежне ставлення до створення єдиної професійної організації адвокатури, обов'язковості рішень для всіх адвокатів за відсутності їх обов'язкового членства в такій організації, породжують сумніви у парламентарів щодо доцільності прийняття нового закону "Про адвокатуру". Згідно визначення авторів деяких проектів закону «Про адвокатуру» регулює відносини, пов'язані з адвокатською діяльністю, організацією та функціонуванням адвокатури в Україні. Та все ж таки, такі законопроекти в багатьох випадках швидше дерегулюють такі відносини, адже виникає чимало спірних питань за умови його детального вивчення. Неврегульованими залишаються питання оплати праці адвоката, пенсійного забезпечення, соціального страхування, а також оподаткування адвокатської діяльності.

Що стосується європейських традицій, то серед історико – правових аспектів євроінтеграційних прагнень України особливе місце займає інститут адвокатури, оскільки існування та вивчення цього інституту поза межами європейської правової традиції неможливе. Зміст основних етапів історії адвокатури більшості європейських країн, в тому числі і України, тотожний – це становлення адвокатської професії, професійної спільноти адвокатів, соціального інституту правозахисту. Вироблені європейські та світові стандарти професійної діяльності слугують для адвокатів України системою орієнтирів при збалансуванні, практичному узгодженні ними своїх багатоманітних професійних прав і обов'язків відповідно до статусу, основним завданням адвокатури та принципів її діяльності. Відтак дослідження інституту адвокатури в Україні як складової загальної історії адвокатури дає змогу не тільки заповнити певні прогалини в історико – юридичному знанні про цей інститут, а й на цій основі сприяти досяг-

© Святоцька В., 2012

ненню головної мети – актуалізації історико – правового досвіду адвокатури, тобто пізнання його з вирішенням сучасних нагальних проблем.

Виявити певні особливості інституту адвокатури, напрямки, тенденції його розвитку, які ще не властиві українській адвокатурі, є можливим опираючись на зарубіжний досвід організації цього інституту. Досліджуючи організацію адвокатури за законодавством європейських держав можливо виявити ті недоліки, що існують у організації адвокатури України, а також окреслити напрямки вдосконалення цього інституту у рамках вітчизняного правового поля.

Говорячи про законодавчу базу регулювання адвокатської діяльності, то одним з перших ключових документів у системі європейського законодавства, що регулює діяльність міжнародної адвокатури, стали «Основні положення про роль адвокатів». Основним завданням положень стало здійснення впливу на правову політику країн-учасниць Європейського Союзу, укріплення морально-політичного фундаменту правосвідомості європейської спільноти щодо адвокатури. Основні положення сформульовано і викладено з метою допомогти країнам-учасницям ЄС у здійсненні впливу і забезпеченні належної ролі адвокатури. «Належна роль адвокатів має поважатися і гарантуватися урядами при розробці національного законодавства та його застосуванні як адвокатами, так і суддями, прокурорами, членами законодавчої та виконавчої влади і суспільством в цілому; ці принципи мають також застосовуватися до осіб, які здійснюють адвокатські функції без одержання формального статусу адвоката». Положення вищевказаного документа послужили основою для прийняття нового міжнародного документа – «Стандартів юридичної професії». Стандарти достатньо чітко окреслили і сформулювали статус адвокатури як важливого соціально-правового інституту, головним завданням якого є відстоювання і захист прав і свобод людини і громадянина. Питання реалізації європейського вибору України постало практично одночасно з відновленням державної незалежності. Сьогодні цей курс став офіційним зовнішньополітичним курсом України. Прагнення приєднатися до єдиної Європи є природнім та історично обумовленим. Крокування на шляху до євроінтеграції об'єктивно збігається з пріоритетами внутрішнього державотворення. Воно передбачає створення правової, соціальної та демократичної держави, реальне забезпечення та захист основних прав та свобод людини і громадянина, побудову держави, що посідає гідне місце серед розвинених держав світу.

Україна, визначивши основні напрями співробітництва з Європейським Союзом (ЄС), є організацією, яка в процесі свого розвитку досягла високого рівня політичної інтеграції, уніфікації права, економічного співробітництва, соціального забезпечення та культурного розвитку, розробила „Програму інтеграції України до Європейського Союзу”. Програма покликана стати головним інструментом загальної стратегії на шляху наближення України до ЄС за всіма спектрами співробітництва – політичним, соціальним, фінансовим, економічним, торговельним, науковим, освітнім, культурним тощо.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ, ЩО ВИРІШУЮТЬСЯ СУДОМ НА СТАДІЇ ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ

Теут З.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Виконання судових рішень — це стадія кримінального процесу, в якій суд звертає їх до виконання, здійснює контроль за приведенням їх відповідними органами до виконання та вирішує у встановленому законом судовому порядку за поданням уповноважених законом службових осіб і органів, клопотанням громадських організацій і громадян та за власною ініціативою передбачені кримінально-процесуальним законом важливі правові питання, які виникають у зв'язку і при виконанні судових рішень. В цій стадії суб'єктами відносин виступають суд, засуджений, захисник, прокурор, цивільний відповідач, представник органу, що відає виконанням покарання. А також можуть виступати інші особи, які так чи інакше сприяють вирішенню питань, які пов'язані із виконанням судових рішень. Основоположною засадою даної стадії процесу є недопустимість погіршення становища засудженого, а тому суд, при розгляді проблемних питань вирішує тільки ті з них, що стосуються вироку і не тягнуть погіршення становища засудженого. Однак, на практиці відомі різного роду колізії щодо цього. Як свідчить судова практика районними судами у порядку передбаченому ст. 411 КПК України, вносяться у вирок зміни, а такі рішення суду не узгоджуються з роз'ясненням, що міститься в п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду України від 21 грудня 1990 р. № 11 «Про практику застосування судами України процесуального законодавства при вирішенні питань, пов'язаних із виконанням вироків», відповідно до якого в порядку, передбаченому ст. 411 КПК, можуть вирішуватись лише ті питання, які не стосуються суті вироку і не тягнуть погіршення становища засудженого.

На стадії виконання вироку вимагають судового вирішення ряд процесуальних питань, які умовно можна розділити на декілька груп. До першої групи відносять питання, які виникають у процесі звернення вироку до виконання, а саме питання про неприведення до виконання вироку повністю або в частині засудження за діяння, караність якого на момент звернення до виконання була усунена нововиданим кримінальним законом (ч. 6 ст. 404 КПК України); про застосування кримінального закону, який має зворотну силу (ст. 405-1 КПК України). Другу групу складають питання, які вирішуються судом у процесі фактичного виконання вироку: про звільнення від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей (ст. 407-1 КПК України); про застосування умовно-дострокового звільнення від покарання і заміну невідбутої частини покарання більш м'яким (ст. 407 КПК України). Так, згідно Постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 2, умовно-дострокове звільнення від відбування покарання і заміна невідбутої частини покарання більш м'яким можливі лише після повного та всебічного вивчення даних про особу засудженого. При цьому головною умовою прийняття такого рішення є доведеність: а) при умовно-достроковому звільненні від відбування покарання — того, що засуджений сумлінною поведінкою і ставленням до праці довів своє виправлення (ч. 2 ст. 81 КК); б) при заміні невідбутої частини покарання більш м'яким — того, що засуджений став на шлях виправлення (ч. 3 ст. 82 КК); в) при умовно-достроковому звільненні від відбування покарання особи, яка була засуджена до позбавлення волі за злочин, вчинений у віці до 18 років, — того, що вона сумлінною поведінкою, ставленням до праці та навчання довела своє виправлення (ч. 2 ст. 107 КК). Також до другої групи питань належить вирішення судом питань про зарахування в строк покарання часу перебування засудженого в лікувальній установі (ст. 406 КПК України); про звільнення від покарання за хворобою (ст.408 КПК України); про звільнення від покарання з випробуванням після закінчення іспитового строку (ст. 408—1 КПК України) або про скасування такого звільнення (ст.408-2, 408-3 КПК України); про заміну штрафу покаранням у виді громадських робіт, виправних робіт штрафом, обмеження чи позбавлення волі службовим обмеженням, позбавлення волі триманням у дисциплінарному батальйоні (ст. 410 КПК України); про застосування до засуджених, які є алкоголіками або наркоманами, примусового лікування та його

© Теут З., 2012

припинення (ст. 411—1 КПК); про застосування до засудженого покарання за наявності двох невиконаних вироків (ст. 413 КПК України); про тимчасове залишення засудженого в слідчому ізоляторі на гауптвахті чи в тюрмі і про переведення його з установи виконання покарань в слідчий ізолятор на гауптвахту (ст. 410-1 КПК України); про різні сумніви і суперечки, які виникають при виконанні вироку і пов'язані з його недоліками. Так, у п. 4 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 21 грудня 1990 року № 11 «Про практику застосування судами України процесуального законодавства при вирішенні питань, пов’язаних із виконанням вироків» наводиться перелік питань, які виникають при виконанні вироків внаслідок їх недоліків.

Третя група, це питання, які вирішуються після відбуття засудженим призначеного покарання, а саме: про погашення судимості або дострокове її зняття (ст. 414 КПК України); про зарахування часу відбування виправних робіт без позбавлення волі до загального трудового стажу (ст. 414-1 КПК України).

Отже, як висновок хочу зазначити, що на сьогодні у чинному КПК України не відведено місце окремій статті, де б наводився чіткий перелік питань, які мали б вирішуватись судом при виконанні вироку, за наявності його недоліків, питань, які виникли після винесення вироку в процесі його виконання, а також звичайно і питань, які не підлягають розгляду в вищеназваній стадії. Вважаю, що це є прогалиною у законодавстві, яку слід було усунути у проекті нового КПК України, що, на жаль, зроблено теж не було. Тому ця проблема надалі потребує дослідження.

ЩОДО ПРИЧИН І УМОВ, ЯКІ СПРИЯЮТЬ ВЧИНЕННЮ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 175 КК УКРАЇНИ

Фігурський В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до чинного кримінально-процесуального законодавства під час провадження дізнання, досудового слідства і судового розгляду кримінальної справи орган дізнання, слідчий, прокурор зобов'язані виявити причини і умови, які сприяли вчиненню злочину (ст. 23 КПК України). Встановивши їх, названі органи вносять у відповідний державний орган, громадську організацію або посадовій особі подання про вжиття заходів для усунення виявлених причин і умов (ст. 23-1 КПК України).

Можливості встановлення причин конкретного злочину і умов, що сприяли його вчиненню, та їх усунення існують в основній мірі під час проведення досудового слідства.

Вивчення кримінальних справ, порушених за ознаками ст. 175 КК України, дає підставу твердити, що слідчі недостатньо уваги приділяють виявленню причин і умов, що сприяли вчиненню злочинів. Вони обмежуються складанням і направленням «стандартних» подань, складених згідно вимог ст. 23-1 КПК України у відповідні державні органи. Аналіз цих подань свідчить, що багато з них містять типові недоліки і помилки. Одним з найсуттєвіших недоліків є те, що в багатьох випадках практичними працівниками причина конкретного злочину ототожнюється з умовами, що сприяли його скоєнню. Часто слідчі взагалі не утруднюють себе виявленням коренів злочинів, обмежуючись викладенням обставин його вчинення і пропозицією обговорити в трудовому колективі поведінку обвинуваченого.

У сучасних кримінологічних дослідженнях проблема причин злочинності і умов, що сприяють їй, розглядається через визначення системи соціально-негативних чинників (явищ, процесів), які детермінують злочинність. Однак причина – це вирішальний активний фактор, який містить у собі реальну можливість появи злочину як свого наслідку. Умова ж – це відносно пасивний фактор, який тільки сприятливо впливає на розвиток причинного зв'язку, але безпосередньо не породжує наслідку злочину.

Отже, причини конкретного злочину – це ті активні фактори, які породжують у певної особи інтереси, мотиви для його вчинення. В основі злочинної мотивації як суб'єктивного психофізіологічного процесу знаходяться певні людські вади: корисливість, правовий нігілізм, егоїзм, кар'єризм, жорстокість, негативні психологічні особливості тощо. Це повністю суб'єктивна сфера, пов'язана з особливостями конкретної людини. Тому встановлення причин конкретного злочину полягає у вивченні особи обвинуваченого, визначенні її негативних рис характеру, які в конкретній життєвій ситуації призвели до вчинення нею злочину. Усунення ж причин конкретного злочину пов'язане із застосуванням до обвинуваченого (підсудного, засудженого) певних виховних, примусових і виправних заходів під час досудового і судового слідства, призначенням кримінального покарання та його виконанням. Їх мета полягає у нейтралізації негативних якостей і рис особи, які вчинила злочин.

Умови, що сприяють вчиненню злочину (пасивні фактори), складають його навколишню обстановку. В кримінології умови прийнято розподіляти на суб'єктивні і об'єктивні. Суб'єктивні умови – це негативні психологічні і моральні якості людей, що оточують злочинця. Об'єктивними ж умовами злочинності прийнято вважати соціальні протиріччя, які безпосередньо не залежать від свідомості і волі населення. Це умови історично успадковані від минулих епох, що підтримують стан соціальної напруженості в суспільстві і сприяють злочинності (екологія, уклад і стан економіки, соціальні відносини, тіньові сторони урбанізації і технічного прогресу тощо). Отже, встановлення умов, що сприяли вчиненню конкретного злочину, полягає у вивченні під час його розслідування зовнішніх стосовно до особи обвинуваченого обставин.

Успішне розв'язання проблеми встановлення причин та умов, що сприяють вчиненню злочину, пов'язаного з невиплатою заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат, можливе лише тоді, коли це завдання чітко усвідомлене, визначене з самого

© Фігурський В., 2012

початку розслідування цього виду злочину і планомірно вирішується паралельно з встановленням всіх інших обставин.

Причини вчинення злочину, передбаченого ст. 175 КК України, пов’язані насамперед з психологічними і соціальними особливостями людей, які займаються діяльністю, метою якої є отримання прибутку.

Особистість керівника-злочинця поки що є малодослідженою в кримінології і криміналістиці. Але вивчення літератури з цієї проблеми, матеріалів кримінальних справ відповідної категорії, опитування оперативних працівників і слідчих дає підстави вказати на деякі взаємопов'язані риси керівників підприємств, установ, організацій, які в певній життєвій ситуації спричиняють вчинення ними вказаного злочину. Це:

- прогресуючі матеріальні потреби, прагнення бути заможною людиною, яка має гроші не тільки для задоволення повсякденних потребу але і для створення певного «іміджу» належності до вищих кіл суспільства;
- переконаність у тому, що гроші - це найвища цінність у житті і постійна потреба в збагаченні грошима стає основною, а часто і єдиною метою;
- правовий і моральний нігілізм, тобто зневажання законів і норм моралі та прагнення досягти поставленої мети будь-якими, в тому числі, і незаконними, а іноді і відверто злочинними методами;
- нехтування як інтересами суспільства в цілому, так і окремих людей, зневажання людей, які стоять нижче за своїми фінансовими можливостями;
- схильність до ризику в підприємницькій діяльності і в житті взагалі, яка переростає в авантюризм (неврахування при прийнятті рішень явно існуючих небезпечних обставин);
- динамічність поведінки в залежності від життєвих обставин тощо.

Усунення причин цього виду злочину полягає у здійсненні впливу на винну особу з метою нейтралізації її негативних рис та здійснення її цінностної переорієнтації. Звичайно це складне завдання під час досудового слідства повністю не може бути вирішене. Слідчий вирішує цю проблему (а точніше починає її вирішувати) шляхом застосування заходів процесуального примусу та виховного впливу. Теоретично переорієнтація і виправлення суб'єкта стає можливою в результаті призначення адекватної вчиненому злочину міри покарання та його належного виконання.

Що ж до умов, що сприяють вчиненню невиплати заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат, то, як уже зазначалося, сприятливі умови вчинення злочинів розподіляються на суб’єктивні і об’єктивні. До суб’єктивних умов вчинення злочину, передбаченого ст. 175 КК України, можна віднести наступні фактори:

- віра певної частини населення в те, що в умовах ринкових відносин можна збагатитися швидко і, головне, не прикладаючи великих зусиль;
- відсутність на підприємствах, установах, організаціях належно організованої роботи з проведення юридичних консультацій з приводу правильної і своєчасної організації нарахування та виплати заробітної плати чи інших установлених законом виплат, під час яких варто особливу увагу звернути на відповідальність за її затримання, часткову і у повному обсязі невиплату;
- схильність деяких підприємців у гонитві за високим прибутком до занадто ризикованих господарчих операцій, які керівники підприємств, установ, організацій укладають з метою швидкого збагачення, при цьому використовуючи кошти з фонду заробітної плати. Проте ці господарські операції виявляються неприбутковими, а гроші на заробітну плату уже витрачені – результат – утворення боргу перед працівниками з виплати установлених законом виплат;
- недостатньо ретельна перевірка кандидатур під час прийняття на роботу, пов'язану з великими матеріальними цінностями, грошима, виконанням особливо важливих функцій організаційно-розпорядчого та господарсько-адміністративного характеру;

- недоліки в діяльності контролюючих і правоохоронних органів, які своєчасно не виявляють або не реагують на правопорушення на певному господарюючому об'єкті та не проводять належну роз'яснювальну роботу щодо недопущення утворення заборгованості з виплати заробітної плати (інших установлених законом виплат);
- корумпованість державного апарату управління.

До об'єктивних умов, що сприяють вчиненню умисної та безпідставної невиплати заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат, можуть бути віднесені наступні фактори, які безпосередньо не залежать від свідомості і волі населення:

- повільність і суперечливість соціально-економічних реформ на шляху переходу до ринкової економіки, відсутність чіткої концепції (програми) таких реформ;
- загальноекономічна і фінансова криза, яка продовжує поглиблюватися (тягне за собою зростання безробіття, технологічний занепад виробництва, неплатоспроможність підприємств);
- масове зубожіння населення (більшість його знаходиться на межі і за межею бідності);
- недосконалість законодавства, що регулює фінансово-господарські відносини (часті зміни в законодавстві, непомірний податковий тиск на підприємця);
- відсутність ефективної системи державного контролю за діяльністю комерційних структур;
- наявність тіньової економіки співвідносної за своїми матеріальними і фінансовими ресурсами з економікою легальною (є живильним середовищем для процвітання злочинності) тощо.

Названі суб'єктивні і об'єктивні фактори переплітаються між собою і впливають один на один, створюючи сприятливі умови для вчинення злочину, передбаченого ст. 175 КК України, як і більшості економічних злочинів.

Усунення умов вчинення досліджуваного злочину є надзвичайно складною проблемою і вимагає проведення цілого комплексу економічних, соціальних, організаційних та виховних заходів в масштабах певного регіону та країни в цілому. Роль слідчого у вирішенні цієї проблеми полягає у чіткому визначенні таких умов у кожному конкретному випадку і відображенні їх у матеріалах кримінальної справи, які є вихідною інформацією для узагальнень і вироблення пропозицій (подань) у відповідні державні структури.

Підсумовуючи викладене, треба підкреслити, що різний зміст причин та умов, які сприяють вчиненню злочинів, їх різна масштабність обумовлює і особливості в засобах їх встановлення та усунення. З урахуванням цього доцільно виділяти і окремі напрямки попереджувальної діяльності слідчого під час розслідування різних категорій злочинів.

Так, слідчий, під час розслідування невиплати заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат, здійснює попереджувальну роботу, в якій можна виділити наступні основні форми:

- припинення розпочатої і запобігання реально можливої злочинної діяльності з боку осіб, підозрюваних у вчиненні злочину;
- встановлення причин злочину і вжиття заходів щодо їх усунення;
- встановлення умов, що сприяли вчиненню злочину і вжиття заходів щодо їх усунення;
- узагальнення криміногенних факторів, встановлених під час розслідування за однорідними кримінальними справами, і подання пропозицій щодо їх усунення у відповідні органи і установи.

ЦИВІЛЬНИЙ ПОЗОВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА

Ханас Х.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Цивільний позов в кримінальному процесі є основним та єдиним позовним способом відновлення порушених майнових прав потерпілого від злочину у кримінальному судочинстві. Правовою підставою цього інституту є положення ст.ст. 28, 29 та деяких інших Кримінально-процесуального кодексу України, відповідно до яких особа, яка зазнала матеріальної шкоди від злочину, вправі при провадженні в кримінальній справі пред'явити до обвинуваченого або до осіб, що несуть матеріальну відповідальність за дії обвинуваченого, цивільний позов, який розглядається судом разом з кримінальною справою.

Незважаючи на те, що законодавча норма містить посилання лише на матеріальну шкоду як предмет цивільного позову у кримінальному процесі, за допомогою цивільного позову можливе відшкодування також фізичної та моральної шкоди, а також неодержаних доходів. Ці питання досить однозначно вирішуються в науці кримінального процесу та на практиці.

Так, висновок про можливість стягнення моральної шкоди за цивільним позовом у кримінальній справі випливає, перш за все, з Цивільного кодексу України (ст. 1167) та роз'яснення Пленуму Верховного Суду України. Зокрема, в п.2 ч.3 Постанови №4 від 31 березня 1995 року «Про практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» наголошується, що відповідно до ст.28 КПК України потерпілий вправі пред'явити цивільний позов про стягнення моральної шкоди в кримінальному процесі. У даному випадку Пленум Верховного Суду України вийшов за межі своїх повноважень, фактично вносячи зміни до чинного КПК, проте така його позиція є цілком виправданою і широко використовується на практиці. Наприклад, Ватутінський районний суд м. Києва позов В. до АТ «Холдингова компанія «Київміськбуд» про стягнення моральної шкоди у зв'язку зі смертельним травмуванням її неповнолітнього сина в технічно несправному ліфті задовольнив частково на суму 4800 грн. (позов був заявлений на 300 тис. грн.).

Що стосується можливості відшкодування т.зв. «втраченої вигоди», або «неодержаних доходів» за цивільним позовом у кримінальній справі, то у літературі висловлюються різні думки. Як аргумент проти включення «неодержаних доходів» у розмір відшкодування завданої злочином шкоди, висуваються твердження про складність їх підрахунку і неможливість відшкодування в порядку кримінального судочинства через відсутність причинно-наслідкового зв'язку з фактом вчинення злочину. Прихильники іншої концепції вважають, що підлягає відшкодуванню не тільки пряма шкода, завдана злочином, а й неодержані доходи, оскільки це випливає з самої суті застосування цивільно-правової відповідальності у кримінальному процесі.

Аналізуючи ці позиції, а також опубліковану останнім часом практику Верховного Суду України, можна зробити висновок, що в кримінальному процесі України потерпілий має право на відшкодування не тільки прямої шкоди, а й неодержаних доходів з наступних міркувань. Норми цивільного (трудового, аграрного, природоохоронного) законодавства застосовуються в кримінальному судочинстві з метою захисту порушеного матеріального суб'єктивного права потерпілих від злочину. Це випливає з природи єдиного юридичного факту, який, з одного боку, є підставою притягнення особи до кримінальної відповідальності, а з іншого – до цивільно-правової відповідальності в разі заподіяння злочином майнової шкоди. Законодавець у ст. 28 КПК України передбачає можливість сумісного розгляду кримінальної справи і цивільного позову насамперед, з огляду на те, що це повинно сприяти повноті, всебічності та об'єктивності дослідження обставин справи, а також більш швидкому відшкодуванню заподіяної злочином шкоди. Зазначені переваги «з'єднаного процесу» мають гарантувати потерпілому від злочину або цивільному позивачеві можливість відшкодування завданої злочином шкоди в тому розмірі (обсязі), яку вони могли б одержати за розгляду позову в порядку цивільного судочинства. У протилежному випадку саме існування інституту цивільного позову в

© Ханас Х., 2012

кримінальному процесі було б неефективним. Тобто, існуючі в цивільному законодавстві тлумачення майнової шкоди, обсягу і розміру її відшкодування повинні однаково застосовуватися незалежно від того, яким деліктом вони спричинені – цивільним чи кримінальним.

Випадки позитивного вирішення таких цивільних позовів у кримінальних справах в цілому властиві судовій практиці. Наприклад, вироком Надвірнянського районного суду Івано-Франківської області від 10 жовтня 1996 року гр. К. було засуджено за ч. 1 ст. 199 КК України за самовільне захоплення земельної ділянки гр. С. Одночасно суд задовольнив цивільний позов про стягнення на користь останнього із засудженої 500 грн. майнової шкоди, що становить вартість неодержаного врожаю. Засудженою вирок оскаржувався у касаційному порядку. Ухвалою судової колегії у кримінальних справах Івано-Франківського обласного суду від 20 листопада 1996 року він залишився без змін.

Зазначені розбіжності між судовою практикою та кримінально-процесуальним законодавством, безумовно, негативно відображаються на ефективному здійсненні кримінального судочинства. У державі не повинно існувати таких суспільних відносин, які законодавчо не врегульовані, а тим більше не повинно виникати таких ситуацій, коли державні органи врегульовують такі суспільні відносини, фактично виходячи за межі своїх повноважень (у даному випадку – Пленум Верховного Суду України). Саме тому у науці кримінального процесу сформульовано низку пропозицій для врегулювання відносин, які виникають при провадженні щодо цивільного позову у кримінальній справі, зокрема, змін і доповнень до чинного КПК, та запропоновано статтю 28 КПК викласти у новій редакції, передбачивши, що предметом цивільного позову може бути як реальна шкода (матеріальна чи моральна), так і неодержані доходи (втрачена вигода) за умови реальності їх одержання.

Зміст

СЕКЦІЯ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИХ НАУК

Бачинський Т.
ПРАВОВА КУЛЬТУРА І ПРАВОСВІДОМІСТЬ: ЗВ'ЯЗОК ТА СПІВВІДНОШЕННЯ 3

Гайова О.
ЗАКОНОДАВЧИЙ АКТ: ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ 5

Гончаров В.
ПРОЕКТИВНІСТЬ ЮРИДИЧНИХ НОРМ ТА ЛОГІЧНІ ПІДВАЛИНИ ДИНАМІЧНОГО ТЛУМАЧЕННЯ 7

Горбань М.
КОНКРЕТИЗАЦІЯ НОРМ ПРАВА: ДЕЯКІ ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ 9

Грищук О.
ДО ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ МІЖНАРОДНОГО ТА ВНУТРІДЕРЖАВНОГО ПРАВА ЩОДО ПРАВ ЛЮДИНИ 11

Добрянський С.
ІНСТИТУТ ОСНОВОПОЛОЖНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ: ПЕРСПЕКТИВИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЮРИДИЧНОГО ГАРАНТУВАННЯ 14

Довгань Г.
ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА АКТІВ ВТОРИННОГО ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ 17

Дудаш Т.
БАЛАНС ІНТЕРЕСІВ ЛЮДИНИ ТА СУСПІЛЬСТВА ЯК ОСНОВОПОЛОЖНИЙ ПРИНЦИП ТЛУМАЧЕННЯ ТА ЗАСТОСУВАННЯ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД ЄВРОПЕЙСЬКИМ СУДОМ З ПРАВ ЛЮДИНИ 20

Заплотинська Ю.
АКТИ КАБІНЕТУ МІНІСТРІВ УКРАЇНИ СЕРЕД ІНШИХ ДЖЕРЕЛ ПРАВА УКРАЇНИ 23

Косович В.
ІЄРАРХІЯ ЗАСОБІВ НОРМОТВОРЧОЇ ТЕХНІКИ – ЯК ЧИННИК ВДОСКОНАЛЕННЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ УКРАЇНИ 25

Левицька Н.
НОРМАТИВНО-ПРАВОВИЙ ІНСТИТУТ: ПРИВАТНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ 29

Луців О.
ОСНОВНІ ПІДХОДИ ДО РОЗКРИТТЯ ЗМІСТУ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА 31

Луць Л.
ПСЕВДОМОРФОЗИ У ВІТЧИЗНЯНІЙ ПРАВОВІЙ НАУЦІ 33

Монастирський О.
ОСОБЛИВОСТІ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ НАЦІОНАЛЬНОЇ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЇ УНІФІКАЦІЇ 36

Мочульська М.
ПРАВОВА ДОКТРИНА ТА ПРАВОВА НАУКА: СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ 39

Ничка Ю.
МЕХАНІЗМ ВСТАНОВЛЕННЯ ТА ЗМІНИ МЕЖ МІЖНАРОДНОЇ ТА НАЦІОНАЛЬНОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ 42

Перетятко Г.
СУСПІЛЬНА МОРАЛЬ: ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ 44

Ратушна Б.
ДО ПИТАННЯ ПРО ВИДИ РЕЗУЛЬТАТІВ СУДОВО-ПІЗНАВАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ 46

Стецик Н.
СУДОВІ ПРАВОТЛУМАЧНІ АКТИ 48

Хомюк Н.
СИСТЕМА ЗАКОНОДАВСТВА: ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ 50

Цебенко С.
ПРАВА ЛЮДИНИ У СВІТЛІ ПРАВОСЛАВНОЇ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ 52

Юхимюк О.
ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПІВ ПРАВА 54

Янишина І.
ПОНЯТТЯ «ПРАВОТВОРЧА ПОМИЛКА» ТА ЙОГО СПІВВІДНОШЕННЯ З ІНШИМИ ПОНЯТТЯМИ 57

Ясіновська А.
ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ТА КЛАСИФІКАЦІЯ КОДЕКСІВ 59

СЕКЦІЯ ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ НАУК

Андрусяк Т.
ПЕРІОДИЗАЦІЯ УКРАЇНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ ДУМКИ В ГАЛИЧИНІ (АВСТРІЙСЬКИЙ ПЕРІОД) 61

Балко О.
ДО ПИТАННЯ ПРО ІСТОРІОГРАФІЮ ДОСЛІДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ШЛЮБУ В СИСТЕМІ ПРАВА ДАВНЬОГО РИМУ 66

Бедрій М.
ПОНЯТТЯ КОПНОГО ПРАВА ТА ОСОБЛИВОСТІ ЙОГО ІНТЕРПРЕТАЦІЇ В ІСТОРИКО-ПРАВОВІЙ НАУЦІ 68

Білецька О.
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ УТВОРЕННЯ ПОЛІЦІЇ НА ЗАХІДНОУКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ В СКЛАДІ РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА 1921-1939РР. 71

Бойко І.
ДЖЕРЕЛА ПРАВА НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ У СКЛАДІ РЕЧІ ПОСПОЛИТОЇ (1569–1795 РР.) 73

Гриб Н.
ОРГАНІЗАЦІЯ СУДІВ ЗА АВСТРІЙСЬКОЮ КОНСТИТУЦІЄЮ 1867 Р. 76

Кахнич В.
ДІЯЛЬНІСТЬ ІСТОРИКО-ПРАВОВОЇ ШКОЛИ ПРАВА НА ЮРИДИЧНОМУ ФАКУЛЬТЕТІ ЛЬВІВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ 79

Кобилецький М.
РИМСЬКЕ ПРАВО ТА УТВОРЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКИХ УНІВЕРСИТЕТІВ 81

Коваль А.
АНТИЧНІ КОНЦЕПЦІЇ ЯК ОСНОВА РОЗВИТКУ ТА ФОРМУВАННЯ СВІТОГЛЯДУ СУЧАСНОГО СУСПІЛЬСТВА 83

Козьмук Б.
ПРАВОВИЙ СТАТУС УКРАЇНСЬКОЇ МОВИ У СКЛАДІ РОСІЙСЬКОЇ Й АВСТРІЙСЬКОЇ ІМПЕРІЙ: ІСТОРИКО-ПРАВОВЕ ПОРІВНЯННЯ 86

Кольбенко А.
ЗАКОННИК ЦАРЯ СТЕФАНА ДУШАНА – ВИЗНАЧНА ПАМ'ЯТКА СЕРБСЬКОГО СЕРЕДНЬОВІЧНОГО ПРАВА 90

Кульчицький П.
ЗЕМЕЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО ЗАХІДНО-УКРАЇНСЬКОЇ НАРОДНОЇ РЕСПУБЛІКИ 92

Липитчук О.
СИСТЕМА І КОМПЕТЕНЦІЯ ОРГАНІВ САМОВРЯДУВАННЯ В ПЕРШІЙ РЕЧІ ПОСПОЛИТІЙ (ДРУГА ПОЛОВИНА XVI – XVIII СТ.) 94

Моряк-Протопопова Х.
ДІЯЛЬНІСТЬ ГАЛИЦЬКОГО НАМІСНИЦТВА ПІД ЧАС ПЕРШОЇ СВІТОВОЇ ВІЙНИ 96

Омельчук І.
ХАРАКТЕРИСТИКА МІСЬКОГО САМОВРЯДУВАННЯ НА ВОЛИНІ У СКЛАДІ ВЕЛИКОГО КНЯЗІВСТВА ЛИТОВСЬКОГО ТА РЕЧІ ПОСПОЛИТОЇ 99

Панич Н.
СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК СТРАХОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ (ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ) 102

Ригіна О.
ДОСЛІДЖЕННЯ ГЕОРГА ШТАММЕРА ПРО ДОСВІД ФУНКЦІОНУВАННЯ СУДІВ У СПРАВАХ МАЛОЛІТНІХ У США НА ПОЧАТКУ XX СТ. 105

Тищик Б.
«ПЕРШІ ЄВРОПЕЙСЬКІ КОНСТИТУЦІЇ (ПОЛЬЩІ І ФРАНЦІЇ – 1791 Р.), ЇХ ПОРІВНЯЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА (ДО 220-РІЧЧЯ ПРИЙНЯТТЯ)» 108

Федущак–Паславська Г.
ОСОБЛИВОСТІ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВОВИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ ПРИВАТНОГО ПРАВА В ЄВРОПІ (XIX-XXСТ.) 111

Шандра Р.
ЗАХИСТ ПРАВ СЕЛЯН У СУДАХ ВОЛОСЬКОГО ПРАВА ГАЛИЧИНИ (XIV-XVIII СТ.) 113

Шуп'яна М.
КРИМІНАЛЬНИЙ КОДЕКС 1786 Р. - ПЕРШИЙ КОДИФІКОВАНИЙ АКТ У ГАЛУЗІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА АВСТРІЇ 116

Якимець О.
АДМІНІСТРАТИВНО-СУДОВИЙ КОНТРОЛЬ У НІМЕЧЧИНІ 118

СЕКЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НАУК

Бориславський Л. 120
ОСНОВНІ РИСИ І ОСОБЛИВОСТІ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ 120

Гураль П.
ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО І ПРАВОВА ДЕРЖАВА: ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ. 122

Заяць І.
ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТЕРИТОРІАЛЬНОГО РОЗВИТКУ АДМІНІСТРАТИВНО-ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ОДИНИЦЬ 124

Кобрин В.
ПОВНОВАЖЕННЯ ТА ДІЯЛЬНІСТЬ ПРЕМ'ЄР-МІНІСТРА УКРАЇНИ В СФЕРІ ВНУТРІШНЬОЇ ПОЛІТИКИ ДЕРЖАВИ 126

Пілат Є.
ПОНЯТТЯ ПУБЛІЧНОЇ ІНФОРМАЦІЇ 128

Прус В.
ДОСВІД ПОЛЬСЬКОЇ РЕСПУБЛІКИ В СФЕРІ ОРГАНІЗАЦІЇ ПРЕДСТАВНИЦЬКИХ ОРГАНІВ НА РАЙОННОМУ РІВНІ 130

Софінська І.
ГРОМАДЯНСТВО ЯК ОСНОВНИЙ КРИТЕРІЙ САМОІДЕНТИФІКАЦІЇ ОСОБИ 133

Тищук Т.
ПРАВО НА СВОБОДУ ТА ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАННІСТЬ: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ 136

Чорненький В.
КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ПАРЛАМЕНТСЬКОЇ ОПОЗИЦІЇ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ 140

СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ТА ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ НАУК

Бойчук Т.
ІСТОРИЧНО — ПРАВОВІ ЗАСАДИ ДІЯЛЬНОСТІ ОЩАДНИХ БАНКІВ: СУЧАСНИЙ СТАН 142

Жмурко О.
ПЕРСПЕКТИВИ СТВОРЕННЯ ФОНДУ ЗАГАЛЬНООБОВ'ЯЗКОВОГО ДЕРЖАВНОГО СОЦІАЛЬНОГО МЕДИЧНОГО СТРАХУВАННЯ 144

Ільницький О.
ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ ЗА ЗВЕРНЕННЯМИ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ПОДАТКОВОЇ СЛУЖБИ 146

Кіт Х.
АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ГОЛОВИ СУДУ 149

Криса Т.
КЛАСИФІКАЦІЯ ВИБОРЧИХ СПОРІВ, ЩО НАЛЕЖАТЬ ДО ЮРИСДИКЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ 151

Мостовий А.
МИТНІ ПЛАТЕЖІ В СИСТЕМІ МИТНОГО ПРАВА 154

Самагальська Ю.
ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ПРОЦЕДУРИ РЕАЛІЗАЦІЇ ІНСПЕКЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ 156

Ткач Г.
СТРОКИ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ 158

Труш М.
НЕГАЙНЕ ВИКОНАННЯ СУДОВОГО РІШЕННЯ ЯК МЕХАНІЗМ ЙОГО РЕАЛІЗАЦІЇ. 160

Хлібороб Н.
ОСОБЛИВОСТІ ПУБЛІЧНО-ПРАВОВИХ СПОРІВ, ПРЕДМЕТОМ ЯКИХ Є НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ АКТИ. 163

Школик А.
СИСТЕМНІСТЬ РОЗВИТКУ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРОЦЕДУРНОГО ЗАКОНОДАВСТВА 166

Янюк Н.
ОНОВЛЕННЯ АНТИКОРУПЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ТА ПРОБЛЕМИ ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ 168

СЕКЦІЯ ЦИВІЛІСТИЧНИХ НАУК

Верес І.
КОМЕРЦІЙНЕ ПРЕДСТАВНИЦТВО НА РИНКУ ЦІННИХ ПАПЕРІВ 171

Воробель У.
ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ІНСТИТУТІВ ЗАКРИТТЯ ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВІ ТА ЗАЛИШЕННЯ ЗАЯВИ БЕЗ РОЗГЛЯДУ НА СТАДІЯХ ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ 174

Герц А.
ОСОБЛИВОСТІ ДЕРЖАВНОЇ РЕЄСТРАЦІЇ РЕЧОВИХ ПРАВ НА НЕРУХОМЕ МАЙНО. 177

Гнатів О.
ПРАВОВА ПРИРОДА ЗАСНОВНИЦЬКОГО ДОГОВОРУ 179

Дацко Ю.
ПРАВОВЕ СТАНОВИЩЕ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ТА ЕКСПЕРТА У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ 181

Дякович М.
ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЩОДО РОЗПОРЯДЖЕННЯ СПІЛЬНИМ СУМІСНИМ МАЙНОМ ПОДРУЖЖЯ 184

Заяць Н.
СПЕЦИФІКА ПЕРЕГЛЯДУ УХВАЛ КАСАЦІЙНОЮ ІНСТАНЦІЄЮ УКРАЇНИ 187

Квіт Н.
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ІПОТЕКИ ОБ'ЄКТІВ НЕЗАВЕРШЕНОГО БУДІВНИЦТВА 189

Коссак В.
ОСОБЛИВОСТІ ДОГОВОРУ В ФОРМІ НОТАРІАЛЬНОГО АКТУ 192

Коссак С.
ПРИПИНЕННЯ ВІДНОСИН ЗА ДОГОВОРОМ ОРЕНДИ ДЕРЖАВНОГО ТА КОМУНАЛЬНОГО МАЙНА 194

Кубара У.
ПРАВО НА ЧУЖУ РІЧ: ОЗНАКИ ТА ВИДИ 197

Лепех С.
ВИГОДОНАБУВАЧ ЗА ДОГОВОРОМ СТРАХУВАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ 199

Мартин В.
ЗАХИСТ МАЙНОВИХ ПРАВ УЧАСНИКА ТОВАРСТВА З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ ПРИ ВИХОДІ ТА ВИКЛЮЧЕННІ З ТОВАРИСТВА 201

Мисишин Л.
ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЕЛЕКТРОННОЇ ФОРМИ ПРАВОЧИНУ 205

Михайлів М.
ПРАВОВІ НАСЛІДКИ НЕЦІЛЬОВОГО ВИКОРИСТАННЯ МІЖНАРОДНОЇ ТЕХНІЧНОЇ ДОПОМОГИ ЗА ДОГОВОРОМ ПРО НАДАННЯ МІЖНАРОДНОЇ ТЕХНІЧНОЇ ДОПОМОГИ 207

Михалюк О.
ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ВИКОНАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ТРЕТЬОЮ ОСОБОЮ У ДОГОВОРАХ ПРО НАДАННЯ ПОСЛУГ 209

Навроцька Ю.
ВИКЛИК ЧЕРЕЗ ОГОЛОШЕННЯ В ПРЕСІ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ 211

Німак М.
ПРИПИНЕННЯ РЕЖИМУ ОКРЕМОГО ПРОЖИВАННЯ ПОДРУЖЖЯ 213

Петрицин Н.
ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ІНДИВІДУАЛЬНОГО ХАРАКТЕРУ ЦИВІЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ: КОНЦЕПТУАЛЬНЕ БАЧЕННЯ 215

Романів В.
ПОНЯТТЯ «НЕРУХОМОГО МАЙНА» ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ 217

Рубець І.
ВИЗНАЧЕННЯ ПОХОДЖЕННЯ ДИТИНИ ВІД БАТЬКІВ, ЯКІ ПЕРЕБУВАЮТЬ МІЖ СОБОЮ У ШЛЮБІ 220

Саванець Л.
ПЕРЕХІД ПРАВ ЗА БЕЗДОКУМЕНТАРНИМИ ЦІННИМИ ПАПЕРАМИ: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ 222

Сеник С.
ОСОБЛИВОСТІ ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ЗАЯВНИКА ТА БОРЖНИКА У НАКАЗНОМУ ПРОВАДЖЕННІ 225

Тарасенко Л.
ВИКУП ОБ'ЄКТІВ НЕРУХОМОГО МАЙНА ДЛЯ СУСПІЛЬНИХ ПОТРЕБ ЯК ПІДСТАВА ПРИПИНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ 227

Турчин-Кукаріна І.
ВИДИ ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ОЦІНОЧНИХ ПОНЯТЬ ПРАВА ТА ЇХ РЕГУЛЯТИВНІ ЗАКОНОМІРНОСТІ 230

Угриновська О., Скрипець Н.
РОЗПОРЯДЧІ ПРАВА СТОРІН В КОНТЕКСТІ МАЛОЇ СУДОВОЇ РЕФОРМИ 233

Шама Н.
ПІДСТАВИ РОЗІРВАННЯ ШЛЮБУ 235

Юркевич Ю.
ДЕРЖАВНЕ КОМЕРЦІЙНЕ ПІДПРИЄМСТВО ЯК УЧАСНИК ПРОЦЕДУРИ ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ 238

Яворська О.
ПРОБЛЕМИ МАЙНОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗАСНОВНИКІВ ЗА ЗЛОВЖИВАННЯ КОНСТРУКЦІЄЮ «ЮРИДИЧНА ОСОБА»....240

Яворський Р.
ДЖЕРЕЛА МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТУРИСТИЧНИХ ПОСЛУГ....243

Якубівський І.
МАЙНОВІ АВТОРСЬКІ ПРАВА: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ....246

СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО, АГРАРНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

Барабаш Н.
МІСЦЕ ПРАВА КОРИСТУВАННЯ ЗЕМЕЛЬНОЮ ДІЛЯНКОЮ ДЛЯ ПРОВЕДЕННЯ РОЗВІДУВАЛЬНИХ РОБІТ В СИСТЕМІ ЗЕМЕЛЬНИХ ПРАВ....248

Бурак В.
ОХОРОНА ТРУДОВИХ ПРАВ ПРИ ВІДСТОРОНЕННІ ПРАЦІВНИКА ВІД РОБОТИ....250

Ващишин М.
ПРОБЛЕМИ ПІДВІДОМЧОСТІ ЗЕМЕЛЬНИХ СПОРІВ....252

Вісьтак М.
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОХОРОНИ ПРАЦІ КОНВЕНЦІЯМИ МІЖНАРОДНОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ ПРАЦІ....255

Годованець Ю.
КЛАСИФІКАЦІЯ ТРУДОВИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ....257

Жиравецький Т.
ДЕРЖАВНИЙ КОНТРОЛЬ ЗА ВИКОРИСТАННЯМ ТА ОХОРНОЮ ЗЕМЕЛЬ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ....259

Жолнович О.
ПРОБЛЕМИ ФОРМУВАННЯ ІНДИВІДУАЛЬНОГО-ТРУДОВОГО ПРАВА В УКРАЇНІ....262

Іваночко О.
ПРАВОВІ ОЗНАКИ СОЦІАЛЬНОГО ОБСЛУГОВУВАННЯ....265

Кіт О.
ВПЛИВ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ НА РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ....267

Козак З.
АКТИ КОЛЕКТИВНО-ДОГОВІРНОГО ХАРАКТЕРУ З ПИТАНЬ ОХОРОНИ ПРАЦІ У СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ (ФОРМ) ТРУДОВОГО ПРАВА....269

Лещух Д.
ОСОБЛИВОСТІ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН ПРОКУРОРСЬКО-СЛІДЧИХ ПРАЦІВНИКІВ....271

Максимишин Р.
ДО ПИТАННЯ ПРО РОЗМЕЖУВАННЯ СОЦІАЛЬНОГО СТРАХУВАННЯ ТА ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ СТРАХУВАННЯ....276

Нискогуз Н.
КЛАСИФІКАЦІЯ ПРАВОВІДНОСИН ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗА ВІКОМ....279

Парпан Т.
РОТАЦІЯ КАДРІВ: ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ 281

Пилипенко П., Пилипенко Ю.
ПРО ВНУТРІШНІЙ РОЗПОРЯДОК ТА ЙОГО ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ 283

Рим О.
СУДОВИЙ ЗАХИСТ ПРАВА НА КОМЕРЦІЙНУ ТАЄМНИЦЮ У ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ 285

Рушинець Ю.
ПОРЯДОК ВИЗНАЧЕННЯ ТА ВІДШКОДУВАННЯ ЗБИТКІВ ВЛАСНИКАМ ЗЕМЛІ ТА ЗЕМЛЕКОРИСТУВАЧАМ 288

Синчук С.
ПРАВОВА ПРИРОДА ВІДНОСИН НЕДЕРЖАВНОГО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ 290

Стасів О.
КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА НА ПРАЦЮ 292

Федорович В.
РИНОК ЗЕМЕЛЬ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ 294

Федорович І.
ПОНЯТТЯ ЛІКУВАЛЬНО – ОЗДОРОВЧОЇ МІСЦЕВОСТІ В ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ 296

Чернявська Г.
ДО ПИТАННЯ ПРО СУБ'ЄКТІВ ПРОЦЕДУРНИХ ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ 298

Чопко Х.
РЕГУЛЯТИВНА ФУНКЦІЯ ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА 301

Шумна Л.
АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СОЦІАЛЬНИХ ПІЛЬГ В УКРАЇНІ 303

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ

Антонюк Н.
«РОЗКРАДАННЯ» ТА «ВИКРАДЕННЯ»: СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ 305

Бурдін В.
СПІВВІДНОШЕННЯ ДЕЯКИХ ОБ'ЄКТИВНИХ ТА СУБ'ЄКТИВНИХ ОЗНАК СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ 308

Вакула І.
СТАДІЇ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ: ІСТОРИЧНО – ПРАВОВИЙ АСПЕКТ 311

Василаш В.
ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА НАЯВНОСТІ ДВОХ ЧИ БІЛЬШЕ СПЕЦІАЛЬНИХ ПРАВИЛ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ. 315

Гордієнко В.
ШТРАФ ЯК ОСНОВНИЙ ВИД ПОКАРАННЯ ЗА ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ «ДОВЕДЕННЯ ДО БАНКРУТСТВА» 319

Гриниха І.
ПРОБЛЕМА ДОБРОВІЛЬНОЇ ВІДМОВИ ВІД ЗЛОЧИНУ СПІВВИКОНАВЦЕМ ЗЛОЧИНУ 321

Гуменюк Ю.
СТУПІНЬ ТЯЖКОСТІ ДІЯННЯ ЯК КРИТЕРІЙ ПРИ ПРИЗНАЧЕННІ ПОКАРАННЯ ЗА НЕЗАКІНЧЕНИЙ ЗЛОЧИН 325

Денькович О.
ПИТАННЯ РІВНОПРАВНОСТІ ГРОМАДЯН У ПРАКТИЦІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ: КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ 329

Ждиняк Н.
ПОТЕНЦІЙНА ТА РЕАЛЬНА ЕФЕКТИВНІСТЬ ЗАБОРОНЯЮЧИХ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ НОРМ 332

Ільницька С.
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОХОРОНА КОНСТИТУЦІЙНОГО ЛАДУ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ 334

Кондра О.
ВИНА ЯК ОЗНАКА СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ «НЕЗАКОННЕ ВИКОРИСТАННЯ ІНСАЙДЕРСЬКОЇ ІНФОРМАЦІЇ» 338

Марисюк К.
ДО ПИТАННЯ ПРО ПОКАРАННЯ У ВИДІ КРИМІНАЛЬНОЇ РЕСТИТУЦІЇ У ПРОЕКТАХ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ (1993 – 2001 РР.) 341

Маркін В.
СТАТТЯ 181 «ПОСЯГАННЯ НА ЗДОРОВ'Я ЛЮДЕЙ ПІД ПРИВОДОМ ПРОПОВІДУВАННЯ РЕЛІГІЙНИХ ВІРОВЧЕНЬ ЧИ ВИКОНАННЯ РЕЛІГІЙНИХ ОБРЯДІВ» КК УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ 343

Мартинишин Г.
ВРАХУВАННЯ ЗАГАЛЬНИХ ЗАСАД ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ПРИ ПРИЗНАЧЕННІ ПОКАРАННЯ ЗА СУКУПНІСТЮ ВИРОКІВ 345

Мелих Б.
ПОМИЛКА ЯК ОБСТАВИНА, ЩО ВИКЛЮЧАЄ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ, ЗА МІЖНАРОДНИМ КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ 347

Остапик Я.
ОСОБЛИВОСТІ СУБ'ЄКТА НЕПОВІДОМЛЕННЯ ПРО ЗЛОЧИН 349

Палюх Л.
ДО ПИТАННЯ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗЛОЧИНИ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА ЖИТТЯ, ЗДОРОВ'Я, ВЛАСНІСТЬ І БЕЗПЕКУ УЧАСНИКІВ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ВІДНОСИН ТА ВІДНОСИН ЩО ВИНИКАЮТЬ ПРИ ВИКОНАННІ СУДОВИХ РІШЕНЬ 352

Панчак О.
ЗНАЧЕННЯ ДОКТРИНАЛЬНОГО ТЛУМАЧЕННЯ ЗАКОНУ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ 354

Пісна Н.
ПРАКТИКА ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ ПРИ ПОДОЛАННІ ПРОГАЛИН У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНІ 357

Сибаль О.
ОКРЕМІ ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ ОБСТАВИН, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ, ІЗ СУМІЖНИМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИМИ ПОНЯТТЯМИ 359

Хилюк С.
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ПРАВИЛА *NON BIS IN IDEM* У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ 363

Цюра А.
ПРОБЛЕМА ВСТАНОВЛЕННЯ ЗМІСТУ СУБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ ЗЛОЧИНУ „УМИСНЕ ВВЕДЕННЯ В ОБІГ НА РИНКУ УКРАЇНИ (ВИПУСК НА РИНОК УКРАЇНИ) НЕБЕЗПЕЧНОЇ ПРОДУКЦІЇ" 366

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА КРИМІНАЛІСТИКИ

Анікіна Н.
ОКРЕМІ ПИТАННЯ СУДОУСТРОЮ РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА 368

Бабунич В.
ПРОЦЕСУАЛЬНІ АСПЕКТИ ПРОВЕДЕННЯ «ПЕРЕХРЕСНОГО ДОПИТУ» КРІЗЬ ПРИЗМУ НОРМ ЧИННОГО ЗАКОНОДАВСТВА 370

Багрій М.
ПОНЯТТЯ УГЛЯДУ (РОЗСУДУ) СЛІДЧОГО У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ 372

Бобечко Н.
СУДОВІ ПОМИЛКИ ТА ФАКТОРИ, ЩО ЇХ ЗУМОВЛЮЮТЬ 374

Бойко В.
СКОРОЧЕНІ ФОРМИ ПРОВАДЖЕННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ 377

Гузела М.
РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ В ПРОЦЕСІ РОЗГЛЯДУ СУДОМ ПОДАННЯ ПРО ОБРАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ У ВИГЛЯДІ ВЗЯТТЯ ПІД ВАРТУ 382

Єзерський Р.
ДЖЕРЕЛА РОЗВИТКУ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ ТАКТИКО-КРИМІНАЛІСТИЧНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ 384

Жолнович І.
ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ СЛУЖБОВИХ ЗЛОЧИНІВ 387

Калужинський О.
ПРОБЛЕМИ ОЦІНКИ СУДОМ МАТЕРІАЛІВ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ ПРИ ВИРІШЕННІ ДЕЯКИХ ПИТАНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ З ПІДГОТОВКОЮ СПРАВИ ДО СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ 389

Калужна О.
ЧИ МАЄ НАУКОВА ДИСКУСІЯ ПРО ПРИРОДУ КРИМІНАЛІСТИКИ ТІЛЬКИ ПОЗИТИВНІ НАСЛІДКИ 393

Когутич І.
ПРО ОДИН З АСПЕКТІВ СПРАВЕДЛИВОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ 395

Лешкович Т.
ОСОБЛИВОСТІ ФОРМУЛЮВАННЯ КОНТРОЛЬНИХ ЗАПИТАНЬ В ПОЛІГРАФОЛОГІЧНИХ ТЕСТУВАННЯХ 397

Луцик В.
ПРОКУРОРСЬКИЙ НАГЛЯД ЗА ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ У СУЧАСНИХ УМОВАХ: ШЛЯХИ РЕФОРМУВАННЯ 399

Максимишин Н.
ОКРЕМІ АСПЕКТИ ТА ВИДИ СУДОВОГО ДОПИТУ 401

Мурадов В.
ОСОБЛИВОСТІ МЕТОДИКИ ПРОВЕДЕННЯ ТЕЛЕФОННИХ ТА ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЙ У СУДОВОМУ РОЗГЛЯДІ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ 404

Найда А., Малик О.
ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ ТЕРМІНУ «СМЕРТЬ» І НАУКОВА МЕДИЧНА КЛАСИФІКАЦІЯ ЇЇ ФОРМ 406

Нор В.
СТАТУС СУДУ У ВСТАНОВЛЕННІ ОБСТАВИН КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ ЗА ЧИННИМ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ ТА ЙОГО НОВИМ ПРОЕКТОМ: ТЕОРІЯ І ПРАВОТВОРЧА ПРАКТИКА 409

Павлишин А.
ПРАВО ОБВИНУВАЧЕНОГО НА УЧАСТЬ У ФОРМУВАННІ ДОКАЗІВ СВОЄЇ НЕВИНУВАТОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ ТА ЙОГО ВІДПОВІДНІСТЬ СТ.6 ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД 413

Святоцька В.
РЕФОРМУВАННЯ ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ І НАБЛИЖЕННЯ ЙОГО ДО ЄВРОПЕЙСЬКИХ СТАНДАРТІВ 416

Теут З.
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ, ЩО ВИРІШУЮТЬСЯ СУДОМ НА СТАДІЇ ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ 418

Фігурський В.
ЩОДО ПРИЧИН І УМОВ, ЯКІ СПРИЯЮТЬ ВЧИНЕННЮ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 175 КК УКРАЇНИ 420

Ханас Х.
ЦИВІЛЬНИЙ ПОЗОВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА 423

Наукове видання

ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ І ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

Матеріали XVIII регіональної
науково-практичної конференції

(26-27 січня 2012 р.)

Умовних друкованих аркушів – 27. Обл.-вид. арк. – 27,6.
Наклад – 200.

Надруковано малим видавничим центром юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка.
79000, м.Львів, вул. Січових Стрільців, 14.
E-mail: deklaw@law.franko.lviv.ua