

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

**До 200-річчя Національної юридичної академії
імені Ярослава Мудрого**

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ
ПРАВознавства**

**Харків
2004**

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

До 200-річчя Національної юридичної академії
імені Ярослава Мудрого

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ
ПРАВознавства

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

Харків
2004

З М І С Т

Ручкін Є.Б.	Категорія “сфера правового регулювання” в контексті удосконалення правового регулювання суспільних відносин.....	3
Пушняк О.В.	Методологічні аспекти визначення властивостей правового часу.....	5
Лук’янов Д.В.	Загальна характеристика традиційної правової сім’ї.....	8
Кошарновська С.Л.	Правові форми здійснення функцій держави.....	10
Зимовець А.В.	Проблеми взаємної відповідальності людини і держави.....	12
Решетілова Н.В.	Поглиблення теоретичних досліджень законодавства як умова зміцнення правового порядку	14
Смординський В.С.	Системність як підвалина ефективності судової влади.....	16
Барабаш Ю.Г.	Актуальні проблеми парламентського контролю в Україні на сучасному етапі державотворення.....	18
Чуйко З.Д.	Структура національної безпеки України.....	20
Скібіна О.О.	Конституційні гарантії участі громадян України в управлінні державою.....	23
Кудревич Т.О.	Конституційний Суд України і питання забезпечення прав громадян.....	25
Христова Г.О.	Юридична природа правотлумачних положень актів Конституційного Суду України.....	27
Тодика О.Ю.	Питання місцевого самоврядування і конституційна реформа.....	30
Соляник К.Є.	Напрями розвитку місцевого самоврядування України.....	33
Лялюк О.Ю.	Основи організації та діяльності місцевих рад: питання правової регламентації.....	35
Муренко О.Л.	Виборче право чи право голосу?.....	37
Бровко Н.В.	Правові форми використання об’єктів патентного права.....	39
Сидельников Р.М.	“Право притримання” за новим Цивільним кодексом України і Німецьким цивільним уложенням.....	42
Соловійов О.М.	Про природу обмежень права власності: деякі аспекти проблеми.....	44

Рудченко І.І.	Проблеми права інтелектуальної власності, що	
----------------------	--	--

	належить кільком особам спільно.....	46
Федосенко Н.А.	До питання договірної регулювання надання маркетингових послуг.....	49
Крижна В.М.	Договір комерційної концесії за законодавством України.....	51
Міхно О.І.	Припинення договору купівлі-продажу через неналежне чи невиконання його однією зі сторін договору.....	54
Мироненко В.В.	Договір комерційної концесії (франчайзингу): порівняльно-правовий аналіз.....	56
Піддубна В.Ф.	До проблеми відокремлення релігійних організацій від держави.....	59
Сидоренко О.О.	Деякі проблеми цивільного та цивільно-процесуального законодавства.....	61
Гузе К.А.	Питання правосуб'єктності представника в суді за новим ЦПК України.....	63
Сакара Н.Ю.	Розумний строк судового розгляду як елемент доступності правосуддя у цивільних справах....	66
Грошева О.Ю.	Вчинення виконавчих написів у нотаріальному процесі.....	68
Хорт Ю.В.	Щодо вдосконалення ст. 126 Господарського кодексу України.....	71
Степанюк А.А.	Законодавство у сфері міжнародного приватного права.....	73
Хачатарян В.С.	Договори про правову допомогу як правовий засіб подолання колізій.....	75
Атаманова Ю.Є.	Міжнародно-правова уніфікація у сфері інтелектуальної власності: напрямки та ступінь залучення України до цього процесу.....	78
Щокіна О.О.	Функціональні особливості регулювання міжнародного комерційного обороту за допомогою правових звичаїв міжнародної торгівлі..	80
Погрібний Д.І.	Про зміст поняття корпоративних прав.....	82
Кухар В.І.	До проблеми визначеності правової інвестиційної політики держави.....	84
Чайкін І.Б.	Юридична конструкція “інтерес” у страхуванні.....	87
Кудрявцева В.В.	Інвестиційний кодекс України як логічний результат розвитку законодавства.....	89

Левченко Ю.І.	Інвестування з метою досягнення соціального ефекту: проблема законодавчого розвитку.....	91
Кочергіна К.О.	Розвиток організаційно-правових форм комерційних юридичних осіб у контексті еволюції ринкових відносин.....	94

Валінова Ю.В.	Проблеми захисту прав на конфіденційну інформацію у господарських правовідносинах..	96
Шуба Б.В.	Невнесення вкладів у статутний капітал як підстава розширення інвестиційного ризику учасників господарського товариства.....	98
Куріло К.М.	Кооперативні банки в Україні. Проблеми організаційно-правової форми.....	101
Мазуренко В.В.	Стан правового регулювання ринку поштових послуг в Україні.....	103
Мілаш В.С.	Підприємницький (комерційний) договір та фізична особа як одна з його сторін.....	105
Міщенко А.В.	Транспортний коридор як перспектива розвитку транспорту в Україні.....	107
Сільченко С.О.	Порівняльні дослідження у трудовому праві: деякі методологічні проблеми.....	109
Оклей І.В.	Новація принципів пенсійного забезпечення в умовах пенсійного реформування.....	112
Барабаш Г.О.	Правове регулювання праці науковців у тимчасових творчих колективах.....	114
Яригіна Є.П.	Проблеми вдосконалення системи дитячої дошкільної освіти.....	117
Ткаченко О.М.	Щодо визначення кола еколого-правових відносин.....	119
Анісімова Г.В.	Щодо питання екологічної правоздатності при здійсненні природних прав.....	121
Гордєєв В.І.	Про оренду водних об'єктів.....	124
Шарапова С.В.	Правові проблеми використання природних багатств континентального шельфу України.....	126
Чау Тхи Хань Ван	Актуальные вопросы права собственности на землю во Вьетнаме.....	128
Шульга Т.М.	Формування бюджетів і право природокористування.....	130
Ус О.В.	Індивідуалізація покарання підбурювача до злочину.....	132
Лемешко О.М.	До питання про застосування загальних видів звільнення від кримінальної відповідальності....	135
Гродецький Ю.В.	Загальні особливості добровільної відмови при співучасті.....	137
Зінченко С.О.	Поняття судимості за кримінальним законодавством України.....	139
Огаренко Ю.В.	Умисел як обов'язкова ознака суб'єктивної сторони злочинів, передбачених ч.2 ст.43 КК України.....	143
Мохончук С.М.	Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку (постановка	

	проблеми).....	146
Байда А.О.	Класифікація злочинів у сфері медичної та фармацевтичної діяльності.....	148
Крижний О.М.	Деякі питання розвитку законодавства України у сфері кримінально-правової охорони прав інтелектуальної власності.....	151
Кисельова С.С.	Фондові біржі в злочинній системі відмивання “брудних” коштів.....	153
Панов М.М.	Предмет незаконних дій з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків, обладнанням для їх виготовлення (ст. 200 КК України).....	156
Симонян Б.А.	Нормативно-правові та кримінологічні передумови захисту кримінальним законом дітей від експлуатації.....	159
Михалко І.С.	Розвиток антикорупційного законодавства як одного з елементів антикорупційної політики в сучасній Болгарії.....	161
Яковець І.С.	Види та підстави класифікації засуджених до позбавлення волі.....	163
Кушнір П.Г.	Деякі аспекти правового статусу осіб, засуджених до обмеження волі.....	166
Тищенко О.І.	Предмет доказування при обранні запобіжного заходу тримання під вартою.....	168
Шевчук В.М.	Проблеми формування тактичних операцій у криміналістиці.....	172
Костенко М.В.	Організовані злочинні групи, що спеціалізуються на вчиненні вбивств на замовлення (криміналістичний аспект).....	175
Курман О.В.	Ситуаційна обумовленість розслідування шахрайства з фінансовими ресурсами.....	178
Капустіна М.В.	Спосіб як елемент криміналістичної характеристики крадіжок на залізничному транспорті..	180
Малихіна Н.С.	Критерії класифікації судових систем.....	182
Ковальова Я.О.	До питання про відмову прокурора від державного обвинувачення.....	184
Клочко Я.М.	Щодо вдосконалення прокурорського нагляду за розслідуванням злочинів проти довкілля.....	186
Тарасов О.В.	Класифікація суб’єктів міжнародного права за критерієм правової особи.....	188
Зубарєв М.Л.	Міжнародно-правовий захист людини під час збройних конфліктів неміжнародного характеру.....	190
Маєвська А.А.	Необхідність реформування ООН у сучасних	

	умовах.....	193
Байдін Ю.В.	До питання про розмежування компетенції Європейського Союзу і держав – членів ЄС.....	194
Мірошніченко О.А.	Заборона смертної кари в міжнародному праві..	197
Васильєва І.Г.	Історія становлення інституту конституційного контролю в країнах СНД і Балтії.....	199
Марченко В.В.	Деякі питання формування уряду Франції.....	201
Науменко С.В.	Трудова імміграція іноземних громадян: міжнародні стандарти і законодавство України.....	203

Є.Б. Ручкін, асистент
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

КАТЕГОРІЯ “СФЕРА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ” В КОНТЕКСТІ УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СУСПІЛЬНИХ ВІДНОСИН

Суттєвою перешкодою у вирішенні низки актуальних проблем правової науки є, на наш погляд, нерозвиненість окремих сегментів її понятійного апарату. В першу чергу це стосується теоретичних узагальнень, що опосередковують ті аспекти соціальної дійсності, з пізнанням яких пов’язане визначення меж і деяких інших важливих параметрів правового регулювання суспільних відносин. Фактично зазначений понятійний блок представлений лише категорією “предмет правового регулювання”, гносеологічних можливостей якої явно не вистачає для опрацювання всіх питань, що мають значення для юридичної регламентації відповідних сторін суспільного життя.

Найчастіше предмет правового регулювання характеризують як сукупність суспільних відносин, урегульованих правом, або ж, якщо його дефініція здійснюється з позицій належного як сукупність відносин, що можуть і повинні бути врегульовані правовими засобами. Однак безвідносно до того, яку з наведених інтерпретацій вважати більш точною, одне тільки це поняття не дозволяє оцінити потребу в юридичному упорядкуванні певних проявів людської поведінки. Навіть якщо виходити з розповсюдженого серед багатьох правознавців, хоча й невиправдано широкого, на нашу думку, розуміння предмета правового впливу (чий прибічники включають до нього не лише відповідні суспільні зв’язки, але й їх суб’єктів та об’єкти), то й на його підставі можна скласти уявлення лише про ті властивості соціальних відносин (свідомість та воляова керованість, зовнішня контрольованість, нормативність і т.ін.), якими визначається принципова, так би мовити, “технічна” можливість їхнього юридичного опосередкування. Що ж стосується з’ясування інших не менш важливих моментів, якими власне й обумовлюється необхідність правового регулювання даних відносин, а також значною мірою його конкретні форми і методи, то це вимагає вивчення більш

широкого кола різноманітних фактів та обставин. І, зокрема, того, до якої зі сфер суспільного буття належать вказані відносини; які соціальні потреби забезпечуються в її межах; що заважає їхньому безперешкодному задоволенню; чи повинна сприяти реалізації даних потреб держава та чи доцільно це робити за допомогою права; як саме пов'язане гарантування таких соціальних вимог з правовою організацією зазначених відносин тощо.

Перелічені та деякі інші чинники й досі не отримали належного понятійного освоєння. Разом з тим, якщо ігнорувати ці чинники, то неможливо зрозуміти, чому одні форми соціальної поведінки регулюються правом, а інші, тотожні їм, ні? Або хоча й регулюються, але різними способами. Внаслідок чого у багатьох випадках суспільні відносини втрачають або ж, навпаки, набувають правового значення, при цьому залишившись незмінними? і т. ін.

Проте відзначеною обмеженістю понятійної бази не вичерпується її неспроможність охопити, принаймні, найзначніші соціальні та інші обставини, що підлягають врахуванню в процесі правового регулювання суспільних відносин. Другий, не менш важливий, зріз порушеної проблеми полягає в тому, що вже давно назріла потреба, яка буде тільки посилюватися по мірі постійно прогресуючого ускладнення суспільного життя, в доповненні правових досліджень, здійснюваних на мікро- та мезорівнях соціальної структури (завданням яких ще деякою мірою відповідав наявний понятійний інструментарій), дослідженнями макрорівня. Дослідженнями, об'єктом яких мають виступати не окремі суспільні відносини або їхні угруповання (часто виокремлювані за умоглядних підстав без врахування реальних зв'язків між ними), а цілісні "сфери" суспільного життя, "взяті" в аспекті залежностей, існуючих як усередині зазначених утворень, так і між самими цими сферами. Лише за таких умов можливе ефективне використання правових засобів для забезпечення узгодженого функціонування всього суспільного організму, своєчасного подолання дисбалансів та протиріч, що час від часу виникають між його складовими.

Напевно, відчуваючи незадовільність описаного становища, декілька десятиріч тому спочатку В.В. Лазарев, а трохи пізніше П.М. Рабинович, Р.З. Лівшиц та деякі інші правознавці здійснювали спробу ввести до понятійного обігу юридичної науки категорію "сфера правового регулювання". Що, по-перше дало б змогу значно розсунути горизонт правових досліджень, охопити ними й ті юридично значущі феномени, які ще залишаються поза увагою науковців (або ж сприймаються ними переважно на емпіричному, а то й інтуїтивному рівні), по-друге (з огляду на більшу відповідність даної абстракції характеру самого об'єкту пізнання), створити кращі умови для реалізації системного підходу до вивчення суспільних явищ, який тільки і є адекватний зазначеним завданням. Однак через те, що згаданим авторам не вдалося тоді переконливо обґрунтувати свою позицію, а головне – чітко визначити обсяг цього поняття, вказана ініціатива не одержала широкої підтримки наукового співтовариства.

Викладене, звичайно, не означає, що без пропонованого понятійного дооснащення і, зокрема, за рахунок використання пізнавального потенціалу категорії "сфера правового регулювання" (що, з нашої точки зору, беручи до уваги зазначений почин та за умови необхідної конкретизації цього поняття, було б оптимальним рішенням) в принципі виключається своєчасне правове реагування на

потреби суспільства. У той же час не викликає сумніву й факт, що така новація значно сприяла б відповідній переорієнтації правотворчої діяльності, скороченню кількості випадкових або недостатньо підготовлених нормативно-правових актів.

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

МЕТОДОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ ВЛАСТИВОСТЕЙ ПРАВОВОГО ЧАСУ

Звернення до вивчення часу правової системи потребує виділення його специфічних властивостей. Методологічною основою для їх визначення слугує філософське поняття соціального часу – часу існування, тобто функціонування і розвитку суспільства як сукупності соціальних систем. Він характеризується обумовленістю соціальним рухом, односпрямованістю, аритмічністю (нерівномірністю), перервностію і безперервностію, неоднорідністю. З урахуванням цього правовий час можна визначити як часові параметри існування, тобто функціонування і розвитку певних юридичних об'єктів. Під останнім може розглядатися, наприклад, правова система, будь-який елемент цієї системи або ж будь-яке відокремлене юридичне явище.

Властивості часу можна визначити як умовне скорочення, узагальнення, під яким розуміється характеристика часових параметрів об'єктів. До властивостей правового часу відносять такі.

1. Передусім правовому часу притаманна об'єктивність, яка означає його існування незалежно від свідомості, від наших знань про нього (до уваги не береться так званий перцептуальний час, який є предметом окремих досліджень).

2. Сутнісною властивістю правового часу є його обумовленість юридичною діяльністю, якій притаманна суб'єктивність, що виражається в активності людей, їх здатності досягати поставлених цілей. Завдяки цьому перетворюється правова дійсність і, таким чином, здійснюється плин правового часу. Це зумовлює певні особливості соціального і правового часу, зокрема, їх нерівномірність, відносну зворотність та інші специфічні властивості.

3. У тісному зв'язку з об'єктивністю правового часу перебуває така властивість, як односпрямованість, тобто його спрямованість з минулого через теперішнє в майбутнє. Слід зазначити, що ця властивість проявляється у відносно великих масштабах (великих як за тривалістю, так і за розташуванням у просторі) і є “усередненим показником” напрямків розвитку окремих об'єктів. Односпрямованість правового часу обумовлена процесом безперервного становлення, тенденцією правового прогресу в рамках прогресу суспільного.

З правовим прогресом пов'язана і ще одна специфічна властивість правового часу – його конструктивна спрямованість. Цим він відрізняється від природного часу, який має так званий ентропійний (деструктивний) напрямок. Конструктивне спрямування правового часу проявляється в тому, що він пов'язаний з правом як упорядковуючим суспільним фактором, який зберігає соціум від

анархічних тенденцій, забезпечує прогресивний поступ людства до вищих щаблів розвитку, всебічного оволодіння культурними цінностями, утвердження людини, її прав і свобод як найбільшої соціальної цінності.

Правовому часу властива відносна зворотність. Можливість певного повороту назад пов'язана з наявністю різноспрямованих суспільних сил, які своєю дією зумовлюють не тільки нерівномірність правового часу, але й іноді певний регрес, повернення до попередньої, якісно нижчої стадії розвитку правової системи. Водночас цей регрес є відносним, бо час правової системи може мати перерви, паузи, можуть відновитися окремі явища минулого, але абсолютного повороту до початкового, доперехідного стану правової системи вже не буде.

Правовий час може бути охарактеризований як такий, що не володіє вічністю і безкінечністю. Правовий час виник разом з появою правової "матерії" і, звичайно, індивідуальний час юридичного об'єкта зникає разом із самим цим об'єктом.

Така властивість, як нерівномірність правового часу, визначається у співвідношенні з календарними одиницями і спостерігається у зв'язку з різними періодами розвитку правової системи – періодами спокійного, сталого розвитку, періодами стагнації і кардинальних змін, корінного реформування правових систем. Відмінність між цими періодами полягає в зростанні темпів, ритмів правових процесів, а також в інтенсивному розвитку системи, який виражається у великій кількості істотних змін за відносно короткий проміжок часу. Так, за кілька років перехідна правова система переживає велику кількість різноманітних змін, що не характерно для періоду стабільного розвитку. Правовий час стає більш інтенсивним, насиченим, він немовби ущільнюється.

Правовий час також є неоднорідним. Правова система охоплює велику кількість явищ і процесів (циклічних, лінійних), і кожний елемент цієї реальності має власні часові параметри (тривалість, послідовність, ритм, темп) і обумовлює таким чином певну специфіку свого часу.

Правовому часу притаманна і така властивість, як єдність перервності і безперервності. Перервність часу пов'язана з стрибкоподібним характером процесу розвитку. Взятий в аспекті часу розвитку правовий час може бути представлений як ряд послідовних відрізків різних масштабів, залежно від того, що взяте за одиницю виміру. Це може бути певний якісно однорідний стан правового об'єкта, наприклад, право певної суспільно-економічної формації або епохи "сходження" права і т.п. Зміна цього стану пов'язується зі зміною властивостей правового об'єкта. Особливо сильно відмінність між попередньою і новою стадіями проявляється в перехідний період, коли посилюється так би мовити аритмія часу, в якому зростає момент перервності. Однак ця перервність у реальному часі ніколи не доходить до абсолютної межі. Наступність, зв'язок між попереднім і наступним станом правової системи завжди зберігається і зумовлює безперервність правового часу.

Слід підкреслити, що фактор часу внутрішньо притаманний будь-яким процесуальним дослідженням, а тому має обов'язково враховуватися у ході вивчення правової системи. Часові прояви правової системи є досить складною проблемою. Розглянуті вище властивості специфічного правового часу дозволять краще зрозуміти динаміку системи юридичних явищ.

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

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ТРАДИЦІЙНОЇ ПРАВОВОЇ СІМ'І

Традиційна правова сім'я одна з найстаріших правових сімей світу. Вона поділяється на два підтипи правових систем – держав Далекого Сходу і країн Африки. До далекосхідної підсистеми належать, насамперед, правові системи Китаю і Японії, а також деяких інших країн, що розвивалися під їх впливом – Монголії, Кореї, Малайзії, Індонезії, Бірми. До другої підсистеми належать понад 40 держав, розташованих на африканському континенті, й Мадагаскар.

Традиційні правові системи мають певні характерні особливості, наявність яких дозволяє віднести їх до однієї правової сім'ї.

Провідним джерелом права в усіх державах виступає звичай. На відміну від правових систем країн Заходу, що визнали головну роль держави у створенні норм права (шляхом законодавчої діяльності – у романо-германській сім'ї чи судової – у англо-американській сім'ї), у традиційних правових системах у формуванні норм права пріоритет належить самому суспільству. Протягом багатьох сторіч підвалини правового регулювання цих країн становили норми звичаєвого права, що базувалися на традиціях і морально-етичних уявленнях народу. Звичай, який є правилом поведінки, що ввійшло у звичку внаслідок багаторазового застосування протягом тривалого часу, регулював практично всі сторони життя суспільства.

Таке джерело права, як законодавство, вважалось неприродним для суспільства явищем. Негативне ставлення населення до законодавчого права, що сформувалося за багато сторіч, спричинило надалі відчутні наслідки. У ХХ ст. після широкої рецепції західного права значного поштовху в розвитку законодавства й кодифікації склалася ситуація, коли досить велика частина населення стала ігнорувати ці норми права, а реальні суспільні відносини як і раніше регулювалися на підставі традиційних норм. З цього приводу Р. Давид пише: “Не слід обманювати себе: будь-які нові закони, особливо ті, що спрямовані на принципові реформи сімейних структур, зіштовхуються з протидією населення і не змінили способу життя більшості. За фасадами законів селяни продовжують жити так само, як жили їхні предки, ігноруючи “право міст” і інститути, встановлені інтелектуалами”.

Визнання звичаєвого права й ігнорування законодавчого спричинило особливості в процесі реалізації норм права, зокрема, в розгляді правових спорів. Протягом сторіч ці норми забезпечувалися здебільшого за допомогою не державних структур, у тому числі судів, а самокерованих суспільних структур і соціального тиску на правопорушників. Люди уникали звертатися до судів за захистом своїх прав. Переважна більшість суперечок вирішувалася у процесі примирливих процедур за посередництвом шановних членів суспільства на основі норм звичаєвого права. Наприклад, в Японії є усталеною практикою, коли перед

укладанням шлюбу родини нареченого і нареченої звертаються до послуг посередника, який вирішує всі питання, пов'язані з підготовкою весілля, і виступає як свідок. Однак його основне завдання – полюбовно вирішувати суперечки, що можуть виникнути в майбутньому між подружжям або між ними та їх сім'ями.

Згідно з японським правом до судової процедури розлучення вдаються лише в тих випадках, коли обидві сторони не однастайні у своєму вирішенні певного питання. Якщо ж їх бажання збігаються, вони вважаються розлученими після того, як оформлять своє рішення. Наслідки розлучення улагоджуються вже згаданим посередником, родичами і друзями колишнього подружжя. Вони вирішують суперечки про поділ майна, аліменти, батьківські права. Адвокати не грають при цьому майже ніякої ролі. Навіть спори між сусідами чи сторонами в договорі щодо найму житлової площі по можливості вирішуються шляхом досягнення взаємної домовленості учасників. У випадку ДТП потерпілий або його родичі намагаються не звертатися до суду, а звертаються до послуг досвідченого посередника для реалізації своїх вимог. Це можуть бути, наприклад, поліцейський чиновник, який вийшов на пенсію, компетентний у вирішенні подібного роду справ, співробітник фірми потерпілого, профспілковий діяч або шановний бізнесмен із відповідним професійним досвідом.

Століттями ці країни не знали юридичних професій – суддів, прокурорів, адвокатів, нотаріусів та ін., бо не існувало ні навчальних закладів для їх підготовки, ні правової науки, ні юридичних шкіл, ні видатних учених – носіїв правових знань. Так, у Китаї протягом багатьох століть судовий процес здійснювали адміністратори, які складали для заняття посад іспити літературного нахилу. Вони не знали права й керувалися порадами своїх чиновників, які належали до спадкової касты. Людей, обізнаних на законі, особливо не брали до уваги, а якщо й радилися з ними, то таємно. Не існувало юридичної доктрини, а в довгій історії Китаю немає жодного знаного юриста, який залишив би в ній слід.

С.Л. Кошарновська, здобувач

Інститут державного будівництва

та місцевого самоврядування АПРН України

ПРАВОВІ ФОРМИ ЗДІЙСНЕННЯ ФУНКЦІЙ ДЕРЖАВИ

Як відомо, при реалізації своїх функцій держава використовує особливі, властиві лише їй методи, і робить це у притаманних їй формах. У сучасній юридичній науці форми здійснення функцій держави прийнято поділяти на правові та організаційні (неправові). Така класифікація допомагає зрозуміти, як держава здійснює свої функції, яким чином використовує право для виконання своїх завдань і функцій. При цьому слід зазначити, що всі правові форми є організаційними, але далеко не всі організаційні є правовими.

У загальній теорії держави і права під правовими формами здійснення функцій держави розуміється визначений законом (юридично оформлений) порядок здійснення компетентними органами і особами юридично значущих дій, спрямованих на здійснення її функцій.

Існує декілька класифікацій форм здійснення функцій держави. Так, відповідно до однієї з них розрізняють такі правові форми реалізації функцій держави.

Правотворча діяльність – це сукупність дій, спрямованих на розробку, прийняття, зміну та систематизацію нормативно-правових актів. Без зазначених актів реалізація інших функцій держави практично неможлива.

Правозастосовча діяльність – це діяльність державних органів та посадових осіб по прийняттю індивідуальних правових приписів, які є засобом застосування правових норм відповідно до конкретних життєвих ситуацій. Основний тягар по застосуванню правових норм лежить на органах управління, очолюваних урядом країни.

Правоохоронна діяльність держави має на меті охорону правопорядку, всього комплексу прав, свобод і законних інтересів громадян. Вона передбачає вживання заходів по попередженню правопорушень, вирішенню юридичних справ, притягненню до юридичної відповідальності винних осіб.

Від правових форм функціонування держави відрізняють організаційні форми, під якими розуміють однорідну за своїми ознаками діяльність держави, що не спричиняє юридичних наслідків. Організаційні форми діяльності в, свою чергу, поділяються на такі.

Організаційно-регламентуюча діяльність – це оперативна поточна організаційна робота державних органів та посадових осіб по вирішенню тих чи інших конкретно-політичних завдань, техніко-організаційному забезпеченню функціонування різних ланок державного механізму.

Організаційно-господарська діяльність включає оперативно-технічну, поточну господарську роботу з матеріального забезпечення виконання функцій держави. Наприклад, бухгалтерський облік, статистика, контрольно-ревізійна діяльність тощо.

Організаційно-ідеологічна діяльність – це повсякденна оперативно-роз'яснювальна, виховна робота по забезпеченню виконання функцій держави. Наприклад, роз'яснення виданих законів та інших нормативно-правових актів, робота ЗМІ, формування суспільної думки тощо.

Поряд з викладеною, в юридичній науці поширена й інша класифікація, відповідно до якої під формою здійснення функцій держави розуміється діяльність основних ланок механізму держави. Згідно з нею виділяють такі форми: законодавчу, виконавчу (управлінську), судову і контрольно-наглядову.

Законодавча діяльність полягає у виданні законодавчим органом держави законів, обов'язкових для виконання всіма державними органами, громадськими об'єднаннями, органами місцевого самоврядування, посадовими особами і громадянами. Відповідно до Конституції України єдиним органом законодавчої влади в Україні є Верховна Рада України.

Виконавча діяльність являє собою засновану на законах оперативну, повсякденну реалізацію органами виконавчої влади функцій держави в таких сферах розвитку суспільного життя, як економіка, культура, соціальне забезпечення, охорона здоров'я, транспорт і зв'язок, охорона громадського порядку, оборона країни тощо.

Судова діяльність охоплює реалізацію функцій держави шляхом здійснення

правосуддя всіма ланками судової системи країни.

Контрольно-наглядова діяльність – це виконання функцій держави за допомогою органів, які здійснюють державний нагляд і контроль за законністю. Особливе місце в системі цих органів займають органи прокуратури (Генеральний прокурор України і підлеглі йому прокурори), які здійснюють нагляд за точним і однаковим виконанням законів України.

Теоретичне і практичне значення даної класифікації полягає в тому, що вона сприяє удосконалюванню розподілу повноважень між окремими ланками механізму держави по виконанню її функцій, тісно співвідноситься з принципом поділу влади.

Стосовно методів здійснення функцій держави слід зазначити, що вони досить різноманітні. Наприклад, при виконанні правоохоронної функції, держава використовує методи переконання і примусу, а для реалізації економічної функції потрібен уже цілий набір економічних методів – прогнозування, планування, захист прав споживачів, пільгове кредитування й інвестування, державні субсидії й т. ін. В демократичній, правовій державі методи переконання, стимулювання, рекомендації мають бути основними і тільки тоді, коли вони не дають позитивних результатів, у дію повинні вступати методи примусу. Виходячи з цього, головним завданням при здійсненні функцій держави повинно стати поєднання даних методів, що, у свою чергу, приведе до найбільш ефективного функціонування держави, сприятиме її становленню як демократичної, правової та соціальної.

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

ПРОБЛЕМИ ВЗАЄМНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЛЮДИНИ І ДЕРЖАВИ

У складний період становлення і розвитку української державності все частіше з'являються нові та удосконалюються різноманітні позиції вчених, політиків та пересічних громадян щодо суспільних відносин, які формуються та трансформуються в управлінні державою, охороні, захисті і реалізації прав, свобод та обов'язків громадян, функціонуванні різних соціальних інститутів, правовому регулюванні їх діяльності. Дедалі частіше лунають питання відповідальності, відповідального ставлення до виконання свого обов'язку, відповідальної поведінки, відповідальної діяльності інститутів публічної влади, взаємної відповідальності держави та людини.

Однією з ознак демократії є те, що обов'язок і право владарювати суб'єкти соціальних відносин беруть на себе добровільно, сприймаючи виявлену до них довіру багатьох інших. У цьому випадку такий суб'єкт отримує не тільки владу, а й адекватну їй відповідальність за наслідки своєї діяльності, за свої рішення, яка закріплюється у відповідних нормативно-правових актах, отже, категорія відповідальності зі сфери моральності, політики переходить у сферу правову, стає правовим імперативом.

Основою відповідальності держави перед людиною за свою діяльність є ст. 3 Конституції України, яка сформульована у формі загального положення і конкретизується в інших її нормах, зокрема про відшкодування матеріальної та моральної шкоди, заподіяної особі державою (ст. 56 Конституції України), про конституційну відповідальність народних депутатів (ст. 79 Конституції України) та ін. Основи відповідальності людини перед державою закріплено, наприклад, у ст. 68 Конституції України. З іншої позиції, це положення конкретизує конституційну настанову про те, що діяльність держави зумовлена правами і свободами людини, а відповідальність у стосунках “держава – людина” має взаємний характер.

Проблема правового регулювання взаємної відповідальності держави та людини, насамперед, належить до проблем конституційно-правового регулювання, оскільки саме Конституція України встановлює загальні засади їх взаємин.

Відповідальність є категорія (політико-правова, філософська), що відображає соціально-історичні явища, які з необхідністю породжуються суспільними відносинами.

Вихідним моментом теорії соціальної відповідальності є проблема взаємовідносин особи та суспільства.

Взаємна відповідальність – один із проявів зв'язку та взаємної залежності суб'єктів суспільних відносин, а сама необхідність відповідальності виникає внаслідок того, що такі відносини мають діалектично суперечливий характер, а відтак потребують регулювання, передусім, конституційно-правового. Тут йдеться про конституційно-правову відповідальність, яка *ad hoc* є різновидом відповідальності юридичної.

Н.В. Решетілова, магістр

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ПОГЛИБЛЕННЯ ТЕОРЕТИЧНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ ЗАКОНОДАВСТВА ЯК УМОВА ЗМІЦНЕННЯ ПРАВОВОГО ПОРЯДКУ

Процес конституювання та функціонування правопорядку обумовлюється багатьма факторами. Провідне місце серед них займає система законодавства. Від того, наскільки законодавець, інші суб'єкти правотворчих повноважень зможуть втілити норми права в приписи законів і нормативно-правових актів, настільки ж буде ефективним функціонування правового порядку.

Законодавство – уся сукупність нормативно-правових актів – відносно права виступає формою його існування, способом надання юридичного значення нормам права, засобом поєднання форми і змісту права в конкретні статті, приписи, нормативно-правові акти, інститути і галузі законодавства. Звідси логічно випливає висновок: забезпечення правового порядку з боку законодавства об'єктивно вимагає його наукової обґрунтованості, мета якого – максимально наблизити систему законодавства до системи права, її структури та змісту.

Головним шляхом поповнення наукової обґрунтованості законодавства є його теоретичні дослідження. Такі дослідження покликані до життя великою кількістю чинників. Деякі з них, не дивлячись на їх значущість для поглиблення наукової обґрунтованості законодавства, поки що залишаються поза увагою теоретиків-дослідників.

В якості одного з них, що безпосередньо спонукає до вивчення значення законодавства для зміцнення правопорядку, є положення ч.1 ст.19 Конституції України, що передбачає: “Правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством”. На жаль, це конституційне положення як в теорії права, так і в науці конституційного права більше всього наводиться як декоративна ілюстрація при розгляді питань, пов’язаних із законністю, правовим регулюванням, правовою державою тощо. Між тим воно містить в собі вимогу до законодавця створювати таку систему законодавства, яка б в оптимально втілювала норми права і тим самим набувала правового характеру. Головна ціль – це уникнути протиріч, прогалин, колізій між різними його приписами, які б не тільки не шкодили інтересам суб’єктів правопорядку, а й надавали б можливість на “законній” підставі одним суб’єктам права примушувати інших до певних дій, в тому числі не передбачених законодавством.

Другим чинником є соціальне призначення правопорядку – стримувати правовими засобами можливі незаконні прояви з боку держави стосовно громадян, а також однієї людини щодо іншої. Це призначення певною мірою відображається вже у його визначенні. Як і б дефініції не обрамляли його зміст, вони, як правило, завжди мають загальний знаменник – вказівку, що він є правовим станом упорядкованості суспільних відносин, який утворюється внаслідок реалізації правових норм згідно з принципом законності. Оскільки норми права містяться в законодавстві, то знову постає питання про його якість. А це вимагає посилення теоретичних досліджень самого процесу творення законодавства, його удосконалення, щоб воно не суперечило правовій основі (нормам і принципам об’єктивного права) правопорядку. Така спрямованість наукових досліджень найбільш відповідає умовам демократичної, правової держави.

Спонукальним чинником посилення теоретичних досліджень виступає процес творення та удосконалення законодавства, що здійснюється свідомою діяльністю законодавця та інших суб’єктів правотворчих повноважень. Щоб ця діяльність не перетворювалась в суб’єктивізм і волонтаризм, вона повинна бути підкореною перш за все принципам законності, демократичності, справедливості та ін. Особливе місце серед них займає принцип законності. Залишаючи поза увагою інші форми удосконалення законодавства, відмітимо вимоги законності, що пред’являються суб’єктам правотворчості при здійсненні кодифікації. Це такі: визначення форми кодифікаційних актів і наукове обґрунтування необхідності матеріальних і правових підстав кодифікації; використання комплексних нормативно-правових актів при проведенні галузевої і міжгалузевої кодифікації; визначення кола підлягаючого кодифікації правового матеріалу; створення оптимальної структури нормативного правового акта; збереження, відбір усього найкращого, що було в попередньому правовому регулюванні; внесення змін, доповнень в окремі нормативні акти, а також здійснення в процесі

законопідготовчої роботи уніфікації законодавства, проведення обліку та встановлення переліку актів, що втратили чинність. Подібно названим вимогам законності, повинні бути розроблені, сформульовані та по можливості закріплені в законодавстві вимоги, що складають зміст загальнонародських (цивілізаційних), загальноправових, галузевих та міжгалузевих принципів. Це надасть їм практичної дієвості й допоможе суб'єктам правотворчих повноважень у процесі творення нормативно-правових актів та їх удосконалення.

Необхідно також підкреслити значення принципу системності для удосконалення законодавства. Найбільш оптимальним способом його реалізації є планування підготовки і видання нормативно-правових актів. Без нього суб'єкти правотворчих повноважень будуть вимушені блукати в хаосі потоку випадкових законів, підзаконних нормативно-правових актів. Це неминуче призведе до появи суперечностей, колізій між різними приписами законодавства і, в кінцевому рахунку, до зниження його ефективності в забезпеченні правового порядку. Тому необхідно принципово змінити підхід до організації законотворчості, відмовитись від практики, орієнтованої на прийняття окремих законів і перейти до методології формування системи законодавства, створити постійно діючі механізми, які б давали системні орієнтири для усього законодавства і забезпечували системність кожної стадії життєвого циклу законів.

В.С. Смородинський, канд. юрид. наук, асистент
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

СИСТЕМНІСТЬ ЯК ПІДВАЛИНА ЕФЕКТИВНОСТІ СУДОВОЇ ВЛАДИ

Важливим чинником ефективності судової влади є її системність, завдяки якій досягається її єдність, а також єдність судової політики. Системність необхідно розглядати в двох площинах, що обумовлюють одна одну: формальній та змістовній.

Формальна системність полягає в тому, що судова влада здійснюється чітко визначеними законом гілками, кожна з яких, у свою чергу, являє собою власну систему (морфологічна системність). Цю систему легалізовано ст.ст. 124, 125 Конституції України. Вона містить у собі підсистеми судів загальної юрисдикції (підсистеми загальних і спеціалізованих судів) та Конституційний Суд України як монопідсистему, здійснює діяльність у чітко визначених законом юридичних формах державної діяльності (правосуддя, судовий контроль, у тому числі конституційний, судове управління).

Законом встановлюється система чітко визначених правил здійснення судової влади її органами (процедурна системність), що являє собою у сукупності для кожного органу залежно від рівня деталізації юридичний процес (високий рівень деталізації) або юридичну процедуру (відносно низький рівень деталізації). Процедурна системність судової влади в Україні проявляється у встановлених

законом нормам кримінального, цивільного, господарського процесу та процедури здійснення судового конституційного контролю.

Змістовна системність визначається встановленням системи функцій, здійснюваних окремим судовим органом, гілкою судової влади, а разом іменованих системою функцій судової влади (функціональна системність). У сучасний період особливого значення набуває встановлення процесуальних форм взаємодії різних гілок судової влади з огляду на її сформований полісистемний характер (Конституційний Суд України, загальні та спеціалізовані суди). Загальна ефективність судової системи має забезпечуватися принципом безпрогальності судового захисту на підставі чіткого поділу компетенції між вищими судами.

Другою властивістю змістовної системності судової влади є визначеність системи принципів здійснення судової влади її гілками. У зазначену систему входять загальні принципи (характерні для судової діяльності в цілому) і спеціальні принципи (специфічні для окремої гілки, інстанції тощо).

Змістовну системність судової влади зумовлює також сформованість системи державно-правових цінностей у поєднанні з цінністю самої судової влади (аксіологічна системність). Під цим, насамперед, розуміється усвідомлення всіма елементами (ланками) судової системи, судьями ціннісного змісту права, цінностей прав і свобод людини (як вищої цінності), правового типу організації суспільних відносин, інших політико-юридичних цінностей, необхідності їх надійної охорони і захисту та свого призначення в цьому. Результатом стає усвідомлення суспільством, його членами цінності самої судової влади.

Важливе значення має також єдність системи розуміння сутності легалізованих Конституцією України ідей демократичної, правової, соціальної державності і, в першу чергу, єдиної системи праворозуміння всіма суб'єктами судової влади (ідеологічна системність). Це, насамперед, означає однакове розуміння всіма елементами судової системи принципів верховенства права, пріоритету міжнародних норм права (за умови ратифікації відповідних актів) над національним законодавством. Слід зазначити, що саме Пленум Верховного Суду України першим із державних органів усвідомив необхідність єдності розуміння неоднозначного конституційного терміна "верховенство права", надавши стосовно здійснення правосуддя його офіційне тлумачення.

Треба мати на увазі, що поділ системності судової влади на формальну і змістовну складові є досить умовним. У загальній теорії систем існує правило, яке повністю застосовується і до судової влади: об'єкт може найбільш ефективно розкрити своє призначення тільки за умови, що його морфологічна структура відповідає функціональній.

Ю.Г. Барабаш, канд. юрид. наук, асистент
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПАРЛАМЕНТСЬКОГО КОНТРОЛЮ В УКРАЇНІ
НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ**

В умовах становлення в Україні демократичної, правової держави набуває своєї актуальності питання створення системи ефективного контролю в державному механізмі. В цій системі провідне місце посідає парламентський контроль, оскільки парламент є єдиним законодавчим та загальнонаціональним представницьким органом державної влади. При розробці концепції парламентського контролю в Україні слід звернути увагу на такі моменти.

Контрольна функція є одним із головних напрямків діяльності Верховної Ради України. Ця функція реалізується через відповідні повноваження, і її специфіка проявляється в тому, що контрольні повноваження “присутні” у всіх функціях Верховної Ради України і на всіх стадіях парламентського процесу. При цьому контрольна функція реалізується через дві групи повноважень: повноваження першої групи мають виключно контрольне значення; другі мають комплексний характер і рівною мірою їх відносять як до контрольної, так і до інших функцій Верховної Ради України.

Інституційний механізм парламентського контролю являє собою дволанкову систему суб’єктів. До першої ланки входить безпосередньо парламент – Верховна Рада України як орган, уповноважений приймати рішення про притягнення винних осіб до конституційно-правової відповідальності; до другої – посадові особи, органи парламенту та народні депутати України. Окрему групу в цій ланці складають спеціалізовані допоміжні парламентські інституції – Уповноважений Верховної Ради України з прав людини та Рахункова палата, які, порівняно з першою групою суб’єктів, наділені досить широкою незалежністю і самостійністю у здійсненні контролю.

На контрольну діяльність Верховної Ради України впливають як позитивні, так і негативні чинники. До останніх можна, насамперед, віднести: відсутність закріплення в ст. 86 Конституції положення про здійснення парламентського контролю комітетами Верховної Ради; відсутність належного рівня поваги до парламентських рішень з боку вищих посадових осіб; неналежне висвітлення в засобах масової інформації контрольної діяльності парламенту.

У цьому аспекті слід відмітити певну непослідовність з боку владних структур у питанні вдосконалення парламентського контролю, що виявилась під час проведення політичної реформи. Так, з одного боку, пропонувалось надати парламентським комітетам контрольні повноваження, а з іншого – з Конституції виключалось положення, відповідно до якого рішення про утворення тимчасових слідчих комісій приймається меншістю у 150 народних депутатів.

При формуванні законодавства в сфері парламентського контролю слід врахувати як досвід країн з усталеними демократичними традиціями, так і вітчизняну практику парламентаризму. Це означає, що при запровадженні нових форм контролю необхідно не просто “копіювати” зарубіжні аналоги, а обов’язково враховувати вітчизняні політико-правові реалії й досвід. Особливо це стосується реформування інституту Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, який є аналогом такого інституту зарубіжного парламентаризму, як омбудсман. Серед юридичної громадськості існують намагання перетворити Уповноваженого на своєрідний варіант прокуратури, при цьому абсолютно не враховуються як правозахисний потенціал прокурорських органів, так і труднощі, що можуть виникнути внаслідок появи “дублюючих” повноважень.

Аналіз таких форм парламентського контролю, як парламентські слухання та парламентське розслідування, свідчить, що відсутність належної нормативно-правової бази їх організації і діяльності не дозволяє повноцінно використати потенціал контрольної функції парламенту. В зв'язку з цим є нагальна необхідність у прийнятті законів України “Про Регламент Верховної Ради України”, “Про тимчасові слідчі та спеціальні комісії Верховної Ради України”. Потребують відповідної новелізації закони України “Про комітети Верховної Ради України”, “Про статус народного депутата України”, інші нормативно-правові акти в сфері парламентського контролю. Потрібно враховувати, що контрольні повноваження є вагомим засобом в системі стримувань та противаг. Тому інколи запровадження правових актів у цій сфері перетворюється на своєрідну боротьбу між гілками влади. Так, до Закону “Про тимчасові слідчі та спеціальні комісії Верховної Ради України” Президент України вже тричі застосовував право вето.

Це звичайно не вичерпний перелік тих проблем, які потребують свого вирішення під час реформування інституту парламентського контролю в Україні. Однак врахування зазначених моментів та акцентування уваги саме на вказаних прогалинах дозволить зробити реформування контрольної функції Верховної Ради України більш ефективним.

*З.Д. Чуйко, мол. наук. співробітник
НДІ державного будівництва та місцевого
самоврядування АПРН України*

СТРУКТУРА НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

На сучасному етапі очевидним стає те, що забезпечення та підтримання стану національної безпеки є одним із фундаментальних для суспільства та держави. Іншого бути не може, оскільки там, де нема безпеки, неможливий прогресивний розвиток. Тільки стан захищеності стосовно будь-якої частини суспільства дає можливість всесторонньої реалізації прав та свобод людини, позитивному розкриттю потенціалу всієї різноманітності суспільних відносин в умовах повноцінної демократії.

Національна безпека України є багатограним, багатоаспектним, системним явищем. Тому доцільно було б розкрити особливості її структури. На думку В.Г. Афанасьєва, структура є внутрішньою організацією цілісної системи, що являє собою взаємозв'язок, взаємодію утворених нею компонентів. Вона свого роду слугує впорядкованості, організованості системи і допомагає розкрити сутність даного явища.

В основу поділу національної безпеки на її види можуть бути покладені певні критерії. Серед найбільш загальних слід зазначити сфери життєдіяльності та характер загроз. Деякі державознавці в якості видів безпеки виділяють безпеку особистості, суспільства та держави. Однак національна безпека і її об'єкти є різноплановими поняттями. Тому ми вважаємо, що особистість, суспільство та держава є елементами структури об'єкта національної безпеки, а не самої національної безпеки.

У залежності від кола суспільних відносин, які складаються в тій чи іншій сфері, національна безпека включає в себе декілька основних видів. Їх виділення необхідне для визначення загроз національній безпеці, протидія яким повинна здійснюватись в рамках дії механізму її забезпечення. Крім того, поділ на види безпеки сприяє визначенню пріоритетів у сфері забезпечення національної безпеки і дозволяє оптимізувати розподіл сил та засобів безпеки, мінімізувати при реалізації функції забезпечення безпеки соціально-політичні втрати.

У Конституції України зазначаються такі види національної безпеки, як екологічна (ст. 16), економічна, інформаційна, державна (ст. 17). Аналіз Закону “Про основи національної безпеки України” від 19 червня 2003 р. дає підстави до її основних видів віднести: державну, політичну, економічну, екологічну, військову, технологічну, інформаційну, громадську, соціальну безпеку тощо. Поряд із ними у літературі також виокремлюють інтелектуальну, демографічну, радіаційну, продовольчу та інші види безпеки. Все це свідчить про багатоаспектність категорії “національна безпека” і про необхідність її розгляду з урахуванням певних порогових обмежень, бо абсолютно безпечного життя не буває. Тому потрібно розрізняти загрози національній безпеці та безпеці взагалі.

Національну безпеку в залежності від місцезнаходження джерела небезпеки можна поділити на два види – внутрішню та зовнішню. Такий поділ необхідний, зокрема, для усвідомлення того, що забезпечення зовнішньої безпеки вимагає цілком інших методів, форм, способів, ніж при забезпеченні внутрішньої.

Будь-яка концепція національної безпеки розробляється відповідно до конкретних історичних умов. Раніше кожна держава в основному обходилась власними силами для попередження та зниження гостроти загроз, що виникають. У даний час багато проблем зовнішньої безпеки вирішити наодинці неможливо, в силу чого об’єктивно необхідні зусилля всіх держав світу. В умовах глобалізації світове співтовариство почало інтегруватися. Події останнього часу свідчать, що неможливо звести забезпечення зовнішньої безпеки до рамок національних меж. Відповідно єдиним розумним шляхом забезпечення зовнішньої безпеки є досягнення певного балансу своїх інтересів та інтересів інших держав, певного компромісу в рамках міжнародної безпеки.

Всі види національної безпеки тісно взаємопов’язані та взаємно доповнюють один одного. Кожний із них може досить яскраво проявлятися у сфері дії іншого, посилюючи або послаблюючи його вплив.

На різних етапах розвитку країни певний вид безпеки, зрозуміло, може і повинен бути пріоритетним. Дана пріоритетність відіграє роль своєрідного генератора щодо інших видів безпеки, стимулюючи одні та стримуючи інші. Вона визначається об’єктивними факторами, на які у першу чергу впливають конкретна економічна, соціально-політична, природно-техногенна обстановка в країні та світі, а також наявність широкого кола загроз та небезпек. Тому необхідно чітко слідкувати за дотриманням відповідного балансу видів безпеки. Неможливо, наприклад, допускати, щоб в умовах мирного часу домінувала військова безпека, вона може визначити політику і в інших видах безпеки, що спрямовано на гонку озброєнь, нагнітання воєнної загрози, та привести до краху соціальних програм й виникненню джерел військової конфронтації.

Вважаємо за необхідне більш ґрунтовно врахувати зарубіжний досвід. Так,

у Російській Федерації розвиток кожного із видів безпеки пішов своїм шляхом, насамперед, в рамках самостійної категорії безпеки, що викликало до життя відповідні системи безпеки, і супроводжується наявністю цілого комплексу відповідних нормативних актів. Наприклад, Воєнної доктрини, Концепції зовнішньої політики, Доктрини інформаційної безпеки, Екологічної доктрини. В Україні правова база у сфері національної безпеки менш розгалужена і представлена тільки Воєнною доктриною, яка потребує нагального оновлення, та Законом “Про основи національної безпеки України”, який має базове значення і, власне, передбачає розробку Стратегії національної безпеки та відповідних доктрин і концепцій по видах безпеки. Пріоритетними на сучасному етапі, на наш погляд, повинні бути розробки щодо економічної та екологічної безпеки, що вимагає ретельного аналізу та моніторингу наявних загроз, урахування реального потенціалу країни та зарубіжного досвіду в цих сферах суспільних відносин.

О.О. Скібіна, аспірант

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

КОНСТИТУЦІЙНІ ГАРАНТІЇ УЧАСТІ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ В УПРАВЛІННІ ДЕРЖАВОЮ

Будь-яке суб'єктивне право саме по собі, взяте поза питанням про його реалізацію, має досить відносну соціальну цінність. Гарантії є тією ланкою, яка дає змогу здійснити перехід конституційного суб'єктивного права від передбаченої в Конституції можливості до реальної дійсності. Реальність прав і свобод громадян у державі може оцінюватися за їх гарантіями, закріпленими, насамперед, в Основному Законі.

Конституційні гарантії прав і свобод громадян – це вид правових (юридичних) гарантій. Вони вирізняються в загальній системі гарантій прав та свобод людини і громадянина тим, що в силу своєї важливості піднесені до рівня конституційного регулювання, тобто закріплені в Конституції України. Право громадян України брати участь в управлінні державними справами є багатим за змістом і складним за механізмом його реалізації. Тому конституційні гарантії цього права мають комплексний характер, а їх система є багатоступеневою і розгалуженою.

Перший рівень конституційних гарантій права громадян України на участь в управлінні державою становлять загальні, універсальні (для всіх конституційних суб'єктивних прав) гарантії. В Основному Законі України їх виклад починається з положень преамбули, що Конституція, прийнята від імені Українського народу, дбає про забезпечення прав і свобод людини та гідних умов її життя. У розд. I Конституції закріплені основи конституційного ладу, з яких до загальних гарантій прав громадян належать такі положення: людина є найвищою соціальною цінністю; права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, держава відповідає перед людиною за свою діяльність (мається на увазі як

ретроспективна відповідальність – за порушення прав і свобод, так і позитивна – як відповідальне ставлення до виконання державою обов'язків щодо громадянина), утвердження й забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави; постулати щодо народовладдя (ст. 5); суспільне життя в Україні ґрунтується на засадах політичної, економічної та ідеологічної багатоманітності (положення ст.ст. 1, 19).

У наступних розділах Конституції України можна виділити як гарантуючі здійснення прав і свобод засади щодо рівності всіх у правах, невідчужуваності й непорушності прав і свобод; конституційні права та свободи гарантуються і не можуть бути скасовані; загальні гарантії (у тому числі гарантії правосуддя), що містяться у ст.ст. 55-64; обов'язок усіх неухильно додержуватися Конституції України, не посягати на права і свободи інших людей; заборона внесення змін до Основного Закону, якщо вони передбачають скасування чи обмеження прав та свобод людини і громадянина.

Навіть за наявності розвинутої системи прав та свобод особи їх реалізація може не відбутися, якщо вона не підкріплена спеціальною організаційною роботою державних органів і посадових осіб, органів місцевого самоврядування по забезпеченню прав та свобод людини і громадянина (інституційні гарантії всіх прав громадян).

До другого рівня – окремих конституційних гарантій групи політичних прав громадян України, а відповідно й основоположного серед них – права громадян брати участь в управлінні, належать, зокрема, такі положення Конституції України: принцип політичного плюралізму є засадою всього конституційного ладу, а найяскравішого прояву набуває саме при здійсненні політичних прав; держава гарантує свободу політичної діяльності, не забороненої Конституцією і законами України; наявність усіх інших груп прав і свобод – особистих, економічних, соціальних, культурних, оскільки можливість їх реального втілення в життя глибоко взаємообумовлена.

Третя сходинка – спеціальні гарантії права брати участь в управлінні державними справами. Шляхи реалізації цього права уточнюються в Конституції України через сукупність правомочностей, що його конкретизують: прав на свободу об'єднання, брати участь у всеукраїнському та місцевих референдумах, виборчих прав; право доступу до державної служби та на звернення до органів державної влади, а також брати участь у здійсненні правосуддя. Нормативною гарантією досліджуваного комплексного права є вже саме закріплення його в Конституції України, що надає йому статусу конституційного і гарантує, принаймні, неможливість його заперечення.

Четверта сходинка – гарантії тих прав, що входять до права на участь в управлінні, які опосередковано, через ці права, є також і гарантіями права політичної участі. Маються на увазі: а) конституційні гарантії виборчих прав та прав, пов'язаних з проведенням референдуму: вибори є вільними і відбуваються на підставі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування, можливість проголошення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою; б) гарантії права на об'єднання: обмеження щодо членства в політичних партіях встановлюються виключно Конституцією й законами України, ніхто не може бути примушений до вступу в будь-яке об'єднання громадян чи

обмежений у правах за належність чи неналежність до них, усі об'єднання громадян рівні перед законом; в) щодо права доступу до державної служби проголошено, що воно є "рівним"; г) стосовно права петицій – обов'язок державних органів, їх посадових і службових осіб розглянути звернення громадян і дати обґрунтовану відповідь у встановлений законом строк, а також те, що коло суб'єктів-адресатів звернень і питань, які можуть бути предметом таких звернень, Конституцією не обмежено; г) конституційні гарантії права брати участь у відправленні правосуддя (ст.ст. 124, 127, 129 Конституції України).

Розгалуженість системи конституційних гарантій розглядуваного права повинна забезпечувати реальні можливості його здійснення громадянами в політико-правовому житті. Удосконалення цих гарантій дозволить покращити такі можливості, а, отже, збагатити зміст політичної свободи.

Т.О. Кудревич, здобувач, спеціаліст апарату
Конституційного Суду України

КОНСТИТУЦІЙНИЙ СУД УКРАЇНИ І ПИТАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ГРОМАДЯН

Конституція України (ст.3) найвищою соціальною цінністю вважає людину, а, отже, життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку. Права і свободи людини та їх гарантії мають визначати зміст і спрямованість діяльності держави, яка має відповідати перед людиною за свою діяльність, її головним обов'язком повинно бути утвердження і забезпечення прав і свобод людини. Конституція України на рівні сучасних міжнародних стандартів закріпила права, свободи і обов'язки людини і громадянина. Це суттєвий крок уперед, але щодо гарантій реалізації конституційних прав і свобод, то вони зафіксовані в конституції з меншою деталізацією; а окремі норми взагалі мають декларативний характер: наприклад, зміст ст. 48 – права людини на достатній життєвий рівень. У сучасних умовах питання про фактичну реалізацію задекларованих прав і свобод людини і громадянина є складною проблемою. Про досить велику кількість і масовість систематичних порушень прав людини в Україні наголошувалося в щорічних доповідях Уповноваженого Верховної Ради України (2000, 2001, 2003 рр.)

В умовах соціально-економічного стану, що склався, і падіння загального рівня культури і моралі продовжуються систематичні порушення прав і свобод. Це ускладнюється існуючою бідністю, яка, в свою чергу, є результатом порушення прав людини. Саме про масовість і систематичність таких порушень свідчать численні соціологічні опитування населення. Рівень забезпечення прав громадян залежить від рівня соціально-економічного розвитку, досконалості і стабільності стану державної влади, від ефективності механізму забезпечення прав і свобод людини. Весь державний механізм повинен діяти в напрямку ефективного забезпечення прав і свобод людини.

На жаль, як свідчать опитування громадян, державні органи влади не користуються достатньою довірою і підтримкою громадян. Згідно з результатами одного з опитувань навіть Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини

не довіряють 86,2 %, суддям усіх рівнів – 12,3 % опитаних, а понад 67 % респондентів, права яких були порушені, взагалі вважають за недоцільне звертатися до державних органів за відновленням своїх прав.

Практика свідчить, що у пошуках правди наші громадяни нерідко змушені роками ходити від однієї державної установи до іншої. Справедливо наголошує Ю.С. Шемшученко, що бюрократизм чиновників, традиційна судова тяганина, зростаюча вартість адвокатських та інших правових послуг часто створюють непереборні перешкоди громадянам щодо захисту формально наданих їм Конституцією прав і свобод. І далі він зауважує, що в сучасних умовах при всій важливості діяльності Конституційного Суду України, його роль у забезпеченні прав і свобод людини ще недостатня, як і всієї судової системи взагалі. Як стверджує В.Т. Маляренко, саме суд є поки що пасинком у великій сім'ї органів влади і що ми підійшли до тієї межі, за якою судова система не зможе нормально функціонувати і виконувати свою правозахисну функцію та правозахисні обов'язки при розгляді звернень громадян до суду, що ставить під загрозу саму можливість захисту конституційних прав і свобод громадян та юридичних осіб компетентним і неупередженим судом. Конституція України важливою функцією Конституційного Суду України вважає захист конституційних прав і свобод людини та громадянина. Разом з тим чинне законодавство України не передбачає права громадянина на безпосереднє звернення до Конституційного Суду України за захистом своїх конституційних прав. В Україні визначаються правові основи доступу громадян України, іноземців, осіб без громадянства та юридичних осіб лише опосередкованим шляхом звернення до Конституційного Суду України за певних умов із питань офіційного тлумачення положень Конституції та законів України, що стосуються авторів відповідних звернень. Як орган державної влади Конституційний Суд України здійснює безпосередньо або опосередковано до захисту стабілізуючу, інтеграційну, правотворчу та інші функції, але при цьому він не представляє вищу державну владу в Україні, а лише виконує функціональне завдання щодо гарантування Конституції як Основного Закону держави на території всієї України. Беручи до уваги досвід діяльності інституцій, подібних нашому Конституційному Суду, щодо більш широких можливостей доступу до них своїх громадян, іноземців, осіб без громадянства, вважаємо за доцільне запозичити цей позитивний досвід, внести відповідні зміни, корективи до законодавчого визначення статусу Конституційного Суду України стосовно можливості за певних умов звертатися до нього людої людини і громадянина. Якщо є право звернення за захистом своїх прав і свобод до Європейського Суду, то не може ж залишатись осторонь Конституційний Суд України. На нашу думку, такі зміни в його статусі служили б зміцненню гарантій реалізації конституційних прав і свобод громадян.

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

**ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ПРАВОТЛУМАЧНИХ ПОЛОЖЕНЬ
АКТІВ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ**

Правотлумачення виступає засобом здійснення органом конституційної юрисдикції його повноважень та здійснюється Конституційним Судом не тільки у межах спеціальної процедури щодо надання офіційного тлумачення Конституції й законів України, а й під час підготовки ним актів конституційного контролю.

У теорії права офіційне тлумачення звичайно поділяють на нормативне й казуальне. Нормативне тлумачення має абстрактний, загальний характер та надається стосовно розгляду всіх справ певної категорії, які вирішуються на підставі відповідних правових норм. Казуальне тлумачення надається в зв'язку з розглядом окремого випадку (казусу) та виступає формально обов'язковим тільки для конкретної справи. Виходячи з наведених теоретичних постулатів сучасні дослідники інтерпретаційної діяльності Конституційного Суду запропонували поділ офіційного тлумачення законодавчих актів, що ним надається, на нормативне й казуальне (В.А. Кряжков, Л.В. Лазарев, В.П. Тихий та ін). На їх думку, у випадку подання або звернення щодо офіційного тлумачення Конституції та законів йдеться про офіційне нормативне тлумачення, яке є загальнообов'язковими, а в усіх інших випадках (справах щодо конституційності юридичних актів або їх окремих положень тощо) – про казуальне тлумачення Конституції, законів та інших юридичних актів, що міститься в мотивувальній частині рішень та висновків Конституційного Суду, має обов'язковий характер тільки у межах певної справи та не володіє ознаками нормативності.

Аналіз практики Конституційного Суду України дає всі підстави стверджувати, що правотлумачні положення, які отримали назву казуального тлумачення, не поступаються за юридичною силою нормативному. Вони також є загальнообов'язковими, сфера їх дії визначається сферою дії розтлумаченого юридичного акта або його окремого положення. Висновок щодо загальнообов'язковості як нормативного, так і казуального тлумачення підтверджується положеннями ст. 150 Конституції України та ст. 69 Закону України “Про Конституційний Суд України”, в яких йдеться про обов'язковість та остаточність рішень та висновків Конституційного Суду України в цілому, а не лише їх резолютивної частини. Мотивувальна частина утворює нерозривну єдність з резолютивною, розкриваючи конституційний зміст правової норми і зіставляючи її з позицією законодавця.

Однак до власної інтерпретаційних (правотлумачних) актів слід відносити тільки рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення, яке надається у межах спеціальної процедури, тобто акти нормативного тлумачення. Саме тлумачення положень Конституції та законів України виступає єдиною метою їх прийняття. Зміст цих актів становлять виключно правотлумачні положення, що мають нормативний характер, так звані норми-роз'яснення. Рішення Конституційного Суду України про нормативне тлумачення є актами нормативного характеру, але не нормативно-правовими актами, оскільки вони не містять нових норм права та не є первинними регуляторами суспільних відносин.

Всі інші акти органу конституційної юрисдикції, що містять казуальне тлумачення юридичних актів, не можуть вважатися інтерпретаційними актами, оскільки метою прийняття цих актів є здійснення конституційного контролю, тому вони є актами конституційного контролю, а правотлумачні положення, що вони

містять, грають допоміжну роль. Акти конституційного контролю мають змішаний, нормативно-індивідуальний характер. Їх нормативність проявляється саме у “казуальному” тлумаченні, що міститься в мотивувальній частині рішень та висновків Конституційного Суду. Допоміжний характер такого тлумачення не означає його обмеження конкретними обставинами справи. Отже, вживання терміна “казуальне тлумачення” на позначення правотлумачних положень цих актів є некоректним з погляду як теорії інтерпретації, так і практичної доцільності, оскільки воно дає невірне уявлення про обмеженість такого тлумачення тільки рамками конкретної справи. З метою усунення такої ситуації в літературі все активніше починає застосовуватись термін “правові позиції” Конституційного Суду.

На відміну від Закону про Конституційний Суд РФ (ст.73), термін “правові позиції” не зустрічається в Конституції України та Законі України “Про Конституційний Суд України”, а також інших законодавчих актах, що регулюють його діяльність. Однак це поняття все частіше застосовується самим Конституційним Судом України. Причому рішення та висновки Конституційного Суду України містять посилання не тільки на правові позиції, що містяться в актах того ж виду, а й на правові позиції, що викладені в інших видах його актів.

Майже всі дослідники сходяться в тому, що правові позиції є результатом системного тлумачення Конституційним Судом Конституції України, законів та інших правових актів, які у концентрованому вигляді виражають не стільки “букву”, скільки “дух” відповідних законодавчих положень та містяться в усіх видах його актів, у тому числі й в ухвалах. Викладення правових позицій у рішеннях та висновках Конституційного Суду надає їм офіційного, загальнообов’язкового характеру та нормативних властивостей.

Нормативність правових позицій означає “зв’язаність” ними, перш за все, самого Конституційного Суду України. Рішення Конституційного Суду є прецедентами, але прецедентами конституційного правосуддя. Оскільки конституційне правосуддя здійснюється тільки в рамках конституційного судочинства єдиним судом – Конституційним, то для всіх інших судів ці рішення не є прецедентами, бо жоден суд не розглядає “аналогічних” справ. Правові позиції Конституційного Суду України є не “звичайними” судовими прецедентами, а прецедентами тлумачення. Застосування прецедентів тлумачення Конституційного Суду як нормативних положень (норм тлумачення) іншими судами аналогічно застосуванню “класичних” нормативно-правових актів, що й зумовлює віднесення рішень Конституційного Суду до “квазіпрецедентів”.

О.Ю. Тодика, канд. юрид. наук
*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ПИТАННЯ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ І КОНСТИТУЦІЙНА РЕФОРМА

На сучасному етапі державотворення є необхідність підвищення ролі

місцевого самоврядування та їх органів. Однак в проекті Закону “Про внесення змін до Конституції України” акцент зроблений на перехід від президентсько-парламентської до парламентсько-президентської форми державного правління, на більш оптимальний розподіл повноважень між Верховною Радою, Президентом та Кабінетом Міністрів України. Тобто місцеве самоврядування залишилося за межами реформування. Проте ніякі реформи не можуть бути оптимально проведені в життя без ефективної діяльності місцевого самоврядування та його органів. Виходячи з цього вважаємо, що конституційна реформа може стати підґрунтям для реалізації другого етапу адміністративної реформи, елементом якої є проведення регіональної політики. При цьому, безумовно, необхідно підвищити роль органів місцевого самоврядування в механізмі здійснення народовладдя.

Тут слід враховувати, що згідно з соціологічними дослідженнями ці органи мають більшу довіру серед населення, аніж всі разом узяті гілки державної влади. Якщо виходити з того, що ці органи є структурним елементом діючої в країні публічної влади (хоча вони не є елементом державної влади), то стає зрозумілим, чому об’єктивно необхідно підвищити роль цих органів, в цілому місцевого самоврядування в процесі державотворення. Не можуть функції Української держави ефективно реалізуватися без активної роботи цих органів, оскільки діяльність органів місцевого самоврядування тісно пов’язана з забезпеченням життєдіяльності всіх сфер життєдіяльності населення.

Підвищення функціонування місцевого самоврядування та його органів у відповідності з цілями конституційної реформи не є самоціллю. Як різновид організації публічної влади місцеве самоврядування повинно забезпечити, насамперед, відповідний рівень управління соціальної системи відповідного рівня, тобто місцевого співтовариства, що проживає на даній території. Відповідно даний аспект самоврядування втілюється в таких соціальних (неправових) характеристиках, як самоорганізація, самодіяльність, саморегулювання, самоконтроль. Це ті первинні ознаки місцевого самоврядування, які визначаються самою природою самоврядних відносин – приналежність муніципальної влади місцевому співтовариству. Поки що потенціал місцевого самоврядування не може оптимально використатися через багато чинників, в тому числі й у зв’язку з нерациональною побудовою влади на місцях, недостатньо якісним нормативно-правовим регулюванням правового статусу різних ланок місцевих рад, розмежуванням комунальної власності, слабким матеріально-фінансовим забезпеченням функцій органів місцевого самоврядування. Аналізуючи ці проблеми, слід враховувати, що основні характеристики місцевого самоврядування як форми реалізації публічної влади здійснюються в єдиній системі народовладдя і української державності.

Суттєвий вплив на пошук оптимальної моделі місцевого самоврядування справляли і продовжують справляти дві основні теорії місцевого самоврядування: державницька і громадська. При цьому в основу першої покладено ідею децентралізації державної виконавчої влади. Прихильники цієї теорії виступають за певну правову, організаційну і фінансову автономію місцевого самоврядування та його органів відносно центральних та місцевих органів державної влади, але не самої цієї влади, розглядаючи місцеве самоврядування як засіб здійснення державних функцій з допомогою недержавних за своєю суттю суб’єктів (місцевого

населення та його органів). При такому підході до розуміння природи місцевого самоврядування воно досить органічно вписується в механізм народовладдя. Прихильники громадської теорії місцевого самоврядування розглядають його первинні суб'єкти, тобто громади, як самостійне джерело такої публічної влади, яка не належить державі, а є самостійною, так званою “муніципальною”. Однак якими би різними не були підходи до визначення правової природи місцевого самоврядування, слід виходити з того, що цей інститут є правовим і має своє (легальне) визначення.

Вважаємо, що реформа щодо місцевого самоврядування повинна бути зорієнтована на права особи. Методологічна обмеженість аналізу місцевого самоврядування як публічно-правового інституту полягає в тому, що цей аналіз спрямований виключно на публічні інтереси і не завжди враховує самостійне значення особи в системі місцевого самоврядування. Людині відводиться роль “учасника” самоврядування в основному через колективні інститути муніципальної демократії, тобто через вибори, місцевий референдум, збори, сходи громадян тощо. Разом з цим громадянин, місцевий житель не просто бере участь у самоврядуванні, а він, поряд з іншими жителями, здійснює його, реалізуючи свої широкі права і свободи. Тому інститути місцевого самоврядування і всю його організаційну структуру, як і структуру громадянського суспільства в цілому, необхідно розглядати в органічній єдності з інститутами прав і свобод людини і громадянина, з правовим статусом особи як суб'єкта самоврядних відносин за місцем проживання.

Реформування місцевого самоврядування та його органів в проведенні конституційної реформи важливо і в тому аспекті, що інститути самоорганізації населення є одночасно муніципальними інститутами громадянського суспільства, що пов'язано з розумінням місцевого самоврядування як інституційної основи соціально-територіальної організації населення, формування громадянського суспільства. Вважаємо, що реформування місцевого самоврядування повинно, насамперед, здійснюватися з урахуванням ст.5 Конституції України, яка встановлює, що через органи місцевого самоврядування реалізується народовладдя, і ст.7 Конституції, яка закріплює, що Українська держава гарантує місцеве самоврядування. Безумовно, в процесі реформи необхідно чітко розмежувати повноваження органів місцевого самоврядування і місцевих державних адміністрацій. Поки не буде в Україні належним чином здійснюватися місцеве самоврядування, до тих пір важко буде вирішити багато проблем, які накопичилися в суспільстві на сучасному етапі.

Безумовно, необхідно прийняти Закон “Про місцеве самоврядування в Україні” в новій редакції, на більш якійсній основі врегулювати правовий статус органів місцевого самоврядування. В організаційному аспекті є необхідність підвищити ефективність роботи постійних комісій Харківської місцевої ради. Важливо досягти більш активної роботи кожного депутата, їх більш тісного зв'язку з своїми виборцями.

НАПРЯМИ РОЗВИТКУ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ УКРАЇНИ

Визнання місцевого самоврядування нашою державою, прагнення до європейських стандартів організації та діяльності цього політико-правового інституту зумовлюють актуальність питання щодо сучасного напрямку розвитку самостійного управління територіальною громадою власними справами. З моменту закріплення Конституцією України вихідних положень організації влади на місцях уже минув певний час, який достатньою мірою довів необхідність реформування не тільки центральної влади, а й іншого закріплення структурно-функціональних зв'язків у системі місцевого самоврядування. Доказом цього також є існування у проектах законів щодо змін Основного нормативного акта розділів, які стосуються функціонування зазначеної системи. Крім того, останнім часом у Верховній Раді України опрацьовується декілька базових законопроектів, що мають врегулювати діяльність територіальної громади та її органів з урахуванням досягнутих результатів розвитку суспільно-політичної думки.

Багатогранність і комплексність інституту місцевого самоврядування породжують численність поглядів і думок на подальше його існування в політико-правовій дійсності держави. Не вдаючись до характеристики й аналізу висловлювань науковців щодо становища, взаємовідносин як всередині системи, так і її зовнішнього боку функціонування, необхідності більшої взаємовигідної співпраці з державною владою і громадянським суспільством, вважаємо за потрібне вести мову лише про найбільш важливі, концептуальні положення, що, як вбачається, мають поєднувати існуючі погляди на шляхи подальшого розвитку самоврядування незалежно від якихось політичних й ідеологічних міркувань.

Місцеве самоврядування є досить молодим явищем сучасного державотворення, отже, потрібно продовжувати встановлення основних засад цього інституту, запроваджувати духовні гарантії його діяльності. Йдеться, перш за все, про організаційну, правову, матеріально-фінансову самодостатність, взаємовідносини з місцевим державним управлінням, становлення дієздатних територіальних громад, практичне використання можливостей останньої безпосередньо вирішувати справи села, селища, міста. До речі, Верховна Рада України саме на цей аспект розвитку більшою мірою звернула увагу у своїх рекомендаціях парламентських слухань про законодавчі аспекти регіональної політики та місцевого самоврядування, які відбулися 16 квітня 2003 р.

Проте, розвиваючи місцеве самоврядування як елемент народовладдя, одну з головних засад демократичної держави, неможливо нехтувати його внутрішнім функціональним спрямуванням. Запровадження інституту врядування жителів населених пунктів має слугувати саме для ефективного управління, коли рішення приймається з урахуванням інтересів і можливостей відповідної адміністративно-територіальної одиниці. Встановлювати систему управління територіальної громади лише як самоціль є недоречним і позбавленим необхідності процесом. Інакше кажучи, перед суспільством та державою стоїть двоєдине завдання: створити

демократичне місцеве самоврядування, що зможе на належному рівні керувати соціально-політичними й економічними процесами відповідної місцевості.

Сучасне управління населеним пунктом вимагає від органів місцевого самоврядування досить високого рівня професійності. Одночасний розвиток ринкової економіки та підприємництва, соціальний захист населення, зумовленість існуючими матеріальними умовами діяльності, необхідність узгодження як власної політики розвитку з загальним напрямом розбудови держави тощо вимагають найвищої якості муніципального менеджменту.

Сучасний розвиток суспільно-політичної формації вже ставить питання про перегляд предмета адміністративного права. Органи державної влади і місцевого самоврядування здійснюють не просто управління суспільством, а надають управлінські послуги, які поряд з соціальними послугами забезпечують належний розвиток громади. Протягом останніх десятиліть у країнах, де місцеве самоврядування існує досить тривалий час, управління справами територіального колективу здійснюють на кшталт управління акціонерним товариством. На думку представників цієї теорії, в місцевому управлінні працюють ті ж закони і механізми менеджменту, а територіальна громада може вимагати від власних органів не лише управління, а й якісного, злагодженого, прогресивного керівництва у відповідних умовах життя.

Представницькі та виконавчі структури мають поєднувати свою діяльність з метою оперативного і ґрунтового вирішення проблем місцевого життя. Перетворення існуючих управлінських органів на якісно інші інституції має відбуватися як шляхом уніфікації, так і можливості локальної правотворчості територіальних громад у встановленні власних організаційних структур. Сучасний етап розвитку характеризується лише незначною зміною у взаємовідносинах місцевої ради і її виконавчих органів, що перешкоджає запровадженню нових, ефективних форм і методів діяльності, адже вони безпосередньо залежать від функцій і, відповідно, повноважень, які закріплені законодавством за кожним із зазначених органів.

Однак, не зважаючи на світовий досвід організації місцевого самоврядування, наукову обґрунтованість необхідності окремих змін у законодавстві, значна кількість таких перетворень сьогодення більшою мірою залежать від політичної волі керівництва держави.

О.Ю. Лялюк, аспірант

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ОСНОВИ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ МІСЦЕВИХ РАД: ПИТАННЯ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ

Питання правової регламентації основ організації та діяльності місцевих рад в Україні характеризуються новизною та нерозробленістю, хоча з приводу їх важливості для роботи органів місцевого самоврядування важко сперечатися. Правовий інститут „основ” притаманний галузі муніципального права та регулює

якісно відокремлені відносини, пов'язані з надбанням базових засад, які б створили умови органам місцевого самоврядування для ефективного та доцільного вирішення питань місцевого значення.

Існування в доктрині кількох підходів до визначення „основ”, де в першому випадку вони визначаються як сукупність муніципально-правових норм, а в другому – як сукупність відносин, що складаються в результаті організації та здійснення місцевого самоврядування, призвело до дискусії серед правознавців. Намагаючись дати завершене поняття, вони пориваються довести односторонність конструкцій опонентів, але не роблять остаточного висновку. Виходом з цієї ситуації вбачається концептуальне обґрунтування та філософсько-правовий аналіз дефініції “основи”, на підставі яких найбільш коректним уявляється позитивістський підхід до визначення основ організації та діяльності місцевих рад через сукупність норм муніципального права, що закріплюють реально існуючі суспільні відносини. Такий підхід сприяє додержанню принципу законності і виконанню конституційних норм. Саме він стане ефективним підґрунтям до аналізу основ місцевого самоврядування.

Легальне закріплення в Україні поняття основ організації та діяльності місцевих рад відсутнє, хоча Закон України „Про місцеве самоврядування в Україні” в деяких нормах використовує його. Так, ст. 16 Закону говорить про превалюючу роль організаційно-правової, матеріальної та фінансової основ місцевого самоврядування. Зазначена норма, перелічуючи основи, повністю не розкриває їх зміст. З урахуванням сучасного розвитку держави наведені основи не є самодостатніми для всебічного забезпечення організації та діяльності місцевих рад як представницьких органів місцевого самоврядування. На наш погляд, перелік основ, закріплених в законодавстві України потребує істотного доповнення. Необхідно окремо закріпити в якості субінститутів місцевого самоврядування такі основи:

- правову – сукупність правових норм, які закріплюють основи нормотворчого процесу, та перелік правових актів, якими безпосередньо керуються у своїй діяльності учасники муніципально-правових відносин і які надають легітимності функціонуванню місцевого самоврядування як особливої підсистеми публічної влади;

- організаційну – сукупність правових норм, що закріплюють структуру місцевих рад, порядок, форми і принципи їх діяльності;

- територіальну – сукупність правових норм, що закріплюють і регулюють територіальну організацію місцевого самоврядування, а саме – формування та склад території, на якій функціонують органи місцевого самоврядування, порядок її встановлення та зміни;

- економічну, в тому числі матеріальну, – сукупність правових норм, що закріплюють об'єкти, які знаходяться у власності органів місцевого самоврядування, а також відносини по формуванню власності органів місцевого самоврядування, а саме: передача майна державної форми власності в управління органам місцевого самоврядування;

- фінансову – сукупність правових норм, що закріплюють суспільні відносини, пов'язані з формуванням та використанням місцевих бюджетів та інших фінансових коштів в інтересах відповідних територіальних громад;

– політичну – сукупність правових норм, що визначають основи державної політики щодо місцевого самоврядування у різноманітних сферах життєдіяльності.

Також, на наш погляд, для комплексної характеристики основ важливе значення має їх диференціація на суто доктринальні, наприклад, теоретичні основи, історичні основи та практико-теоретичні, перелік яких наведено. Всі основи перебувають у стані взаємозалежності.

Слід вказати, що ради як представницькі органи територіальних громад недостатньо забезпечені ані теоретично, ані практично відповідною правовою чи фінансово-матеріальною базою. Дотепер не прийнятий закон “Про адміністративно-територіальний устрій України”, що заважає практичній реалізації розвитку місцевого самоврядування, визначеного в Програмі законодавчого забезпечення розвитку місцевого самоврядування та Концепцією державної регіональної політики. Правове забезпечення рад не відповідає сучасним вимогам, а теоретичні надбання не використовуються у нормотворчому процесі, що призводить до неточного використання та неправильного тлумачення дефініцій. Така ситуація, в свою чергу, не може не впливати на ефективність виконання радами своїх повноважень, а від цього залежить і соціальна, і їх економічна політика. Системне, структурно-логічне, конкретне закріплення основ місцевого самоврядування дозволить не лише упорядкувати зміст правових актів та спростити його, але також ліквідує протиріччя між нормами, що регулюють суміжні правовідносини, наприклад, в галузі розподілу компетенції між місцевими органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування.

О.Л. Муренко, ст. викладач

Національний технічний університет “ХПИ”

ВИБОРЧЕ ПРАВО ЧИ ПРАВО ГОЛОСУ?

Як відомо, не існує ідеальних політичних і правових інститутів, позбавлених внутрішніх протиріч. Це стосується і виборчих систем, і виборчого права. “Загальне, рівне і пряме” виборче право нерідко ототожнюють з “правом голосу”. Тим часом останнє складає лише завершальну частину виборчого процесу. Виборче право регламентує всю процедуру від формування виборчих комісій і висування кандидатів до підрахунку голосів і затвердження обраних депутатів; право ж голосу – частина виборчого права – регламентує право громадян на участь у заключній стадії виборів – голосуванні. Демократичність виборчої системи визначається тим, наскільки повно виборці беруть участь у всій процедурі виборів. І тут перехід до пропорційних виборів в Україні висуває низку проблем, зв’язаних з політичною рівноправністю громадян, їх рівністю перед законом, незалежно від партійної приналежності. Конституція України визначає виборче право як “загальне, рівне і пряме” (ст.71).

Очевидно, це адресується громадянам, що повинні бути рівні у всіх процедурах виборчого процесу. Це правило впливає як із загальних, так і спеціальних положень Конституції України: “Громадяни мають рівні конституційні права і волі і рівні перед законом” (ст.24), “ніхто не може бути обмежений у правах за приналежність чи неприналежність до політичних партій” (ст.36), “громадяни

мають право ... вільно вибирати і бути обраними в органи державної влади й органи місцевого самоврядування” (ст.38). Зрозуміло, що передача політичним партіям, практично вузькому колу їхнього керівництва виключного права висування кандидатів, визначення їх “прохідності” у партійних списках віддає виборче право в руки нечисленної групи громадян, що організували монопольні політичні клани. Безпосередніми виборцями практично стають не громадяни, а незначне, у порівнянні з усім виборчим корпусом, число професійних політиків. Обрані депутати при цьому цілком перебувають під владою політичного керівництва партії і стурбовані вони будуть, у першу чергу, не своїми відносинами з виборцями, а своїми відносинами з партійними лідерами. Інститут народного депутата фактично підмінюється партійним депутатом. У пропорційній системі є, звичайно, і свої переваги легше політично структурувати суспільство, рятуватися від партійного “мілкотем’я”, організувати виборну процедуру, зручніше керувати парламентом. Однак заради цих парламентських “зручностей” приходиться жертвувати дуже істотними конституційними принципами. Стосовно цього цікавим є висновок Венеціанської Комісії від 12-13 грудня 2003 р. щодо проектів змін у Конституції України, зокрема положення про мандат народного депутата. Так, відповідно до проекту № 3027-1, ст.81³ депутат, обраний за партійним списком, утрачає свій мандат у випадку, якщо він виходить із фракції, від якої обирався, чи не приєднався до неї. Експерти Комісії відзначають, що таким чином може бути спровоковане “ослаблення” Верховної Ради, оскільки в такий спосіб буде здійснюватися втручання у вільний і незалежний мандат депутатів, що більше не зможуть впливати своїм переконанням, залишаючись у той же час членами Парламенту”. Подібний висновок даний Комісією і по проекту № 4105, ст.78.2. Тут зазначається, що члени парламенту представляють народ, а не партії і що залежність мандата від фракційної дисципліни “ставить парламентський блок чи групу у визначеному змісті вище електорату”. У висновку Комісії підкреслюється, що “члени Парламенту зобов’язані представляти інтереси народу, а не їхніх партій”.

Як відомо, у законах про політичні партії обов’язковою умовою їхньої легітимності є демократичний внутрішній режим партії. Зрозуміло, яку репресію, що може здійснити партійне керівництво відносно “неслухняного” депутата, виключає демократичний порядок і в самій партії, і в парламенті. У заключних положеннях Комісії також підкреслюється необхідність “забезпечити, щоб положення про народних депутатів не зв’язувало окремого депутата щодо членства в парламентській фракції таким чином, що порушується його незалежний і вільний мандат”. При пропорційній системі зробити це дуже нелегко. Згідно зі ст. 157 Конституції до неї не можуть вноситися зміни, що ліквідують чи обмежують права і волі людини і громадянина, а ст.159 Конституції передбачає, що Верховна Рада може розглядати законопроекти про внесення змін у Конституцію лише за наявності попереднього висновку Конституційного Суду України щодо дотримання положень ст.157. Дивно, що Конституційний Суд не помітив у проектах того, що зацікавило всіх міжнародних експертів – обмеження виборчих прав громадян України. Між політикою і правом завжди існували і, напевно, будуть існувати неминучі конфлікти.

У радянській традиції право, завжди слухняне, було служницею політики. Як показує політична практика України, традиція ця дуже живуча. Правова

стратегія сучасної України вимагає якнайшвидшого рятування від цієї спадщини, що піде на користь і праву, і політиці.

Н.В. Бровко, *наук. співробітник*
Інститут приватного права та підприємництва
АПРН України

ПРАВОВІ ФОРМИ ВИКОРИСТАННЯ ОБ'ЄКТІВ ПАТЕНТНОГО ПРАВА

Розвиток ринкових відносин в Україні вносить зміни у відносини, яким і досі не приділялось належної уваги, а саме відносинам у сфері інтелектуальної власності. Тому з'явилась необхідність удосконалення внутрішнього законодавства.

Питання створення цивілізованого ринкового середовища, у якому і підприємці, і споживачі були б надійно захищені від нечесної конкуренції, зв'язаної з неправомірним використанням об'єктів інтелектуальної власності, виробництвом фальсифікованих товарів.

Складовими частинами інтелектуальної власності є промислова власність разом з об'єктами авторського права. Національним законодавством у відповідності до міжнародних угод визначено більше десятка видів об'єктів промислової власності. Найбільш масові з них: винаходи, корисні моделі, промислові зразки, товарний знак, назва фірми та найменування продукції.

У всьому світі об'єкти промислової власності сприймаються як товар, котрий можна передати або продати зацікавленій стороні. Продаж ліцензій на нові технічні розробки є досить великою часткою експорту провідних країн світу. В Україні намітилась тенденція до зростання комерційної активності у сфері промислової власності. Ефективне використання об'єктів промислової власності залежить від якості організаційно-правового механізму просування даного товару на ринку України. Елементом такого механізму є зобов'язання, що по своїй суті є правовою формою комерційної реалізації об'єктів інтелектуальної власності.

Як відомо, право на використання об'єктів, отриманих у результаті творчої діяльності, у тому числі науково-технічних розробок, передається на основі договору з правовласником, тобто її власником.

З прийняттям нового Цивільного кодексу України національне законодавство почало відповідати положенням міжнародного законодавства, а, отже, стало дворівневим. Загальні положення регулює Цивільний кодекс, а положення, зв'язані з питаннями набуття, використання і захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності, визначаються в спеціальному законодавстві.

Однією з правових форм реалізації прав патентовласників, передбаченої ЦК України, є ліцензійний договір.

У рамках ліцензійних договорів відбувається часткова передача виняткових патентних прав на об'єкти патентної охорони (винаходу, корисні моделі й промислові зразки). Окремі типи даних договорів поділяються на види і різновиди за змістом об'єктів переданих прав. Важливим критерієм поділу договорів патентної ліцензії на види є обсяг переданих прав. За цим критерієм розрізняють ліцензії виняткові й невиняткові.

Договір патентної ліцензії – це угода про надання ліцензії. Під ліцензією розуміється передача власником виключного права третім особам у встановленому порядку і на визначених умовах приналежних йому права на використання охоронюваного об'єкта (винаходу, корисної моделі, промислового зразка).

За ліцензійним договором власник виключного права (ліцензіар) передає право на використання охоронюваного об'єкта іншій особі (ліцензіату), а останній приймає на себе обов'язок вносити ліцензіару обумовлені договором платежі і здійснювати інші дії, передбачені договором.

Ліцензійний договір має риси подібності з традиційними договорами купівлі-продажу і наймання. Разом з тим договір патентної ліцензії як купівля-продаж (на час) права використання охоронюваного об'єкта відрізняється і від купівлі-продажу, і від оренди речей. Ліцензійний договір складається в письмовій формі.

Однак тільки ліцензійними договорами правові форми просування об'єктів інтелектуальної власності на ринку інтелектуального продукту не обмежується.

Вияткові патентні права на об'єкти промислової власності можуть бути передані цілком або частково. Однією з правових форм передачі виключних прав може бути розглянутий договір про поступку патенту. Патентовласник може уступити отриманий патент будь-якій фізичній або юридичній особі. Патент повинен поступатися за договором на термін, що залишився, його дії. Тривалість терміну залежить від часу укладання договору: чим пізніше укладається договір після видачі патенту, тим коротше цей термін.

Метою укладання договору про поступку патенту може служити бажання набувача мати у своїх руках якнайбільше прав на використання визначених технічних й інших досягнень.

Істотними умовами договору про поступку патенту на об'єкт промислової власності є його предмет, тобто передача патенту як документа, що засвідчує пріоритет, авторство на об'єкт і виключне право на його використання, а також умова про винагороду патентовласника за поступку патенту.

Для припинення можливих зловживань патентовласника у формі багаторазового продажу того самого патенту договору про поступку патенту так само, як і ліцензійний, договір повинний реєструватися у відповідних органах.

Створення ефективної система охорони результатів інтелектуальної діяльності дозволить створити міцний фундамент для інноваційної моделі розвитку України, її модернізації, підвищення конкурентноздатності у світовій соціально-економічній системі.

Р.М. Сидельников, асистент
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

**ПРАВО ПРИТРИМАННЯ
ЗА НОВИМ ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ
І НІМЕЦЬКИМ ЦИВІЛЬНИМ УЛОЖЕННЯМ**

Згідно з новим Цивільним кодексом України “право при тримання” слід розуміти як юридичну можливість для кредитора, який правомірно володіє річчю, що підлягає передачі боржникові чи особі, вказаній боржником, у разі невиконання ним (боржником) у строк зобов’язання щодо оплати цієї речі або відшкодування кредитором пов’язаних з нею витрат та інших збитків залишити її у себе до виконання боржником зобов’язання (ч. 1 ст. 594). Притриманням речі можуть забезпечуватись інші вимоги кредитора, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 2 ст. 594 ЦК України).

Однак слід мати на увазі, що в юридичній літературі зустрічається трактування “права притримання” у широкому та вузькому значеннях. Виходячи, наприклад, із поглядів В. І. Синайського, наведену юридичну конструкцію, яка закріплена в ЦК України, слід було б позначити “правом притримання” у вузькому значенні. Однак “визнана правопорядком можливість зобов’язаної особи притримувати предмет виконання, поки не буде задоволена її зустрічна вимога, що випливає з того ж правовідношення” це, – за В.І. Синайським, – “право притримання” у широкому значенні.

Основу схожої диференціації становить Німецьке цивільне уложення 1896 р. (далі – НЦУ), відповідні норми якого у незмінному виді продовжують діяти у Німеччині (ФРН). Так, НЦУ містить: 1) загальну конструкцію “Zurückbehaltungsrecht” (“право притримання” в широкому розумінні), коли боржник, маючи до кредитора зустрічну та основну вимогу, що випливає з того ж правовідношення, на якому заснований його власний обов’язок, вправі, якщо із зобов’язання не випливає іншого, відмовитися від його виконання до виконання зобов’язання кредитором (абз. 1 § 273 НЦУ); 2) “право притримання” у вузькому значенні (“Zurückbehaltungsrecht”), коли особа, що зобов’язана видати предмет (річ), вправі відмовитися від виконання свого зобов’язання, якщо вона має таку вимогу на відшкодування пов’язаних із цим предметом (річчю) витрат або заподіяних їй цим предметом (річчю) збитків, за якою наступив термін виконання, за винятком випадків, коли зазначена особа заволоділа предметом (річчю) шляхом здійснення навмисної недозволеної дії (абз.2 §273 НЦУ); 3) окремих випадок “Zurückbehaltungsrecht” у вигляді ненадання зустрічного задоволення, коли особа, що є зобов’язаною за двостороннім договором, може відмовитися від виконання свого зобов’язання до виконання зустрічного зобов’язання, за винятком випадків, коли вона повинна була надати виконання першою (абз.1 §320 НЦУ).

Проводячи паралелі між правовим регулюванням відповідних відносин у ЦК України та НЦУ, можна зазначити таке.

Тільки право, закріплене в абз.2 §273 НЦУ, у світлі положень ЦК України може бути позначено “правом притримання”. При цьому ЦК України на відміну від НЦУ вводить більш детальну регламентацію відносин із притримання кредитором речі несправного боржника (ст. ст. 594 – 597). Це дає підставу стверджувати, що з моменту набрання чинності ЦК України приватноправова складова українського правопорядку збагатилася загальноцивільним інститутом “права притримання”.

“Право притримання”, що закріплено в нормі абз. 1 § 320 НЦУ загалом відповідає юридичній конструкції, яка закріплена в ч. 3 ст. 538 ЦК України і з урахуванням інших норм цієї статті полягає в тому, що при невиконанні однією зі

сторін у договірному зобов'язанні свого обов'язку або при наявності очевидних підстав вважати, що вона не виконає свій обов'язок у встановлений строк (термін) або виконає його не в повному обсязі, друга сторона має право зупинити виконання свого зустрічного обов'язку, відмовитися від його виконання частково або в повному обсязі.

Отже, для термінологічної визначеності пропонуємо конструкцію, закріплену в ч. 3 ст. 538 ЦК України і відповідну їй з § 320 НЦУ, іменувати “правом затримання виконання” зобов'язання. Тоді нормативні конструкції, що містяться в § 320 НЦУ, можна визнати спеціальними нормами “права затримання виконання”, а загальною нормою – конструкцію абз. 1 § 273 НЦУ.

Виходить, що право затримання виконання (*Zurückbehaltungsrecht*) ґрунтується на двоїстому становищі боржника: боржник повинен мати до кредитора самостійну вимогу як кредитор. При загальному праві затримання виконання взаємні вимоги, про які йдеться в абз. 1 § 273 НЦУ, повинні бути самостійними, але при цьому вони не можуть знаходитися у функціональній синалагматичній залежності (коли виконання за одним зобов'язанням знаходиться в умовній залежності від виконання іншого зобов'язання), тому що у цих випадках застосуванню підлягають норми § 320 НЦУ.

Таким чином, варто враховувати, що новий ЦК України не містить норми, яка б збігалася за змістом із тією, котра закріплена в абз. 1 § 273 НЦ України. Однак це не означає, що український законодавець допустив прогалину у правовому регулюванні відповідних відносин. Вважаємо, що затримання виконання боржником свого зобов'язання, що легалізовано нормою абз. 1 § 273 НЦ України як засіб протидії порушенню його прав з боку кредитора, в умовах українського правопорядку слід визнати самозахистом цивільного права і, відповідно, виправдовувати на підставі норм ст. 19 ЦК України.

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

ПРО ПРИРОДУ ОБМЕЖЕНЬ ПРАВА ВЛАСНОСТІ: ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПРОБЛЕМИ

Що слід розуміти під обмеженням права власності? Аналіз поглядів учених, які задавали собі подібне питання, дозволяє виділити такі загальні ознаки останнього:

- а) це деяке ущемлення повноти права власності;
- б) обов'язково формально визначено, тобто закріплено в нормативно-правових актах і, при цьому, винятково на рівні закону й Основного закону;
- в) устанавлюється, виходячи з публічних інтересів, а саме – з метою правової охорони прав і законних інтересів інших осіб.

Отже, обмеження права власності можна визначити як закріплене в Конституції і законах ущемлення можливої поведінки власника по здійсненню належних йому правомочностей щодо об'єкта свого права з метою забезпечення й

охорони прав і законних інтересів інших осіб.

Слід зазначити, що серед цивілістів не склалося єдиної думки з приводу природи обмежень права власності, а суперечки про визнання чи заперечення існування обмежень права власності перейшли в площину встановлення місця останніх у конструкції права власності.

Прихильники теорії обмеженості права власності, посилаючись на усталене в теорії права визначення суб'єктивного права як юридично забезпеченої міри можливої поведінки управомоченої особи, констатують, що обмеження є обов'язковим елементом суб'єктивного права. Так, В.П. Камишанський вважає, що "обмеження це іманентно внутрішньо властива характеристика права власності; вони не можуть виходити за його межі". Якщо ж з'єднати викладену сумнівну думку зазначеного автора з цілком правильним його твердженням, що обмежити можна виключно суб'єктивне право власності, то можна зробити висновок про те, що В.П. Камишанський, як, утім, й інші прихильники аналогічних поглядів, вважає обмеження "іманентно внутрішньо властивими" змісту суб'єктивного права власності. Для обґрунтування своєї позиції дослідник цитує угорського юриста Ерши, який відзначав, що "обмеження власності стають невід'ємним елементом змісту власності", та деяких інших правознавців, що висловлювали подібну думку. Однак більш істотної аргументації автор не наводить.

З такою позицією не можна повною мірою погодитися. По-перше, не заперечуючи правильності вказаного визначення суб'єктивного права, варто звернути увагу, що класична структура суб'єктивного права (чи один з її варіантів) складається з трьох правомочностей: а) правомочність на свою, юридично значущу поведінку; б) правомочність вимоги; в) правомочність на захист. Інші дослідники, що пропонують іншу структуру суб'єктивного права, до правомочностей останнього відносять лише дві перших з указаних правомочностей. Обмеження права власності, так як воно визначено нами вище, не надає конкретної можливості поведінки, а, навпаки, ущемляє її, тому воно не є правомочністю і, отже, не входить у зміст суб'єктивного права власності.

По-друге, проголошуючи обмеження права власності "невід'ємним" елементом права власності, адепти зазначеної точки зору виявляють непослідовність, визнаючи властивість пружності (еластичності) права власності, що несумісно з їхнім першим твердженням. Властивість пружності (еластичності) права власності (*jus recedentiae*) є обов'язковим елементом повноти права власності й означає відновлення права власності в повному обсязі після відпадання будь-яких законних і договірних обмежень останнього. Звідси випливає, що повний, нормальний обсяг, тобто зміст, права власності передбачає відсутність обмежень.

То якою ж є природа обмежень права власності? На нашу думку, обмеження є зовнішньою стосовно права власності категорією і являє собою наслідок:

а) дотримання власником загальнорегулятивного обов'язку не порушувати права і законні інтереси інших осіб – суб'єктів права;

б) виконання інших обов'язків, що є результатом добровільно покладених на своє суб'єктивне право власності обтяжень (застава, договір оренди та ін.);

в) залучення власника до юридичної відповідальності (не обов'язково до цивільно-правової), у результаті чого він зобов'язаний перетерплювати обмеження

належного йому суб'єктивного права власності в порядку реалізації санкції порушеної норми права (наприклад – арешт майна).

Таким чином, обмеження права власності є одним з елементів змісту юридичного обов'язку власника. Отже, останню тезу можна тлумачити в дусі згоди з думкою іншої групи цивілістів, які, проголошуючи право власності найбільш широким, найбільш повним правом на річ, вважають, “що в самому цьому праві не закладено ніяких меж, що могли б його обмежити, а всі обмеження власності можливі тільки ззовні” (К.І. Скловський).

І.І. Рудченко, *мол. наук. співробітник*
НДІ приватного права і підприємництва
АПРН України

ПРОБЛЕМИ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ, ЩО НАЛЕЖИТЬ КІЛЬКОМ ОСОБАМ СПІЛЬНО

Сукупність правовідносин у сфері інтелектуальної власності, особливо ті, що стосуються можливості спільної приналежності інтелектуальних прав робітникові й роботодавцеві, тісно пов'язані з потребами діяльності венчурних структур як принципово нової організаційної форми прискорення науково-технічного прогресу.

Суб'єктний склад права інтелектуальної власності, що належить кільком особам спільно, з уведенням у дію Цивільного кодексу України законодавчо розширився. Нормативно передбаченими суб'єктами спільного здійснення права інтелектуальної власності є співавтори – за ознакою творчої участі в створенні отриманого інтелектуального об'єкта, а також сторони правовідносин: працівник – роботодавець, замовник – автор, за ознакою створення твору на замовлення, де одна сторона здійснює творчий внесок, а інша – фінансовий.

Якщо ситуація, що стосується реалізації майнових прав інтелектуальної власності співавторами спільно досить прозора і вивчена, то при розгляді ситуації з приналежністю інтелектуальних прав спільно працівникові й роботодавцеві, а також замовникові й авторіві, відразу ж виникає низка питань, формулюються проблеми, практичне розв'язання яких може бути ускладнено нерозвиненістю деяких правових положень, що є новими для вітчизняного права.

За відсутності між сторонами окремого договору по регламентації спільного здійснення права інтелектуальної власності сторони користуються і розпоряджаються цими правами спільно. В цьому випадку правове регулювання відносин спільної приналежності прав на результати інтелектуальної праці має особливості в залежності від характеру взаємозв'язку між сторонами, суб'єктного складу учасників спільних прав інтелектуальної власності, специфіки самого об'єкта спільних прав.

Причому спільне право інтелектуальної власності в цілому має виключний характер, що дає його власникам можливість захисту від зазіхань будь-яких третіх осіб. Природо ж прав у сторін спільного права інтелектуальної власності різна. Автор (робітник) є первинним власником прав інтелектуальної власності в силу презумпції авторства, якому належать крім майнових ще і особисті немайнові права,

замовник (роботодавець) – правонаступником автора за договором, якому передані (відступлені) майнові права в частині спільних прав інтелектуальної власності.

До правомочностей, що належать правовласникам спільного права інтелектуальної власності як єдиного цілого, належать майнові права:

- право на використання об'єкта інтелектуальної власності, створеного на замовлення, що до моменту укладання договору на передачу або використання прав на такий об'єкт має виключний характер;

- виключне право на розпорядження правом використання об'єкта спільного права інтелектуальної власності шляхом укладання договорів про створення за замовленням і використання об'єктів права інтелектуальної власності, видачі дозволів (ліцензій) на використання або поступки прав. Причому в останньому випадку спільне право інтелектуальної власності на об'єкт, створений на замовлення, припиняється.

Що стосується виключної правомочності заборони неправомірного використання об'єкта спільного здійснення права інтелектуальної власності, то така заборона в загальній формі встановлена безпосередньо законом.

Використання і розпорядження спільним правом інтелектуальної власності, у тому числі можливість самостійно використовувати “замовлений об'єкт” кожною стороною, здійснюється за домовленістю між ними і тільки за умови згоди всіх учасників спільного права інтелектуальної власності. Використання об'єкта права інтелектуальної власності, створеного на замовлення, кожним з учасників спільного права інтелектуальної власності за своїм розсудом можливо тільки за наявності згоди іншої сторони. У законі не передбачена можливість такого права за замовчуванням. Розпорядження ж правами використання творчого результату шляхом укладання договору на використання або відчуження спільних майнових прав інтелектуальної власності передбачає дії правовласників спільно.

Однак у випадку, коли загальної згоди сторонами не досягнуто, здійснення права, що належить замовникові й творцеві спільно, є неможливим. Крім того, у ситуації, коли одна зі сторін не згодна на реалізацію права на заборону використання третіми особами об'єктів права інтелектуальної власності в суді, взагалі виникає правова колізія. Активна сторона ситуації втрачає можливість вирішувати проблемні питання в суді, оскільки є неналежним позивачем, а закон не передбачає подачу позовних заяв із питань захисту інтелектуальних прав кожним із суб'єктів самостійно за відсутності одностайності в рядах правовласників спільного права інтелектуальної власності. Подоланню такої колізії могло б допомогти встановлення частки сторін у спільному праві, хоча в нормах ЦК України не йдеться про спільне часткове право інтелектуальної власності. За відсутності домовленості між сторонами виділення часток сторін можливо тільки в судовому порядку.

Стосовно ж суб'єктів спільних прав, то замовниками в договорах замовлення можуть бути юридичні й фізичні особи. Правовий режим спільного здійснення прав інтелектуальної власності, коли одна зі сторін або обидві є юридичною особою, вимагає свого теоретичного обґрунтування й розвитку. До введення в дію ЦК України спільна сумісна власність речового права припускала наявність міжособистісного елемента і могла здійснюватися тільки між фізичними особами. З 01.01.2004 р. суб'єктами спільної власності стають у тому числі й

юридичні особи. Для практичного застосування спільної приналежності прав інтелектуальної власності з юридичною особою, насамперед, необхідно визначитися з поняттям спільної або часткової сумісної інтелектуальної власності на ці об'єкти.

Права на об'єкти інтелектуальної власності, що належать юридичній особі, входять у поняття цілісного майнового комплексу юридичної особи. У випадку встановлення спільної сумісної інтелектуальної власності фізичної і юридичної особи на творчий результат ця цілісність порушується. Практика знала варіант фактичної спільної сумісної власності між юридичною і фізичною особами в речовому праві – так звана колективна форма власності, що фактично означала подвійного власника того самого майна.

Застосування спільної з юридичною особою інтелектуальної власності, при нерозвиненості теорії спільної сумісної власності навіть у речовому праві, може мати ускладнення у практичному використанні цих норм.

Конкретизація правової регламентації правовідносин спільної приналежності права інтелектуальної власності дозволить венчурним підприємствам виступити фактором модернізації креативного сектора в загальній структурній перебудові економіки країни, адекватної постіндустріальному рівневі науково-технічного прогресу.

Н.А. Федосенко, аспірант
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ДО ПИТАННЯ ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ НАДАННЯ МАРКЕТИНГОВИХ ПОСЛУГ

Закріплення у новому Цивільному кодексі України (2003 р.) спеціальної глави, присвяченої загальним положенням договору з надання послуг, є новелою. Це полягає, зокрема, в обмеженні меж дії норм про підряд. До прийняття ЦК України це можна було зробити тільки одним шляхом: створити самостійні типи договорів, що конкурують з підрядом. Новий ЦК України містить спеціальну главу, присвячену загальним положенням по наданню послуг, а також глави, присвячені конкретним договорам по наданню послуг (перевезення, комісія, доручення, збереження тощо). Проте є договори по наданню послуг, які не згадуються в ЦК України, що природно, бо перехід до ринкової економіки обумовив значне зростання кількості різноманітних послуг. Насамперед, йдеться про надання консультаційних, представницьких, інформаційних, аудиторських, медичних, та послуг у сфері туризму, обслуговування тощо.

Уведення в ЦК України спеціальної глави пов'язано з тим, що, з одного боку, у ньому неможливо дати детальну регламентацію договорів у цій сфері, а з другого – необхідно було закріпити істотні положення, що стосуються всіх договорів цього типу. Саме через це в ЦК України особливо відзначено, що правила глави про загальні положення застосовуються до всіх договорів про надання послуг, у тому числі й до договорів цього типу, передбачених у ЦК України,

якщо це не суперечить суті цих зобов'язань.

На особливу увагу заслуговують послуги, пов'язані з забезпеченням керування просування товару і послуг від виробника до споживача, що прийнято називати маркетинговими (від англ. market – ринок) послугами. Маркетингові послуги полягають у зборі, аналізі і переробці інформації з виникаючими у практиці суб'єктів, що господарюють, маркетинговими проблемами.

Усе більше підприємців розглядають маркетингові дослідження як обов'язкову передумову прийняття управлінських рішень. Навіть при наявності власних маркетингових служб або відділів суб'єкти підприємницької діяльності звертаються до послуг спеціалізованих організацій, що припускає договірне врегулювання відповідних відносин. Юридичне оформлення процесу одержання, використання, охорони і поширення інформації, отриманої в ході маркетингових досліджень, опосередковуються договором з надання маркетингових послуг.

Договір з надання маркетингових послуг являє собою цивільно-правовий договір, у силу якого одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням іншої сторони (замовника) надати останній послуги у вигляді маркетингового дослідження, а замовник зобов'язується прийняти надані послуги і оплатити їх.

Метою маркетингових досліджень є забезпечення замовників надійною і достовірною інформацією про ринок, структуру і динаміку попиту, про смаки і бажання покупців, стимулюючих виробництво товару, товарного асортименту, що більшою мірою відповідає вимогам ринку і краще, ніж товар конкурента, задовольняє попит.

У новому ЦК України договір з надання маркетингових послуг не знайшов закріплення як самостійний договір. Однак за своєю природою маркетингові зобов'язання підпадають під регулювання гл. 63 ЦК України. І, отже, наявність у ЦК України глави, присвяченої загальним положенням про надання послуг, має і практичне значення, суть якого полягає в тому, що при складанні договорів у сфері надання послуг, що безпосередньо не передбачені в ЦК України, сторони, виходячи з дії принципу волі договору, самі визначають умови договору. Проте при укладенні договору вони повинні керуватися загальними положеннями щодо надання послуг.

Необхідними умовами договору з надання маркетингових послуг є: а) предмет договору, що включає як самі послуги, що здійснюються в ході маркетингових досліджень, так і їхній результат (інформація і рекомендації маркетолога, закріплені в звіті виконавця), що має опредмечений характер; б) термін виконання послуг; в) ціна маркетингових досліджень.

Предмет договору з надання маркетингових послуг має комплексний характер і містить у собі: а) послуги, що здійснюються в ході маркетингових досліджень і б) результат досліджень.

Договір з надання маркетингових послуг є консенсуальним, оплатним і взаємним.

Отже, з огляду на особливості дій, що здійснюються в ході маркетингових досліджень, специфіку результату маркетингових досліджень, маркетингову інформацію, можна зробити висновок, що договір з надання маркетингових послуг – це самостійний цивільно-правовий договір, є одним з видів договорів на надання послуг і в перспективі вимагає окремого правового регулювання. Існує необхідність подальшого узгодження норм національного законодавства, норм міжнародного

законодавства, що дозволить домогтися більш детального цивільно-правового регулювання маркетингових досліджень для чіткого визначення істотних умов маркетингового договору, його форми і виду документування, щоб максимально захистити від несприятливих ситуацій учасників договору.

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

ДОГОВІР КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

З 1 січня 2004 р. набув чинності Цивільний кодекс України, який був прийнятий 16 січня 2003 р. Це є значною подією, оскільки йдеться про один з основних нормативних актів. Не дарма ж Цивільний кодекс називають Кодексом приватного життя, Кодексом громадянського суспільства, юридичним базисом економічних відносин, Кодексом ринкових відносин, Економічною Конституцією, настільною книгою і Біблією юриста і т. ін.

Однією з новел ЦК України є закріплення норм з регулювання договору комерційної концесії.

За договором комерційної концесії одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати другій стороні (користувачеві) за плату право користування відповідно до її вимог комплексом належних цій стороні прав з метою виготовлення та (або) продажу певного виду товару та (або) надання послуг (ст. 1115 ЦК України).

Особливість договору полягає в тому, що сторонами можуть бути виключно суб'єкти підприємницької діяльності. Правоволоділець – крупний виробник товарів (робіт, послуг), який використовує належні йому права в комерційній діяльності та зацікавлений в розширенні свого бізнесу. Користувач – юридична або фізична особа, зареєстрована як суб'єкт підприємницької діяльності, яка має намір скористатися комплексом прав правоволоділця.

Сфера застосування комерційної концесії охоплює різноманітні види бізнесу. Зокрема, серед відомих в Україні – це “Макдональдс”, “Пицца-хат”, “Баскин Роббінс”, “ІС” тощо.

Договір комерційної концесії укладається у письмовій формі. У разі недодержання письмової форми договору концесії він є нікчемним. Більш строгий підхід законодавця стосовно форми зазначеного договору можна пояснити тим, що він укладається лише в сфері підприємницької діяльності, а тому є потреба стабілізувати відносини в цивільному обороті.

Крім того, якщо для сторін договір комерційної концесії є дійсним з моменту укладання у письмовій формі, то у відносинах з третіми особами сторони мають право посилалися на договір лише з моменту його державної реєстрації. Договір комерційної концесії підлягає державній реєстрації органом, який здійснив державну реєстрацію правоволоділця. Якщо правоволоділець зареєстрований в іноземній державі, реєстрація договору комерційної концесії здійснюється органом, який здійснив державну реєстрацію користувача.

Договір комерційної концесії є новим, а тому в ньому можна знайти певні елементи інших відомих договорів. Зокрема, ліцензійного договору (надання дозволу на використання об'єктів права інтелектуальної власності), договору про спільну діяльність (співробітництво, направлене на досягнення певного спільного результату), договору купівлі-продажу (оплатна передача технічної і комерційної документації), договору комісії (укладення правочинів, які спрямовані на задоволення інтересів правоволодільця) та інших договорів.

Однак можна з цих рис є лише однією з граней договору комерційної концесії, тому їх наявність не перетворює зазначений договір в змішаний чи комплексний. Договір комерційної концесії – самостійний цивільно-правовий договір, про що свідчить і гл. 76 ЦК України.

Укладення договору комерційної концесії переслідує ціль отримати дозволу на використання об'єктів інтелектуальної власності для успішної реалізації товару. З позиції користувача – це можливість використання в підприємницькій діяльності комплексу виключних прав правоволодільця, а правоволодільця – створення виробничої, торгової чи збутової мережі для просування своїх товарів чи послуг, розширення ринку їх збуту.

Таким чином, в укладенні договору комерційної концесії зацікавлені обидві сторони. Перевагами для правоволодільця є можливість у досить короткі строки створити розгалужену мережу бізнесу, здійснювати своєрідну рекламу без особливих додаткових капіталовкладень, додатково отримувати прибутки за відсутності безпосереднього ризику підприємницької діяльності. Користувач, у свою чергу, має можливість не стартувати з нуля при освоєнні й завоюванні ринку, а скористатися уже певною репутацією іншої особи, що значно скорочує витрати і підвищує ефективність капіталовкладень, зумовлює певну стабільність на ринку та значно знижує ступінь підприємницького ризику.

Якщо розглядати значення договору комерційної концесії з точки зору кінцевого результату для споживачів, то за допомогою зазначеної правової конструкції є можливість досить швидко наповнити ринок якісними товарами, роботами та послугами з дотримання певних стандартів діяльності правоволодільця.

На захист інтересів споживача направлена, зокрема, і норма про відповідальність правоволодільця за вимогами, що пред'являються до користувача. Так, правоволоділець несе субсидіарну відповідальність за вимогами, що пред'являються до користувача у зв'язку з невідповідністю якості товарів (робіт, послуг), проданих (виконаних, наданих) користувачем, а за вимогами, що пред'являються до користувача як виробника продукції (товарів) правоволодільця, правоволоділець відповідає солідарно з користувачем (ст. 1123 ЦК України). Тобто, за загальним правилом настає субсидіарна відповідальність, а як виняток – солідарна відповідальність щодо вимог до користувача як виробника товарів. Такий підхід можна пояснити економічною суттю комерційної концесії, у зв'язку з чим споживачі вправі розраховувати, що товари (роботи, послуги), виготовлені під певною вивіскою, мають якість, еквівалентну товарам (роботам, послугам) правоволодільця.

Таким чином, законодавче закріплення договору комерційної концесії слід визнати позитивним моментом ЦК України.

ПРИПИНЕННЯ ДОГОВОРУ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ ЧЕРЕЗ НЕНАЛЕЖНЕ ВИКОНАННЯ ЧИ НЕВИКОНАННЯ ЙОГО ОДНІЄЮ ЗІ СТОРІН ДОГОВОРУ

Неналежне виконання чи невиконання умов договору зобов'язаною стороною є суб'єктивною підставою припинення договору, оскільки наявність такої підстави залежить від волі однієї зі сторін договору.

Ця підстава найчастіше використовується сторонами договору купівлі-продажу під час здійснення підприємницької діяльності.

Зобов'язання сторін договору купівлі-продажу, неналежне виконання чи невиконання яких призведе до припинення договірних відносин, можна поділити на групи.

По-перше, це умови договору купівлі-продажу, яких повинен дотримуватися продавець.

Вимоги майнового характеру:

– передати майно, його приналежності та документи, що їх стосуються (технічний паспорт, сертифікат якості тощо), у передбачений договором строк;

– передати майно в належній тарі та (чи) упаковці;

– передати майно у кількості, що визначається одиницями виміру або грошовим вираженням, та якістю відповідно до умов договору чи якістю, необхідною для використання майна за його цільовим призначенням. Після фактичної передачі покупець не повинний знайти недоліки майна, які не можна усунути, недоліки, усунення яких буде пов'язане з непропорційними затратами чи затратами часу. Якість товару має відповідати звичайним вимогам, тобто відповідати стандарту, технічним умовам або зразкам, встановленим для речей такого роду. Нормативні вимоги щодо якості товарів встановлюються відповідно до ч. 1 ст. 5 Декрету Кабінету Міністрів України “Про стандартизацію і сертифікацію” № 46-93 від 10.05.1993 р. (далі – Декрет), державними стандартами України, галузевими стандартами, технічними умовами, стандартами підприємств.

До обов'язкових вимог державних стандартів України відповідно до ч. 2 ст. 5 Декрету належать: вимоги, що забезпечують безпеку продукції для життя, здоров'я і майна громадян, її сумісність і взаємозамінність, охорону навколишнього природного середовища, і вимоги до методів випробувань цих показників; вимоги техніки безпеки і гігієни праці з посиланням на відповідні санітарні норми і правила; метрологічні норми, правила, вимоги та положення, що забезпечують достовірність і єдність вимірювань; положення, що забезпечують технічну єдність під час розроблення, виготовлення, експлуатації (застосування) продукції тощо. Рекомендовані вимоги державних стандартів України підлягають безумовному виконанню, якщо: це передбачено чинними актами законодавства; ці вимоги включено до договорів на розроблення, виготовлення та поставку продукції;

виробником (постачальником) продукції зроблено заяву про відповідність продукції цим стандартам.

Якщо договором купівлі-продажу непередбачено вимоги щодо якості товару, то за договором повинен передаватися товар, який відповідає цілям, для яких товар такого роду зазвичай використовується. За договорами купівлі-продажу може відбуватися передача товару за зразком чи описом. Зразок – еталонний виріб, споживчі властивості (експлуатаційні характеристики) якого визначають вимоги до якості товару, який належить передати покупцю. Опис товару являє собою визначений перелік споживчих властивостей (експлуатаційних характеристик) товару, який належить передати покупцю. Він може супроводжуватися фотографією товару, його графічним зображенням тощо.

Обов'язкові вимоги щодо якості товарів у Росії визначаються державними стандартами відповідно до Закону Російської Федерації “Про стандартизацію” № 5154-І від 10.06.1993 р.:

- передати майно комплектністю, у комплекті (як набір товарів) та в асортименті відповідно до умов договору. Під асортиментом товару відповідно до ч. 1 ст. 671 ЦК України розуміється певне співвідношення товару за видами, моделями, розміром, кольором чи іншими ознаками;

- своєчасно прийняти оплату у повному обсязі;

- якщо передбачено договором, застрахувати майно.

Вимоги інформаційного характеру:

- попередити покупця про всі права третіх осіб на майно, що передається (право наймача, право застави тощо) за умови, що він не знає та не може знати про права третіх осіб на це майно;

- проінформувати покупця про недоліки майна чи властивості майна, які є небезпечними та через які може бути заподіяно шкоду особі, яка його отримала, чи її іншому майну.

По-друге, слід виділити вимоги, яких має дотримуватися покупець за договором купівлі-продажу.

Вимоги майнового характеру:

- не зятягувати прийняття та прийняти майно, його приналежності та документи, що його стосуються, у передбачений договором строк;

- якщо необхідно, здійснити попередню оплату, оплатити майно у повному обсязі та у строк, передбачений договором; якщо майно продане з розстрочкою платежу, своєчасно вносити чергові платежі;

- якщо передбачено договором, застрахувати майно;

Вимоги інформаційного характеру:

- повідомити продавця про порушення договору щодо кількості, асортименту, якості, комплектності, тари, упаковки товару у строк, установлений договором чи інший розумний строк.

Необхідно зазначити, що неналежне виконання чи невиконання зазначених договірних зобов'язань стане підставою припинення договірних відносин за умови, що уповноважена отримувати майно сторона втратила інтерес у виконанні договору зобов'язаною стороною. У протилежному випадку уповноважена сторона має право вимагати через суд примусового виконання договору. В такому разі договір буде припинено виконанням.

ДОГОВІР КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ (ФРАНЧАЙЗИНГУ) ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Сучасний франчайзинг є відносно новим явищем в економіці, хоча його історія бере початок ще у середньовіччі. До цього часу юридичний термін “франшиза” в США і Австралії означає передачу будь-якій особі прав державною владою, а у Великобританії – прав від імені короля.

В нинішньому розумінні франчайзингова система співробітництва – це специфічна варіація вертикальної інтеграції великих і малих фірм через оригінальну систему контрактів-ліцензій (франшиз). Вони дають змогу франчайзі, тобто невеликій фірмі, займатися специфічною підприємницькою діяльністю, розпочатою іншою стороною – франчайзером, переважно великою (головною) фірмою.

Характерними рисами франчайзингу є такі:

Право власності однієї організації (франчайзера) на торгіву марку, фірмову послугу, ідею, технологічний процес, патент або спеціалізоване обладнання, а також репутацію, ділові зв'язки і ноу-хау, тобто інформацію, недоступну франчайзі або іншій третій особі.

Продаж франчайзером іншій особі/підприємству (франчайзі) ліцензії (франшизи), яка дозволяє використовувати її торгіву марку, фірмову послугу, ідею, процес, патент або обладнання, а також імідж і ноу-хау, тобто інформацію, недоступну франчайзі або іншій третій особі.

Включення до договору про продаж ліцензії (франшизи) права франчайзера на регулювання і контроль.

Оплата франчайзі різноманітних форм компенсації в обмін на придбані права, а також за інші послуги, що надаються франчайзером.

Отже, у залежності від того, на якій стадії виробництва товар переходить від франчайзера до рук франчайзі, виділяють товарний, виробничий і діловий франчайзинг, які історично змінювали один одного. Товарний франчайзинг полягає у придбанні прав на продаж товару у тому вигляді, в якому він був виготовлений під торговою маркою головної компанії. Виробничий франчайзинг передбачає продаж франчайзі права на виробництво і збут продукції із сировини і матеріалів, закуплених у материнських компаній. Діловий франчайзинг передбачає продаж права на організацію малого підприємства з профілем діяльності і назвою материнської корпорації.

Укладаючи франчайзинговий договір, франчайзі має лише загальне уявлення про систему і спосіб ведення підприємницької діяльності франчайзером. Ноу-хау – це конфіденційна інформація франчайзера, недоступна франчайзі або іншій третій особі. Уявлення франчайзі про цю систему й інформацію може як відповідати, так і не відповідати реальному стану речей. Якщо судження франчайзі виявляться вірним, інвестовані ним кошти принесуть очікуваний прибуток. Неправильне судження обернеться для нього збитками, які не завжди можна стягти з франчайзера. Якщо франчайзі доведе, що був обман з боку франчайзера, він зможе

вимагати від франчайзера повернення витрат. Однак таку вину довести буде дуже складно. Не в кращому становищі перебуває і франчайзер: франчайзі вже передано все ноу-хау, і припинення договору внаслідок визнання його недійсним зовсім не гарантує франчайзерові, що це ноу-хау не буде передано франчайзі третім особам. Щоб запобігти цьому Міжнародний інститут уніфікації приватного права в Римі (UNIDROIT) почав підготовку Типового закону про опублікування інформації про франшизу.

Відповідно до ст. 1115 ЦК України за договором франчайзингу одна сторона (правовласник) зобов'язується надати іншій стороні (користувачеві) за винагороду на строк або без визначення строку право використання в підприємницькій діяльності користувача комплекс виключних прав, належних правовласникові, в тому числі право на фірмове найменування і (або) комерційне позначення правовласника, на секретну комерційну інформацію, а також інші передбачені договором об'єкти виключних прав – знак для товарів і послуг тощо.

Договір франчайзингу передбачає використання комплексу виключних прав, ділової репутації і комерційного досвіду правовласника в певному обсязі (зокрема, з визначенням мінімального чи максимального обсягу використання) із зазначенням або без зазначення території використання стосовно певної сфери підприємницької діяльності (продаж товарів, одержаних від правовласника або вироблених користувачем, здійснення іншої торгової діяльності, виконання робіт, надання послуг). Сторонами в договорі франчайзингу можуть бути комерційні організації та фізичні особи, зареєстровані як індивідуальні підприємці.

Договір франчайзингу є оплатним, двостороннім та консенсуальним. У ЦК України (ст.1118) передбачається, що договір франчайзингу має бути укладений в письмовій формі, недодержання якої спричиняє недійсність договору. Договір франчайзингу реєструється органом, який здійснює реєстрацію юридичної особи або індивідуального підприємця, що виступає за договором як правовласник.

Необхідно вказати, що для розвитку франчайзингу в Україні існує низка перешкод: нечітка нормативно-законодавча база, яка не регулює багато згаданих вище питань, пов'язаних з франчайзингом; проблеми фінансово-кредитного характеру; відсутність необхідного інформаційного забезпечення; недостатня обізнаність підприємств щодо можливостей і особливостей такого способу ведення бізнесу, як франчайзинг. Щоб вирішити проблеми розвитку договору франчайзингу в Україні, необхідно зміцнити законодавчу базу шляхом прийняття Закону України “Про франчайзинг”, де передбачити перед-договірне регулювання відносин між франчайзером і франчайзі, особливості правового регулювання товарного, виробничого, ділового франчайзингів, а також крім субфранчайзингу доречно передбачити існування регіонального франчайзингу і франчайзингу, що розвивається.

В.Ф. Піддубна, аспірант
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ДО ПРОБЛЕМИ ВІДОКРЕМЛЕННЯ

РЕЛІГІЙНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ ВІД ДЕРЖАВИ

Правовий статус релігійних організацій в Україні має певні особливості, пов'язані з тим, що діяльність таких організацій повинна базуватися на принципі, закріпленому в ст. 35 Конституції України, а саме церква і релігійні організації в Україні відокремлені від держави, а школа – від церкви.

Чинний Закон України “Про свободу совісті і релігійні організації” розкриває зміст цієї конституційної норми. Держава не втручається у здійснювану в межах закону діяльність цих організацій; не фінансує їх діяльність; створює умови, за яких усі релігії, віросповідання, релігійні організації є рівними перед законом (ч. 4 ст.5).

Що стосується релігійних організацій, то вони не виконують державних функцій; не беруть участі в діяльності політичних партій; не фінансують виборчі компанії депутатів; не втручаються в діяльність інших не підпорядкованих їм релігійних організацій.

Принцип відокремлення держави від церкви в соціалістичному суспільстві базувався на суворому розмежуванні і взаємозалежності сфер діяльності держави і релігійних організацій, неприпустимості будь-яких правових, економічних чи політичних форм зв'язку.

Виходячи з цього в науковій літературі панівною стала точка зору про антагоністичний характер принципу відокремлення, який заперечує партнерство між державою і релігійними організаціями. Між тим можна відмітити, що деякі риси взаємодопомоги в цих відносинах вже проглядаються. У розвиток Закону України “Про свободу совісті і релігійні організації” були прийняті Указ Президента України від 4 березня 1992 р. № 125 “Про заходи щодо повернення релігійним організаціям культового майна” та розпорядження Президента України від 22 червня 1994 р. “Про повернення релігійним організаціям культового майна”. А також розпорядження Кабінету Міністрів України від 7 травня 1998 р. № 290 “Про поетапне повернення релігійним організаціям культових будівель, які не використовуються або використовуються не за призначенням”. Цим розпорядженням не лише вдосконалювався правовий механізм забезпечення поетапного повернення релігійним організаціям колишніх культових споруд, які використовувалися не за призначенням, а й передбачалася передача усього церковного майна, що було реквізовано у церкви.

Аналізуючи світовий досвід відокремлення релігійних організацій від церкви, зокрема в США, деяких з країн Західної Європи, можна дійти висновку, що воно характеризується нейтралітетом держави щодо релігійних інститутів, автономією релігійних організацій і держави в належних до їх компетенції питаннях, що не заперечує певної взаємодопомоги і взаємопідтримки в державно-конфесійних відносинах. У багатьох випадках держава прямо чи опосередковано фінансує ці організації, направляючи кошти на утримання лікарень, інтернатів, будівництво і реставрацію сакральних споруд. Таким чином, державно-конфесійні відносини мають здебільшого партнерський характер.

Відповідно до законодавства України релігійні організації є учасниками цивільних відносин, в зв'язку з чим з урахуванням принципу відокремлення постає питання, в якій мірі вони підпадають під цивільно-правове регулювання? Аналіз

чинного законодавства дає змогу виділити основні напрямки, в яких здійснюється це регулювання: виникнення релігійних організацій як юридичних осіб (реєстрація); виникнення права власності на певне майно, а саме передача у користування або повернення у власність цих організацій культових будівель і майна; створення умов для діяльності заснованих релігійними організаціями юридичних осіб.

З прийняттям нового ЦК України актуальним стає питання про правоздатність релігійних організацій і ті організаційно-правові форми, в яких вони можуть утворюватися.

Так, останнім часом з'являються пропозиції окремих правників щодо наділення цих організацій загальною правоздатністю, а також можливість їх утворення як установ або як товариств.

Вважаємо, що треба підходити до цих пропозицій більш виважено. Релігійні організації як учасники цивільних відносин мають спеціальну правоздатність, а питання про ті організаційно-правові форми, в яких вони можуть утворюватися, повинно вирішуватися спеціальним законодавством.

О.О. Сидоренко, аспірант

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ТА ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Одним із головних напрямків судово-правової реформи в Україні є прийняття нових кодексів, що регулюють майнові та немайнові відносини, засновані на юридичній рівності, тобто Цивільного кодексу України, Господарського кодексу України, Цивільно-процесуального кодексу України. Характерною рисою їх є закріплення вільного волевиявлення та майнової самостійності їх учасників. Наступним питанням порядку денного у законотворчій та правозастосовчій практиці є питання співвідношення зазначених кодексів як між собою, так і з чинними ЦПК України та ГПК України, їх вплив на розробку нових процесуальних кодексів, оскільки саме вони повинні визначати головне у змісті останніх. Аналіз нового ЦК України та ЦПК України свідчить про наявність низки проблем, які виникнуть при їх застосуванні. Вкажемо деякі з них.

Як вбачається, головною рисою нового ЦК України є посилення диспозитивної засади у взаємовідносинах суб'єктів цивільних правовідносин. Так, ст. 6 ЦК України дозволяє сторонам у договорі відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини за власним розсудом. Диспозитивний характер цивільного законодавства має визначати і визначає головну рису цивільного судочинства та законодавства, що його регулює. Більше того, диспозитивна засада судочинства як головна його засада повинна визначати й інші його засади (змагальність, процесуальну рівноправність сторін). Тому деякі положення нового ЦПК викликають зауваження. Наприклад, звуженням сфери дії диспозитивності є виключення із переліку осіб, яким може бути заявлений відвід,

прокурора (ст.ст. 20, 21 нового ЦПК України); заборона об'єднання в одне провадження кількох вимог, які підлягають розгляду в порядку різного судочинства (ст. 16 нового ЦПК України). Спірним є і використання терміна “законні представники” (ст. 39 та ін.), оскільки інших представників не можна вважати незаконними.

Новий ЦК України та новий ЦПК України, безперечно, є суттєвим досягненням вітчизняних цивілістів, як вчених і практиків, так і законодавців. Однак, як і будь-які нові закони, вони викликають деякі питання і спричиняють труднощі у їх застосуванні. Однією з них є регулювання новим ЦПК України питання гласності та відкритості судового розгляду (ст. 6). Як зазначено у частині першій цієї статті, “розгляд справ у всіх судах проводиться усно і відкрито”. Тобто у новому ЦПК України під гласністю судового розгляду розуміється усний розгляд справ, але це зовсім не так, оскільки усність визначає не характер процесу, а форму дослідження доказів у судовому засіданні. Викликає зауваження і правило частини дев'ятої цієї статті про оголошення у закритому судовому засіданні рішень по усіх справах, що розглянуті у закритих судових засіданнях.

Особливої уваги потребують питання юридичного стану фізичної особи, що регулюються новим ЦК України. Головна проблема викликана неоднаковою врегульованістю у ЦК і чинному ЦПК деяких питань. Так, ЦК України вносить плутанину у визначення виду провадження у справах про юридичний стан фізичних осіб. У справах про надання повної цивільної дієздатності (ст. 35), про обмеження цивільної дієздатності (ст. 36), про поновлення цивільної дієздатності фізичної особи, цивільна дієздатність якої була обмежена (ст. 38), про визнання фізичної особи недієздатною (ст. 39), про визнання фізичної особи безвісно відсутньою (ст. 43) та оголошення фізичної особи померлою (ст. 46). ЦК України вид провадження не визначає і обґрунтовано відсилає до порядку, передбаченого в ЦПК України. Разом з тим ст. 42 ЦК України встановлює правило, згідно з яким справа про поновлення цивільної дієздатності фізичної особи, яка була визнана недієздатною, розглядається у позовному провадженні, а скасування рішення суду про визнання особи безвісно відсутньою – в окремому провадженні (ст. 45 ЦК України). З наведеного випливає, що по тих справах, де порядок провадження не визначений, залишається такий порядок їх розгляду, як і був, тобто вони розглядаються у порядку окремого провадження. Вважаємо таке регулювання і непослідовним, і помилковим. Усі перелічені справи повинні розглядатись саме у порядку окремого провадження, оскільки суд розглядає по них не наявний спір про право цивільне, як у позовному провадженні, а можливий спір про юридичний стан фізичної особи, як у окремому провадженні. Звідси треба зауважити, що чинний ЦПК та новий ЦПК цю проблему вирішують цілком вірно.

Істотною для судової практики є і проблема переглядів судових постанов вищестоящими судами. Тільки Верховний Суд України не може фізично і ніколи не зможе переглянути у касаційному порядку рішення всіх судів України по кримінальних та цивільних справах. Не допомогли у цьому і зміни у ст. 320 чинного ЦПК України, згідно з якими об'єктом перегляду є тільки рішення і ухвали судів першої інстанції, які були предметом розгляду суду апеляційної інстанції, а також ухвали і рішення суду апеляційної інстанції. Ці зміни лише суттєво вплинули на можливості осіб, які брали участь у справі, та інших осіб оскаржити у касаційному

порядку судові постанови. Шлях до вирішення цієї проблеми полягає у поверненні другої, виключної форми перегляду судових постанов на обласний рівень. Проте це вже завдання не стільки цивільного процесуального права, скільки судоустрою. Новий ЦПК України не визначає суд, який буде касаційним, а відсилає правозастосувальників до Закону України “Про судоустрій України”. Тому пропонуємо внести зміни у цей Закон і передбачити утворення в апеляційних судах касаційних палат. У зв’язку з цим апеляційним судам потрібно повернути назву обласних, якими вони фактично є.

К.А. Гузе, аспірант
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ПИТАННЯ ПРАВОСУБ’ЄКТНОСТІ ПРЕДСТАВНИКА В СУДІ ЗА НОВИМ ЦПК УКРАЇНИ

Конституційні права та свободи людини і громадянина гарантуються (ст. 22 Конституції України). Серед гарантій прав і свобод кожного громадянина чільне місце займає судовий захист. У ст. 55 Конституції України проголошено, що кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Кожен має право на правову допомогу (ст.59 Конституції України).

Процесуальним засобом реалізації права на судовий захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави є інститут представництва у цивільному судочинстві. Цей інститут передбачає можливість сторонам, третім особам, особам, які відповідно до закону захищають права, свободи чи інтереси інших осіб, заявникам та іншим особам у справах окремого провадження (крім справ про усиновлення) брати участь у цивільній справі через представника.

У Ст. 112 чинного ЦПК України міститься перелік осіб, які можуть бути представниками, це:

1) члени органів управління, працівники державних підприємств, установ, організацій, колгоспів, інших кооперативних організацій, їх об’єднань – в справах цих підприємств, установ і організацій;

2) уповноважені професійних спілок – у справах осіб, захист прав і інтересів яких здійснюється професійними спілками;

3) уповноважені організацій, яким їх статутом чи положенням надано право представляти інтереси членів цих організацій – у справах членів цих організацій;

4) адвокати;

5) один із співучасників за дорученням інших співучасників;

6) інші особи, допущені судом, який розглядає справу, до представництва в даній справі.

У судовій практиці п. 6 цієї статті дещо звужено тлумачиться, у зв’язку з чим обмежується право осіб, які беруть участь у справі, мати конкретного представника.

На наш погляд, п. 6 ст. 112 ЦПК України передбачає можливість будь-якій особі, допущеної судом, який розглядає справу, бути представником по даній справі, крім осіб, які не досягли повноліття, над якими встановлено опіку або піклування; адвокатів, які прийняли доручення про надання юридичної допомоги з порушенням правил, встановлених законодавством України про адвокатуру, а також особи, виключені з колегії адвокатів; судді, слідчі, прокурори, крім випадків, коли вони діють як батьки, опікуни, піклувальники або як представники відповідного суду чи органу прокуратури, що є стороною в справі (ст. 116).

У новому ЦПК питання про правосуб'єктність представників у суді вирішено дещо по-іншому. У ч. 1 ст. 40 нового ЦПК України зазначено, що представником у суді може бути адвокат або інша особа, яка досягла вісімнадцяти років, має цивільну процесуальну дієздатність і належно посвідчені повноваження на здійснення представництва в суді.

Виходячи зі змісту ч.1 ст.40 ЦПК можна зробити висновок, що представником у цивільному процесі може бути лише фізична особа (громадянин), яка досягла повноліття, має цивільну процесуальну дієздатність, належним чином оформлені повноваження та не належить до категорії осіб, які не можуть виступати представником в суді (тобто осіб, які діють у цьому процесі як секретар судового засідання, перекладач, експерт, спеціаліст, свідок; судді, слідчі, прокурори не можуть бути представниками в суді, крім випадків, коли вони діють як представники відповідного органу, що є стороною або третьою особою в справі, чи як законні представники).

Правило ч. 1 ст. 40 нового ЦПК України про вікове обмеження, встановлене для представника (досягнення вісімнадцятиріччя), не узгоджується з законодавчим положенням про надання повної цивільної дієздатності неповнолітній фізичній особі.

Так, згідно зі ст. 35 ЦК України повна цивільна дієздатність може бути надана фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років і працює за трудовим договором, а також неповнолітній особі, яка записана матір'ю або батьком дитини.

Надання повної цивільної дієздатності проводиться за рішенням органу опіки та піклування за заявою заінтересованої особи та письмовою згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальника, а у разі відсутності такої згоди повна цивільна дієздатність може бути надана за рішенням суду.

Повна цивільна дієздатність може бути надана фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років і яка бажає займатися підприємницькою діяльністю.

За наявності письмової згоди на це батьків (усиновлювачів), піклувальника або органу опіки та піклування така особа може бути зареєстрована як підприємець. У цьому разі фізична особа набуває повної цивільної дієздатності з моменту державної реєстрації її як підприємця.

У разі припинення трудового договору, припинення фізичною особою підприємницької діяльності надана їй повна цивільна дієздатність зберігається.

Отже, можна зробити висновок, що особи, які набули повної цивільної процесуальної дієздатності й не досягли вісімнадцяти років, можуть особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки, а також бути представником у суді. В зв'язку з чим, на наш погляд, ч. 1 ст. 40 ЦПК України слід викласти у такій редакції: "Представником у суді може бути адвокат або інша

особа, яка досягла вісімнадцяти років, має цивільну процесуальну дієздатність чи набула її у встановленому законом порядку і належно посвідчені повноваження на здійснення представництва в суді, за винятком осіб, визначених у ст. 41 цього Кодексу”.

Н.Ю. Сакара, аспірант
*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

РОЗУМНИЙ СТРОК СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ ЯК ЕЛЕМЕНТ ДОСТУПНОСТІ ПРАВОСУДДЯ У ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ

Доступність правосуддя – це певний стандарт, який відображує вимоги справедливого та ефективного судового захисту і безперешкодного звернення будь-якої зацікавленої особи до суду. Одним з її елементів, який безпосередньо впливає з ч.1 ст. 6 Європейської конвенції про захист прав та основних свобод людини й є показником справедливості та ефективності судового захисту, є розумний строк судового розгляду.

Повільність та недодержання строків розгляду цивільних справ як перешкода у доступі до правосуддя виділялася вченими-процесуалістами різних часів і є характерною майже для всіх країн світу. Про це свідчать, перш за все, статистичні дані, які наводилися в межах руху “За доступ до правосуддя”, започаткованого М.Каппеллетті та Б.Гартом, а також звернення до Європейського суду з прав людини з приводу порушення ч.1 ст. 6 Європейської конвенції в контексті недодержання розумного строку судового розгляду.

Причини повільності розгляду цивільних справ можуть бути різними: об’єктивними (недостатність суддів, надмірне навантаження суддів, погане матеріально-технічне оснащення судів й ін.) та суб’єктивними (несвоєчасне надання доказів, умисна затримка розгляду справи з боку сторін, недобросовісне ставлення до справи суддів, низька кваліфікація тощо).

Питання про скорочення та дотримання строків розгляду цивільних справ може вирішуватися по-різному. Так, у США цьому сприяють деякі процедури: спрощене провадження за відсутності між сторонами спору про фактичні обставини справи (ст. 56 Федеральних правил цивільного судочинства), досудові наради між судьями та адвокатами, які сприяють з’ясуванню позицій сторін та укладенню мирових угод, розділ та послідовне вирішення питання про відповідальність боржника в принципі й лише потім при позитивній відповіді – про розмір стягнення.

У Німеччині однією з форм, що має за мету скорочення надмірної тривалості судочинства, є так звана штутгартська модель судочинства. Вона полягає в тому, що суддя на першому засіданні дає сторонам мотивовану рекомендацію досягти згоди, відмовитися від позову або визнати його. Якщо рекомендації не враховані, суд досліджує докази, заслуховує адвокатів та формує попереднє

рішення, з приводу якого сторони мають право висловитися. Після цього протягом тижня суд виносить остаточне рішення.

У Франції з 1977 р. заснована посада судді-посередника, до якого можна звертатися для розв'язання різних спорів. Вони діють за спрощеними процедурами, намагаючись головним чином досягти примирення сторін.

Розповсюдженими способами скорочення строків розгляду деяких категорій цивільних справ є створення спеціалізованих судів (наприклад, суди малих вимог у США, торгові, трудові та паритетні трибунали у Франції), використання інституту арбітражу, спрощений порядок розгляду деяких категорій справ (так зване наказне провадження у Росії, Франції, Італії, Японії), процедура винесення заочного рішення при неявці однієї зі сторін (Росія), використання примирливих процедур та ін.

Поняття “розумний строк судового розгляду” не має чіткого визначення ні в міжнародному, ні в національному законодавстві. Європейський суд з прав людини при розгляді скарг на порушення цієї вимоги вирішував два основні питання: який саме період слід брати до уваги та чи був такий період розумним у контексті ч.1 ст. 6 Європейської конвенції. Щодо першого питання, практика Європейського суду однозначно підкреслює необхідність брати до уваги весь період провадження, який починається з моменту подання позову до суду, але, як було зазначено у справі Голдер проти Сполученого Королівства, може розраховуватися і з більш раннього моменту, коли, наприклад, попередня адміністративна процедура обов'язково має передувати такому поданню і закінчується, як впливає зі справи Нуутінен проти Фінляндії, стадією виконання судового рішення. Розумність тривалості судового провадження слід оцінювати у світлі обставин справи та критеріїв, встановлених Судом у своїй практиці, зокрема, беручи до уваги складність справи, поведінку заявника та відповідних органів державної влади, а також значущість для заявника даного питання або особливе становище сторони у цивільному процесі.

У ч.1 ст. 157 нового ЦПК України передбачає, що суд повинен розглядати справи протягом розумного строку, однак не закріплює, з яких саме критеріїв суд повинен виходити при його встановленні. З урахуванням практики Європейського суду з прав людини, на, наш погляд, ч.1 ст. 157 нового ЦПК України доцільно викласти у такій редакції: “Суд розглядає справи протягом розумного строку, який визначається виходячи з обставин кожної конкретної справи при врахуванні її складності, поведінки заявника та відповідних органів влади, значущості питання, що вирішується, для заявника, але не більше двох місяців з дня надходження заяви до суду, а справи про поновлення на роботі, про стягнення аліментів – одного місяця”.

Новий ЦПК України закріпив декілька процедур (попереднє судове засідання, наказне провадження, винесення заочного рішення), які слід оцінити як значний крок на шляху забезпечення розумного строку судового розгляду. Однак, вважаємо, цього недостатньо. Уявляється доцільним конкретизувати положення ст. 56 Конституції України, пп. 6, 7 ст. 1176 ЦК України й окремо врегулювати питання про можливість відшкодування шкоди сторонам, спричиненої незаконними діями або бездіяльністю суддів, у тому числі недодержанням розумних строків судового розгляду, що буде слугувати додатковою гарантією доступності правосуддя.

Враховуючи досвід законодавчої та судової практики Російської Федерації (положення п.2 ст. 1070 ЦК РФ, постанову Конституційного Суду РФ від 25.01.2001 р. № 1-П у справі про перевірку конституційності положень п.2 ст. 1070 ЦК РФ) пропонуємо доповнити ЦК України статтею такого змісту: “Шкода, спричинена порушенням права на справедливий судовий розгляд незаконними винними діями або бездіяльністю суддів, відшкодовується державою в повному обсязі”.

О.Ю. Грошева, здобувач
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ВЧИНЕННЯ ВИКОНАВЧИХ НАПИСІВ У НОТАРІАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Згідно з Законом України “Про нотаріат” нотаріальні органи володіють достатньо широкою компетенцією. Так, нотаріусами України посвідчуються правочини (договори, заповіти, довіреності, шлюбні контракти та ін.); вживаються засоби для охорони спадкового майна; видаються свідоцтва про: право на спадщину; право власності на частку у спільному майні подружжя; придбання житлових будинків з прилюдних торгів та ін.

У теорії нотаріального процесу всі нотаріальні дії підрозділяються на чотири групи, спрямовані на: 1) посвідчення безспірного права; 2) посвідчення безспірного факту; 3) придання виконавчої сили платіжним обов’язкам та борговим документам; 4) забезпечення охорони спадкового майна та документів.

Одним із важливих видів нотаріальних дій є вчинення нотаріусами виконавчих написів, які є формою захисту порушеного суб’єктивного права. У відповідності зі ст. 18 ЦК України нотаріус здійснює захист цивільних прав шляхом вчинення виконавчого напису, який є виконавчим документом (ст. 3 Закону України “Про виконавче провадження”).

За Законом України “Про нотаріат” вчинення виконавчих написів здійснюється за наявності відповідних умов, а саме:

1) надані документи повинні стверджувати безспірність заборгованості або іншої відповідальності боржника перед стягувачем (ст. 88 Закону України “Про нотаріат”);

2) виконавчі написи можуть вчинятися у випадках, передбачених Переліком документів, за яким стягнення здійснюється в безспірному порядку, затвердженому постановою Кабінету міністрів України від 29.06.1999 р. за № 1172 (ст. 87 Закону України “Про нотаріат”), а саме за: нотаріально посвідченими правочинами; підставами, що впливають з авторського права; документами, що встановлюють заборгованість батьків за утримання дітей у дитячих установах; стягнення заборгованості за орендною платою за користування державним та комунальним майном, стягнення за чеками, векселями, опротестованими у встановленому законом порядку тощо;

3) строк для вчинення виконавчих написів складає три роки. Якщо для вимоги, за якою видається виконавчий напис, законом встановлений інший строк давнини, виконавчий напис учиняється у межах цього строку (ст. 88 Закону України

“Про нотаріат”).

Аналіз свідчить, що в основному захист цивільних прав віднесений до компетенції суду (ст. 16 ЦК України). Крім того, захист цивільних прав у межах своєї компетенції можуть здійснювати Президент України та інші органи державної влади (ст. 17 ЦК України). На практиці в основному захист цивільних прав здійснюють суди та нотаріуси. Порівнювальний аналіз повноважень судів та нотаріусів по захисту цивільних прав, визначених ст.ст. 16 та 18 ЦК України, дозволяє зробити висновок про те, що суд є універсальним інструментом захисту цивільних прав, оскільки може здійснити захист будь-яких цивільних прав практично будь-яким способом. Нотаріус же може здійснити тільки захист вузького кола цивільних прав і тільки шляхом вчинення виконавчих написів. Ураховуючи це, слід відмітити, що у вказаних випадках передбачена альтернативна юрисдикція судів та органів нотаріату.

У зв'язку з прийняттям нового ЦПК України, який вступає в силу з 1 січня 2005 р., особливий інтерес становить порівняння нотаріального провадження по вчиненню виконавчих написів із наказним провадженням, передбаченим ст.ст. 95 – 106 нового ЦПК України, яке становить собою новелу в процесуальному законодавстві.

Наказне провадження має велику схожість із нотаріальним провадженням по вчиненню виконавчих написів, а порядок видачі судового наказу в цілому збігається з порядком вчинення виконавчих написів. Однак наказне провадження має п'ять суттєвих відмінностей від нотаріального провадження по вчиненню виконавчих написів:

- за змістом Закону України “Про нотаріат” виконавчий напис вступає в силу негайно з моменту її вчинення, а згідно ст. 105 нового ЦПК України судовий наказ вступає в силу у випадку, якщо не надійде заяви від боржника про скасування судового наказу протягом трьох днів із дня закінчення строку для подання такої заяви;

- нотаріус не зобов'язаний повідомляти боржника про вчинення у відношенні нього виконавчого напису. В той же час згідно зі ст. 104 нового ЦПК України суд повідомляє боржника про видачу судового наказу і направляє боржнику копію судового наказу разом із копіями заяви стягувача та долучених до нього документів;

- боржник не наділений правом надавати нотаріусу свої заперечення відносно вчиненого виконавчого напису, оскільки вчинений виконавчий напис вступає в силу негайно. Боржник тільки має право в подальшому оскаржити виконавчий напис. За ст. 106 нового ЦПК України боржник має право надати заяву про відміну судового наказу;

- виконавчий напис може бути скасований судом за скаргою боржника тільки у випадку, якщо вимоги стягувача до боржника є безпідставними. За ст. 106 нового ЦПК України заява боржника про відміну судового наказу, що надана своєчасно, є безумовною підставою для його скасування, незалежно від причин та підстав, за якими боржник просить скасувати судовий наказ;

- відмова у вчиненні виконавчого напису може бути оскаржена в судовому порядку. Відмова суду в прийнятті заяви про видачу судового наказу (ст.ст. 100 і 101 нового ЦПК України) так, як і скасування судового наказу (ст. 106 нового ЦПК

України), не можуть бути оскаржені. У цих випадках заявник (стягувач) має право звернутися з відповідним позовом до боржника.

Ю.В. Хорт, *магістр*
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ЩОДО ВДОСКОНАЛЕННЯ СТ. 126 ГОСПОДАРСЬКОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Процеси концентрації виробництва і капіталу, що відбуваються на сучасному етапі, обумовили виникнення різних об'єднань юридично самостійних суб'єктів, пов'язаних відносинами економічної залежності. Такі об'єднання в законодавстві та правовій доктрині мають різні назви: “пов'язані особи”, “афілійовані компанії”, “залежні товариства”, “групи компаній” або просто “групи”.

При визначенні групи до уваги береться здійснюваний у будь-якій формі контроль одних осіб над іншими. Під контролем розуміють можливість управління фінансовою та господарською політикою компанії з тим, щоб отримувати користь від її діяльності.

Відносини фінансової залежності вже знайшли своє закріплення в законодавстві розвинутих країн, а нещодавно і в законодавстві України.

Відповідно до ст.118 ЦК України господарське товариство є залежним, якщо іншому (головному) господарському товариству належать 20% (або більше) простих акцій акціонерного товариства. Як бачимо, законодавець, визначаючи залежне господарське товариство, використовує кількісний критерій. Крім того вказується, що залежними можуть бути тільки товариство з обмеженою або додатковою відповідальністю та акціонерні товариства.

У Господарському кодексі України деталізуються норми ЦК України, що визначають залежні особи, вказуються різновиди залежності: проста (виникає у разі, якщо одне з підприємств має можливість блокувати прийняття рішень іншим (залежним) підприємством) та вирішальна (виникає у разі, якщо між підприємствами встановлюються відносини контролю-підпорядкування за рахунок переважної участі контролюючого підприємства в статутному фонді іншого (дочірнього), в тому числі через володіння контрольним пакетом акцій).

Як бачимо, поняття “афілійовані” і “залежні” юридичні особи є по суті тотожними, оскільки вони визначають взаємовідносини між двома або більшим колом суб'єктів господарювання, які засновані на різних формах залежності та контролю. А тому ці поняття повинні знайти свою одноманітність шляхом приведення у відповідність ЦК України та ГК України.

Відносини залежності виникають і при створенні холдингів. Холдингова компанія – це різновид групи осіб вертикальної побудови, в якій один з учасників володіє контролем над іншими. Комерційні організації, які входять до складу холдингу, не втрачають своєї юридичної самостійності, а холдингова компанія як сукупність організацій не набуває статусу юридичної особи. Разом з тим існує економічна залежність підприємств холдингу. Це виявляється у тому, що дії

учасників холдингу визначаються волевиявленням головної компанії. Інакше кажучи, між ними повинні існувати відносини влади та підпорядкування або субординації.

Законодавче закріплення холдингової компанії міститься у ч.5 ст.126 ГК України. Нею визнається суб'єкт господарювання, який володіє контрольним пакетом акцій дочірнього підприємства(підприємств).

Проте це визначення є не досить вдалим.

По-перше, це стосується вживання категорії “суб'єкт господарювання”. Так, відповідно до ч. 2 ст. 55 ГК України суб'єктами господарювання можуть бути філії, представництва, інші відокремлені підрозділи. Яким чином вони можуть здійснювати контроль над юридичними особами, якщо самі не мають юридичної самостійності та є підконтрольними, є не зрозумілим. Крім того до суб'єктів господарювання відносять фізичних осіб, які здійснюють господарську діяльність. Проте компанія і підприємець, на наш погляд, це різні явища. Таким чином, термін “суб'єкт господарювання” потрібно замінити на термін “юридична особа”.

По-друге, не зовсім виправданим є закріплення лише єдиного можливого варіанта здійснення контролю холдингової компанії над дочірньою через володіння контрольним пакетом акцій. До того ж залишається невизначеним розмір контрольного пакета акцій.

При вирішенні цієї проблеми, перш за все, потрібно виходити з економічної суті холдингів, яка полягає не стільки у володінні контрольним пакетом акцій, скільки у здійсненні контролю над іншими підприємствами.

Таким чином, слід розширити перелік підстав, за яких встановлюється контроль холдингової компанії над дочірньою. До них відносять:

– наявність переважної участі у статутному фонді та/або загальних зборах чи інших органах управління дочірнього підприємства, зокрема володіння контрольним пакетом акцій;

– укладення договору про підпорядкування керівництва одного підприємства (дочірнього) керівництву іншого – контролюючого (материнського). Доцільність закріплення цієї підстави обумовлюється також тим, що проектом Закону “Про холдингові компанії в Україні” № 3350 передбачається створення договірних холдингів.

По-третє, залишається невизначеним правовий статус дочірніх підприємств. У зв'язку з цим виникають питання, чи є ця структура самостійною організаційно-правовою формою комерційних юридичних осіб поряд з іншими, чи це “вторинна кваліфікація”, пов'язана з оцінкою ступеня контролю, який може поширюватися і на господарські товариства, і на унітарні підприємства.

На підставі викладеного можна запропонувати таке визначення холдингової компанії. Холдингова компанія – це юридична особа, яка здійснює контроль над дочірнім підприємством за рахунок переважної участі у статутному фонді та/або загальних зборах чи інших органах управління дочірнього підприємства, договору між холдинговою компанією та дочірньою про підпорядкування останньої.

ЗАКОНОДАВСТВО У СФЕРІ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

Як відомо, здійснюючи права людини у приватній сфері, особа може вступати у відносини міжнародно-приватно-правового характеру, що включають у себе іноземний елемент, коли суб'єкт, об'єкт чи юридичний факт мають іноземні характеристики. Розширення міжнародних зв'язків у приватній сфері, інтеграційні процеси, схильність до яких проголошується та начебто схвалюється Україною стосовно Європи в цілому і Євроатлантичних структур, зокрема, глобалізація світових ринків, намір України щодо проникнення у ВТО, схильність вітчизняних громадян до налагодження економічних, трудових, особистих зв'язків з іноземними юридичними і фізичними особами і державами тощо, сприяють зростанню взаємодії між особами, народами, націями, державами, що здійснюється всупереч державним кордонам і відстаням. Очевидно, що подібні взаємозв'язки повинні проходити правовими коридорами, для чого особливо важливо на національному рівні існування комплексу взаємоузгоджених, стабільних, адекватних сучасному стану міжнародної приватної активності норм для їх регулювання.

Відповідно до п. 9 ст. 92 Конституції України встановлено, що основи зовнішніх відносин регулюються виключно законами України. Однак насправді такого бажаного для міжнародного приватного права, гарантованого Конституцією, встановленого як для самих суб'єктів правовідносин у приватній сфері з іноземними характеристиками, так і для юристів-практиків, а також юрисдикційних і інших правозастосовчих органів, регулювання на законодавчому рівні в Україні марно шукати, що можна пояснити так.

Після набрання чинності з 1 січня 2004 р. Цивільного кодексу України, Цивільний кодекс УРСР 1963 р. втратив чинність, а разом із цим і норми, що містилися в ньому, і були присвячені колізійному регулюванню право- і дієдатності іноземців і осіб без громадянства, іноземних підприємств і організацій, а також визначенню права для регулювання угод, зобов'язань, доручень, позовної давності, праву власності, спадкування тощо. Натомість український законодавець не запропонував майже ніякої альтернативи, крім, напевне, норм Господарського кодексу України, один з розділів якого регулює зовнішньоекономічні відносини (часто всупереч спеціальному нормативному акту – Закону України про зовнішньоекономічну діяльність) і норм Сімейного кодексу України, що прийшов на зміну Кодексу про шлюб та сім'ю 1969 р., розд. VI якого присвячено регулюванню прав і обов'язків іноземців і осіб без громадянства в сімейних відносинах, а також питанням реєстрації, розірвання шлюбів, визнання їх недійсними, визнанню батьківства, усиновлення, опіки і піклування тощо з іноземним елементом.

І хоча на законодавчому рівні, а саме у Кодексі законів про працю, Цивільно-процесуальному кодексі, Земельному кодексі, законах України Про правовий статус іноземців, Про нотаріат, Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів, Про міжнародний комерційний арбітраж і деяких інших містяться норми, присвячені регулюванню окремих аспектів міжнародного

приватного права, однак комплексного, узгодженого, гармонічного регулювання питань вирішення колізій у зазначеній сфері в Україні немає.

Таким чином, у сучасних законодавчих умовах правове регулювання міжнародного приватного права має фрагментарний, неповний, неадекватний характер. Воно не встановлює конкретні засади правового регулювання відносин приватного характеру в міжнародній сфері, не вирішує конкретні питання застосування колізійних і матеріальних норм вітчизняного й іноземного правопорядків (надімперативні норми, застереження про публічний порядок, кваліфікація, взаємність, зворотне відсилання та відсилання до права третьої країни, обхід закону та ін.) і, крім того, не встановлює колізійних норм щодо вирішення питань дієздатності фізичних і юридичних осіб, правочинів, права інтелектуальної власності й речових прав, договорів, зобов'язань із заподіяння шкоди й інших не договірних зобов'язань, спадкування і багатьох інших, що пов'язані з іноземним елементом.

Все це лише негативно позначається на міжнародних контактах у приватній сфері окремих фізичних і юридичних осіб, а також держави, через:

- відсутність відповідного механізму уникнення колізій з іноземним елементом;
- майже повну відсутність законодавчих орієнтирів щодо пошуку нормативного матеріалу для вирішення спорів з іноземними характеристиками;
- унеможливлення провадження повноцінних зв'язків на рівні міжнародних приватних відносин;
- компрометацію позиції української держави як “правової” і “європейської”, що не здатна навіть створити юридичні умови для забезпечення розвитку і гармонії міжнародних відносин на приватному рівні у міжнародній сфері;

Як бачимо, подібна катастрофічна ситуація повинна бути якнайшвидше переглянута з метою забезпечення власних прав та інтересів громадян у їх взаємозв'язках з іноземними контрагентами на рівні національного законодавства у сфері міжнародного приватного права.

В.С. Хачатарян, здобувач

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ДОГОВОРИ ПРО ПРАВОВУ ДОПОМОГУ ЯК ПРАВОВИЙ ЗАСІБ ПОДОЛАННЯ КОЛІЗІЙ

Відмінності у правовому регулюванні однакових шлюбно-сімейних, спадкових, деліктних відносин та відносин власності у праві різних країн є підставою виникнення колізій, які, у свою чергу, обумовлюють появу “шкудильгаючих відносин”. Останні можуть виникнути у будь-яких сферах зазначених відносин. Таким чином, необхідність їх подолання обумовила прагнення держав до уніфікації колізійних норм, потрібних для врегулювання вказаних відносин, що ускладнено “іноземним елементом”.

У законодавстві України існує значна прогалина щодо врегулювання колізійних питань, які виникають у сфері міжнародного приватного права. Так, розд. 8 Цивільного кодексу України 1963 р. (втратив чинність) передбачав врегулювання низки колізійних питань, що виникають у разі присутності “іноземного елемента” в цивільних відносинах. У новому ЦК України 2003 р. взагалі відсутні норми, метою яких є подолання колізій міжнародного приватного права. Вирішення їх передбачалося у проекті Закону України “Про міжнародне приватне право”, який все ще залишається проектом. Серед міжнародних актів, за допомогою яких вирішуються зазначені колізії, значне місце займають договори про правову допомогу.

Україна бере участь у багатьох договорах, що водночас врегульовують питання про правову допомогу як по цивільних, так і по кримінальних справах. Однак низка таких договорів лише встановлює загальні засади правового захисту, та не розв’язує самі колізійні питання. Прикладом останніх є договори про надання взаємної правової допомоги між СРСР та Алжиром, Україною та Іраком, Україною та Гонконгом. Такі договори присвячено лише загальним питанням правової допомоги процесуального характеру, у їх змісті йдеться, зокрема, про вручення документів, виконання судових доручень щодо окремих процесуальних дій (допиту свідків, сторін, експертів) тощо.

Україна є учасницею 28 договорів про правову допомогу по цивільних справах, при цьому 16 договорів вона уклала вже в період своєї незалежності, а за 12 договорами вона є правонаступницею СРСР відповідно до ст. 7 Закону України “Про правонаступництво України”. Україна є також учасницею регіональної Конвенції (укладеної в межах країн СНД) про правову допомогу.

Чинні двосторонні договори України з іноземними країнами про правову допомогу по цивільних справах не є однотипними за структурою та переліком питань, які вони покликані врегулювати. Умовно такі договори можна поділити на три типи:

– договори, зміст яких складається водночас як з матеріальних, так і з колізійних норм, які вирішують ті чи інші колізійні питання у сфері цивільних відносин (так було складено договори про правову допомогу між СРСР та Албанією, між СРСР та Румунією, між СРСР та Німеччиною, між Україною та Македонією, Україною та Туреччиною, Україною та Естонією, Україною та Латвією, Україною та Польщею, СРСР та Румунією, Україною та Узбекистаном. Так названі договори врегульовують колізійні питання в сфері сімейного права, права власності та інших речових прав, спадкового права, та відносин, що виникають з деліктних зобов’язань тощо.

Окремі договори обмежуються лише питаннями загального характеру, пов’язаними з особистим статусом особи як суб’єкта цивільних відносин, а щодо спеціальних питань обмежуються лише врегулюванням окремих колізій у галузі сімейного та спадкового права (між СРСР та Болгарією, СРСР та Фінляндією, СРСР та Югославією, СРСР з Албанією, СРСР з Німеччиною, СРСР та Кореєю, СРСР та Польщею, СРСР та Угорщиною, СРСР та Югославією

Договір СРСР з В’єтнамом, СРСР та Кубою, СРСР та Монголією залишили поза межами регулювання колізійні питання права власності. Договори між СРСР та Грецією, СРСР та Кіпром врегулювали лише окремі колізійні питання в галузі

спадкового права;

– договори, у змісті яких взагалі не розглядаються колізійні питання в тих чи інших сферах цивільних правовідносин, а, отже, у яких є відсутні відповідні колізійні норми (договори про правову допомогу між СРСР та Сирією, СРСР та Тунісом, СРСР та Єменом, СРСР та Італією, Україною та Монголією, Україною та Грецією, Україною та Китаєм, Україною та Угорщиною).

Вважаємо, що найбільш ефективним правовим засобом подолання колізій у сфері міжнародного приватного права та попередження “шкунтильгаючих” відносин є укладення з іноземними державами договорів про правову допомогу по цивільних справах. У зв’язку із цим доцільною є розробка типового договору про правову допомогу, у змісті якого обов’язково повинна вирішуватися низка колізійних питань приватного права. Використання останнього при укладенні договорів про правову допомогу по цивільних справах з іноземними країнами позитивним чином вплине на якісний показник самого процесу уніфікації та дозволить упорядкувати певні групи відносин у сфері міжнародного приватного права.

Ю.Є. Атаманова, асистент

Національна юридична академія України

ім. Ярослава Мудрого

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВА УНІФІКАЦІЯ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: НАПРЯМКИ ТА СТУПІНЬ ЗАЛУЧЕННЯ УКРАЇНИ ДО ЦЬОГО ПРОЦЕСУ

За умов активізації міжнародної співпраці, світових інтеграційних процесів та інтенсифікації обміну інформаційними товарами питання міжнародно-правового регулювання у сфері інтелектуальної власності набувають особливого значення. Серед них чи не найголовніше місце належить проблемі уніфікації.

Традиційно в рамках інституту інтелектуальної власності виділяють авторське право та суміжні права і право промислової власності, за якими звичайно й здійснюють класифікацію міжнародно-правових договорів щодо прав інтелектуальної власності, а детальніше – за конкретними видами об’єктів виключних прав. Вважаємо, що не менш значущим може стати й інший поділ розглядуваних міжнародних актів – за критерієм основних функцій права: регулятивно-статичної, регулятивно-динамічної та правоохоронної. На нашу думку, слід виділити три основні категорії питань правового регулювання відносин з інтелектуальної власності міжнародним приватним правом: 1) питання з визнання прав на результати інтелектуальної творчої діяльності; 2) питання з укладання угод щодо майнових прав на об’єкти інтелектуальної власності (зобов’язальні відносини); 3) питання захисту прав на об’єкти інтелектуальної власності.

Однак усі ратифіковані Україною міжнародно-правові конвенції з інтелектуальної власності мають своїм основним предметом лише питання визнання виключних прав на конкретні інтелектуальні об’єкти. Питання ж регулювання та забезпечення міжнародно-правового простору для обороту

інтелектуальних продуктів, гарантування додержання прав їхніх володільців у цьому процесі, а також порядку захисту прав інтелектуальної власності ще залишаються поза полем міжнародно-правової уваги України, тому гідна участь держави у світовому розвитку та торгівлі за сучасних умов не уявляється можливою. Таким чином, міжнародно-правова уніфікація у сфері інтелектуальної власності проведена Україною лише на вихідному рівні – на рівні відносин з визнання прав на результати інтелектуальної творчої діяльності.

Основні положення найважливіших міжнародних актів з питань інтелектуальної власності, ратифікованих Україною, можна класифікувати на декілька груп за спрямованістю та рівнем уніфікації процедур визнання прав на інтелектуальні об'єкти:

1) визнання прав на об'єкти інтелектуальної власності, що виникли в іншій країні – учасниці міжнародної угоди, та надання їм охорони без проходження обов'язкових державних чи міжнародних формальних процедур (Бернська конвенція з охорони літературних та художніх творів 1886 р., Всесвітня конвенція про авторське право 1952 р., Договір ВОІВ про авторське право 1996 р., Римська конвенція з охорони прав виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення 1961 р., Женевська конвенція про охорону інтересів виробників фонограм від незаконного відтворення їхніх фонограм 1971 р., Договір ВОІВ про виконання та фонограми 1996 р.);

2) збереження національних процедур реєстрації прав інтелектуальної власності з закріпленням принципу національного режиму щодо визнання та охорони виключних прав громадян інших договірних держав або осіб, які мають на їх території постійне місце проживання або знаходження (Паризька конвенція з охорони промислової власності 1883 р., Міжнародна конвенція по охороні нових сортів рослин 1961 р.);

3) узгодження патентних процедур країнами – учасницями конвенцій шляхом введення в їх рамках єдиних міжнародних інститутів, результати діяльності яких визнаються договірними державами, й одночасне збереження національних інститутів з дією внутрішнього законодавства на стадіях вирішення питання про реєстрацію об'єкта інтелектуальної власності та видачі охоронного документа по суті (Договір про патентну кооперацію 1970 р., Будапештський договір про міжнародне визнання депонування мікроорганізмів з метою патентної процедури 1977 р.);

4) введення міжнародних систем реєстрації та охорони прав інтелектуальної власності в повному обсязі (Мадридська угода про міжнародну реєстрацію знаків 1891 р., Лісабонська угода про захист прав позначень місця походження виробів та їх міжнародну реєстрацію 1958 р., Гаазька угода про міжнародну реєстрацію промислових зразків 1960 р., Євразійська патентна конвенція 1994 р.);

5) уніфікація національного законодавства у сфері охорони інтелектуальної власності договірних держав (Мадридська угода про санкції за неправдиві та неправомірні позначення походження виробів 1891 р., Брюссельська Конвенція про розповсюдження сигналів, що несуть програми, які передаються через супутники 1974 р., Договір про закони о товарних знаках 1994 р., Мінська угода про заходи щодо попередження та припинення використання неправдивих товарних знаків та

географічних зазначень 1999 р.).

Вважаємо, що запропонована класифікація діючих в Україні міжнародно-правових договорів з інтелектуальної власності, з одного боку, може бути корисною для суб'єктів господарювання задля спрощення процесу розуміння змісту міжнародно-правових договорів та вирішення конкретних завдань щодо їх правозастосування, а з іншого – може стати слушною й з теоретичної точки зору при визначенні актуальних напрямків діяльності державних органів країни з питань правової політики в цій галузі.

Можна прогнозувати, що питання визнання, охорони та захисту прав на об'єкти інтелектуальної діяльності у зв'язку з інформаційним напрямком розвитку суспільства й надалі будуть актуалізуватися. Для України на даному етапі у сфері інтелектуальної власності найважливішими питаннями міжнародної уніфікації є проблеми створення сприятливих умов для участі в міжнародному обігу інтелектуальних продуктів вітчизняних правоволодільців, а також забезпечення додержання їх прав іншими суб'єктами, а в разі порушення – гарантування можливості їх реального захисту.

О.О. Щокіна, аспірант

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ФУНКЦІОНАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ РЕГУЛЮВАННЯ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО ОБОРОТУ ЗА ДОПОМОГОЮ ПРАВОВИХ ЗВИЧАЇВ МІЖНАРОДНОЇ ТОРГІВЛІ

Упорядкування міжнародного комерційного обороту як складної системи суспільних відносин здійснюється за допомогою різних регуляторів: зовнішньоекономічних контрактів, міжнародних договорів, національного законодавства, звичаїв міжнародної торгівлі. Особлива увага автора до звичаю міжнародної торгівлі зумовлена тим регулятивним значенням, яке має звичай у комерційному обороті, та, одночасно, його недостатньою вивченістю.

Правовий звичай міжнародної торгівлі вирізняється своїми функціональними особливостями, що пов'язані насамперед зі специфікою його формування. Він складається на основі однаково повторюваної поведінки учасників комерційних відносин різної державної належності. Правило, яке стало звичаєвим у такий спосіб, являє собою норму, здатну регулювати відносини необмеженого кола суб'єктів. Відповідно до загальноприйнятої в теорії права думки, висловленої В.С. Нерсесянцем, М.Н. Марченко, І.С. Зікінім та іншими вченими, правовий характер звичаєва норма набуває внаслідок санкціонування її державою, тобто надання їй у разі порушення примусового захисту. Однак зазначимо, що держава надає правовий характер тій нормі, яка вже об'єктивно склалася. Створювачами правових звичаїв є безпосередні учасники суспільних відносин. У сфері міжнародної торгівлі це підприємці, які, використовуючи у своїй договірній практиці певні форми взаємовідносин, сприяють їх перетворенню у звичаї.

На міжнародний комерційний оборот як на складну систему розповсюджується винайдений у кібернетиці закон, згідно з яким будь-яка складна система не може керуватися лише за допомогою приписаних із зовні правил. Для забезпечення ефективного функціонування і подальшого розвитку суспільних відносин зовнішнє регулювання має доповнюватися саморегулюванням. Таким засобом саморегулювання у міжнародному комерційному обороті виступає звичай міжнародної торгівлі, отже, він виконує *функцію саморегулювання*. На відміну від індивідуального контрактного регулювання звичай здійснює нормативне регулювання.

Державне впорядкування приватноправових відносин міжнародної торгівлі є переважно диспозитивним. Це пояснюється недоцільністю та неможливістю їх повної державної регламентації. В межах, визначених імперативними нормами, учасники правовідносин мають широку свободу договору, яка передбачає навіть можливість вибору правопорядку, що буде регулювати їх взаємовідносини. Найбільш вдалі форми комерційних відносин, поширюючись серед учасників міжнародної торгівлі, набувають характеру звичаєвих норм. Таким чином, звичай здатен виконувати *функцію первинного нормативного регулювання* нових відносин міжнародної комерції. Більш того, тоді як регламентування міжнародного комерційного обороту за допомогою національного законодавства здійснюється шляхом застосування норм, які, за деякими винятками, призначені для упорядкування внутрішньодержавних відносин, звичай міжнародної торгівлі є нормою, яка склалася спеціально для регулювання відносин міжнародної торгівлі. Замінюючи собою різноманітні приписи національних законодавств, звичай міжнародної торгівлі здійснює *функцію уніфікованого*, тобто однакового незалежно від “національності” суб’єктів, *регулювання*.

Завдяки механізму свого формування звичай краще інших правових норм пристосований до регулювання відносин міжнародної торгівлі, що постійно перебувають у динаміці. У порівнянні з ним інші джерела права, закріплюючи “застиглі” форми суспільних відносин, можуть заважати розвитку останніх. Коли перестає відповідати потребам торговельного обороту існуючий звичай, він витісняється передовою суспільною практикою, яка згодом набуває характеру звичаю. Отже, звичай у міжнародній торгівлі виконує ще й *функцію “оперативної” зміни регулювання*.

Таким чином, регулювання суспільних відносин за допомогою звичаю міжнародної торгівлі має певну специфіку, яка полягає у виконанні ним щодо міжнародного комерційного обороту таких функцій: саморегулювання, первинного нормативного регулювання нових відносин, “оперативної” зміни регулювання та уніфікованого регулювання.

Д.І. Погрібний, аспірант
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ПРО ЗМІСТ ПОНЯТТЯ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ

Питання щодо визначення таких термінів, як “корпоративні права”, “корпорація”, та пов’язаних з ними однокорінних понять залишаються сьогодні відкритими і є предметом дискусій серед вітчизняних науковців і серед іноземних фахівців.

Корпоративне право, як і будь-яке інше право, можна розглядати у двох аспектах: об’єктивному та суб’єктивному.

В об’єктивному розумінні *корпоративне право* – це сукупність правових норм, які регулюють відносини, що виникають у зв’язку з виникненням, функціонуванням та ліквідацією корпорацій. У суб’єктивному розумінні це є по суті право осіб вступати в об’єднання, створюючи таким чином нового суб’єкта права, а також право особи, яке випливає з членства (участі) суб’єкта у тій чи іншій корпорації.

До початку 90-х років ХХ ст., коли панувала монополія державної власності в країні і, відповідно, пануючою формою господарювання було державне підприємство, термін “*корпоративні права*” в радянському законодавстві не застосовувався.

Вперше термін “корпоративні права” вживається в Декреті Кабінету Міністрів України від 31.12.1992 р. „Про впорядкування діяльності суб’єктів підприємницької діяльності, створених за участю державних підприємств”, але будь-якого визначення цього терміна Декрет не дає. Дефініція вказаного терміна міститься в офіційному роз’ясненні Кабінету Міністрів України щодо застосування норм Декрету, згідно з яким під *корпоративними правами* слід розуміти права громадян на управління суб’єктами підприємницької діяльності та на отримання дивідендів відповідно до тієї частки, яку вони мають.

У свою чергу, ст.2 Закону “Про режим іноземного інвестування” від 19.03.1996 р. (в редакції від 11.06.2003 р.) визначає *корпоративні права* як права власності на частку (пай) у статутному фонді юридичної особи, створеної відповідно до законодавства України або законодавства інших країн.

Визначення корпоративних прав міститься також у Законі “Про оподаткування прибутку підприємств” (в редакції Закону № 1523-III (1523-14) від 02.03.2000), відповідно до п.1.8 ст.1 якого під *корпоративними правами* розуміють права власності на статутний фонд (капітал) юридичної особи або на його частку (пай), включаючи права на управління, отримання відповідної частки прибутку такої юридичної особи, а також активів у разі її ліквідації відповідно до чинного законодавства незалежно від того, чи створена така юридична особа у формі господарського товариства, підприємства, заснованого на власності однієї юридичної або фізичної особи, або в інших організаційно-правових формах.

Однак таке визначення корпоративних прав є, на нашу думку, неточним, оскільки приписує право власності на статутний фонд (капітал) його засновникам, тоді як при реєстрації такої юридичної особи саме вона стає власником внесків засновників (про це свідчить ст. 12 Закону “Про господарські товариства” від 19.09.1991 р. у редакції від 24.03.2004 р.).

Таким чином, загальною рисою для зазначених нормативних актів є визначення *корпоративних прав* як прав власності на частку (пай) в статутному фонді юридичної особи.

Слід зазначити, що нечіткість самого терміна “корпоративний”, що

походить від “corporatio” (лат. – спілка), викликає на практиці неоднозначне його тлумачення, коли йдеться про юридичну особу, яка створена лише одним засновником. Наприклад, приватне підприємство згідно з чинним законодавством може бути створено лише одним засновником (п.1 ст.113 Господарського кодексу України). Однак це ніяк не свідчить про те, що права такої особи (юридичної чи фізичної) щодо приватного підприємства не підпадають під визначення корпоративних прав.

Більш чітким і юридично правильним, на нашу думку, є визначення корпоративних прав, наведене у ч.1 ст. 167 Господарського кодексу України від 16.01.2003 р.: *“Корпоративні права – це права особи, частка якої визначена у статутному капіталі (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами”*.

Проте для уніфікованого тлумачення поняття корпоративних прав у змісті зазначеної норми було б доцільніше вказати не лише на господарську організацію, а й на *“підприємницьке товариство або юридичну особу в іншій встановленій законодавством організаційно-правовій формі”*.

Це визначення містить термін *“підприємницьке товариство”*. А чинним Цивільним кодексом України передбачено створення підприємницьких товариств однією особою. Так, у частині 2 ст. 114 ЦК України вказано: *“Господарське товариство, крім повного і командитного, може бути створене однією особою”*. У літературі така конструкція називається *“компанія однієї особи”*. У світовій практиці досить поширеним є досвід створення подібних компаній.

Таким чином, урахування законотворцем цих пропозицій при удосконаленні корпоративного законодавства сприяло б уникненню різних тлумачень та непорозуміння щодо можливості застосування цього терміна стосовно *“компаній однієї особи”*, створених відповідно до чинного законодавства України.

В.І. Кухар, здобувач

Національна юридична академія України

ім. Ярослава Мудрого

ДО ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕНОСТІ ПРАВОВОЇ ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ПОЛІТИКИ ДЕРЖАВИ

Україна має чималий досвід законодавчого врегулювання інвестиційних відносин. Однак безперечним є факт суспільного незадоволення кількісним і якісним станом інвестиційних процесів у країні. Дійсно, слід констатувати певну їх активізацію, пов'язану з загальним збільшенням ВВП та станом світової кон'юнктури, зокрема, на ринку металів. Проте досягнуті параметри не можуть бути визнані задовільними, бо за експертними оцінками для України необхідно близько 4 млрд прямих іноземних інвестицій на рік для забезпечення

довготривалого економічного зростання та утворення конкурентноспроможної економіки,

Безпрецедентна динаміка розвитку українського законодавства в галузі інвестиційних відносин демонструє, з однієї сторони, згоду законодавця аналізувати нагромаджений досвід та шукати інші шляхи досягнення поставлених цілей – максимального зростання економіки країни та структурної її перебудови відповідно до існуючих і реально можливих конкурентних переваг у масштабі світової господарської системи. Дванадцять років застосування законодавцем методу спроб і помилок є достатнім терміном для зрозуміння, що немає нічого практичнішого, ніж добра теорія. Саме тому питання про необхідність розробки концепції правової політики у галузі регулювання інвестиційних відносин є вкрай актуальним завданням для господарсько-правової науки.

Джерелом законодавчо закріпленої правової політики в цій сфері мають стати, по-перше, Господарський кодекс України, а по-друге, Програма розвитку інвестиційної діяльності на 2002 – 2010 роки, затверджена Постановою Кабінету Міністрів України від 28.12.2002 р. № 18.01. Однак слід звернути увагу не те, що Господарський кодекс України містить дві системно не об'єднані між собою глави, норми яких призначені безпосередньо регулювати інвестиційні відносини: глава 34 “Правове регулювання інноваційної діяльності” та глава 38 “Іноземні інвестиції”. Фактично слід говорити про врегулювання тільки двох, безперечно, дуже актуальних підсистем системи інвестиційних відносин, але вкрай недостатніх, що робить проблему регулювання останніх на кодифікаційному рівні вирішеною фрагментарно. Це об'єктивно суттєво знижує ефективність правового регулювання таких відносин.

Аналіз Програми розвитку інвестиційної діяльності на 2002 – 2010 роки дозволяє стверджувати, що функціонально цей документ не можна вважати програмою, яка містить системний виклад змісту правової політики держави у сфері інвестиційних відносин і має призначенням результативний стимулюючий вплив.

Основні принципи зауваження щодо змісту Програми полягають у такому.

1. Автори не визначились із моделлю державної інвестиційної політики, що передбачає ієрархію як цілей, так і засобів її реалізації. Програма не містить чіткого поділу її цілей на головні та залежні, постійні та етапні тощо.

2. Програма не визначає інвестиційні відносини як складне структуроване явище, що має специфіку реалізації в окремих сферах, галузях, а також певні внутрішні етапи реалізації; ці відносини поділяються за складом на достатньо велику кількість різновидів залежно від їх предмета, об'єкта, суб'єктного складу тощо.

3. У програмі методологічно не відпрацьовані диференціація та співвідношення цілей і засобів власне економічної політики як базової категорії та інвестиційної промислової політики як її специфічних складових.

4. Програма у своїй змістовній основі є, в першу чергу, переліком економічних заходів, що мають бути реалізовані організаційно і в правовій формі. Відповідно до цього кожний захід уряду, передбачений програмою, повинен мати чіткий організаційний та правовий механізм його реалізації. Правовими формами мають бути конкретні заходи щодо підготовки та внесення відповідних змін і

доповнень до існуючих нормативно-правових актів або пропозиція і підготовка необхідних нових.

5. Програма не містить аналізу стану та тенденцій розвитку світових інвестиційних процесів (потоків) на майбутній період, а також політики основних міжнародних фінансових інститутів, що відповідно дозволило б ставити реалістичні цілі та вживати ефективних заходів з урахуванням закордонного досвіду. Не можна ігнорувати той факт, що інтереси, з однієї сторони, держави – реципієнта іноземних інвестицій, а з іншої – іноземних інвесторів, які на серйозному рівні представлені іноземними ТНК, безпосередньо не збігаються. Тому перед державою, зокрема перед її законотворчими органами, в цьому аспекті існує складна і делікатна проблема: заохочення іноземних інвестицій має служити українським національним інтересам.

Слід визнати, що при достатньо об'ємному та розгалуженому поточному законодавстві щодо такого важливого сегмента економічних відносин, як інвестиційні відносини, Україна не має чіткої цілісної правової політики, якій би були підкорені всі законодавчо встановлені конструкції. Можливо, це одна з головних причин низької ефективності інвестиційного законодавства.

Щоб наблизитися до проблеми концептуального забезпечення розвитку інвестиційного законодавства та вирішення поставлених цілей правового регулювання, слід виходити з необхідності встановлення низки послідовно і системно пов'язаних категорій-феноменів: економічні функції держав – державна економічна політика – інвестиційна політика держави – модель державного регулювання інвестиційних відносин – правова ідеологія в галузі законодавчого регулювання інвестиційних відносин – правова політика в галузі законодавчого регулювання інвестиційних відносин – система правових засобів регулювання (стимулювання) інвестиційних відносин – публічно-правовий рівень та приватноправовий рівень – правові режими та правові механізми регулювання окремих типів інвестиційних відносин – систематизація інвестиційного законодавства.

І.Б. Чайкін, аспірант
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ЮРИДИЧНА КОНСТРУКЦІЯ “ІНТЕРЕС” У СТРАХУВАННІ

Чинний Господарський кодекс України (далі – ГК України) визначає страхування як діяльність спеціально уповноважених державних організацій та суб'єктів господарювання (страховиків), пов'язану з наданням страхових послуг юридичним особам або громадянам (страхувальникам) щодо захисту їх майнових інтересів у разі настання визначених законом чи договором страхування подій (страхових випадків) за рахунок грошових фондів, які формуються шляхом сплати страхувальниками страхових платежів. Отже, законодавець встановлює основну мету страхування як захист інтересу. Тотожну позицію відображає і Закон України

“Про страхування”. Так, у Преамбулі зазначено, що цей закон спрямований на посилення страхового захисту майнових інтересів підприємств, установ, організацій та громадян.

Через це юридична конструкція “інтерес” у страхуванні потребує подальшої розробки як одне з фундаментальних понять страхового права. Так, Ю.Б. Фогельсон навіть наполягає на необхідності відмовитися від юридичної конструкції “страховий ризик” на користь конструкції “страховий інтерес”. Свою позицію він обґрунтовує неоднозначністю розуміння терміна “ризик”. Він дає три значення ризику.

Перший варіант – витрати, втрата майна. Тут ризик виникає як наслідок настання страхового випадку.

Другий варіант – це самі страхові випадки, де термін “ризик” використовується в іншому значенні: подія, на випадок якої здійснюється страхування.

Третій варіант – зростання ризику. Тут термін “ризик” використовується в значенні можливості настання страхового випадку.

З іншої точки зору страховий інтерес виступає у двох взаємопов’язаних значеннях. Страхувальник завжди бажає зберегти цінність той чи іншої речі, отже, категорії “ризик” та “інтерес” взаємопов’язані.

Доцільність цих підходів слід ще ретельно вивчити, але й без цього значення категорії “інтерес” важливо не лише для страхування; ця категорія є загальнонауковою і визначається як потреба суб’єкта, що має суспільний характер.

Інтерес як об’єктивна категорія властивий кожному суб’єкту, являє собою потрібну в досягненні благ, передусім матеріальних, які є предметом інтересу.

В.І. Серебровський справедливо зазначає: “Без інтересу немає страхування”. Цей принцип зараз вже втратив своє універсальне значення, але при майновому страхуванні страховий інтерес є визначальним.

Важливість інтересу для страхування полягає в тому, що він є передумовою виникнення будь-яких правовідносин, пов’язаних зі страхуванням. Страховий інтерес існує, якщо обставини, що впливають на предмет інтересу, можуть завдати втрат зацікавленій особі, включаючи втрату прибутку.

З цього робимо висновок, що страхуються не речі матеріального світу, а пов’язаний з ними інтерес.

Однак не кожен інтерес можна застрахувати. Для цього він повинен мати ряд ознак.

По-перше, інтерес має бути майновим та чітко визначатися в грошовому еквіваленті. Це пов’язано з тим, що страховики беруть на себе зобов’язання відшкодувати не індивідуально визначену річ, а грошове покриття.

По-друге, страхуванню підлягає тільки інтерес суб’єктивний. Він полягає не в страхуванні майна самого по собі, це передусім інтерес певної особи. Страховий інтересант має бути чітко визначеним безпосередньо під час укладання договору, або має бути встановлено порядок та спосіб його визначення при настанні страхового випадку. Цим суб’єктивний інтерес відрізняється від об’єктивного, який існує незалежно від його власника.

По-третє, інтерес за своїм характером має бути законним, тобто визнаним з боку закону шляхом надання його носію суб’єктивного права як засобу задоволення

матеріального інтересу.

В.В. Кудрявцева, асистент
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ІНВЕСТИЦІЙНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ **ЯК ЛОГІЧНИЙ РЕЗУЛЬТАТ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА**

Інвестиційне законодавство України починаючи з 1991 р. пройшло шлях бурхливого розвитку, який, у свою чергу, був зумовлений як об'єктивними, так і суб'єктивними чинниками.

Одним з таких чинників слід визнати необхідність розвитку приватноправового компонента інвестиційних відносин, що включає в себе перш за все визначення складу інвестиційних правовідносин та їх видів у співвідношенні з категоріями цивільно-правового регулювання.

Неможливо стверджувати, що цей напрямок розвитку інвестиційного законодавства себе вичерпав. Слід зазначити, щонайменше, проблему чіткого визначення категорії інвестиційних договорів, або проблему розмежування прибуткового інвестування та інвестування некомерційного, що здійснюється без мети одержання прибутку тощо.

Паралельною тенденцією розвитку інвестиційного законодавства є опрацювання реєстраційно-стимулятивного публічно-правового інструментарію (що насамперед передбачає застосування до інвесторів та їх реципієнтів арсеналу державних гарантій, пільг) та підстав юридичної відповідальності за зловживання наданими пільгами.

Слід зазначити, що інвестиційне законодавство при всій динаміці його по відношенню до публічно-правових регуляторів, через які реалізовувалася державна інвестиційна політика, з самого початку виникло як комплексне за своїм складом. Так, починаючи з законів України “Про інвестиційну діяльність”, “Про іноземні інвестиції” тощо, нормативно-правові акти включали до свого складу як приватноправові, так і публічно-правові компоненти в інтересах цілісного, системного врегулювання такого важливого економічного явища, як інвестування та інвестиційна діяльність у цілому. Це дуже важлива властивість інвестиційного законодавства, що, у свою чергу, визначає його належність до господарського законодавства як до генеральної категорії.

Ще одним чинником розвитку інвестиційного законодавства слід визнати діалектичний процес спеціалізації – уніфікації цього законодавства.

Дійсно, в процесі розвитку цього законодавства відбулося поступове виділення в його межах інвестиційного законодавства – законодавства про режим іноземного інвестування, про режим інвестування з України, про інвестування в спеціальних (вільних) економічних зонах, на територіях з пріоритетним розвитком тощо. Розвивається законодавче регулювання, зокрема, інноваційної діяльності та інвестиційної діяльності органів місцевого самоврядування і держави.

Однак некерована тенденція до спеціалізації законодавства повинна

розглядатися як відцентрова сила, яка виштовхує у перспективі відповідні нормативно-правові акти за межі галузевої або підгалузевої належності, що утворює численні колізії, а отже, замість підвищення ефективності правового регулювання збільшує його конфліктність.

Об'єктивна необхідність уніфікації законодавства, яке тяжіє до неконтрольованої спеціалізації, полягає у стриманні відцентрової сили в межах певного галузевого поля. Уніфікація законодавства в цих умовах – це повернення його конструкції до загальних і принципівих дефінітивних і конструктивних засад.

Зрозуміло, що певні баланси між приватноправовими та публічно-правовими компонентами, між тенденціями до спеціалізації і в той же час до уніфікації правових норм та конструкцій може бути знайдено тільки шляхом постійних кодифікаційних законотворчих зусиль.

У цьому контексті тринадцятирічний досвід законодавчого регулювання інвестиційних відносин в Україні актуалізує питання про розробку Інвестиційного кодексу України. Як відомо, такі кодекси є в багатьох країнах світу. Враховуючи надзвичайні за змістом і масштабом завдання інвестиційного характеру, що стоять перед вітчизняною економікою, а також структурні перетворення, хвижацьке використання та зношення основних виробничих фондів, що характерно для вітчизняної практики приватизаційного і постприватизаційного режиму виробничої діяльності, інструментальні можливості інвестиційного законодавства надійно будуть затребувані. Кодифікація ж такого законодавства об'єктивно підвищує ефективність його застосування.

Важливою умовою кодифікаційних робіт по розробці Інвестиційного кодексу України має бути врахування необхідності зміни моделі інвестиційного і, зокрема, інноваційного розвитку економічних процесів, особливо з огляду на стан і напрямки світових інвестиційних процесів, їх пріоритети та вимоги. Тому Інвестиційний кодекс України має розроблятися як досконалий правовий механізм, забезпечений широким арсеналом правових засобів регулювання, стимулювання та охорони з чітко визначеними імперативами національної економічної безпеки, захисту національного товаровиробника тощо.

Отже, Інвестиційний кодекс України має бути достатньо стабільною системою правових норм, що відкрита для неминучої і неодноразової корекції державної інвестиційної політики України без порушення загальної стабільності законодавства.

Ю.І. Левченко, здобувач

Національна юридична академія України

ім. Ярослава Мудрого

ІНВЕСТУВАННЯ З МЕТОЮ ДОСЯГНЕННЯ СОЦІАЛЬНОГО ЕФЕКТУ: ПРОБЛЕМА ЗАКОНОДАВЧОГО РОЗВИТКУ

Актуалізація питань правового регулювання інвестиційної діяльності з метою отримання прибутку давно реалізувалась у системі інвестиційного

законодавства, процес розвитку якого відбувається безупинно. Можливість же неприбуткового інвестування, його вплив на вирішення соціальних питань, зокрема у сферах освіти, професійної підготовки, охорони здоров'я, профілактики захворювань, пропаганди здорового способу життя, виховання, культури тощо, суттєво недооцінюється суспільством і законодавцями. Інвестиційне законодавство, зокрема Закон України “Про інвестиційну діяльність”, у дефініції інвестицій, що міститься у ст. 1 цього Закону, поділяє їх на дві початкові але суттєво різні категорії: прибуткові інвестиції та інвестиції, що здійснюються не з метою отримання прибутку, а задля досягнення соціального ефекту. Однак надалі ставлення законодавця до визначених ним категорій інвестиційної діяльності стало відверто асиметричним. Так, з одного боку, він сформував надзвичайно об'ємне, деталізоване і розгалужене законодавство про прибуткове інвестування, а з іншого – зупинився і не надав відносинам щодо інвестування з метою досягнення соціального ефекту подальшого законодавчого розвитку.

Таким чином, слід підтримати пропозиції про прийняття окремого Закону “Про неприбуткове інвестування в Україні”. Однак законотворчим роботам у цьому напрямку повинні передувати ґрунтові теоретичні дослідження. Однією з правових проблем визначення неприбуткового інвестування є чітке встановлення його правової природи. Адже ця діяльність суттєво відрізняється від благодійницької діяльності, гуманітарної допомоги тощо. Її природа базується не тільки на відносинах дарування, але й на відносинах підрядного, послугового типів, тобто має досить складну, комплексно-правову природу. Не менш важливою є проблема фіксації в законодавстві *позитивної* соціальної якості неприбуткового інвестування, а відповідно, і правової визначеності кваліфікації саме “позитивності” соціального ефекту, що має бути метою діяльності і відповідного договору, яким ця діяльність опосередковується.

Навряд чи можна уникнути оціночного характеру визначення “позитивності” соціального ефекту, але законодавець має дати певні орієнтири його соціально-етичної оцінки. Важливо звернути увагу на те, що така оцінка повинна мати інтегрований характер, враховувати всі наслідки цієї діяльності, а не автономізуватись на одному з них. Наприклад, шляхом інвестування творчої активності в галузі літератури та мистецтва можна досягти результативності у вигляді численних їх витворів, але водночас важливо щоб їх обнародування не понижувало існуючого стану суспільної моралі, не експлуатувало інстинкти та антисоціальну мотивацію.

Необхідно виходити також і з того, що і самі засоби досягнення такого позитивного ефекту мають бути соціально позитивними з точки зору їх морально-правової оцінки. Сьогодні, як ніколи, актуалізується питання про інформаційну безпеку країни і держави. В цьому контексті безперечно не може визнаватися позитивною інвестиційна діяльність, яка спрямована на поліпшення інформованості населення щодо певних явищ, але здійснюється шляхом системних маніпуляцій суспільною свідомістю. Зрозуміло, однак, що це тонка сфера для адекватного перекладу її особливостей на мову засобів правової кваліфікації.

Отже, численні випадки надання, зокрема, іноземної допомоги у виді неприбуткового інвестування, що мало на меті не стільки зняття гостроти соціальних проблем, скільки спробу отримати важелі для впливу на політичну

ситуацію в країні або мати інформацію, що використовується з метою тиску на державу та суспільство реципієнта таких інвестицій, потребують дуже ретельного підходу до визначення кваліфікуючих ознак неприбуткового інвестування, а також механізмів контролю за такою інвестиційною діяльністю та моніторингу її результативності, соціально-етичної оцінки і спрямованості.

З іншої сторони, завданням законодавства в цій галузі має стати створення низки правових засобів заохочення та стимулювання неприбуткового інвестування, спрямованого на вирішення соціальних проблем та потреб. Серед таких засобів слід назвати створення відповідних реєстрів соціальних інвестиційних проектів, що реалізуються на рівні держави, області або територіальної громади. Важливим чинником заохочення таких інвестицій має стати, зокрема, на рівні територіальних громад: розробка концепцій про залучення та стимулювання неприбуткових інвестицій; визначення пріоритетних для громади об'єктів соціальної сфери; виділення в місцевих бюджетах відповідних коштів, що дозволили б здійснювати спільне інвестування таких пріоритетних об'єктів; визначення кваліфікаційних ознак поділу таких інвестицій на види, наприклад, за вартістю, складом майна, змістом зустрічних зобов'язань тощо.

Окремої уваги заслуговує інвестування з метою досягнення соціального ефекту з боку іноземних структур, у тому числі державних, таких як Агентство Міжнародного розвитку США – USAID. Кошти, надані цією організацією, реалізуються через діяльність численних програм, що організаційно не виділені в окремі юридичні особи, але названі програми працюють з низкою вітчизняних громадських організацій та з громадянами України, в тому числі з тими, які є не тільки реципієнтами інвестування, але й просто найманими працівниками. Таке становище юридично і організаційно призводить до правової невизначеності усєї системи суспільних відносин у цій сфері, а це неприпустимо, адже через такі програми USAID проходять десятки мільйонів доларів.

Невирішеним залишається також питання про правову природу договірних відносин, що опосередковують таку інвестиційну діяльність. З однієї сторони, ці договори мають безплатний характер, і це робить їх близькими до категорії гуманітарної допомоги. З іншої сторони, виділення коштів – фінансування окремої діяльності – зумовлено досягненням певного результату у формі соціального ефекту.

Отже, наведені і багато інших проблем створення ефективного правового регулювання неприбуткового інвестування тільки підкреслюють актуальність питання і необхідність спрямування на них зусиль дослідників і законодавців.

К.О. Кочергіна, аспірант
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

**РОЗВИТОК ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВИХ ФОРМ КОМЕРЦІЙНИХ
ЮРИДИЧНИХ ОСІБ
У КОНТЕКСТІ ЕВОЛЮЦІЇ РИНКОВИХ ВІДНОСИН**

Формування правових інститутів, прояв їх специфіки невідривно пов'язані з розвитком відповідних суспільних відносин та модифікацією функцій держави. Формування й розвиток інституту комерційних юридичних осіб та їх організаційно-правових форм не є винятком з цього правила.

Слід зауважити, що сучасний стан бурхливого розвитку ринкових відносин в Україні обумовлюється специфічними потребами як вітчизняного, так і закордонного ринкового середовища, які, у свою чергу, на певному етапі історії економічного розвитку актуалізують виникнення тих або інших організаційно-правових форм комерційної діяльності.

У зв'язку з цим сьогодні можна із впевненістю відзначити, що сучасна ринкова економіка сформувалася на основі індивідуальної форми господарювання і неможлива без неї. Однак із часом ця форма господарювання істотно змінювалась і з розвитком найчастіше набувала не індивідуальну, а різноманітні асоційовані (корпоративні) форми – колективну, групову, акціонерну.

Однак генезис розвитку організаційно-правих форм комерційних юридичних осіб не може бути розглянутий лінійно, коли одні форми замінюються іншими. Його, на наш погляд, слід розглядати в аспекті одночасного співіснування в рамках національних економічних систем *різних укладів (індивідуально-сімейного, державного, приватно-ринкового та суспільно-громадянського)*, тобто типів відносин або інститутів, властивих економіці ринкового типу. Так, у рамках індивідуально-сімейного укладу організаційно-правова форма пройшла шлях розвитку від торгової гільдії до сімейного товариства з явною і безумовною перевагою особистих зв'язків, до командитного товариства. В даному випадку необхідно пояснити, що командитне товариство при цьому ні в якому разі не виключає існування повного товариства, а лише стає найбільш популярною конструкцією організаційно-правової форми на певному етапі розвитку економічних відносин. Приватноринковий уклад, у свою чергу, стає ґрунтом для виникнення із ремісничих цехів, морських і гірських товариств, а також банківських контор (маоне і кампаре) таких популярних і широко розповсюджених у сучасному праві організаційно-правових форм, як акціонерні компанії і товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю. І, нарешті, в рамках державного і суспільно-громадянського укладів починають розвиватися такі форми юридичних осіб, як державне підприємство і його різновиди – трест і артіль, а також різні конфігурації установ і фондів (церковні, освітні й благодійні установи, громадські організації, благодійні та інвестиційні фонди). Слід також додати, що нові організаційно-правові конструкції юридичних осіб у межах тих чи інших укладів не залишаються автономними, а перебувають у процесі взаємозапозичення і взаємозбагачення між собою. Це і є певною діалектикою всього спектра організаційно-правових форм комерційних юридичних осіб. На підтвердження цього положення можна навести приклад із такою організаційно-правовою формою, як пенсійний фонд, що виникає в межах суспільно-громадянського укладу та виконує певні соціальні функції, але реалізує свою діяльність у сфері економічних відносин ринкового типу, а саме на ринку фінансових послуг, виступаючи як інституціональний інвестор.

Необхідно підкреслити, що існуючий досить широкий спектр організаційно-правових форм комерційних юридичних осіб є результатом

кристалізації досвіду їх формування в контексті саме історичного розвитку економічних відносин конкретної країни, а також результатом з'ясування певних системних інтересів як приватно-правових, так і публічно-правових, що виникають з приводу створення і функціонування юридичної особи.

Таким чином, такий системно-структурний підхід, який дає можливість побачити розвиток організаційно-правових форм у межах, по-перше, економічних укладів, тобто певних підсистем загальної економічної системи, по-друге, специфіки вимог відповідного етапу історичного розвитку національної економіки і, по-третє, правових традицій та ступеня розвиненості доктрини і національного правового регулювання в цій сфері, дозволить у майбутньому перейти до аналізу правових функцій, що виконує інститут організаційно-правової форми в цивільному обігу, а також до дослідження спеціальних правових засобів їх реалізації.

Отже, актуальність розгляду виникнення і розвитку організаційно-правових форм за допомогою вказаного методологічного підходу обумовлюється насамперед тим, що політичні форми, ідеологічні явища у суспільстві, з'являючись на ґрунті, підготовленому розвитком господарської діяльності людей, певним чином впливають на економічні процеси, прискорюючи або, навпаки, гальмуючи їх. У свою чергу, ці процеси певним чином впливають на формування і розвиток права. У зв'язку з цим правове регулювання інституту юридичних осіб і їх організаційно-правових форм, на наш погляд, неможливо без сприйняття їх в межах відповідних економічних процесів, а також конфігурації приватних і публічних інтересів, що зумовили їх виникнення на певному історичному етапі.

Ю.В. Валінова, здобувач

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ НА КОНФІДЕНЦІЙНУ ІНФОРМАЦІЮ У ГОСПОДАРСЬКИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

У господарських правовідносинах часто виникає питання щодо існування інституту права на конфіденційну інформацію. Конфіденційна інформація, безумовно, має певну цінність у силу її невідомості третім особам і їх бажання одержати її для використання у своїй комерційній чи іншій діяльності. В умовах конкуренції одержання прибутку підприємством залежить від уміння зберегти комерційно цінну інформацію, не відому конкурентам, а також від здатності правильно розпоряджатися нею на ринку. Захист права на конфіденційну інформацію є одним з найважливіших у забезпеченні законної діяльності суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, тому виникає необхідність у розробці науково обґрунтованої системи методів і засобів попередження порушень прав на конфіденційну інформацію й протидії таким порушенням.

Інститут права на конфіденційну інформацію ґрунтується на праві власності на ті чи інші відомості. Доступ до цієї інформації означає набуття певних матеріальних благ. Таким чином, мова йде саме про захист права власності і

пов'язаних з ним прав. Зокрема, така думка підтверджується нормами ч. 1 ст. 30 Закону “Про інформацію”, де вказано, що конфіденційна інформація перебуває у володінні, користуванні або розпорядженні окремих фізичних чи юридичних осіб. Однак нормами Закону “Про власність” право власності безпосередньо на інформацію не визначається. Таким чином, головна основа захисту фактично відсутня.

Поняття “конфіденційна інформація” можна розкрити через конкретні об'єкти охорони. Правова охорона має надаватися тільки такій інформації, яка має реальну потенційну вартість, тобто тій, що може дати певний прибуток або інший позитивний ефект, завдяки чому вона стає ринковим товаром і, отже, об'єктом господарського обороту. Водночас зазначена інформація має бути здатною до відчуження її власником.

Відповідно до ст. 30 Закону України “Про інформацію” конфіденційна інформація – це відомості професійного, ділового, виробничого, банківського, комерційного та іншого характеру, що є у володінні, користуванні або розпорядженні окремих фізичних та юридичних осіб. Наприклад, конфіденційною слід вважати інформацію, яку не було оприлюднено і яка стосується господарського становища одного або кількох суб'єктів підприємницької діяльності, а також яка при її оприлюдненні могла б значно вплинути на прибуток (доход) відповідного суб'єкта підприємницької діяльності.

Правова охорона такої інформації може надаватися за умови, що до неї немає доступу на законній підставі третім особам. Законом наголошується диспозитивний характер регулювання доступу до конфіденційної інформації, підкреслюється, що система захисту подібної інформації встановлюється її власником за його розсудом. Ці заходи не можуть бути визначені законом, оскільки вони зумовлені особливостями нерозкритої інформації, яка за своїм характером може бути найрізноманітнішою, отже, і заходи збереження її конфіденційності також можуть бути найрізноманітніші. Це є необхідною умовою правової охорони, адже за можливості розкриття сутності нерозкритої інформації вона втрачає здатність до охорони, тобто правоохоронність.

Під дію правової охорони нерозкритої інформації не повинні підпадати комерційні та інші таємниці, які становлять державну таємницю і охороняються спеціальними законами.

Для забезпечення ефективного правового захисту інформації необхідно чітко розмежування інформаційних об'єктів, щоб законодавчо визначити правовий режим кожного виду таких об'єктів. Значна розгалуженість і наявність великої кількості нормативних актів, що визначають режим конфіденційної інформації, призводить до неоднозначного розуміння термінів, введених цими законами. Зокрема, йдеться про поняття “комерційна таємниця”, “банківська таємниця”, “конфіденційна інформація”, “державна таємниця”, “закрита інформація”, “інформація з обмеженим доступом” тощо.

Запровадження в правовий обіг схожих правових понять здійснюється без належної їх узгодженості між собою, що на практиці призводить до помилок при їх цивільно-правовому, господарсько-правовому, адміністративно-правовому та кримінально-правово-му захисті.

Законодавство, крім заборони добувати конфіденційну інформацію,

повинно закріпити право на нерозкриття інформації, сформулювати поняття конфіденційної інформації. При цьому можуть бути визначені права її власника, тобто слід визначити межі його поведінки стосовно об'єкта правової охорони. Необхідно обмежити коло осіб, які можуть мати у своєму розпорядженні цю інформацію і яких стосуються заборона її використання, а також встановити адекватні (менш суворі, ніж для комерційної таємниці) заходи відповідальності.

Строк правової охорони нерозкритої інформації обумовлений строком збереження її конфіденційності. Сам факт розкриття сутності інформації, що охороняється, припиняє її захист. Водночас слід враховувати, що будь-яка третя особа може правомірно здобути таку саму нерозкриття інформацію, якою вже володіє певна особа. В цьому разі за добросовісним набувачем права на таку інформацію має зберігатися і право на її використання у будь-який спосіб незалежно від попереднього власника.

Спори з приводу використання нерозкритої інформації відображають майнові правовідносини і повинні розглядатися тільки судом. Водночас необхідно передбачити відповідальність особи, яка неправомірним способом розкрила сутність інформації, що охороняється, і цим завдала збитків її власнику. При цьому, враховуючи характер правопорушення, відшкодування збитків має бути передбачено в повному обсязі.

Б.В. Шуба, здобувач

Національна юридична академія України

ім. Ярослава Мудрого

НЕВНЕСЕННЯ ВКЛАДІВ У СТАТУТНИЙ КАПІТАЛ ЯК ПІДСТАВА РОЗШИРЕННЯ ІНВЕСТИЦІЙНОГО РИЗИКУ УЧАСНИКІВ ГОСПОДАРСЬКОГО ТОВАРИСТВА

Обмеження відповідальності учасників корпоративного господарського товариства відбивається на інтересах кредиторів товариства з одержання виконання по зобов'язаннях останнього. У зв'язку з цим законом передбачено створення резервного фонду (ст.87 ГК України, статті 143, 158 ЦК України, ст. 14 Закону України "Про господарські товариства") та статутного капіталу (ст. 87 ГК України, статті 113, 115 ЦК України), що складають матеріальну основу для задоволення вимог кредиторів.

У випадках невнесення учасником вкладу (його частини) законом передбачено відповідальність учасників за зобов'язаннями ТОВ (ст.140 ЦК України), АТ (ст.154 ЦК України), а також ТДВ (статті 151, 140 ЦК України). Подібні норми відсутні у законодавчому регулюванні персональних товариств.

Відповідальність учасників ТОВ і ТДВ є за своїм характером солідарною, але обмежена вартістю невнесеного вкладу учасника.

Спірним у наукових колах є питання про те, якою є ця відповідальність – субсидіарною чи прямою. Щоб дати відповідь на це запитання, треба прийняти до уваги систематику, мету і зміст закону. У випадках, коли законодавець хоче встановити субсидіарну відповідальність, він прямо вказує на це (статті 119, 133 ЦК

України). У ст.140 ЦК України така вказівка відсутня. Мета цієї норми – надати кредиторів майнову масу, яка повинна була би бути зібраною в статутний капітал товариства. Така компенсаційна функція може бути реалізована лише в разі прямої відповідальності учасника. Крім того, субсидіарна відповідальність не спричиняє для учасника ніяких невігідних майнових наслідків у порівнянні з належним внесенням вкладу, а тому і не може виконувати іншу функцію цивільно-правової відповідальності – бути мірою примусу до виконання обов’язку. Таким чином, ця відповідальність є прямою.

У разі внесення невнесеного вкладу після виникнення зобов’язання згідно зі ст.140 ЦК України відпадає потреба у компенсаційній функції, яку ця відповідальність виконує. До того ж необмеженість її у часі призводить до збільшення матеріальної бази для виконання зобов’язання товариства в момент виконання учасником вимог закону і, таким чином, робить його невігідним для учасника. Тому мета і зміст норми допускають лише таке її тлумачення, при якому внесення несплаченого вкладу зумовлює припинення відповідальності учасника перед кредиторами товариства.

У разі зменшення статутного капіталу ТОВ відповідальність за ст.140 ЦК України не припиняється, бо це означало б припинення зобов’язання за односторонньою відмовою товариства. Проте ця відмова не впливає на відносини кредитора й учасника у зв’язку з принципом відносності зобов’язань і з виконанням компенсаційної і спонукальної функцій вказаної відповідальності, що дозволило б проігнорувати вказаний вище принцип. Оскільки зміст відповідальності в порядку ст.140 ЦК України визначається змістом правовідносин між товариством і його кредитором, то право вимагати дострокового виконання зобов’язання за ст.144 ЦК України поширюється на відносини і кредитора, і учасника ТОВ.

Можливість відповідальності акціонерів у схожій ситуації закріплена в ст.152 ЦК України. Ця норма залишає вирішення питання про виникнення відповідальності на розсуд засновникам для закріплення у статуті АТ. Така відмінність у правовому регулюванні цього питання для ТОВ і АТ не є виправданою навіть з урахуванням особистісного характеру ТОВ. При закріпленні такої відповідальності у статуті вона є прямою, бо субсидіарність як її обмеження, зважаючи на імперативний характер норми, була б можливою лише в разі відповідної вказівки в законі, а протилежне суперечило б положенням ст.3 ЦК України. У той же час вона не є солідарною за відсутності вказівки в законі. Встановлення солідарності в статуті також не можливе, позаяк статут не є договором (для якого потрібна згода всіх акціонерів).

Таким чином, розширення майнового ризику учасника товариства полягає в тому, що збільшується коло кредиторів, які можуть стягнути з нього не(до)внесену вартість його вкладу в статутний капітал і які (оскільки їх становище як кредиторів щодо учасників встановлено законом і не є похідним від становища товариства) не зв’язані угодами учасника і товариства щодо умов погашення існуючого боргу.

Виникає питання щодо доцільності введення положень, аналогічних ст.140 ЦК України, для персональних господарських товариств.

У зв’язку із субсидіарною відповідальністю (повних) учасників (статті 119, 133 ЦК України) за зобов’язаннями товариства наповнення ними статутного капіталу не відіграє тієї компенсуючої ролі, яка характерна для корпоративних

товариств. Про це свідчить і відсутність у законі вимог щодо мінімального розміру статутного капіталу персонального товариства.

Інша ситуація з вкладниками командитного товариства. Їх участь має суто капіталістичний характер. Кредитори дуже зацікавлені в одержанні з них невнесених вкладів, бо вже саме рішення про прийняття до товариства вкладників свідчить про недостатність капіталу у товариства і учасників з повною відповідальністю. Усі наявні можливості одержання кредиторами невнесених коштів мають суттєві недоліки, бо залежать від готовності учасників вести процес проти вкладників, від розсуду державного виконавця або потребують багато часу (наприклад, для запровадження процедури банкрутства командитного товариства). І жодна з цих можливостей не створює стимулу для вкладника щодо виконання ним своїх інвестиційних зобов'язань.

Таким чином, необхідне доповнення положень, регулюючих правове становище вкладників командитного товариства, нормою, подібною до ст.140 ЦК України.

К.М. Куріло, здобувач

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

КООПЕРАТИВНІ БАНКИ В УКРАЇНІ. ПРОБЛЕМИ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ФОРМИ

Однією з організаційно-правових форм банків поряд з акціонерним товариством та товариством з обмеженою відповідальністю Законом України “Про банки і банківську діяльність” від 07.12.2000 р. передбачено таку організаційно-правову форму, як кооперативний банк.

Окремо виділені цим Законом державні банки, які мають особливий порядок реєстрації та функціонування, що визначається у ст. 7 цього Закону, де, зокрема, вказано, що державний банк засновується за рішенням Кабінету Міністрів України.

Порядок створення та функціонування суб'єктів господарювання – акціонерних товариств та товариств з обмеженою відповідальністю як юридичних осіб приватного права – регулюється відповідними статтями Цивільного та Господарського кодексів України. Діяльність державних банків як суб'єктів господарювання – осіб публічного права, що за порядком створення, функціонування, ліквідації та (або) реорганізації по суті є державними комерційними підприємствами, – крім Закону України “Про банки і банківську діяльність” значною мірою регулюється Господарським кодексом України.

Інша ситуація виникає стосовно кооперативних банків. Стаття 8 Закону України “Про банки і банківську діяльність” визначає, що кооперативний банк створюється в порядку цього Закону. При цьому законодавство про кооперацію поширюється на кооперативні банки в частині, що не суперечить Закону України “Про банки і банківську діяльність”. Названою статтею передбачаються два види кооперативних банків – місцеві і центральні, а також зазначається занадто

загальний порядок їх створення і функціонування.

Кооперативний банк, як це випливає зі ст. 8 Закону України “Про банки і банківську діяльність”, є суб’єктом господарювання – юридичною особою приватного права, тобто його діяльність має регулюватися насамперед Цивільним кодексом України та Господарським кодексом України; при цьому законодавство про кооперацію поширюється на кооперативні банки у частині, що не суперечить Закону України “Про банки і банківську діяльність”.

Однак такої організаційно-правової форми банку, як кооперативні банки, порядку створення та інших аспектів діяльності даної форми прямо не передбачено ні Цивільним кодексом України, ні Господарським кодексом України.

У Цивільному кодексі України йдеться про виробничі кооперативи, у Господарському кодексі України – про підприємства колективної власності – кооперативи (виробничі, споживчі, житлові тощо). Як вказано в цих кодексах, членами кооперативу можуть бути фізичні особи, які добровільно об’єдналися на засадах членства для спільної виробничої або іншої господарської діяльності, що базується на їхній особистій трудовій участі та об’єднанні його членами майнових пайових внесків. Статутом кооперативу може бути передбачено участь у діяльності цього кооперативу на засадах членства також інших осіб.

Занадто загальні засади створення та функціонування кооперативних банків, визначені Законом України “Про банки і банківську діяльність”, відсилання до законодавства про кооперацію створює можливість застосувати аналогію права, але в цьому разі виникають питання щодо практичного застосування норм права. Якщо ця організаційно-правова форма за аналогією права регулюється статтями Цивільного та Господарського кодексів України про підприємства колективної власності – кооперативи, то виникає запитання: чи дійсно учасниками кооперативного банку можуть бути тільки фізичні особи? Більше того, ст. 8 Закону України “Про банки і банківську діяльність” передбачено, що кооперативні банки створюються за принципом територіальності і поділяються на місцеві та центральний кооперативні банки. Чи визначає це автоматичний обов’язок створити кілька місцевих банків і один центральний? Що це є за установа – центральний кооперативний банк? Який порядок створення та який склад мають його керівні органи? За функціями, які передбачені частиною 5 ст. 8 Закону України “Про банки і банківську діяльність”, центральні кооперативні банки взагалі мають ознаки банківського об’єднання.

Наявність прогалини в законодавстві, а саме в одній з найважливіших частин – у частині формування організаційно-правових форм банків (кооперативних банків) і відповідно в частині детального визначення обсягу їх правосуб’єктності, потребує більш повного визначення умов створення та функціонування такої організаційно-правової форми банку, як кооперативний банк (місцевий та центральний), шляхом внесення відповідних доповнень до Закону України “Про банки і банківську діяльність”.

В.В. Мазуренко, здобувач

Національна юридична академія України

ім. Ярослава Мудрого

СТАН ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ РИНКУ ПОШТОВИХ ПОСЛУГ В УКРАЇНІ

Ринок послуг поштового зв'язку в силу того, що задоволення попиту на цьому ринку є більш ефективним за умови відсутності конкуренції внаслідок технологічних особливостей виробництва (у зв'язку з істотним зменшенням витрат виробництва на одиницю товару в міру збільшення обсягів виробництва), належить до природних монополій. Визначними у цьому плані є також інші критерії віднесення ринків до природних монополій, що притаманні і ринку послуг поштового зв'язку, наприклад неможливість замінити послуги поштового зв'язку іншими послугами.

З метою забезпечення ефективності функціонування ринків, що перебувають у стані природної монополії, на основі збалансування інтересів суспільства, суб'єктів природних монополій та споживачів їх товарів (послуг) держава здійснює законодавче регулювання діяльності таких суб'єктів. Не є винятком у цьому відношенні Українське державне підприємство поштового зв'язку “Укрпошта”. Щоб зрозуміти специфіку діяльності підприємства та принципи його організації, вважаю за доцільне розглядати ці питання в історичному аспекті.

Слід зазначити, що до 1993 р. в Україні існували державні підприємства зв'язку. Історично вони були засновані на поштової мережі, що в цілому склалася в Україні ще до Жовтневої революції.

Ці підприємства на базі поштамтів та відділень зв'язку надавали як поштові послуги, так і послуги електрозв'язку.

Декретом Кабінету Міністрів України “Про об'єднання держаних підприємств зв'язку та запровадження ліцензування деяких видів діяльності в галузі зв'язку” № 9-93 від 21.01.1993 р. встановлено, що державні підприємства зв'язку, які належать до сфери управління Міністерства зв'язку України і в єдиному технологічному процесі здійснюють відповідно поштовий зв'язок, експлуатацію міжміських і місцевих мереж електрозв'язку, радіомовлення, радіозв'язку і телебачення, включаються до складу об'єднань зв'язку, що утворюються та ліквідується Міністерством зв'язку України за погодженням з Антимонопольним комітетом України, і можуть вийти із складу таких об'єднань тільки за згодою цього Міністерства. Функціонування об'єднання передбачалося як функціонування єдиної господарської структури. Це деякою мірою не відповідало чинним на той час законам України “Про підприємства в Україні” та “Про власність”. Тому певні їх положення зазнали відповідних змін.

Наказом Державного комітету зв'язку та інформатизації від 15.06.1998 № 93 “Про реорганізацію об'єднання поштового зв'язку “Укрпошта” УОПЗ “Укрпошта” реорганізоване в Українське державне підприємство поштового зв'язку “Укрпошта” (УДППЗ “Укрпошта”).

На сьогоднішній день Укрпошта має 31 філіал, серед яких 27 – регіональні (обласні) і чотири – спеціалізовані: Дирекція оброблення та перевезення пошти; Дирекція “Автотранспорт”; Дирекція “Видавництво ”Марка України””; Головний навчальний центр “Зелена Буча”.

Тепер підприємство проводить оптимізацію своєї структури, спрямовану на скорочення непродуктивних витрат за рахунок удосконалення процесу обробки та сортування пошти. Наслідком цієї оптимізації є ліквідація районної ланки адміністративного управління та створення в певних районах технологічно необхідних виробничих підрозділів. Основним принципом оптимізації, що проходить сьогодні, є орієнтація на технологічні і виробничі потреби підприємства і відхід від організації структури за адміністративно-територіальним принципом.

На першому етапі оптимізації планується створити близько 140 центрів поштового зв'язку замість 536 районних вузлів. У подальшому в процесі оптимізації організаційної структури підприємства не виключається зменшення кількості регіональних філіалів.

Процеси поштової реформи відбуваються в багатьох країнах, але всюди по-різному. Дійсно, можна назвати деякі моделі реформи, що проводиться сьогодні: модель, заснована на стратегії “національного чемпіона”; підхід, заснований на ринку, який полягає у ліквідації поштової монополії та поширенні конкуренції; державна модель, що надає пріоритет соціальним цілям; гібридна, або перехідна, модель, коли ініціативи починаються в галузі перетворення пошт на підприємства шляхом лібералізації їх статусу та дерегуляції їхньої діяльності. У багатьох країнах, що розвиваються, реформа ставить дві основні цілі: рентабельність підприємства та забезпечення якісної універсальної поштової служби за доступними цінами.

У цьому контексті доцільно навести деякі настанови, що містяться у спільному звіті Конгресу адміністративної ради Всесвітнього поштового союзу під назвою “Бухарестська всесвітня поштова стратегія (БВПС) 2005 – 2008 рр.”: “Враховуючи соціальні, економічні та організаційно-структурні особливості кожної країни, необхідно продовжувати процес юридичної, комерційної та регламентарної реформи, спрямовані на перетворення державних поштових організацій у юридично та фінансово самостійні, життєздатні і конкурентні на ринку зв'язку підприємства. Ці організації, крім того, повинні будуть поєднувати піклування про ефективність та рентабельність з дотриманням обов'язків універсальної служби, повинні бути націлені на клієнта та мати можливість надавати усім своїм клієнтам якісні послуги за розумними цінами”.

В.С. Мілаш, канд. юрид. наук, асистент
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ПІДПРИЄМНИЦЬКИЙ (КОМЕРЦІЙНИЙ) ДОГОВІР ТА ФІЗИЧНА ОСОБА ЯК ОДНА З ЙОГО СТОРІН

Поняття “підприємницький (комерційний) договір” охоплює договори, які опосередковують підприємницький оборот, і договори, спрямовані на створення нового суб'єкта підприємницької діяльності та (чи) матеріальної бази для його господарювання. Метою такого договору є отримання прибутку для кожної з його сторін чи наступна безпосередня участь новоствореного суб'єкта у сфері

підприємницької діяльності з певною метою. Отже, за допомогою підприємницького (комерційного) договору відбувається переміщення товару (матеріальних та нематеріальних благ, робіт та послуг) у межах комерційного обороту або відбувається втягнення у сферу підприємницької діяльності об'єктів цивільних прав, зокрема, майна, майнових прав, результатів інтелектуальної діяльності.

Сьогодні суб'єктний склад підприємницьких (комерційних) договорів представлено як виключно суб'єктами підприємницької діяльності, так і суб'єктами підприємницької діяльності та фізичними особами, які не мають офіційного статусу підприємців. Особливістю підприємницьких (комерційних) договорів із зазначеним суб'єктним складом є те, що одна із сторін – фізична особа – виступає не як споживач, а як інвестор. Найбільш типовим прикладом зазначеної ситуації є установчий договір про створення господарського товариства, суб'єктний склад якого може бути представлений лише фізичними особами, які не мають офіційного статусу підприємців. На боці сторони підприємницького договору можуть виступати громадяни – суб'єкти права інтелектуальної власності (не зареєстровані як суб'єкти підприємницької діяльності), які з метою систематичного отримання прибутку передають право користування об'єктами такої власності підприємцям для здійснення останніми підприємницької діяльності (наприклад, ліцензійний договір, договір на передачу ноу-хау).

У законодавстві ряду іноземних країн поняття “комерсант” визначається за допомогою об'єктивної характеристики діяльності, яку він (комерсант) здійснює; при цьому державна реєстрація його діяльності не є обов'язковою. У деяких випадках реєстрація носить обов'язковий характер, зокрема, коли йдеться про легалізацію господарської організації. Отже, для визнання комерційного характеру договору вирішальним є комерційна мета (одержання доходу) для обох сторін, які укладають його у зв'язку зі здійсненням свого “промислу”, а не як споживачі.

У вітчизняному законодавстві категорія “підприємець” визначається за допомогою змістовного навантаження самої підприємницької діяльності. Разом з тим в юридичній літературі категорія “підприємець” часто пояснюється з додатковим залученням ознаки легальності, відповідно до якої особа отримує статус підприємця після її державної реєстрації як суб'єкта господарювання. Суб'єкти, які бажають займатися підприємницькою діяльністю (юридичні та фізичні особи), в обов'язковому порядку повинні пройти процедуру державної реєстрації для одержання офіційного статусу підприємця. Однак в Україні установча діяльність (йдеться про заснування суб'єкта господарювання комерційного характеру) не визнається підприємницькою, як і діяльність з приводу передачі на платній основі права використання об'єктів інтелектуальної, зокрема, промислової власності. Разом з тим фізичні особи на власний ризик вступають у зазначені договірні відносини з метою систематичного отримання прибутку у прямій чи опосередкованій формі. Чи повинні ми бути у такому разі “прив'язані” лише до самого факту державної реєстрації підприємницької діяльності, не зважаючи на те, що за своєю суттю являє така діяльність? Вважаю, що ні. Вихідним при визначенні комерційного характеру договору є зміст та спрямованість самих договірних зобов'язань і мета, що мають сторони, які укладають їх.

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

ТРАНСПОРТНИЙ КОРИДОР ЯК ПЕРСПЕКТИВА РОЗВИТКУ ТРАНСПОРТУ В УКРАЇНІ

В сучасних умовах, коли економіка України набуває стабільності, дуже важливим стає міжнародне співробітництво. Тому актуальним є питання створення окремих механізмів інтеграції України в європейську спільноту. Одним з таких механізмів є транспортний коридор як особлива форма господарювання.

У “Комплексній програмі утвердження України як транзитної держави у 2002 – 2010 роках” зазначено, що сучасні тенденції розвитку світової економіки характеризуються постійним розширенням господарських зв'язків та міжнародної економічної кооперації. Тому пріоритетним напрямом у політиці розвинених країн стали інтеграційні процеси. Це передбачає створення умов для вільного переміщення товарів, послуг, капіталів, робочої сили і обумовлює постійне зростання транснаціональних потоків і міжнародного транзиту вантажів. Для багатьох держав перевезення транзитних вантажів через свою територію стало важливим джерелом експорту послуг, валютних надходжень до бюджету, створення додаткових робочих місць. Питання розвитку транзиту посідають чільне місце у європейській транспортній політиці. Підтвердженням цього є розбудова міжнародних транспортних коридорів на головних напрямках транснаціональних перевезень.

Слід відмітити, що в законодавстві України немає визначення поняття “транспортний коридор”, хоча останнім часом воно все частіше вживається не лише у пресі, а й у деяких нормативних актах (наприклад, Постанова Кабінету Міністрів України від 30.10.1996 р. № 1324 “Про створення в Україні транспортних коридорів та входження їх до міжнародної транспортної системи”). Як варіант визначення цього поняття робочою групою Європейської комісії з проблем розвитку транспортних коридорів запропоновано таке: це наявність автомобільного, залізничного, водного та змішаних видів транспорту, які здійснюють свою діяльність у безпосередній близькості один від одного або віддалених на багато кілометрів, але орієнтованих в одному загальному напрямку. Проте, на нашу думку, це визначення не охоплює усіх елементів поняття “транспортний коридор”. Пропонується включити до визначення поняття “транспортний коридор” такі складові: 1) усі види транспорту (в тому числі і трубопровідний); 2) сукупність вимог до транспортних засобів; 3) сукупність вимог до осіб, які керують транспортними засобами; 4) сукупність вимог до транспортних компаній; 5) система органів державного регулювання функціонування транспортних коридорів; 6) вимоги до дорожнього покриття (стосовно автомобільного, залізничного транспорту); 7) транзитні перевезення як особливий вид перевезень; 8) митні процедури (на пільгових умовах – для перевізників країн – членів Міжнародної асоціації перевізників); 9) система складських приміщень; 10) нормативно-правове забезпечення перевезення вантажів, людей та проїзду транспортних засобів по території інших країн (дво- чи багатосторонні угоди); 11) політична стабільність та сейсмічна безпека; 12) система заходів, що виключає/зменшує можливість пошкодження/втрати товарів; 13)

особливий інвестиційний режим.

Сучасний етап розвитку транспортних коридорів починається з середини 80-х років ХХ ст., коли тенденція збільшення товарообміну між країнами Європи та Азіатсько-Тихоокеанського простору набула сталого характеру. Поширеною й актуальною стала ідея розробки загальноєвропейської транспортної політики. Ця ідея була втілена в концепції транс'європейських транспортних вісей (Декларація комітету міністрів транспорту ЄЕС, 1983 р.), пізніше – інтермодальних транспортних мостів (I Загальноєвропейська конференція з транспорту, 1991р., Прага) і, нарешті, міжнародних транспортних коридорів (II загальноєвропейська конференція з транспорту та логістики, 1994 р., Крит). У 1994 р. на так званій Критській конференції було визначено дев'ять пріоритетних транспортних коридорів у напрямках захід – схід і північ – південь Європи, які є основними напрямками руху вантажопотоків по території Європи з виходами до найпотужніших портів та в напрямку Азії. В межах цих коридорів, які отримали назву Критських, визначено пріоритетність розвитку транспортної інфраструктури та підприємств обслуговування потоків вантажів. Подальшого розвитку положення Критської конференції набули на Загальноєвропейській конференції з транспорту в Гельсінкі в 1997 р. та на Євразійській транспортній конференції в Санкт-Петербурзі в 1998 р.

З подальшим розвитком міжнародних економічних зв'язків між державами в цілому та міжнародної торгівлі (як найбільш важливої складової міжнародних економічних відносин) значної актуальності набула проблема вдосконалення організації руху вантажопотоків у світовій торгівлі. Це зумовлено тим, що транспорту в міжнародній економічній діяльності відведено важливу роль. Від його роботи залежать якість, ефективність і розвиток зовнішньоекономічних зв'язків. В сучасних умовах господарювання до транспортного забезпечення міжнародної торгівлі постійно висуваються нові вимоги. Ритмічність, регулярність, безперервність, надійність, висока швидкість доставки продукції з пунктів виробництва в пункти споживання в обумовлений термін без втрат, псування і пошкодження товару та з мінімальними витратами – найважливіші умови ефективності та якості транспортного забезпечення зовнішньоекономічних зв'язків. Тому ще однією нагальною проблемою для українського законодавця є проблема гармонізації національного та міжнародного транспортного законодавства.

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

ПОРІВНЯЛЬНІ ДОСЛІДЖЕННЯ У ТРУДОВОМУ ПРАВІ: ДЕЯКІ МЕТОДОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ

Входження України як незалежної держави до світової спільноти, намагання інтегруватися до загальноєвропейського простору потребує прийняття нашою державою існуючих “правил гри”, в тому числі у сфері нормативно-правової регламентації використання найманої праці. У той же час в нашій державі

відбувається процес реформування трудового законодавства, важливою складовою якого є прийняття нового Трудового кодексу України. Тому вельми актуальним стає вивчення досвіду інших країн, а також міжнародних організацій щодо правового регулювання трудових відносин.

Іншою причиною розвитку порівняльно-правових досліджень у трудовому праві є те, що в сучасному світі активно поширюються економічні зв'язки між господарюючими суб'єктами різних країн, зростає рівень трудової міграції. Це висуває нові вимоги до юридичної освіти і науки. Саме тому юрист, який ознайомлений лише з національним законодавством і якому не відомі міжнародні трудові стандарти, не може вважатися повноцінним професіоналом.

Порівняльні дослідження у трудовому праві здійснюються у двох напрямках. По-перше, порівнянню можуть підлягати національні системи законодавства про працю. Другим напрямком є зіставлення міжнародно-правових стандартів праці і норм національного законодавства. Однак при цьому неприпустиме механістичне, тобто суто формальне порівняння. Варто погодитися з думкою відомого російського вченого І.Я. Кисельова, який наголошує на тому, що порівняння законів на папері не менш важливе, ніж “живого права” у дії. Тому досліджувати потрібно не лише писане право, законодавчі акти, але й практику їх застосування, судові рішення, форми колективно-договірного регулювання соціально-трудова відносин.

Теорія порівняльного правознавства найбільш пов'язана з практикою законотворчої діяльності, оскільки вона визначає можливість запозичення окремих норм або цілісних правових механізмів однієї держави до законодавства іншої. Важливо відзначити, що запозичення зарубіжного досвіду потребує виваженості; у цій сфері неприпустимим є поверхневий підхід. На думку С.О. Іванова, висновки компаративістики застерігають від автоматичної і неусвідомленої трансплантації юридичних норм як свого роду “універсальних відмичок” для вирішення проблем країни, що сприймає відповідні норми.

Тому варто звернути увагу на основні проблеми порівняльних досліджень у трудовому праві. Перша з них стосується врахування конкретних соціально-економічних умов під час порівняння різних правових систем. На розвиток національного законодавства завжди впливають економічні фактори, національні та історичні традиції, культурний рівень. Вітчизняна традиція пов'язана з прагненням наздогнати більш розвинені країни, в тому числі й у сфері правового регулювання праці. Однак спроби використання зарубіжного досвіду не завжди призводять до бажаних результатів. Варто пригадати, наскільки неефективним був Закон Союзу РСР “Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)” 1989 р., який не враховував специфіки країни та чинного права. Іншим прикладом є нав'язування контрактної (строкової) системи наймання працівників, яка протягом десяти років з моменту запровадження виявила свою неієздатність. Хоча не можна відкидати і позитивного досвіду, особливо щодо впровадження стандартів МОП. Так, скасування п.1-1 ст. 40 КЗпП, а також вдосконалення правового регулювання сфери застосування строкових трудових договорів є наслідком імплементації норм Конвенції МОП № 158 1982 р. “Про припинення трудових відносин з ініціативи роботодавця” і Рекомендації № 166 до неї.

Друга проблема, на цьому ми вже наголошували, полягає у необхідності

вивчення права у дії, тобто “живого” права. Порівняльні дослідження правових інститутів і норм мають проводитися під кутом зору їх застосування. Поряд із вивченням нормативного матеріалу для більш обґрунтованих висновків важливо аналізувати судову практику, соціологічні матеріали та спеціальну правову літературу. Вважаємо, що дослідження права у дії є не менш важливим і для дослідження власне національного права, оскільки відповідні висновки про ефективність тієї чи іншої правової норми мають стати основою для подальшої кодифікації трудового законодавства.

Існують також певні проблеми під час перенесення правових норм, ідей, моделей з однієї правової системи до іншої. Це явище отримало назву трансплантації правових норм. Порівняльні правові дослідження у цій сфері мають спрямовуватися на те, щоб дослідити умови, в яких існує певна правова модель або норма, а також порівняти їх з умовами, в які передбачається здійснити перенесення. З цього приводу британський юрист О. Кан Фройнд влучно підмітив, що будь-які намагання використати під час трансплантації норми закону поза контекстом, який існує в країні походження трансплантованої норми, обов'язково призведе до відторгнення цієї норми в країні прийому.

Інша сфера дослідження проблем перенесення зарубіжних норм – це дослідження їх застосування в тих умовах, де вони виникли і застосовуються. Навряд чи варто запозичувати норму або ідею, якщо нам не відомо, наскільки вона є ефективною у себе на батьківщині. Дуже важливо виявити сильні та слабкі сторони норми, аби зберегти перші і мінімізувати другі в процесі запозичення. І взагалі, у первісному “чистому” вигляді перенесення правових моделей є неприпустимим; вони мають пристосовуватися до умов певної країни.

Як висновок сформулюємо побажання, щоб під час роботи над новим Трудовим кодексом України законодавець не захоплювався механістичним копіюванням закордонного досвіду і враховував ті позитивні напрацювання, які має вітчизняна наука трудового права.

І.В. Оклей, аспірант

Національна юридична академія України

ім. Ярослава Мудрого

НОВАЦІЯ ПРИНЦИПІВ ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В УМОВАХ ПЕНСІЙНОГО РЕФОРМУВАННЯ

З прийняттям Законів України “Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування” та “Про недержавне пенсійне страхування” пенсійна реформа дійшла до свого логічного завершення. Однак це не означає вирішення всіх наявних проблем і закінчення відповідної роботи. В умовах здійснення пенсійної реформи особливого значення набуває проблема вдосконалення правового регулювання пенсійних відносин.

Право пенсійного забезпечення є однією з найважливіших складових комплексної галузі права соціального забезпечення і виступає підгалуззю права. Під

правом пенсійного забезпечення розуміється сукупність правових норм, які регулюють суспільні відносини з наданням громадянам регулярного матеріального забезпечення у грошовій формі з настанням пенсійного віку, за наявності трудового стажу, інвалідності у разі втрати годувальника, а також інші пов'язані з цим відносини. Крім предмета та методу правового регулювання ознакою диференціації галузей права юридична наука визначає принципи правового регулювання суспільних відносин.

Вивчення питання про принципи пенсійного забезпечення може мати пізнавальне та науково-теоретичне значення у зв'язку з завданням наукових основ пенсійного забезпечення. В той же час виявлення та аналіз цих принципів можуть допомогти в практичному застосуванні пенсійного законодавства.

В юридичній літературі висловлені різні думки щодо поняття і змісту основних принципів права. Так, у загальній теорії права під принципами розуміються вихідні, відправні теоретичні положення щодо того чи іншого виду людської діяльності, що служать важливим організуючим, спрямовуючим началом, яке забезпечує досягнення певних цілей. Принципи права пенсійного забезпечення – це основні положення, які є орієнтирами в правовому регулюванні суспільних відносин у сфері пенсійного забезпечення та визначають суть, зміст і механізм функціонування даної галузі права. Принципами правового регулювання пенсійного забезпечення є основні ідеї, вихідні начала, положення, відображені в правових актах, що регулюють пенсійне забезпечення.

У науковій юридичній літературі було зроблено спробу модифікування усіх різноманітних систем принципів правового регулювання, запропонованих різними авторами, у результаті чого були представлені такі принципи правового регулювання пенсійного забезпечення: 1) загальність і доступність умов реалізації права на пенсію; 2) багатоманітність видів пенсійного забезпечення; 3) диференціація умов і норм пенсійного забезпечення; 4) забезпечення на рівні межі малозабезпеченості; 5) здійснення пенсійного забезпечення за рахунок коштів державного Пенсійного фонду; 6) здійснення пенсійного забезпечення державними органами; 7) соціально-трудова реабілітація і стимулювання трудової діяльності громадян, які частково втратили працездатність; 8) охорона права громадян на пенсійне забезпечення.

Однак з прийняттям нових базових законів відбулася зміна підходів до організації пенсійного забезпечення в Україні, тому наведені принципи не відповідають чинному законодавству і потребують перегляду.

Відповідно до Закону України “Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування” основними принципами правового регулювання пенсійного забезпечення є: поєднання солідарної та накопичувальної пенсійних систем; обов’язковість страхування осіб; право на добровільну участь у системі загальнообов’язкового державного пенсійного страхування; заінтересованість кожної працездатної особи у власному матеріальному забезпеченні після виходу на пенсію; солідарність та субсидування в солідарній системі; цільове та ефективне використання коштів загальнообов’язкового державного пенсійного страхування; відповідальність суб’єктів державного пенсійного страхування за порушення норм Закону, а також за невиконання або неналежне виконання покладених на них обов’язків.

Спробуємо розкрити ідею деяких з них. Так, принцип поєднання солідарної та накопичувальної пенсійних систем відображає створення змішаної пенсійної системи в нашій країні на засадах міжнародного досвіду. Саме змішана пенсійна система дає можливість постійно підвищувати рівень життя непрацездатних осіб, встановити залежність розмірів пенсій від величини заробітку і трудового стажу, забезпечити фінансову стабільність пенсійної системи. Принцип обов'язковості страхування осіб означає, що застраховані особи самі сплачують страхові внески на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування або за них сплачують вказані внески у встановленому законодавством порядку – пенсія призначається тільки за умови сплати страхових внесків. Принцип заінтересованості кожної працездатної особи у власному матеріальному забезпеченні після виходу на пенсію – ідея диференціації розмірів пенсії залежно від тривалості трудового (страхового) стажу та розміру заробітної плати (доходу) за певний час, а в майбутньому і за всю трудову діяльність становить суть цього принципу права пенсійного забезпечення.

Необхідно відзначити, що існує міжнародний досвід опрацювання основних принципів, на які має спиратися пенсійна система, зокрема: солідарність; відповідальність держави за створення пенсійної системи; обов'язкова участь громадян у системі загальнообов'язкового пенсійного страхування; соціальна справедливість і розмежування джерел фінансування пенсійної системи між державою, роботодавцями та громадянами; поступовість збільшення пенсійного віку.

Намагаючись сформулювати та проаналізувати принципи права пенсійного забезпечення, ми спробували продемонструвати, що ці принципи не є абстрактними деклараціями, а відзнайшли своє закріплення та практичне втілення в конкретних правових нормах чинного законодавства.

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

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАЦІ НАУКОВЦІВ У ТИМЧАСОВИХ ТВОРЧИХ КОЛЕКТИВАХ

Законодавство України містить норми, спрямовані на створення сприятливих умов для виконання наукових робіт у різних організаційно-правових формах. Згідно зі ст.31 Закону України “Про наукову і науково-технічну діяльність” (далі – Закон) однією з основних цілей державної політики в цій сфері є забезпечення вільного розвитку наукової й науково-технічної творчості шляхом створення сучасної інфраструктури науки й системи інформаційного забезпечення наукової та науково-технічної діяльності, інтеграції освіти, науки й виробництва та забезпечення соціально-економічних, організаційних і правових умов для формування та ефективного використання наукового й науково-технічного потенціалу.

Наукові дослідження найчастіше виконуються в колективній формі, оскільки потрібні використання потенціалу багатьох вчених, об'єднання зусиль

спеціалістів різних галузей знань. Однією з таких форм організації праці науковців є тимчасовий творчий колектив. Саме про ці колективи йдеться у ст.5 Закону, де закріплено, що вчений як основний суб'єкт наукової й науково-технічної діяльності має право обирати форми, напрямки та засоби своєї діяльності відповідно до інтересів, творчих можливостей, а також право на об'єднання з іншими вченими у постійні або тимчасові наукові колективи для проведення спільної наукової роботи.

Діяльність творчих колективів набула поширення і зарекомендувала себе як ефективна організаційна форма наукових досліджень, яка створюється із спеціалістів різних галузей науки. Разом з тим ні в літературі, ні в законодавстві України ця форма не має відображення. Останнім часом тимчасові творчі колективи визнані науковцями як досить плідна форма організації їх діяльності, яка забезпечує виконання наукових завдань у певні строки.

До прийняття Закону тимчасові творчі колективи функціонували на підставі Положення про тимчасовий колектив для проведення робіт з вирішення перспективних науково-технічних проблем міжгалузевого характеру, створення та освоєння на виробництві нової техніки, технології та матеріалів, затвердженого постановою Державного комітету СРСР з науки і техніки від 17.02.1984 р. № 56. На цей час Положення не втратило чинності, але фактично його зміст не відповідає реаліям сьогодення.

Правове регулювання діяльності тимчасових творчих колективів (далі – ТТК) залишається особливим і вельми специфічним. Ця специфіка виявляється у формуванні ТТК, розподілі обов'язків серед його членів, розподілі винагороди за роботу тощо.

Зарахування до складу ТТК відбувається шляхом видання наказу керівника наукової установи або вищого навчального закладу (ВНЗ) без проведення конкурсу. Конкурсний порядок формування складу ТТК, на наш погляд, є недоцільним, оскільки, по-перше, ТТК розрахований на “негайний” початок роботи, по-друге, заздалегідь відомі ділові якості його майбутніх членів, по-третє, як правило, така робота виконується поза межами основної роботи.

Трудовий договір з науковцями укладається на певний строк, бо робота має свій початок і кінець. Така робота, як правило, додаткова до основної і є особливою формою суміщення професій (посад). Режим роботи визначається керівником ТТК і може не збігатися з режимом роботи наукової установи або ВНЗ. Члени ТТК звільнені від табелювання і не підпорядковуються внутрішньому трудовому розпорядку. Відсутнє щоденне нормування праці. Важливим елементом у роботі ТТК є завершення роботи у встановлений термін. При оплаті праці враховується ступінь участі кожного члена ТТК у виконуваній роботі, який виражається в коефіцієнті трудової участі.

Виключення зі складу ТТК здійснюється шляхом прийняття рішення керівником наукової установи або ВНЗ за поданням керівника ТТК. Таке можливе за певні порушення трудової дисципліни, невиконання у строк завдань тощо і здійснюється без попередньої згоди виборного органу первинної профспілкової організації. Оскарження рішення про виключення із складу ТТК проводиться в загальному порядку вирішення індивідуальних трудових спорів.

Тимчасові творчі колективи створюються на базі науково-дослідних, проектних, проектно-конструкторських та технологічних організацій, науково-

виробничих та виробничих об'єднань, а також вищих навчальних закладів III–IV рівнів акредитації. Строк діяльності тимчасового колективу встановлюється залежно від складності завдань, поставлених перед ним, наявного науково-технічного потенціалу та обсягу робіт. Керівник ТТК, його заступник (заступники) призначаються наказом керівника наукової установи або вищого навчального закладу.

ТТК може створюватись як структурний підрозділ наукової установи або ВНЗ і як структурний підрозділ в наукових відділах (секторах). До їх складу можуть залучатися представники різних наукових установ, навіть розташованих у різних містах України.

Діяльність тимчасового творчого колективу припиняється з моменту закінчення строку дії, встановленого постановою про створення такого колективу, при достроковому виконанні робіт, а також при отриманні негативного результату чи при встановленні нездатності цього колективу до виконання покладених на нього завдань.

Враховуючи викладене, вважаємо за необхідне розробку Міністерством освіти і науки України Типового положення про тимчасові творчі колективи, у якому був би відображений правовий статус ТТК та його членів.

Є.П. Яригіна, здобувач
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ПРОБЛЕМИ ВДОСКНАЛЕННЯ СИСТЕМИ ДИТЯЧОЇ ДОШКІЛЬНОЇ ОСВІТИ

Система дитячих дошкільних закладів більше, ніж інші установи, зазнала впливу сучасності.

З перших років радянської влади витрати на будівництво цих установ повністю фінансувалися із державного бюджету або бюджетів підприємств, із цих же джерел забезпечувалося близько 80% плати на їх утримання, і тільки та частка, що залишалася, забезпечувалася за рахунок батьківської плати. Тепер ситуація різко змінилась. Якщо в 2000 – 2003 рр. у дошкільних установах України виховувалося 70% дітей, то в 2004 р. – тільки 57%.

Відбувається це в результаті зниження народжуваності, закриття установ, відмови батьків від їх послуг через високу плату, яка продовжує зростати. Як альтернатива з'являється все більше недержавних, приватних дошкільних закладів, які доступні тільки забезпеченим категоріям громадян. Право на безкоштовне навчання у середніх освітніх закладах є декларативним, оскільки постійні внески на ремонт, придбання книжок, посібників та інші витрати обходяться батькам у чималу суму.

Спробою держави розв'язати ці проблеми стало затвердження наказом Міністерства освіти і науки від 21.11.2002 р. Порядку встановлення плати батьків за перебування дітей в дитячих дошкільних та інтернатних закладах, який визначає розміри плати для батьків за перебування дітей у державних і комунальних

дошкільних та інтернатних навчальних закладах усіх типів та умови звільнення від плати або зменшення розміру плати.

Розмір плати за поданням дошкільного навчального закладу встановлюють місцеві органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування або підприємства, організації, установи, які перебувають у державній (комунальній) власності і мають у своєму підпорядкуванні дошкільні навчальні заклади, один раз на рік з урахуванням матеріального стану сім'ї та режиму роботи закладу. Вони можуть встановлювати пільги щодо плати батьків за харчування дітей у дошкільних закладах за рахунок коштів відповідних місцевих бюджетів, підприємств, організацій та установ.

Від плати за харчування дитини звільняються батьки або особи, які їх замінюють, із сімей, що отримують допомогу відповідно до Закону України "Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям". Підставою для звільнення є довідка про призначення такої допомоги, яка видається органами праці та соціального захисту населення. При переведенні дитини з одного дошкільного закладу до іншого довідки про призначення цієї допомоги повертаються батькам, якщо термін дії довідки не закінчився, а копії довідки залишаються у дошкільному навчальному закладі.

Плата за харчування дітей у дошкільних навчальних закладах вноситься батьками кожного місяця не пізніше 10 числа поточного місяця, за який вноситься плата, до банківських установ або філій. У разі невнесення плати в установлені строки ці суми стягуються в порядку, визначеному законодавством.

Батьки сплачують лише за дні, коли дитина відвідувала дошкільний навчальний заклад. За дні, коли дитини не відвідувала закладу, наприклад, у разі хвороби, санаторного лікування, відпустки батьків, плата з батьків не справляється.

Відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 26.08.2002 р. "Про невідкладні питання діяльності дошкільних та інтернатних навчальних закладів" батьки або особи, які їх замінюють, кожного місяця вносять плату в розмірі 20% середньомісячного сукупного доходу на одного члена сім'ї за утримання одного вихованця у загальноосвітній школі-інтернаті, спеціалізованій школі-інтернаті I – III ступенів, загальноосвітній школі та професійно-технічному училищі соціальної реабілітації.

Від плати за утримання дітей в інтернатах звільняються батьки або особи, які їх замінюють, із сімей, що отримують допомогу відповідно до Закону України "Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям". Підставою для звільнення є довідка про призначення цієї допомоги, яка видається органами праці та соціального захисту населення. Також плата не справляється з одиноких матерів (батьків) за утримання дітей в інтернатах, у загальноосвітніх санаторних школах-інтернатах, у спеціальних загальноосвітніх школах-інтернатах для дітей, які потребують корекції фізичного або розумового розвитку, у спеціалізованих школах-інтернатах II – III ступенів з поглибленим вивченням окремих предметів та курсів для розвитку здібностей, обдарованості і таланту дітей, фізичної культури та спорту, військових та з посиленою військово-фізичною підготовкою, в училищах олімпійського резерву і фізичної культури та спорту, в інших випадках, передбачених законодавством України.

Розмір плати за перебування дітей в інтернатах навчальних закладів

зменшується на 50% батькам, які працюють та проживають на лінійних станціях і перегонах; на 20% – батькам дітей, які є учнями загальноосвітніх інтернатів, проживають у сім'ях, але харчуються та одягаються за рахунок держави.

Власники або засновники інтернатних закладів навчання можуть у виняткових випадках звільняти батьків від плати за утримання дітей у цих закладах повністю або частково (до 50%) у межах 25% від загальної кількості вихованців, які мають батьків. Звільнення батьків від плати за утримання дітей в інтернатних навчальних закладах проводиться кожного року, але не більше ніж на навчальний рік.

За час перебування вихованців у недільні та святкові дні у батьків або осіб, які їх замінюють, плата за утримання за ці дні не враховується.

Усе викладене свідчить про невиконання державою зобов'язань, закріплених у ст. 53 Конституції України та ст. 3 Закону України "Про дошкільну освіту" щодо гарантій забезпечення доступності і безоплатності дошкільної освіти.

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

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ КОЛА ЕКОЛОГО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН

В юридичній літературі відсутнє на цей час комплексне, фундаментальне дослідження питання екологічних правовідносин (їх ознак, особливостей, змісту та форми). Деякі аспекти еколого-правових відносин розглядалися на рівні окремих статей. Актуальним уявляється питання щодо встановлення кола суспільних відносин, які можуть бути віднесені до категорії екологічних правовідносин, а також щодо їх класифікації. Провідним критерієм, який дозволяє виявляти види еколого-правових відносин, є об'єкт. Відповідно до цього можна виділити такі види екологічних відносин, як земельні, водні, фауністичні, флорні, атмосферно-повітряні, гірничі, лікувально-рекреаційні, природно-заповідні, антропогенні (здоров'я та життя людини). Дискусійним залишається питання про те, чи можна віднести до об'єктів екологічного права здоров'я та життя людини. У зв'язку з цим насаперед слід відзначити, що людина є невід'ємним елементом навколишнього природного середовища і відповідає всім необхідним ознакам, що властиві об'єктам екологічних правовідносин. Однак здоров'я та життя людини є об'єктом і інших правових відносин (цивільно-правових, кримінально-правових). Відповідно до цього необхідно зазначити, що здоров'я та життя людини буде виступати об'єктом еколого-правових відносин тільки в разі їх охорони та захисту від несприятливого впливу навколишнього природного середовища, обумовленого природними або антропогенними чинниками.

Іншим критерієм класифікації виступає напрямок діяльності суб'єктів екологічних правовідносин. Визначення кола еколого-правових відносин відповідно до цього критерія є неоднозначним та спірним. Так, в еколого-правовій літературі висловлена думка, згідно з якою існує багато відносин, що складаються з приводу

природних ресурсів, але їх не можна відносити до екологічних. Так, з приводу землі, лісу та інших природних ресурсів виникають рентні відносини, відносини щодо вилучення частини прибутку у виді податку за їх використання. Вказані відносини регулюються фінансовим правом, при цьому (відповідно до цієї думки) не має значення, в якому законодавстві містяться такі норми – в земельному чи іншому природно-ресурсному. До такої ж категорії відносять і майнові відносини, пов'язані із спричиненням шкоди внаслідок незаконного використання природних ресурсів. Завдана шкода підлягає відшкодуванню згідно з нормами цивільного права, хоча подібні норми містяться і в земельному, і в фауністичному, і в гірничому законодавстві. Цей факт дає змогу повністю виключити майнові відносини з числа екологічних.

Наведена точка зору здається дещо спірною. Так, якщо бути послідовним та продовжити відокремлення екологічних правовідносин на підставі зазначених критеріїв, то навряд чи можна віднести до категорії екологічних відносини у галузі права власності на природні ресурси, оскільки загальні питання права власності регулюються нормами цивільного права і містяться в цивільному законодавстві. Те ж саме стосується і відносин в галузі управління використанням та охороною навколишнього природного середовища. Значна кількість правовідносин цієї сфери врегульована нормами конституційного права, адміністративного права і, таким чином, не може бути включена до кола еколого-правових відносин.

Виходячи з цього, необхідно зазначити, що екологічне право регулює єдині однорідні суспільні відносини і являє собою самостійну некомплексну галузь права. Вбачається, що провідним критерієм при віднесенні того чи іншого виду правовідносин до кола екологічних має бути те, на що спрямована поведінка учасників цих правовідносин, з приводу чого суб'єкти реалізують свої права та обов'язки, а саме – об'єкт правовідносин. При цьому природні блага можуть бути як безпосереднім (первинним) об'єктом правових відносин (наприклад, у відносинах з приводу експлуатації природних ресурсів), так і опосередкованим (вторинним), наприклад, відносини, що виникають при стягуванні платежів за використання природних ресурсів. Що ж стосується виділення окремої групи екологічних відносин у галузі екологічної безпеки, то уявляється, що майже всі відносини в галузі природокористування і в галузі охорони спрямовані за своїм змістом та метою саме на забезпечення екологічної безпеки. Тому виділення правовідносин у галузі забезпечення екологічної безпеки в окрему групу здається дещо штучним.

Під екологічними правовідносинами слід розуміти суспільні відносини, які співвідносяться за сенсом одне з одним та складаються між певними суб'єктами з приводу належності природних ресурсів, природокористування, охорони навколишнього природного середовища, забезпечення екологічних прав людини і врегульовані нормами екологічного права. Характерним для них є таке: вони є результатом свідомої, вольової діяльності людей; їх виникнення обумовлене історичним розвитком суспільства; наявність особливого об'єкта – природні блага, життя та здоров'я людини; правове регулювання екологічних правових відносин здійснюється за допомогою значної кількості екологічних імперативів.

ЩОДО ПИТАННЯ ЕКОЛОГІЧНОЇ ПРАВОВИЗНАЧНОСТІ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ ПРИРОДНИХ ПРАВ

Визнання Конституцією України природних прав людини стало основою для корекції поняття правовизначності як безпосередньо природної спроможності мати екологічні права й обов'язки. Екологічна правовизначність – невід'ємна властивість кожного громадянина, яка притаманна йому протягом усього життя незалежно від віку і здоров'я. Вона є абстрактною можливістю суб'єкта (бо належить кожному) позитивного і природного екологічного права мати відповідні права, а також обов'язки від народження до смерті, що мають невід'ємний і невідчужуваний характер, забезпечують єдність приватних і публічних інтересів в екології.

Правовизначність тісно пов'язана з поняттям природного права, однак у теорії права немає її однозначного трактування. Природне екологічне право розглядається як соціально-правове явище, довічне право індивіда, яке має моральну природу та характер абсолютної цінності. Його можна визначити як систему сформульованих громадянським суспільством прав на фундаментальні блага, що набуваються людиною з моменту народження. Згальноприйнятими є такі положення: невід'ємність від людини; момент виникнення, пов'язаний з моментом народження; незалежність від розсуду державних законодавчих органів; безпосередня та об'єктивна реалізація (без будь-якого правозастосовчого нормативного акта, незалежно від волі людей).

Природне екологічне право базується на особливостях людини як соціально-біологічної істоти, її потребах та інтересах, що керують нею при здійсненні природокористування.

В юридичній літературі радянського періоду домінувала думка про те, що хоча правовизначність і виникає в момент народження, але вона набувається не від природи, а за законом, тобто є суспільною властивістю, визначеною юридичною можливістю. Також заперечувалося й існування природних прав. Усе більше сучасних українських учених схиляються до думки, яка панує в західній науці, про те, що екологічна правовизначність – природна властивість кожної людини, зміст якої обумовлений і базується на основних положеннях концепції природного права, а також виступає основою для правоволодіння.

Зміст правовизначності – це якісна, а не кількісна категорія, бо він полягає в можливості придбання прав, а не в їх сукупності. Слід зазначити, що основними елементами змісту екологічної правовизначності є природні права, на цей час закріплені як у Конституції України, так і в інших нормативно-правових актах. До них належать такі права: на безпечне для життя і здоров'я навколишнє середовище і відшкодування заподіяного порушенням цього права шкоди, на вільний доступ до інформації про стан навколишнього середовища, про якість харчових продуктів тощо.

Екологічна правовизначність визнається за кожною людиною. При цьому відповідно до закону громадянин не має права відмовитися від правовизначності або

обмежити її. Тому вона і є невідчужуваною. Ніхто не може відмовитися від свого права на безпечне навколишнє природне середовище або, скажемо, від права на інформацію про його стан, або укласти угоди щодо цих прав. Іншими словами, суб'єкт не може розпоряджатися можливістю бути володарем ряду природних екологічних прав.

Проте аналіз чинного екологічного законодавства показує, що в деяких випадках може мати місце обмеження правоздатності як покарання за вчинений злочин; при цьому громадянин за вироком суду може бути позбавлений правоздатності не в цілому, а лише можливості мати деякі права – займати певні посади, займатися певною діяльністю. Примусове обмеження правоздатності не можна змішувати з позбавленням громадянина деяких суб'єктивних або природних екологічних прав. Так, вилучення земельної ділянки за рішенням суду означає позбавлення громадянина права власності на певний природний об'єкт, але не пов'язано з обмеженням правоздатності.

Екологічна правоздатність невід'ємна від особистості, її неможливо позбавити, припинити або обмежити. Вона має загальний і універсальний характер. Такі характеристики властиві і природним екологічним правам.

Наявність у осіб екологічної правоздатності є основною умовою реалізації правових норм, які містяться в нормативно-правових актах про охорону навколишнього природного середовища. Екологічна правоздатність визначає сферу законодавства щодо суб'єктів і коло врегульованих екологічних відносин, учасником яких може бути будь-яка особа. Вона має свій власний зміст, що характеризується можливістю мати екологічні суб'єктивні або природні права, виконувати обов'язки. Її головне завдання – забезпечення єдності приватних і публічних інтересів в екології. Наприклад, реалізація права на безпечне довкілля означає додержання екологічних імперативів і вимог, зберігання і відновлення навколишнього природного середовища в інтересах не тільки конкретного праволодаря, але й всього суспільства.

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

ПРО ОРЕНДУ ВОДНИХ ОБ'ЄКТІВ

Чинне водне законодавство України припускає можливість використання водних об'єктів на умовах оренди. Вперше оренда водних об'єктів була закріплена у Водному кодексі України, прийнятому Верховною Радою України 06.06.1995 р.

Правовою основою використання водних об'єктів на умовах оренди в Україні є ст. 51 Водного кодексу України в редакції від 21.09.2000 р., яка передбачає, що окремі водні об'єкти (їх частини) місцевого значення і ставки, що знаходяться в басейнах рік загальнодержавного значення, можуть передаватися в оренду. Як очевидно з даного визначення, предметом таких правовідносин є весь водний об'єкт або його певна частина. При цьому перелік водних об'єктів

загальнодержавного значення істотно обмежений.

Тим часом у ст. 3 Закону України від 06.10.1998 р. (в ред. від 02.10.2003 р.) “Про оренду землі” вказується, що в оренду можуть надаватися земельні ділянки з насадженнями, будівлями, спорудами, водоймами або без них. У даному випадку в законі йдеться тільки про водні об’єкти, які відносяться до категорії водойм. Відповідно до ст. 3 Водного кодексу України до них належать: природні водойми (озера) і штучні водойми (водоймища і ставки). Таким чином, у Законі України “Про оренду землі” припускається можливість передачі в оренду разом із земельною ділянкою, як правило, замкнених, невеликих за площею водних об’єктів незалежно від їх правового режиму (значення).

У зв’язку з цим на практиці виникло багато питань, що стосуються одночасної передачі в оренду як земельної ділянки, так і водойми, що знаходиться на даній земельній ділянці. Здається, що ця правова норма, закріплена в Законі України “Про оренду землі”, не дуже коректно викладена.

Відповідно до екологічного законодавства земля, води та інші природні об’єкти є самостійними об’єктами екологічного права, хоча і перебувають у нерозривному екологічному зв’язку і впливають один на одного. Тому у Водному кодексі України особливо підкреслюється, що водні відносини регулюються чинним Кодексом, а земельні, гірські, лісові відносини, що виникають при користуванні водними об’єктами, регулюються відповідним законодавством України. Отже, при наданні в оренду земельної ділянки, на якій є водойма, в договорі оренди земельної ділянки має бути зазначено тільки про існування водойми на даній ділянці. При цьому, як вбачається, водойма може бути використана орендарем земельної ділянки тільки в порядку загального водокористування. У разі, якщо орендар земельної ділянки використовує водний об’єкт з метою, для якої необхідно відповідно до Водного кодексу одержати дозвіл, його дії необхідно розцінювати як самовільне користування водоймою.

Прийнятий 25.10.2001 р. Земельний кодекс України ще більш заплутав складну ситуацію щодо питання оренди водних об’єктів. Згідно зі ст. 59 ЗК України громадянам і юридичним особам можуть передаватися на умовах оренди озера, водоймища, інші водойми, болота та острови для сінокошіння, рибогосподарських потреб, культурно-оздоровчих, рекреаційних, спортивних і туристичних цілей, проведення науково-дослідних робіт тощо. ЗК України закріплює можливість передачі в оренду водоймищ (природних і штучних) незалежно від їх правового режиму (загальнодержавного чи місцевого значення). Таким чином, у законодавстві нечітко закріплені об’єкти орендних відносин, і нормативні акти суперечать один одному.

Аналогічна ситуація склалася і стосовно мети використання водних об’єктів на умовах оренди.

Орендар повинний використовувати водний об’єкт або його частину суворо за цільовим призначенням. У Водному кодексі України вказується, що водні об’єкти можуть здаватися в оренду для риборозведення, виробництва сільськогосподарської і промислової продукції, а також у лікувальних і оздоровчих цілях. Зазначений перелік є вичерпним. Як очевидно з даного переліку, орендар має право здійснювати декілька видів водокористування за засобом використання вод. Зокрема, орендарі мають право здійснювати забір води з водного об’єкта

(виробництво сільськогосподарської і промислової продукції), а також використовувати його водну поверхню або середовище водного об'єкта (риборозведення, використання в лікувальних і оздоровчих цілях). Отже, для інших цілей водний об'єкт в оренду зданий бути не може. У разі використання його орендарем в інших цілях необхідно порушувати питання про дострокове припинення орендних відносин шляхом розірвання договору оренди. Проте Земельний кодекс України додатково вказує на можливість використання орендованих водоймищ для рекреаційних, спортивних і туристичних цілей, проведення науково-дослідних робіт тощо.

Право водокористування на умовах оренди оформлюється договором, узгодженим з державними органами охорони навколишнього природного середовища і водного господарства. У Водному кодексі України лише вказується, що право орендного водокористування оформлюється договором. При цьому не дається поняття договору оренди водного об'єкта. З аналізу екологічного законодавства можна зробити висновок, що договір оренди водних об'єктів – це угода між сторонами про взаємні права й обов'язки, згідно з якою орендодавець за плату передає водний об'єкт (або його частину) у користування і володіння орендарю на певний строк, а орендар зобов'язується використовувати його за цільовим призначенням і своєчасно вносити орендну плату.

Все вищевикладене дозволяє дійти висновку, що наявності однієї статті у Водному кодексі, яка регулює оренду водних об'єктів, явно недостатньо. Необхідно більш повно врегулювати даний вид правових відносин шляхом внесення відповідних змін у Водний кодекс України.

С.В. Шарапова, канд. юрид. наук, доцент
*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ВИКОРИСТАННЯ ПРИРОДНИХ БАГАТСТВ КОНТИНЕНТАЛЬНОГО ШЕЛЬФУ УКРАЇНИ

Особливістю даної теми є майже абсолютна відсутність фундаментальних досліджень з питань охорони та використання природних багатств континентального шельфу України. Деякі питання правового режиму континентального шельфу визначаються досі згідно з нормами законодавства колишнього СРСР. Отже, проблема регулювання відносин, що виникають при використанні природних ресурсів континентального шельфу, має важливе значення.

Під природними багатствами континентального шельфу України розуміють мінеральні та інші неживі ресурси морського дна і його надр, а також живі організми, що відносяться до “сидячих видів”, тобто організми, які в період, коли можливий їх промисел, перебувають у нерухомому стані на морському дні чи під ним або не здатні пересуватися інакше, як будучи в постійному фізичному контакті з морським дном чи його надрами.

Використанням природних ресурсів континентального шельфу є:

геологічне вивчення надр континентального шельфу; видобуток корисних копалин; будівництво та експлуатація підземних споруджень, не пов'язаних з видобутком корисних копалин; видобуток водних живих ресурсів для наукових, культурно-просвітніх, виховних і естетичних цілей; видобуток водних живих ресурсів, зокрема, для утримання та відтворення в неволі чи напіввільних умовах з комерційною та іншими цілями; виробництво енергії шляхом використання води, плинів і вітру.

Відносини в галузі охорони та використання природних багатств континентального шельфу регулюється водним, гірничим, фауністичним законодавством з урахуванням норм міжнародного права.

Природні ресурси континентального шельфу відносяться до ресурсів, на використання яких відповідно до Положення про порядок видачі дозволів на спеціальне використання природних ресурсів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 10.08.1992 р., необхідний спеціальний дозвіл. Видача дозволів здійснюється органами Міністерства охорони навколишнього природного середовища України, а на використання корисних копалин континентального шельфу (за винятком загальнопоширених) – спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади з геологічного вивчення та забезпечення раціонального використання надр.

Дозвіл на користування надрами у межах континентального шельфу видається з урахуванням норм міжнародного права. Надання у користування надр континентального шельфу здійснюється відповідно до правового режиму морських просторів. При цьому визначається площа морського дна (ділянки надр) із зазначенням координат і меж, в яких дозволяється провадження діяльності, визначеної у дозволі.

Також у дозволі на користування надрами континентального шельфу передбачається спеціальний режим ведення робіт, що узгоджується зі спеціально уповноваженими центральними органами виконавчої влади, до відома яких належать питання охорони державного кордону, безпеки судноплавства, рибного господарства та інших промислів, екології і природних ресурсів.

Необхідно зазначити, що законодавством передбачено право встановлення додаткових вимог щодо умов використання надр континентального шельфу в районах дії ліцензії. Слід зазначити, що було б доцільним закріпити в законодавчому порядку приблизний перелік додаткових вимог як з метою охорони та раціонального використання природних багатств континентального шельфу, так і з метою захисту прав та інтересів інших користувачів. Крім цього, вважаю, що у ліцензії додатково мають бути відомості про екологічне забезпечення користування ділянками, включаючи організацію екологічного моніторингу, взаємопогоджувані методики відшкодування збитків, які завдаються живим ресурсам, відомості про консервацію і ліквідацію установок та споруджень по завершенні робіт та ін.

Деякі питання стосовно використання природних багатств континентального шельфу України (питання управління в галузі охорони та використання природних багатств континентального шельфу, функції управління, питання стосовно видів використання природних ресурсів континентального шельфу тощо) у законодавстві передбачено лише загально, опосередковано.

З метою усунення прогалин, що мають місце в законодавстві, а також для

правового врегулювання відносин у галузі охорони та використання природних багатств континентального шельфу України пропонується розробити та прийняти нормативно-правовий акт – Закон України “Про континентальний шельф України”.

Чау Тхи Хань Ван, аспірант
Національна юридическа академия України
им. Ярослава Мудрого

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ НА ЗЕМЛЮ ВО ВЬЕТНАМЕ

Собственность на объекты природно-ресурсного потенциала составляет основу социально-экономической формации, оказывает важное влияние на развитие экономики государства. Наиболее специфичным и важным объектом права собственности в сфере экологии является земля. Она представляет собой главный многокомпонентный природный ресурс, тогда как все остальные природные объекты являются его производными. Земля выступает основой жизнедеятельности, средством производства в сельском и лесном хозяйстве, а также является доминирующим элементом в экосистеме. Она выполняет разнообразные функции. Проблема права собственности на землю, в том числе и вопрос о форме собственности на этот объект природы во Вьетнаме в настоящее время приобретает особую актуальность и практическую значимость. Это связано с тем, что в Земельном кодексе Вьетнама, вступившем в силу с 01.07.2004 г., вообще не упоминается о формах собственности на землю, закрепляется лишь всенародная собственность на этот объект природы. В то же время известно, что формы принадлежности земли в своей основе создают необходимые условия для надлежащего ее использования.

До 1980 г. во Вьетнаме были закреплены в земельном законодательстве государственная, коллективная и частная собственность на землю. Но с 1980 г. законодатель Вьетнама отказался от названной классификации. Принятая в 1980 г. Конституция Вьетнама закрепила лишь всенародную собственность на землю. Конституция Вьетнама 1992 г. продублировала положения Конституции 1980 г., которые касались принадлежности земли (ст.17). В Земельном кодексе Вьетнама (п.1 ст.5) сохранена формула действующей Конституции Вьетнама, касающаяся принадлежности земли всему народу Вьетнама.

Признание законодательным путем народа собственником земли во Вьетнаме вызывает некоторые вопросы, которые заслуживают внимания и нуждаются в исследовании.

Известно, что каждый субъект права, включая и собственника земли, обладает комплексом прав и несет соответствующие обязанности. Народ, который признан собственником земли, не может непосредственно использовать землю и нести ответственность. Поэтому фактически он не реализует правомочия, принадлежащие собственнику: владение, пользование и распоряжение. Более правильно следует считать, что о народе, как о собственнике земли можно говорить лишь в социально-политическом аспекте. В юридическом смысле, строго говоря,

народ не может выступать собственником земли. Подобные точки зрения высказывались в юридической литературе Украины, посвященной земельно-правовой тематике.

В юридической литературе Вьетнама существует мнение, которое отождествляет право собственности на землю народа и право собственности на землю государства. Такое отождествление нуждается в некотором пояснении. С одной стороны, нельзя смешивать субъектный состав права собственности на землю, а с другой – этот вопрос не должен оставаться открытым. Представляется, что законодатель Вьетнама нашел наиболее оптимальный вариант решения данного вопроса. Так, в соответствии со ст. 17 Конституции Вьетнама 1992 г. земля и другие природные ресурсы принадлежат государству, являются всенародной собственностью. Нахождение земли в государственной собственности позволяет государству (как ее собственнику) успешно осуществлять как внутренние, так и внешние государственные функции. В то же время переход экономики Вьетнама к рыночным условиям требует отказа от монопольного права государства на землю, установления многосубъектности данного права. Практика других государств свидетельствует, что отдельные земельные участки могут быть включены в рыночный товарооборот, их принадлежность может быть изменена. Так, Земельный кодекс Украины предусматривает, что наряду с государственной успешно функционирует частная и коммунальная собственность на землю. Наличие нескольких форм права собственности на землю, закрепленных на законодательном уровне Украины, не противоречит, а, наоборот, соответствует процессам демократизации в обществе. Подобный подход к решению вопроса о принадлежности земли в Украине можно было бы успешно использовать и во Вьетнаме.

Т.М. Шульга, аспірант
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ФОРМУВАННЯ БЮДЖЕТІВ І ПРАВО ПРИРОДОКОРИСТУВАННЯ

Платність є одним із основних принципів природокористування, що закріпленій у чинному законодавстві України. Вичерпний перелік загальнодержавних податків і зборів (обов'язкових платежів) встановлено Законом України “Про систему оподаткування” (в ред. від 18.02.1997 р.). У цьому переліку зазначено податки та збори, що безпосередньо відносяться до сфери природокористування: плата (податок) за землю; збір за геологорозвідувальні роботи, виконані за рахунок Державного бюджету; збір за спеціальне використання природних ресурсів; збір за забруднення навколишнього природного середовища. Крім того, екологічне законодавство, що регулює суспільні відносини в галузі використання та охорони окремих об'єктів природи, передбачає і деякі інші податки, збори та платежі.

Закон України “Про охорону навколишнього природного середовища” виділяє три види зборів: за спеціальне використання природних ресурсів (ст.43); за забруднення навколишнього природного середовища (ст.44); за погіршення якості

природних ресурсів (ст.45). У ст.46 Закону зазначається, куди і з якою метою розподіляються збори за використання природних ресурсів, забруднення навколишнього природного середовища. Перші надходять до місцевих бюджетів, республіканського бюджету Автономної Республіки Крим та Державного бюджету України і використовуються на виконання робіт по відтворенню, підтриманню цих ресурсів у належному стані. Збори за використання природних ресурсів місцевого значення надходять до республіканського бюджету Автономної Республіки Крим та місцевих бюджетів. Кошти від збору за забруднення навколишнього природного середовища розподіляються між місцевими (сільськими, селищними, міськими), обласними та республіканським Автономної Республіки Крим, а також Державним фондами охорони навколишнього природного середовища у співвідношенні відповідно 20, 50 і 30%, а між Київським, Севастопольським міськими та Державним фондами охорони навколишнього природного середовища – у співвідношенні 70 і 30%. Щодо зборів за погіршення якості природних ресурсів у вищезгаданій статті Закону не вказується, яким чином і куди повинні розподілятися отримані від них кошти. Не говориться про це і в ст.45 Закону, яка безпосередньо регулює даний вид зборів і зазначає, що збір за погіршення якості природних ресурсів у результаті володіння і користування встановлюється на основі нормативів. Порядок встановлення нормативів збору за погіршення якості природних ресурсів визначається Кабінетом Міністрів України.

Таким чином, не зрозуміло, куди треба розподіляти кошти, отримані від зборів за погіршення якості природних ресурсів. Оскільки держава зацікавлена в реалізації будь-якої можливості збільшення доходів у бюджети, то положення про те, що збори за погіршення якості природних ресурсів повинні направлятися до Державного бюджету України, бюджету Автономної Республіки Крим, місцевих бюджетів та державних цільових фондів, потрібно було б закріпити законодавчо.

Приписи законів “Про систему оподаткування” та “Про охорону навколишнього природного середовища”, що стосуються зборів за спеціальне використання більшості природних ресурсів, деталізуються і регулюються переважно відповідними поресурсовими законодавчими актами. В той же час стосовно деяких природних ресурсів діють спеціальні нормативні акти.

Земельний кодекс України в ст.206 закріплює принцип платності у сфері використання землі, який деталізовано у спеціальному законодавстві. Так, Закон України “Про плату за землю” конкретизує положення Земельного кодексу України, встановлюючи, що плата за землю стягується у вигляді земельного податку або орендної плати. Платежі за землю зараховуються на спеціальні бюджетні рахунки сільських, селищних, міських рад, на території яких знаходяться земельні ділянки, при цьому 30% грошових коштів централізуються на спеціальному бюджетному рахунку Державного комітету України по земельних ресурсах, 10% – на спеціальних бюджетних рахунках Автономної Республіки Крим і областей.

Згідно з ч.2 ст.12 Закону України “Про рослинний світ” спеціальне використання природних рослинних ресурсів є платним. При цьому Законом встановлено, що збір за спеціальне використання природних рослинних ресурсів загальнодержавного значення зараховується у відповідні бюджети згідно із законодавством (ст.13). Збори за спеціальне використання природних рослинних ресурсів місцевого значення зараховуються в повному розмірі у відповідні місцеві

бюджети.

Таким чином, на основі аналізу чинних правових приписів, що регулюють оподаткування у сфері використання, відтворення та охорони природних ресурсів, можна зробити висновок, що деякі податки, збори та платежі, передбачені цими приписами, не увійшли в перелік, закріплений ст.14 Закону України “Про систему оподаткування”. Ситуація, що склалася, потребує кардинальної зміни, оскільки у вищезазначеному Законі чітко встановлено, що будь-які податки і збори (обов’язкові платежі), які запроваджуються законами України, мають бути включені до цього Закону. Податки і збори (обов’язкові платежі), справляння яких не передбачено цим Законом, крім визначених Законом України “Про джерела фінансування дорожнього господарства України”, сплаті не підлягають. Такі приписи Закону не дають можливості направляти грошові кошти, отримані від зборів у сфері використання, відтворення та охорони природних ресурсів, у бюджети держави. Тому для забезпечення належної правової регламентації оподаткування та наповнення бюджетів за рахунок податків, зборів і платежів у галузі природокористування було б доцільно скоригувати відповідні правові норми.

О. В. Ус, аспірант

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЯ ПОКАРАННЯ ПІДБУРЮВАЧА ДО ЗЛОЧИНУ

Незважаючи на те, що в основі визнання злочинної діяльності декількох суб’єктів співучастю лежить ознака спільності (діяння, наслідків і умислу учасників), в основу призначення покарання співучасникам покладено принцип його індивідуалізації.

Закон не встановлює якихось особливих підстав відповідальності за співучасть у злочині, однак з урахуванням того, що він вчинюється спільними зусиллями декількох суб’єктів, “внесок” яких у досягнення єдиного злочинного результату може бути різним, зобов’язує суд при призначенні покарання керуватися не лише загальними, але і спеціальними положеннями. Так, відповідно до ч. 2 ст. 68 КК України при призначенні покарання співучасникам суд, керуючись положеннями статей 65 – 67, додатково враховує характер і ступінь участі кожного з них у вчиненні злочину. Отже, *при призначенні покарання підбурювачу до злочину суд має керуватися як загальними (статті 65 – 67 КК України), так і спеціальними положеннями індивідуалізації покарання (характер і ступінь участі підбурювача у спільному злочині).*

У науці кримінального права тривалий час дискутується питання про співвідношення суспільної небезпечності злочину, вчиненого однією особою (індивідуально) та у співучасті. Як наслідок цього висловлюються різні думки щодо питання призначення співучасникам більш суворого покарання. У той же час аналіз норм КК України свідчить, що законодавець установив підвищену відповідальність за спільне скоєння злочину декількома суб’єктами і зробив це, на наш погляд,

цілком обґрунтовано. По-перше, підвищена суспільна небезпечність злочину, вчиненого у співучасті, відбита самим законодавцем у *санкціях* відповідних статей Особливої частини КК України при криміналізації окремих форм і видів співучасті. Це реалізовано двояким чином: а) шляхом створення самостійних складів злочинів (наприклад, створення злочинної організації – ст. 255 КК, бандитизм – ст. 257 КК); б) шляхом включення в окремі норми кваліфікуючих або особливо кваліфікуючих ознак складу злочину (наприклад, як кваліфікуюча або особливо кваліфікуюча ознаки складу злочину передбачено вчинення злочину групою осіб – ч. 2 ст. 121, ч. 3 ст. 152 КК; групою осіб за попередньою змовою – ч. 2 ст. 185, ч. 2 ст. 149; організованою групою – ч. 3 ст. 109, ч. 5 ст. 186 КК України). По-друге, якщо вказані форми співучасті не передбачені в наведених вище значеннях, то, як випливає з ч. 2 ст. 67 КК, підвищена відповідальність за здійснення злочину групою осіб за попередньою змовою *повинна* бути врахована судом при призначенні покарання кожному з учасників як обтяжуюча обставина (п. 2 ч. 1 ст. 67 КК). Таким чином, *при призначенні покарання підбурювачу його участь у спільному вчиненні злочину або відображається законодавцем при конструюванні санкції статті Особливої частини КК, або враховується судом при призначенні покарання як обтяжуюча обставина.*

У той же час, кожен із співучасників виконує конкретну (функціональну) роль у спільному злочині, і “внесок” його в досягнення загального злочинного результату різний. У зв’язку з цим, з одного боку, *сам по собі факт скоєння злочину в співучасті є підставою призначення більш суворого покарання підбурювачу, а з іншого, при призначенні йому покарання ця обставина підлягає індивідуальній оцінці в кожному конкретному випадку.* З цього випливає, що участь декількох осіб у спільному злочині може викликати не тільки різну кваліфікацію вчиненого кожним із співучасників, але й не виключає можливості призначення кожному з них різного виду та міри покарання.

Деякі криміналісти, відзначаючи досить високий ступінь суспільної небезпечності діяння підбурювача, обґрунтовують необхідність призначення йому більш суворого покарання порівняно зі співучасниками. Іноді це цілком виправдано. Однак стверджувати подібне в кожному конкретному випадку – означає покласти в основу індивідуалізації покарання формальний підхід. У зв’язку з цим досить обґрунтовано законодавець не зв’яже судові органи заздалегідь установлені формальними критеріями для визначення покарання учасникам злочинного діяння і не вимагає його обов’язкового підвищення або зниження залежно від виконаної ролі у спільному злочині. Саме тому в ч. 2 ст. 68 КК законодавець говорить не про підвищення або зниження покарання співучасникам, а про врахування характеру і ступеня участі кожного з них у вчиненні злочину. При цьому *характер участі* визначає ту роль, яку виконує конкретний співучасник у злочині і на основі якої дається юридична оцінка його діяння. Встановлення ролі кожного зі співучасників злочину та оцінка його особистого внеску характеризує *якісний* рівень небезпечності його діяння у злочині. *Ступінь участі* характеризує міру активності, інтенсивності, дієвості особи у виконанні своєї ролі (своїх функцій). Зміст і обсяг тих дій, що були фактично виконані співучасником, характеризують *кількісний* рівень його участі у злочині. При цьому *характер діяння підбурювача в усіх випадках однаковий, ступінь здійснення ним своєї ролі в кожній*

конкретній ситуації різний. У зв'язку з цим характер участі (роль) підбурювача в злочині виступає лише певним орієнтиром для визначення покарання. Остаточню ж воно має бути призначено з урахуванням ступеня участі у злочині, що визначається обсягом діяльності співучасника при здійсненні своєї ролі і наявністю або відсутністю обставин, що пом'якшують або обтяжують покарання.

На завершення хотілося б відзначити, що наявність в Особливій частині КК норм, які встановлюють відповідальність за вчинення злочину організованою групою або злочинною організацією, не свідчить про те, що кожен з учасників такого об'єднання виконує однакову роль у злочині. У зв'язку з цим законодавець зобов'язує суд при призначенні покарання кожному з учасників такого угруповання враховувати положення ч. 2 ст. 68 КК України.

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

ДО ПИТАННЯ ПРО ЗАСТОСУВАННЯ ЗАГАЛЬНИХ ВИДІВ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Аналіз КК України 2001 р. дозволяє поділити норми, присвячені звільненню від кримінальної відповідальності, на дві групи залежно від розміщення їх у кримінальному законі. Перша група норм, які закріплюють загальні види звільнення від кримінальної відповідальності, передбачена в IX розділі *Загальної частини (статті 45 – 49 КК)*. Крім того, загальні підстави звільнення передбачені в статтях інших розділів Загальної частини КК (статті 17, 19, 31, 86, 87, 105 та ін.).

Друга група норм, більш численна, присвячена формулюванню спеціальних видів звільнення від кримінальної відповідальності при вчиненні окремих самостійних злочинів, міститься у восьми *розділах Особливої частини КК і складає 14 таких норм*. Причому більшість таких норм передбачена у розділі “Злочини проти громадської безпеки” – *чотири норми про звільнення від кримінальної відповідальності (ч.2 ст.255, ч.5 ст.258, ч.6 ст.260, ч.3 ст.263 КК)*. Крім того, такі норми містяться в розділах “Злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я” (ч.4 ст.307, ч.4 ст. 309, ч.4 ст. 311 КК), “Злочини проти основ національної безпеки України” (ч.2 ст.111, ч.2 ст.114 КК). Решта інших розділів Особливої частини містить по одній нормі, що передбачає звільнення від кримінальної відповідальності. Наприклад, розділ 7 “Злочини у сфері господарської діяльності” передбачає можливість звільнення від кримінальної відповідальності лише щодо злочину, передбаченого ст.212 КК (“Ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів”).

Як названі, так і інші розділи Особливої частини містять норми, які встановлюють відповідальність за вчинення злочинів, які відповідно до класифікації (ст.12 КК “Класифікація злочинів”) визнаються особливо тяжкими, тяжкими, злочинами середньої або невеликої тяжкості.

Відомо, що застосування так званих загальних видів звільнення обумовлено, як правило, передусім фактом вчинення злочинів невеликої або середньої тяжкості. Так, відповідно до статей 45 – 46 КК необхідною умовою звільнення від відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям або у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, виступає факт вчинення *злочину невеликої тяжкості*. Поряд з цим, звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки або у зв'язку із зміною обстановки можливе лише стосовно випадків вчинення *злочину невеликої або середньої тяжкості* (статті 47 – 48 КК). Лише стосовно звільнення від кримінальної відповідальності на підставі ст.49 КК (“Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності”) та за іншими підставами, які передбачені в Загальній частині кримінального закону, такі вимоги, як правило, не є обов'язковими.

Разом з тим, наявність норм, які встановлюють відповідальність за вчинення злочинів невеликої та середньої тяжкості, не означає, що майже до всіх випадків вчинення відповідних злочинів можливе застосування визначених у розділі IX загальних видів звільнення від кримінальної відповідальності. Так, ускладнено застосування звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (ст.46 КК) при вчиненні злочинів, які завдають шкоди інтересам держави або невизначеному колу осіб (незаконне ввезення на територію України відходів і вторинної сировини – ч.1 ст.268 КК), а також при вчиненні злочинів, які характеризуються настанням смерті (ст.118 “Умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця”), коли потерпіла особа дала згоду на заподіяння шкоди здоров'ю (наприклад, при незаконному проведенні абортів – ч.1 ст.134 КК).

Вважається неможливим або ускладненим застосування звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям (ст.45 КК) при вчиненні злочину з формальним складом, наприклад, при незаконному перевезенні на повітряному судні вибухових або легкозаймистих речовин (ч.1 ст.269 КК), оскільки “повне відшкодування завданих збитків” або “усунення заподіяної шкоди” в такому випадку неможливе.

Включається або ускладнюється можливість застосування загальних підстав звільнення від кримінальної відповідальності також у випадках настання смерті потерпілої особи, заподіяння шкоди малолітній особі або особі, що хворіє на психічну хворобу, у випадках, коли неможливе відновлення заподіяної шкоди тощо.

Отже, підсумовуючи викладене, слід вказати, що вчинення злочину невеликої або середньої тяжкості не завжди утворює передумову подальшого звільнення від кримінальної відповідальності на підставі норм, передбачених розділом IX Загальної частини КК. Застосування загальних видів звільнення від відповідальності при вчиненні таких злочинів має вибірковий характер, оскільки необхідна узгодженість відповідних положень Загальної частини і положень диспозицій статей Особливої частини КК України, в яких описані конкретні види злочинів, вказані їх наслідки, способи вчинення, конкретизуються потерпілі особи.

ЗАГАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ ДОБРОВІЛЬНОЇ ВІДМОВИ ПРИ СПІВУЧАСТІ

Норми про добровільну відмову при співучасті найбільше поширення отримали в законодавстві першої половини XIX ст. Однак це різноманіття нормативних приписів, як зауважував М.С. Таганцев, “...не дає чіткого вирішення питання”. Складність полягає в тому, що при різних формах співучасті і видах співучасників добровільна відмова характеризується різними умовами. З тим, що така добровільна відмова має свою специфіку, згодні майже всі, але думки розходяться з приводу того, в чому саме вона полягає. У науковій літературі можна зустріти вказівки як на загальні особливості добровільної відмови при співучасті, так і на особливості добровільної відмови при конкретних формах співучасті та стосовно окремих видів співучасників.

Насамперед варто відзначити, що добровільна відмова при співучасті має виключно індивідуальний характер. Однак сутність співучасті на сьогоднішній день розуміється в науці неоднаково. Сформувалося дві основні точки зору. Відповідно до першої співучасть має акцесорну природу. Це означає, що головною фігурою визнається виконавець. Діяльність же інших співучасників має при цьому допоміжний характер. Оцінка діяння кожного із співучасників цілком залежить від оцінки діяння виконавця. Караність діяння виконавця тягне й караність діяння всіх інших співучасників. При звільненні від кримінальної відповідальності виконавця звільненню підлягають і інші співучасники. Відповідно до цієї теорії караність усіх співучасників повинна обов'язково ґрунтуватися на тій же статті КК, що і виконавця. Деякі автори (наприклад І.П. Малахов) вважають, що в діянні співучасника взагалі немає складу злочину. Йому інкримінується склад злочину, здійснений виконавцем. Крім І.П. Малахова до прихильників теорії акцесорної природи співучасті можна, тільки з низкою уточнень і застережень, зарахувати М.І. Ковальова, А.В. Наумова, В. Солнаржа, Б.Курінова та ін.

Інша точка зору заснована на визнанні співучасті самостійною формою злочинної діяльності. Підстави і межі відповідальності співучасників полягають не в діянні виконавця, а в діянні кожного конкретного співучасника. Таке розуміння впливає з принципу індивідуальної відповідальності в кримінальному праві. Цю позицію підтримують, наприклад, П.І. Гришаєв, Г.А. Кригер, Ф.Г. Бурчак.

Уявляється, що аналіз законодавства і практики не дозволяє вирішити це питання на користь якоїсь однієї точки зору. Кожна з позицій має свої “слабкі місця”, але безсумнівні і їхні позитивні сторони. Важко прийняти цілком теорію акцесорності, що призводить до механічної відповідальності співучасників залежно від діяння виконавця. Однак потрібно в той же час погодитися і з П.Ф. Тельновим, який стверджує, що в теорії акцесорності є раціональне зерно – думка про певну залежність долі інших співучасників від поведінки виконавця, що полегшує правильне вирішення низки практично істотних питань інституту співучасті. У співучасті деякі принципи акцесорності настільки переплелися, наприклад, з положеннями теорії суб'єктивного ставлення, з принципом індивідуалізації

відповідальності, що сьогодні повне втілення в життя ідей якоїсь однієї з точок зору неможливо. Уявляється, що перед наукою ще неодноразово буде поставати завдання вироблення комплексного знання про правову природу співучасті з урахуванням історично сформованих традицій і потреб практики.

Повертаючись до питання про добровільну відмову при співучасті, слід зазначити, що за “чистою” теорією акцесорності добровільна відмова виконавця є підставою звільнення всіх співучасників від кримінальної відповідальності. Однак ні теорія, ні практика не визнають цього положення. В такому випадку всі інші співучасники (організатор, підбурювач, пособник) підлягають кримінальній відповідальності. Однак деякі положення теорії акцесорності все ж таки знайшли підтвердження. Так, у разі добровільної відмови виконавця інші співучасники підлягають кримінальній відповідальності за готування до того злочину або за замах на той злочин, від вчинення якого добровільно відмовився виконавець (ч. 1 ст. 31 КК). Отже, стадія злочину, на якій припинив своє діяння виконавець, впливає на відповідальність співучасників. Крім того, після добровільної відмови виконавця в злочинах з одним виконавцем можливість добровільної відмови інших співучасників втрачається. Пояснюється це тим, що вони вже не можуть усунути своїми діями вчинену ними участь у злочині, бо цей злочин припинився з волі виконавця і став фактом минулого, а в минулому нічого змінити не можна.

Отже, загальні особливості добровільної відмови при співучасті полягають у такому: 1) добровільна відмова має виключно індивідуальний характер – при відмові одного співучасника інші не звільняються від кримінальної відповідальності; 2) можливість добровільної відмови одних співучасників залежить від поведінки інших співучасників.

С.О. Зінченко, здобувач
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ПОНЯТТЯ СУДИМОСТІ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Вчення про судимість у кримінальному праві посідає особливе місце. Це пояснюється його значенням як для вирішення теоретичних завдань, так і для правозастосування. Судимість завжди свідчить про особистість злочинця. Ще М.С. Таганцев зазначав, що в кожному кримінальному процесі, в якому виникає припущення про попередню судимість обвинуваченого, здається значно суттєвим встановлення цієї судимості. У кримінальному законодавстві української держави інститут судимості зберігається і при прийнятті нового Кримінального кодексу України 2001 р. Законодавець не лише не відмовився від нього (ст. 88-91 КК), а виклав його більш повно, змістовно, вніс принципово нові положення і зміни, хоча деякі з них і вимагають необхідності подальшого обговорення з точки зору їх удосконалення. Внаслідок недостатньої розробки вказаної теми з прийняттям КК виникла потреба наукового дослідження зазначеного інституту, осмислення його норм щодо встановлення їх змісту тлумачення і застосування на практиці. КК

України 2001 р., так само як і КК України 1960 р., на жаль, не містить визначення поняття судимості, а тому ми ставимо за мету розробити таке поняття.

У статті 88 КК не визначені ознаки, які становлять зміст поняття судимості. У частинах 1 і 3 лише вказано про відсутність судимості у осіб, що вчинили злочин. Якщо б у ст. 88 КК було сформульовано поняття судимості, то можна було б більш чітко і повно виділити категорії осіб, у яких судимість не виникає. В ч.1 ст.88 КК вперше закріплено межі судимості: з дня набрання законної сили обвинувальним вироком і до погашення або зняття судимості. Визначення ж поняття судимості так і залишилось на розсуд науковців.

В науці кримінального права існують різні судження щодо поняття судимості.

Науковці характеризують судимість як правове становище особи, яке виникає у зв'язку з постановленням обвинувального вироку, призначенням покарання і тягне несприятливі для засудженого наслідки, що виходять за межі покарання (С.С. Яценко), інші дають майже аналогічне визначення, вважаючи, що судимість як специфічний правовий наслідок покарання має три складові, дві з яких пов'язані з правообмеженнями суто кримінально-правового характеру, третя – з правообмеженнями загально-правового характеру, які не описані в єдиному правовому акті, а вказані в законах та інших нормативних актах (П.С. Матишевський). Судимість визначають і як правовий наслідок засудження особи вироком суду до кримінального покарання, що тягне за собою певні негативні кримінально-правові та цивільно-правові обмеження (Л.М. Кривоченко). Нарешті, висловлюється думка, що судимість є правовий наслідок відбуття покарання за вчинений злочин; заключною стадією реалізації кримінальної відповідальності, оскільки наявність судимості пов'язана з рядом обмежень в правах особи, яка вчинила злочин (С.Г. Келіна). В цілому погоджуючись з приведеними підходами, зазначимо, що ознаки поняття судимості повинні бути деталізовані і викладені у більш повному обсязі з точки зору позитивної характеристики судимості як самостійного інституту кримінального права. Правові обмеження особи, як сутність судимості, можуть наставати не лише під час чи після відбуття покарання, а і в разі звільнення від відбування покарання з випробуванням, коли суд, відповідно до ст. 75 КК, може накласти на засудженого обов'язки, передбачені ст. 76 КК, які настають після набрання чинності обвинувальним вироком.

На наш погляд, судимість як кримінально-правове поняття завжди пов'язана з наявністю низки ознак, які складають і у повній мірі розкривають зміст і обсяг цього поняття.

1. Судимість завжди пов'язана:

а) із засудженням особи до певного виду та міри покарання. Це означає, що судом постановлений обвинувальний вирок, яким особа визнана винною у вчиненні конкретного злочину, їй призначено конкретний вид та межа покарання і вирок вступив у законну силу. Підставою виникнення судимості є засудження судом України за вчинення злочину. Вирок суду іноземної держави може бути врахований, якщо особа була засуджена за злочин, вчинений за межами України, та знову вчинила злочин на території України (ч. 1 ст.9 КК).

Судимість завжди пов'язана з призначенням покарання. Якщо ж відносно особи обвинувальний вирок суду не винесено, чи особа засуджена за вироком суду

без призначення покарання, або особа звільнена від призначеного покарання (ч.3 ст. 88 КК), вона не є судимою;

б) із реальним відбуттям покарання. Якщо ж особі призначено покарання, але вона його ще не відбуває (наприклад, до набрання чинності обвинувальним вироком суду), вона не є судимою.

До цього також привінюється закінчення іспитового терміну у випадках, коли особа засуджена і звільнена від відбування покарання з випробуванням (ст. 75, 79 КК).

2. Судимість – правове становище особи, яке завжди пов'язане з певними несприятливими для особи (засудженого) правовими наслідками, які підрозділяються на кримінально-правові і загально-правові.

Кримінально-правові наслідки судимості враховуються в означених законом випадках. Зокрема, судимість враховується при вирішенні цілої низки питань, пов'язаних:

- з кваліфікацією вчиненого (при вчиненні нового злочину судимість може виступати як кваліфікуюча ознака і є умовою для визнання рецидиву злочину);

- з призначенням покарання (враховується при виборі окремих видів покарання, є однією з ознак, що характеризують особу винного, виступає як обставина, що обтяжує покарання, може бути підставою для відмови у звільненні від відбування покарання з випробуванням, є перепорою для звільнення від кримінальної відповідальності);

- з виконанням покарання (при визначенні обов'язкової частини покарання, яка фактично повинна бути відбута при умовно-достроковому звільненні від відбування покарання, при заміні невідбутої частини покарання більш м'яким).

Загально-правові наслідки настають для особи у зв'язку з засудженням і відбуттям покарання (або іспитового строку). Вони передбачені чинним законодавством і полягають в обмеженнях, які мають цивільно-правовий, трудовий та інший правовий характер. Це, наприклад, заборона здійснювати підприємницьку діяльність, обіймати певні посади (судді, прокурора, слідчого та ін.), позбавлення права на отримання певних пільг.

3. Судимість має строковий характер. Стан судимості для особи, засудженої за вчинення злочину, не є довічним, він має свій початок і кінець, коли вичерпуються всі аспекти правових, в тому числі кримінально-правових, відносин. Судимість має місце від дня набрання чинності обвинувальним вироком суду і закінчується або погашенням, або зняттям судимості. Зі збігом встановленого КК часу судимість припиняється. Чинний КК, як і КК 1960 р., передбачає два способи припинення судимості: автоматичне шляхом погашення (ст.89) і зняття судом (ст.91).

4. Мета судимості: деякі автори виділяють судимість, пов'язану з кримінально-правовими негативними наслідками, і судимість, що впливає на виконання покарання. Цілі у таких судимостей такі, як і у кримінального покарання: поновлення соціальної справедливості, виправлення засудженого, загальне і окреме попередження злочинів. Також відокремлюють судимість, не пов'язану з додатковими правообмеженнями, яка є начебто видом випробувального строку і не поєднана з покаранням; її мета – профілактика злочинів (Ю.М. Ткачевський). Судимість є правовим засобом досягнення і закріплення цілей покарання, як тільки

цілі покарання досягнуті і закріплені, у збереженні судимості зникає необхідність (В.В. Голіна). Остання позиція є найбільш доцільною, ми приєднуємося до неї, тому що судимість завжди пов'язана з досягненням мети покарання. Відповідно до ч.2 ст. 50 КК покарання має на меті не тільки кару, а й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами.

Таким чином, на наш погляд, може бути запропоновано наступне поняття судимості: судимість – це правове становище особи як наслідок засудження її до певного виду та міри кримінального покарання, пов'язане із його реальним відбуттям і досягненням цілей покарання, або із спливом іспитового строку. В зв'язку з цим для особи настають передбачені чинним законодавством обмеження кримінально-правового та іншого правового характеру, які починаються від дня набрання чинності обвинувальним вироком суду і закінчуються або погашенням, або зняттям судимості.

Припинення судимості анулює всі кримінально-правові та загально-правові наслідки засудження та призначення покарання. Особа, судимість якої погашена або знята, вважається такою, яка раніше злочину не вчиняла, покарання не відбувала. Вона не зобов'язана будь-де вказувати про вчинення нею в минулому злочину та призначення за нього покарання, не повинна відчувати жодних негативних наслідків колишньої судимості. Врахування погашеної чи знятої судимості при вирішенні будь-яких питань суперечить самій суті інституту припинення судимості. Особа, судимість якої погашена або знята судом, при вступі у правовідносини розглядається не судимою.

Ю.В. Огаренко, здобувач
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

УМИСЕЛ ЯК ОBOB'ЯЗKOBA OЗНАKA СУБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ ЗЛОЧИНІВ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ Ч.2 СТ.43 КК УКРАЇНИ

Частина 2 ст.43 КК передбачає дві категорії злочинів, за вчинення яких особа, яка виконувала спеціальне завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи або злочинної організації, може нести кримінальну відповідальність. Це, по-перше, особливо тяжкі злочини, поєднані з насильством над потерпілим, та, по-друге, тяжкі злочини, пов'язані із спричиненням тяжких тілесних ушкоджень потерпілому або з настанням інших тяжких або особливо тяжких наслідків. Загальною ознакою для обох груп цих злочинів є вказання в законі на обов'язковість їх умисного вчинення.

При визначенні конкретного кола злочинів, передбачених Особливою частиною КК, на які поширюється дія ч.2 ст.43, виникає ряд питань, пов'язаних саме із тлумаченням ознаки їх умисного вчинення. Особлива частина КК містить велику кількість злочинів, що за ст.12 належать до категорії тяжких або особливо тяжких та відповідають іншим ознакам, передбаченим ч.2 ст.43 (наприклад, пов'язані із спричиненням тяжких або особливо тяжких наслідків), але

характеризуються різним психічним ставленням суб'єкта до діяння та до наслідків (злочини з так званою „подвійною” чи „складною” формою вини). Зокрема, це: ч.2 ст.121 (умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого); ч.2 ст.271 (порушення вимог законодавчих та інших нормативно-правових актів про охорону праці службовою особою підприємства, установи, організації або громадянином – суб'єктом підприємницької діяльності, якщо це порушення спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки); ч.2 ст.273 (порушення правил безпеки на вибухонебезпечних підприємствах або у вибухонебезпечних цехах особою, яка зобов'язана їх дотримувати, якщо це спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки); ч.2 ст.277 (умисне руйнування або пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів, якщо це спричинило потерпілому середньої тяжкості чи тяжкі тілесні ушкодження або завдало великої матеріальної шкоди); ч.2 ст.286 (порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами, якщо це спричинило смерть потерпілого або заподіяння тяжкого тілесного ушкодження); ч.2 ст.328 (розголошення державної таємниці, якщо це спричинило тяжкі наслідки) тощо. Таким чином, проблема визначення форми вини в таких злочинах у цілому, властива теорії кримінального права, постає і при вирішенні питання про віднесення цих злочинів до категорій, окреслених у ч.2 ст.43.

Над проблемою “подвійної” (чи “змішаної”, “складної”, як її ще називали в науковій літературі) форми вини працювали як вчені дореволюційного періоду, зокрема М.С. Таганцев, так і радянські науковці Г.А. Кригер, П.С. Дагель, Д.П. Котов, А.Д. Горбуза, Ю.І. Ляпунов тощо. Не зважаючи на велику увагу, приділену вирішенню цієї проблеми, обговорення її розв'язання є й сьогодні актуальним та продовжується в роботах вітчизняних вчених О.О. Пінаєва, В.І. Борисова, В.І. Касинюка, М.І. Хавронюка тощо. Велике значення надають цій проблемі і російські вчені-криміналісти, що, зокрема, зумовлюється наявністю в КК Російської Федерації ст.27, яка передбачає відповідальність за злочини, вчинені з двома формами вини. Однак найбільш принциповим питанням при розв'язанні цієї проблеми є те, яким у цілому визнається такий злочин – умисним чи необережним. Підкреслюється, що це має важливе практичне значення. Зокрема, тільки в умисних злочинах згідно зі статтями 14,15 КК України можливі готування і замах, тільки в умисних злочинах можлива співучасть тощо. Наголосимо, що і для застосування ч.2 ст.43 КК України також має вирішальне значення вчинення тільки умисних злочинів. Отже, щоб дати відповідь на запитання, чи можна перелічені вище та інші подібні склади злочинів віднести до категорій, передбачених ч.2 ст.43 КК, необхідно використати досягнення науки кримінального права з цієї проблеми.

Так, визнаємо, що злочини з подвійною формою вини, які за іншими ознаками підпадають під дію ч.2 ст.43 КК, можна поділити на 3 групи: 1) такі, що визнаються тільки умисними, 2) такі, що визнаються тільки необережними, 3) такі, що визнаються залежно від особливостей вчинення конкретного злочину як умисними, так і необережними. До першої групи належать злочини з матеріальним складом, де умисне діяння (що саме по собі є злочином) спричиняє два різних наслідки, перший з яких є обов'язковою, а другий – кваліфікуючою ознакою, причому саме щодо другого наслідку наявною є вина у формі злочинної необережності. Однак визнається, що вирішальне значення тут має психічне

ставлення особи до самого діяння та першого наслідку, а саме тому такі злочини в цілому визнаються вчиненими умисно. Це, зокрема, ч.2 ст.121, ч.2 ст.194, ч.2 ст.277, ч.3 ст.278, ч.2 ст.364, ч.2 ст.365 тощо. До злочинів, що визнаються загалом необережними, можна віднести такі злочини, в яких діяння являє собою порушення певних правил, що саме по собі є адміністративним чи дисциплінарним правопорушенням, і тільки настання певних суспільно небезпечних наслідків робить все вчинене злочином. У цих злочинах порушення правил може бути як умисним, так і необережним, але необережне ставлення до наслідків має вирішальне значення для визнання таких злочинів загалом необережними. До таких злочинів належить більшість зазначених злочинів, що за іншими своїми ознаками могли б підпадати під дію ч.2 ст.43, ч.2 ст.271, ч.2 ст.270, ч.2 ст.273, ч.2 ст.286 тощо. До третьої категорії слід віднести злочини, де діяння (яке само по собі, у відриві від суспільно небезпечних наслідків, визнається злочином) спричиняє один вид наслідків, що є кваліфікуючою ознакою. При цьому психічне ставлення до діяння тут може бути як у формі умислу, так і у формі необережності, ставлення ж до наслідків – тільки необережним. Прикладом тут можна назвати ч.2 ст.328. У таких злочинах в кожному конкретному випадку необхідно встановлювати, умисно чи з необережності було вчинено особою діяння. Якщо його було вчинено умисно, злочин загалом визнається умисним, якщо з необережності – загалом необережним.

Отже, серед тяжких та особливо тяжких злочинів Особливої частини КК України, такими, що повністю відповідають зазначеним у ч.2 ст.43 ознакам, можна назвати лише злочини, при встановленні суб'єктивної сторони яких жодних сумнівів не викликати наявність умисної форми вини. Таким чином, виключаються із цього кола злочини з подвійною формою вини, які загалом визнаються необережними, та злочини з подвійною формою вини, щодо яких у конкретному випадку буде встановлено вчинення їх з необережності (злочини другої та частково третьої зазначених вище груп).

*С.М. Мохончук, канд. юрид. наук, доцент
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ЗЛОЧИНИ ПРОТИ МИРУ, БЕЗПЕКИ ЛЮДСТВА ТА МІЖНАРОДНОГО ПРАВОПОРЯДКУ (ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ)

Сучасний етап розвитку кримінального законодавства тісно пов'язаний з економічними та політичними змінами, які визначають необхідність реформування правової системи. З 01.09.2001 р. в Україні діє новий Кримінальний кодекс. У ньому відображена нова система цінностей, понять, які потребують осмислення.

Кримінальний кодекс України 2001 р. вперше в історії вітчизняного законодавства виділив в окремий розділ злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку.

Це зумовлено, в першу чергу, завданнями, які поставлені перед Кримінальним кодексом України. Відповідно до ч.1 ст.1 його завданням є "...

забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам". Такі ж завдання ставить перед собою й Організація Об'єднаних Націй. Згідно з п.1 ч.1 Статуту ООН основною метою Організації Об'єднаних Націй є підтримання міжнародного миру і безпеки і, відповідно, вжиття ефективних комплексних заходів для попередження й відвернення загрози миру та придушення актів агресії чи інших порушень миру.

Протягом усієї історії розвитку людство прагнуло миру. Світова спільнота нарешті усвідомила, що неможливо виграти ядерну чи будь-яку іншу війну. В цих умовах стала зрозумілою необхідність активного співробітництва всіх держав у боротьбі за мир. Україна буде свої відносини з іншими державами на основі взаємної відмови від застосування сили чи погрози силою, суверенної рівності, територіальної цілісності, мирного врегулювання суперечностей і, нарешті, добросовісного виконання зобов'язань, які випливають із загальновизнаних принципів і норм міжнародного права, а також міжнародних договорів України.

За мир потрібно боротися всіма доступними засобами, в тому числі і за допомогою права, його загальновизнаних норм та принципів. Особлива роль у зміцненні співробітництва держав у боротьбі з міжнародною злочинністю належить кримінально-правовим нормам, які передбачають відповідальність за злочини проти миру та безпеки людства.

Боротьба із злочинністю в Україні в цей час істотно ускладнюється зростанням таких злочинів, які є небезпечними не тільки для нашої держави, а й для всього людства. А це, у свою чергу, потребує скоординованих дій і співпраці багатьох держав. Вчені відзначають, що злочинність постійно вдосконалює свої форми і методи, використовує ті можливості, які надає сучасне суспільство, наука, техніка, що істотно ускладнює боротьбу з нею.

Однак слід констатувати, що правова база протидії злочинам проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку ще не сформована. Передбачуваними є труднощі, які виникатимуть на практиці при встановленні ознак складу злочину такого роду злочинних діянь.

У зв'язку з цим багато проблем протидії злочинам проти миру та безпеки людства потребують детальнішого та глибинного аналізу. Насамперед, йдеться про вирішення питань кваліфікації такого роду злочинів за відповідними нормами Кримінального кодексу України. Крім цього, необхідно привести національне кримінальне законодавство у відповідність до міжнародного кримінального законодавства, налагодити ефективний механізм міжнародного співробітництва.

Логічно, на наш погляд, при розгляді питання про систему злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку зупинитися на питанні формування, аналізу міжнародного кримінального права. Останнім часом спостерігається значна зацікавленість вчених щодо нього.

Сама концепція міжнародного кримінального права була обґрунтована ще в російській дореволюційній літературі. Зверталися до розгляду та аналізу цього питання і в радянський період, і тепер в Україні воно не втратило актуальності, про що свідчать публікації в юридичних виданнях.

Одні вчені стверджують, що до міжнародного кримінального права відносяться лише норми, які вирішують зіткнення двох чи декількох національних кодексів і законів, тому всі проблеми міжнародного кримінального права зводяться

лише до розгляду питання про дію кримінального закону в просторі. Інші вважають, що міжнародне кримінальне право – галузь міжнародного публічного права, принципи та норми якого регулюють співробітництво держав і міжнародних організацій у боротьбі із злочинністю. Висловлюються й думки про те, що міжнародного кримінального права як галузі міжнародного права не існує, а є міжнародне кримінальне право як комплексна галузь науки міжнародного права. На цьому дискусії не закінчуються, і прихильники ще однієї точки зору говорять про міжнародне кримінальне право як комплексну галузь, яка включає матеріальні та процесуальні норми. Ці норми відносяться або до міжнародного публічного права, або до міжнародного приватного права (кримінального) і, врешті, до національного кримінального права.

Однак слід констатувати, що єдиної, виваженої, одностайної думки про те, що ж таке міжнародне кримінальне право, як воно співвідноситься з національним кримінальним правом, яка сфера його застосування і, врешті решт, яка наука повинна займатись його вивченням – кримінальне чи міжнародне право – на сьогодні серед вчених немає.

А.О. Байда, аспірант

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

КЛАСИФІКАЦІЯ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ МЕДИЧНОЇ ТА ФАРМАЦЕВТИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Новий КК України значно розширив кількість складів злочинів, спеціальним суб'єктом яких може бути медичний або фармацевтичний працівник. З урахуванням цього ставиться питання про необхідність загальної класифікації всіх злочинів в Особливій частині КК, суб'єктами яких можуть бути медичні або фармацевтичні працівники. Раніше така класифікація, як правило, проводилася залежно від того розділу, в якому була відповідна стаття в Особливій частині КК, тобто залежно від родового об'єкта, на який посягав той або інший злочин, вчинений медичним чи фармацевтичним працівником. Уявляється, однак, що такий підхід не повною мірою враховує специфіку кожного із цих складів і тому не дає можливості усвідомити сутнісні ознаки кожного з них.

Головне питання будь-якої класифікації, що має як наукове, так і практичне значення, – питання вибору критерію класифікації. Універсальним критерієм класифікації є ступінь тяжкості вчиненого діяння. Саме така класифікація міститься в ч.1 ст. 12 КК України. Оскільки ступінь тяжкості злочину характеризується не тільки важливістю об'єкта посягання, але й характером діяння, способом його вчинення, характеристикою суб'єкта, то в основу класифікації можуть бути покладені й ці ознаки.

Тому одним із критеріїв класифікації даної групи злочинів є всі підстави обрати специфіку суб'єкта, що зумовлює характер виконуваної діяльності. З урахуванням цього критерію всі злочини, передбачені Особливою частиною КК, можна поділити на три великі групи: а) злочини, які можуть бути вчинені тільки

спеціальними суб'єктами (медичними й фармацевтичними працівниками); б) злочини, що можуть бути вчиненні як спеціальними суб'єктами, так й особами, які не мають таких ознак; в) злочини, що можуть бути вчиненні тільки загальними суб'єктами, оскільки їх вчинення не обумовлюється використанням специфічних прав й обов'язків.

З урахуванням специфіки кожного із складів перші дві групи злочинів можна умовно поділити ще й на відповідні підгрупи, критеріями виділення кожної з яких виступають особливості виконуваних медичними і фармацевтичними працівниками функцій у різних сферах їх професійної або службової діяльності. Це такі підгрупи:

1) злочини у сфері професійної діяльності медичних і фармацевтичних працівників. Критерієм класифікації в даному випадку є виключно професійна діяльність медичних працівників, пов'язана безпосередньо з належним лікуванням і наданням медичної допомоги. До цієї підгрупи відносяться злочини, передбачені статтями 131, 139, 140 КК України;

2) злочини медичних працівників, що являють собою порушення професійних обов'язків, не пов'язаних з лікуванням і наданням медичної допомоги. До цієї підгрупи належать злочини, передбачені статтями 134, 137, 141, 142, 143 й 144 КК України;

3) злочини медичних і фармацевтичних працівників у сфері службової діяльності. Критерієм класифікації злочинів даної групи є наявність, крім професійних обов'язків, обов'язків організаційно-розпорядницького або адміністративно-господарського характеру. Цю групу становлять злочини, передбачені статтями 364, 365, 366, 367 й 368 КК України;

4) злочини медичних і фармацевтичних працівників, що заподіюють шкоду відправленню правосуддя. Головним критерієм є невиконання цими працівниками обов'язків з надання сприяння правосуддю. До даної групи відносяться злочини, передбачені статтями 384 й 385 КК України;

5) злочини медичних працівників, пов'язані з порушенням права людини на свободу, на таємницю особистого життя, а також на гарантований Конституцією порядок надання безкоштовної медичної допомоги (статті 29, 32, 49 Конституції України). Підставою класифікації є право медичного працівника у відповідних випадках установлювати міру свободи, обов'язок дотримуватися спеціальних правил, що регулюють порядок одержання, користування й розголошення конфіденційної інформації, отриманої від пацієнта, а також обов'язок дотримуватися встановленого порядку надання безкоштовної медичної допомоги. До цієї групи варто віднести злочини, передбачені статтями 149, 151, 132, 145 й 184 КК України;

6) злочини, що посягають на встановлений законом порядок здійснення приватної медичної й приватної фармацевтичної діяльності. Головним критерієм даної групи є обов'язок медичного й фармацевтичного працівника додержуватися спеціальних правил, що регулюють порядок здійснення приватної медичної й приватної фармацевтичної діяльності як спеціальних видів підприємницької діяльності. До цієї групи відносяться злочини, передбачені статтями 138 й 202 КК України;

7) злочини у сфері обороту наркотичних, сильнодіючих, психотропних

речовин, їхніх аналогів, у сфері використання радіоактивних матеріалів та інших небезпечних речовин. Критерієм є специфіка обов'язків медичного або фармацевтичного працівника, пов'язана з небезпечними властивостями зазначених речовин. До цієї групи відносяться злочини, передбачені статтями 262, 265, 307, 308, 312, 314, 319, 320 й 321 КК України.

Наведена класифікація свідчить про наявність досить широкого кола злочинів, суб'єктом яких можуть бути медичні й фармацевтичні працівники. Вважаємо, що специфічні ознаки даної групи злочинів, їхня відмінність від інших складів можуть бути основою для виділення їх в окремий розділ Кримінального кодексу – “Злочини у сфері медичної і фармацевтичної діяльності”.

О.М. Крижний, аспірант
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ДЕЯКІ ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ У СФЕРІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Питання охорони інтелектуальної власності є недостатньо вивченим у науці кримінального права України. Розробки, що провадилися, стосувалися насамперед авторського права і суміжних прав. Щодо охорони прав на такі об'єкти інтелектуальної власності, як торговельна марка, фірмове найменування, географічне зазначення, на даний час в Україні, на жаль, відсутні комплексні дослідження у науці кримінального права, що зумовлює особливу актуальність аналізу цієї проблеми.

У новому Кримінальному кодексі України в розділі “Злочини у сфері господарської діяльності” є стаття 229, назва якої у початковій редакції була “Незаконне використання товарного знака”. Відзначимо деякі моменти розвитку кримінального законодавства України у зв'язку з прийняттям КК України 2001 р. та внесенням до нього змін Законом України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової охорони інтелектуальної власності” від 22.05.2003 р. № 850-IV.

1. Позитивне вирішення питання щодо визначення місця складу злочину, передбаченого ст.229 в Особливій частині КК. У КК України 1960 р. відповідальність за порушення прав на знак для товарів і послуг була передбачена у ст. 136 (в ред. від 05.04.2001 р.) глави IV “Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина”. У той же час порушення прав на знак для товарів і послуг посягають на суспільні відносини у сфері господарської діяльності і завдають шкоди, в першу чергу, суб'єктам такої діяльності.

З цих же підстав вважаємо правильним внесення змін щодо закріплення відповідальності за незаконне використання кваліфікованого зазначення походження товару також у розділі “Злочини у сфері господарської діяльності” (на момент прийняття КК 2001 р. відповідальність за це діяння була передбачена у ст.

177 “Порушення прав на об’єкти промислової власності” розділу V “Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина”).

На нашу думку, вказані зміни відповідають вимогам визначення місця розташування кримінально-правових норм у системі Особливої частини КК та класифікації злочинів з урахуванням їх родового об’єкта.

2. *Досягнення відповідності назви статті її змісту.* У початковій редакції назва ст. 229 “Незаконне використання товарного знака” не відповідала змісту, оскільки стаття передбачала відповідальність за незаконне використання не тільки чужого знака для товарів і послуг, але й фірмового (зареєстрованого) найменування та маркування товару.

У теперішній назві ст. 229 перелічено предмети злочину. Однак усі ці об’єкти інтелектуальної власності мають загальну назву, тому доцільно було б назву статті викласти в такій редакції: “Порушення прав на засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг”.

3. *Термінологічне уточнення назви предмета злочину.* У початковій редакції в назві ст. 229 був використаний термін „товарний знак”, а у диспозиції – “знак для товарів і послуг”. Вважаємо, що єдине визначення у назві статті і в її диспозиції цього об’єкта інтелектуальної власності саме як “знак для товарів і послуг” було правильним на час внесення змін до КК, оскільки при конструюванні кримінально-правових норм необхідно враховувати термінологічну базу тих галузей права, що безпосередньо регулюють відносини, взяті під охорону кримінальним правом. А на момент прийняття КК України 2001 р. в цивільному законодавстві України було закріплено термін “знак для товарів і послуг”.

Другий предмет цього злочину в першій редакції ст. 229 визначався як “фірмове (зареєстроване) найменування”. Однак на законодавчому рівні не закріплено не тільки обов’язок здійснювати реєстрацію фірмового найменування, але й саму можливість такої реєстрації. Право на фірмове найменування виникає і йому надається охорона з моменту державної реєстрації юридичної особи. Такій же охороні підлягають і фірмові найменування юридичних осіб, що не зареєстровані в країні. Паризька конвенція про охорону промислової власності передбачає, що фірмове найменування охороняється в усіх країнах без обов’язкового подання заявки або реєстрації незалежно від того, чи є воно частиною знака для товарів і послуг.

Тому виключення зі ст. 229 посилання на “зареєстроване” фірмове найменування сприяє більш точному визначенню предмета злочину і усуває протиріччя у тлумаченні даної норми.

Однак з прийняттям нового ЦК України законодавство знову зазнало термінологічних змін. Знак для товарів і послуг отримав назву “торговельна марка”, кваліфіковане зазначення походження товару – “географічне зазначення”, у зв’язку з чим вважаємо, що з метою досягнення універсальної термінологічної відповідності до ст. 229 КК України необхідно внести відповідні зміни.

4. *Більш точне визначення наслідків злочину.* У літературі відзначалося, що склад злочину, передбачений ст. 229 КК, є матеріальним, а наслідком злочину є “отримання доходу у великих розмірах”. Однак під “наслідками злочину” розуміється “школа (збиток), що заподіюється злочинним діянням суспільним відносинам, охоронюваним кримінальним законом, або реальна небезпека (загроза)

заподіяння такої шкоди”. На нашу думку, отримання доходу відноситься більше до характеристики діяння, а не до наслідків. Тому вважаємо правильним уточнення цього положення у ст. 229 КК, де наслідки визначені як спричинення матеріальної шкоди. Така редакція більш точно характеризує наслідки цього злочину.

Нами розглянуто лише деякі моменти стосовно наступності кримінального законодавства у сфері охорони інтелектуальної власності. Безперечно, що це питання є особливо актуальним і потребує подальшого дослідження, з метою вдосконалення кримінального законодавства України в напрямку досягнення світових стандартів.

С.С. Кисельова, *мол. наук. співробітник*
Інститут вивчення проблем злочинності
АПН України

ФОНДОВІ БІРЖІ В ЗЛОЧИННІЙ СИСТЕМІ ВІДМИВАННЯ “БРУДНИХ” КОШТІВ

Україна прагне інтегрувати у міжнародну економічну систему. Проте поряд з позитивними явищами в її економіці спостерігаються і негативні тенденції та прояви, серед яких особливе місце займає легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. Внаслідок саме цього суспільно небезпечного явища істотно порушуються основи нормального функціонування економіки держави (насамперед фінансового сектора), прискорюються процеси її криміналізації.

У криміналістичній характеристиці легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, найбільш складним елементом є спосіб вчинення цього злочину. Виокремлюються такі способи: здійснення фінансових операцій з предметом легалізації за участю банків, інших фінансових установ; укладення правочинів з майном, яке було одержано злочинним шляхом; використання доходів кримінального походження у господарській діяльності або у сфері, що не пов’язана з господарюванням (приватна, домашня); залучення “брудних” коштів до легального обігу на фондовому ринку цінних паперів тощо.

Як свідчить світовий досвід боротьби з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, виявлення ознак відмивання “брудних” коштів через ринок цінних паперів є найбільш ускладненою процедурою насамперед через відсутність достатньої інформації. Хоча оператори фондового ринку в країнах – членах FATF і зобов’язані повідомляти про всі сумнівні трансакції, їхні звіти часто не відповідають реальному обсягу проведених торгів. Для фондового ринку загалом характерні диверсифікація, легкість проведення торгівлі цінними паперами в сучасних умовах (наприклад, електронні торги) і можливість провести трансакції на ринках, які практично “не визнають” національних кордонів. Ці характеристики роблять фондовий сектор привабливим для звичайних інвесторів, і ці ж характеристики роблять його вельми привабливим для суб’єктів відмивання коштів кримінального походження.

В Україні спостерігається зростання фондових індексів та обсягів торгів на

фондовій біржі. Разом з тим ринок акцій в нашій державі й досі залишається неліквідним. На цей час всі найбільші фінансово-промислові групи “розчищають фінансові завали”, проводять внутрішньокорпоративну реструктуризацію та починають відкриватися для ринку. Також поступово зростає попит на консалтингові послуги, формується ринок великих пакетів акцій, він стає привабливішим для іноземних інвесторів. Водночас на фондовій біржі з’являються спеціалісти, яким не вигідні такі зрушення, оскільки посилення контролю та наявність конкуренції з боку іноземних інвесторів певною мірою зменшує можливість здійснення ними незаконної діяльності.

Привабливість фондового ринку для кримінальних структур полягає також у тому, що він надає можливість суб’єктам легалізації мати подвійну вигоду: відмити “брудні” кошти й отримати додатковий прибуток від пов’язаного з цим відмиванням шахрайства з цінними паперами. Справа в тому, що на фондовому ринку право провести трансакції мають тільки певні особи, такі як фондові брокери чи фондові радники. Цим операторам ринку зазвичай заборонено приймати готівку в оплату здійснення операцій з цінними паперами. І в цьому плані, мабуть, не випадково експерти FATF наголошують на тому, щоб кошти сумнівного походження (насамперед готівка) перед тим, як з’явитися на фондовому ринку, мають бути введені в легальну фінансову систему, пройти певну фільтрацію. Брокери, незважаючи на такого роду приписи, в деяких випадках ігнорують усталену практику та правила. Приймаючи готівку від своїх клієнтів, вони нібито скорочують час на здійснення банківських переказів та оформлення чеків і, водночас, ухиляються від сплати відповідних комісійних, значно вуалюють процедуру самого відмивання, оскільки навіть їм не відомо, хто стоїть за цими операціями.

Одним з новітніх, найбільш латентних і таких, що важко виявляються, є спосіб відмивання “брудних” коштів з використанням фінансових інструментів-деривативів, які діють на основі цінних паперів, що обертаються. Дериват дозволяє його володарю зафіксувати сприятливі з його точки зору ціни на купівлю або продаж з урахуванням відповідних курсів валют. Основний зміст цієї злочинної технології полягає в такому. Брокер за дорученням своїх кримінальних клієнтів маніпулює двома взаємозв’язаними банківськими рахунками. При цьому він відносить результати проведених ним банківських операцій на рахунок свого кримінального клієнта. Брокер розміщує гроші, які необхідно “відмити”, на рахунок “А” і купує на біржі 1000 деривативних контрактів. Водночас брокер продає 1000 таких же контрактів. Припустимо, що на кінець біржової сесії ціни контрактів знизились як на продаж, так і на купівлю, і брокер закриває свої позиції за цими зниженими цінами. В результаті на рахунок “А”, з якого здійснювались операції по купівлі контрактів, що втратили свою початкову ціну, відбиваються збитки, тоді як на рахунок “Б”, на який надійшли гроші від продажу контрактів на початку біржової сесії, утворюється певний прибуток. Якщо різниця між сумами коштів не перевищує 12%, то це вважається цілком нормальним показником для операцій по відмиванню капіталів злочинного походження. Задоволений брокер (12% – добрий заробіток), задоволений і кримінальний клієнт (він “втратив” відносно невелику суму, але вельми надійно легалізував свої незаконні доходи). І дійсно, ця технологія є особливо привабливою,

оскільки не потребує фіктивної документації, а кримінальному клієнту забезпечено надійне біржове прикриття у вигляді відповідних документів.

Отже, фондові біржі є необхідним елементом у схемі злочинних технологій відмивання “брудних” коштів.

М.М. Панов, аспірант
Інститут вивчення проблем злочинності
АПрН України

**ПРЕДМЕТ НЕЗАКОННИХ ДІЙ З ДОКУМЕНТАМИ
НА ПЕРЕКАЗ, ПЛАТІЖНИМИ КАРТКАМИ
ТА ІНШИМИ ЗАСОБАМИ ДОСТУПУ ДО БАНКІВСЬКИХ РАХУНКІВ,
ОБЛАДНАННЯМ ДЛЯ ЇХ ВИГОТОВЛЕННЯ
(СТ. 200 КК УКРАЇНИ)**

На сучасному етапі економічного розвитку, в умовах трансформації національної економіки, важливе значення має ефективне функціонування банківської системи. З впровадженням інформаційних технологій, які значно полегшують перекази грошових коштів, з'явилося негативне явище – незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків, обладнанням для їх виготовлення, що обумовило криміналізацію цих дій у ст. 200 Кримінального кодексу України. Важливим теоретичним і практичним завданням є визначення предмета цього злочину, оскільки сутність його складна, неоднозначна, визначається він, крім ст. 200 КК України, іншими нормативно-правовими актами, при цьому має важливе кримінально-правове значення: для встановлення складу злочину як підстави кримінальної відповідальності, правильної кваліфікації злочину, відмежування від суміжних злочинів та інше.

Відповідно до ч. 1 ст. 200 КК України предметами цього злочину виступають: документи на переказ, платіжні картки, інші засоби доступу до банківських рахунків. Крім того, назва цієї статті вказує на обладнання для виготовлення засобів доступу до банківських рахунків, але у диспозиції статті цей предмет не згадується. Це не дозволяє визначити обладнання для виготовлення засобів доступу до банківських рахунків предметом злочину, передбаченого ст. 200 КК України. Однак дії з вказаним обладнанням за наявності до цього підстав можуть розглядатись як готування до підробки засобів доступу до банківських рахунків і кваліфікуватись за спрямованістю умислу як готування даного злочину.

Під документами на переказ, згідно з приміткою до ст. 200 КК України, слід розуміти документ в паперовому або електронному виді, що використовується банками чи їх клієнтами для передачі доручень або інформації на переказ грошових коштів між суб'єктами грошових коштів (розрахункові документи, документи на переказ готівкових коштів, а також ті, що використовуються при проведенні міжбанківського переказу та платіжного повідомлення, та ін.). Пункт 1.6 ст. 1 Закону “Про платіжні системи та переказ грошей в Україні” від 05.04.2001 р. № 2346-III документом на переказ визначає електронний або паперовий документ, що

використовується банками, їх клієнтами, кліринговими, еквайринговими або іншими установами – членами платіжної системи для передачі доручень на переказ грошей. З порівняльного аналізу видно, що поняття “документ на переказ”, визначене у примітці до ст. 200 КК України, на відміну від п. 1.6 ст. 1 Закону “Про платіжні системи та переказ грошей в Україні” не містить вказівки на клірингові, еквайрингові та інші установи – члени платіжної системи для передачі доручень на переказ грошей. З цього приводу в літературі висловлена думка про те, що документи на переказ, які використовуються цими установами, не можуть визнаватися предметом даного злочину. На наш погляд, ці документи охоплюються вжитим у ст. 200 КК України терміном “інші засоби доступу до банківських рахунків”.

Пункт 16.1 ст. 16 Закону “Про платіжні системи та переказ грошей в Україні” визначає, що до документів на переказ відносяться: 1) розрахункові документи; 2) документи на переказ готівки; 3) міжбанківські розрахункові документи; 4) клірингові вимоги; 5) інші документи, що використовуються у платіжних системах для ініціювання переказу.

Стаття 1 Закону “Про платіжні системи та переказ грошей в Україні” дає конкретне визначення цих понять. Так, розрахунковим документом є документ на переказ грошей, що використовується для ініціювання переказу з рахунка платника на рахунок отримувача (п. 1.35). Документ на переказ готівки – це документ на переказ, що використовується платником для ініціювання переказу грошей у готівковій формі (п. 1.7). Міжбанківський розрахунковий документ – документ на переказ, сформований банком на підставі поданих клієнтами розрахункових документів, документів на переказ готівки, а також доручень на договірне списання, передбачених в договорах, укладених між клієнтами та обслуговуючими їх банками (п. 1.19). Клірингова вимога – документ на переказ, сформований кліринговою установою за результатами клірингу, на підставі якого, шляхом списання чи зарахування коштів на рахунки членів платіжної системи, відкритих у розрахунковому банку цієї платіжної системи, проводяться взаєморозрахунки між ними (п. 1.17). Інші документи, що використовуються у платіжних системах для ініціювання переказу – це документи, які не охоплюються вищевказаними поняттями, але за допомогою яких ініціюються перекази коштів.

Виходячи з тексту примітки до ст. 200 КК України, в якій клірингові вимоги та інші документи, що використовуються в платіжних системах для ініціювання переказу, до документів на переказ не відносяться, то їх треба охоплювати вжитим у ст. 200 КК України терміном “інші засоби доступу до банківських рахунків”.

Наступним видом предмета аналізованого злочину є платіжна картка. Відповідно до п. 1.27 ст. 1 Закону “Про платіжні системи та переказ грошей в Україні” платіжна картка – це спеціальний платіжний засіб у вигляді емітованої в установленому законодавством порядку пластикової чи іншого виду картки, що використовується для ініціювання переказу грошей з рахунка платника або з відповідного рахунка банку з метою оплати вартості товарів і послуг, перерахування грошей із своїх рахунків на рахунки інших осіб, отримання грошей у готівковій формі в касах банків, пунктах обміну іноземної валюти уповноважених банків та через банківські автомати, а також здійснення інших операцій, передбачених відповідним договором.

До інших засобів доступу до банківських рахунків як предмета злочину, передбаченого ст. 200 КК України, відносяться інші, крім документів на переказ та платіжних карток, засоби визначеної форми в паперовому, електронному чи іншому вигляді носія інформації, використання якого ініціює переказ грошей з відповідного рахунка платника.

Виходячи з аналізу видів предмета злочину, передбаченого ст. 200 КК України, вважаємо, що найбільш суттєвою їх ознакою є те, що вони містять у собі інформацію в імперативній формі (припис), використання якої ініціює переказ грошей. У цьому плані вони можуть розглядатися як “платіжні інструменти” і відповідають за змістом і обсягом відповідному поняттю, визначення якого розкривається в п. 1.31 ст. 1 Закону “Про платіжні системи та переказ грошей в Україні”. Тут вказано, що платіжні інструменти – це засоби певної форми у паперовому, електронному чи іншому виді носія інформації, використання якого ініціює переказ грошей з відповідного рахунка платника. До платіжних інструментів відносяться документи на переказ та спеціальні платіжні засоби.

Б.А.Симонян, аспірант

Інститут вивчення проблем злочинності

АПРН України

НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ ТА КРИМІНОЛОГІЧНІ ПЕРЕДУМОВИ ЗАХИСТУ КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОМ ДІТЕЙ ВІД ЕКСПЛУАТАЦІЇ

Діти, внаслідок їх недостатнього фізичного та психічного розвинення, є надзвичайно вразливими в умовах несприятливого соціального оточення, тому потребують підвищеної уваги та захисту з боку суспільства і держави.

Законодавство України значною мірою враховує зазначену обставину, встановлюючи всебічний захист прав та інтересів дитини, в тому числі від різноманітних форм неправомірного її використання. В ч. 2 ст. 52 Конституції України проголошено: “Будь-яке насильство над дитиною та її експлуатація переслідуються за законом”.

Правовий захист дітей в Україні забезпечується низкою законів та підзаконних нормативних актів, у тому числі і міжнародно-правових: Кодексом про шлюб та сім'ю України, законами “Про охорону дитинства”, “Про органи у справах неповнолітніх та соціальні установи для неповнолітніх”, “Про державну допомогу сім'ям з дітьми”, постановою Кабінету Міністрів “Про порядок передачі дітей, які є громадянами України, на усиновлення громадянам України та іноземним громадянам і здійснення контролю за умовами їх проживання у сім'ях усиновителів”, Національною програмою “Діти України” на період 2000 – 2005 рр., Конвенцією Генеральної Асамблеї ООН про права дитини .

Згідно Конвенції ООН про права дитини від 20.11.1989 р., яка була ратифікована Україною 27.02.1991 р., наша держава прийняла на себе міжнародно-правовий обов'язок здійснювати належні заходи щодо захисту дітей від економічної експлуатації та виконання робіт, що можуть завдати шкоди їх здоров'ю та розвитку. Відповідно до цієї Конвенції та згідно з Національною програмою “Діти України”,

затвердженою Указом Президента України від 18.01.1996 р. № 63/96, передбачається створення умов для всебічного захисту прав дітей, у тому числі в галузі їх навчання та трудової діяльності. В ст. 10 Закону України “Про охорону дитинства” від 26.04.2001 р. зазначено, що держава здійснює захист дитини від усіх форм фізичного і психічного насильства, образи, недбалого і жорстокого поводження, експлуатації.

Детальне врегулювання напрямків боротьби з експлуатацією дітей викликане потребами самого життя. Приклади експлуатації дітей є непоодинокими як у світі, так і в Україні. За даними, що були оприлюднені у журналі *International Police Review*, експлуатація дитячої праці та торгівля дітьми є дуже поширеним явищем у країнах, що розвиваються (Індія, Пакистан, Марокко та інші країни Азії й Африки). Порушення прав дитини відбувається, зокрема, у вигляді експлуатації. Статистика свідчить, що понад 80 млн. дітей у світі віком від 10 до 14 років займаються тяжкою фізичною працею, яка завдає значної шкоди їх здоров'ю та соціальному розвитку. Водночас організація Unicef наголошує на тому, що твердження про те, що експлуатація дитячої праці є наслідком бідності, не більше ніж міф. Справа не в бідності, а в тому, що існують люди, готові вдаватися до такої експлуатації. Зазначений висновок підтверджується численними даними щодо фактів примусового використання дітей у нелегальній індустрії розваг у Західній Європі, США та Канаді. На жаль, Україна не є виключенням стосовно наявності фактів експлуатації дітей.

Останнього часу чітко активізувалась різнонаправлена боротьба проти експлуатації дітей як на міжнародному рівні, так і на рівні національних правових систем. В Україні ця тенденція знайшла свій вираз, зокрема, у криміналізації експлуатації дітей як спеціального складу злочину у ст. 150 КК України 2001 р. Новий КК України значно посилив правовий захист неповнолітніх від злочинних посягань. Він містить понад 20 статей, якими встановлено покарання за злочини, що вчиняються із залученням неповнолітніх. Відсутність вищезазначеного спеціального складу злочину у раніше чинному КК УРСР 1960 р. зумовлює необхідність підвищеної уваги до всебічного вивчення теоретичних та практичних питань, пов'язаних із застосуванням зазначеної норми закону про кримінальну відповідальність. Охарактеризовані передумови слід мати на увазі, досліджуючи кожен елемент складу злочину “експлуатація дітей”, без чого уявлення про його ознаки та правильне застосування ст.150 КК України на практиці є неможливим.

*І.С. Михалко, мол. наук. співробітник
Інститут вивчення проблем злочинності
АПРН України*

РОЗВИТОК АНТИКОРУПЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЯК ОДНОГО З ЕЛЕМЕНТІВ АНТИКОРУПЦІЙНОЇ ПОЛІТИКИ В СУЧАСНІЙ БОЛГАРІЇ

Реальна та результативна боротьба з корупцією є одним із критеріїв набуття членства в Європейському Союзі.

У цьому відношенні досвід Болгарії в покращанні боротьби з корупцією через розробку ефективного антикорупційного законодавства може бути корисним для інших країн з “перехідною” економікою, в тому числі й для України.

Болгарська влада розглядає корупцію як серйозну проблему, яка потребує комплексного підходу. В 1998 р. болгарський уряд прийняв Інтеграційну Національну стратегію боротьби з корупцією, яка виражає сутність державної політики боротьби зі злочинністю. Зокрема, були поставлені наступні завдання:

- визначення принципів єдиної державної політики щодо здійснення функцій держави;
- створення системи адміністративного контролю і санкцій щодо належного функціонування адміністративних процедур;
- модернізація правової структури і забезпечення більш жорсткої юридичної відповідальності за усі форми корупції;
- встановлення чітких правил і стандартів для адміністративних служб;
- розвиток координації між органами, діяльність яких спрямована на боротьбу з корупцією;
- створення реєстру фінансового статусу і нерухомості публічних посадових осіб.

На виконання Національної стратегії Болгарія здійснила у період з 1998 по 2001 р. ряд заходів. Зокрема, зусилля були спрямовані на доступ до міжнародних інструментів протидії корупції (Ради Європи й Організації економічного співробітництва і розвитку) і участі в контрольних механізмах таких інструментів. Крім того, Болгарія також зосередилася на регіональному співробітництві і вживанні законодавчих заходів по виконанню міжнародних антикорупційних стандартів.

1 жовтня 2001 р. Рада Міністрів Болгарії прийняла Національну стратегію по боротьбі з корупцією, реалізація якої має провадитися за чотирма напрямками: 1) створення ефективних законодавчих механізмів запобігання корупції; 2) подолання корупції в судових органах; 3) обмеження корупції в економіці, зокрема, в приватній сфері; 4) антикорупційне партнерство урядових органів, неурядових організацій, засобів масової інформації. План діяльності по виконанню Національної стратегії був схвалений у лютому 2002 р. Під головуванням міністра юстиції створена комісія з координації виконання Стратегії, яка мала здійснювати аналіз та контроль реалізації антикорупційних заходів.

Базові антикорупційні закони, що мають превентивне значення: Закон про адміністрацію, Закон про адміністративні послуги фізичним і юридичним особам, Закон про державних службовців, Закон про судові органи, Закон про Міністерство внутрішніх справ, Закон про декларування власності осіб, що займають вищі посади в державі, Закон про державний внутрішній фінансовий контроль, Закон про державні закупівлі, Закон про доступ до публічної інформації, Закон про політичні партії, Закон про Збройні сили й оборону.

Нещодавно розроблено ряд кодексів поведження державних посадових осіб (державних службовців, суддів, посадових осіб митниці).

Кримінальний кодекс Болгарії передбачає відповідальність за кілька видів злочинів, що за своїм змістом узгоджені з підходами Європейської Конвенції про корупцію в контексті кримінального права.

Досвід Болгарії засвідчує важливість забезпечення відповідальності національного антикорупційного законодавства і міжнародних стандартів в цій сфері.

Болгарія ратифікувала цивільну і кримінальну Конвенції Ради Європи про корупцію. Вона також ратифікувала Конвенцію Організації економічного співробітництва і розвитку по боротьбі з хабарництвом іноземних державних посадових осіб у міжнародних торговельних відносинах.

Болгарія є стороною Європейської угоди про взаємну правову допомогу по кримінальних справах, Європейської угоди про екстрадицію, Угоди про передачу засуджених осіб та ін. Крім того, Болгарія зв'язана двосторонніми угодами в сфері судового співробітництва, включаючи сусідні країни. У зв'язку із зацікавленістю в співробітництві органів поліції, Болгарія уклала двосторонні угоди про допомогу між органами поліції, а також дві тресторонні угоди: Болгарія-Туреччина-Румунія і Болгарія-Греція-Румунія. Болгарське законодавство передбачає можливість розгляду прохань про взаємну правову допомогу і запитів про таку допомогу в кримінальних справах. Внутрішні правила про взаємну допомогу в кримінальних справах передбачаються в Кримінально-процесуальному кодексі Болгарії у розд. "Правова допомога в кримінальних справах" (ст. 461 – 466). Уваги вимагають наступні положення прохань та запитів про взаємну правову допомогу: підстави взаємної правової допомоги (міжнародна угода або взаємність), підстави для відмови (зазіхання на суверенітет, безпеку, суспільний лад або інші істотні інтереси, що захищаються відповідно до закону), поява свідків і експертів перед іноземною судовою владою, зміст запиту, компетентна влада (Міністерство юстиції, якщо інше не передбачено міжнародною угодою), виконання запиту і витрати. Відповідні положення болгарського права щодо взаємної правової допомоги застосовуються, якщо інше не передбачено в міжнародній угоді. Правила про екстрадицію передбачені в Кримінально-процесуальному кодексі (ст. 435 – 441).

Результатом нелегких перетворень у законодавстві Болгарії стало покращання внутрішньої ситуації в країні та підвищення її міжнародного авторитету.

*І.С. Яковець, мол. наук. співробітник
Інститут вивчення проблем злочинності
АПРН України*

ВИДИ ТА ПІДСТАВИ КЛАСИФІКАЦІЇ ЗАСУДЖЕНИХ ДО ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ

Теоретичну та практичну основу диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності безпосередньо при виконанні покарання становить науково обґрунтована класифікація засуджених до позбавлення волі. Раніше в теоретичних розробках по даній проблемі, як правило, виділялись два види (етапи) класифікації засуджених. Перший – родова класифікація, яка здійснювалася судом з урахуванням характеру і тяжкості вчиненого злочину, позитивних і негативних властивостей особи. Другий вид класифікації – групова, що здійснювалася адміністрацією виправної установи.

Зміни у діючому законодавстві, які стосуються порядку визначення засудженому установи виконання покарань відповідного рівня безпеки, потребують перегляду і етапів (видів) класифікації засуджених.

Нині класифікація засуджених на стадії виконання покарання фактично проходить два основних етапи, поняття яких в науці кримінально-виконавчого права ще не визначено. Терміни “родова та групова” класифікації, що вживалися раніше, на нашу думку, невірно відображають зміст цих понять, тому пропонуємо в подальшому орієнтуватися на міжнародні документи, в яких класифікацію засуджених поділяють на первинну та вторинну.

Хоча конкретні визначення цих понять у міжнародних актах не наведено, а їх цілі не розмежовано, можна стверджувати, що первинна класифікація має місце при розподілі ув'язнених до різних пенітенціарних установ, а повторна – при їх розміщенні в окремих приміщеннях однієї установи виконання покарань. При цьому до уваги повинні братися: правовий стан ув'язненого, що визначається судом або законом (підслідний або засуджений, засуджений вперше чи рецидивіст, засуджений до нетривалого чи тривалого строку позбавлення волі), особливі вимоги виправного впливу, стан здоров'я, стать і вік.

Слід погодитися з О.Б. Брілліантовим, який, виходячи із цілей покарання, розрізняє поняття карального та виховного впливу і зазначає, що класифікація засуджених при кожному з цих процесів має у своїй основі різні критерії.

Так, первинна класифікація засуджених проводиться з метою диференціації карального впливу. При її здійсненні основним завданням є відокремлення певної групи засуджених, які повинні відбувати покарання в установі того чи іншого рівня безпеки з відповідним видом режиму та правообмеженнями, які необхідно застосувати саме до цієї категорії засуджених. Питання порядку та обсягу застосування виховного впливу первинна класифікація не вирішує. Вона ґрунтується на правових підставах, направлена на регулювання обсягу кари і впливає на правовий стан засуджених. До основних задач первинної класифікації засуджених до позбавлення волі слід віднести лише забезпечення диференціації покарання на стадії його виконання.

Повторна класифікація ґрунтується в основному на психолого-педагогічних критеріях і є основою диференціації виховного процесу. Вона також певним чином впливає на правовий стан засуджених, проте служить забезпеченню організації і здійсненню виховного впливу на них з метою подальшої ресоціалізації.

До прийняття Кримінального кодексу України 2001 р. у науці виділяли чотири основні критерії класифікації засуджених до позбавлення волі: кримінально-правовий (юридичний), соціально-демографічний, психологічний і педагогічний.

Тепер, відповідно до Інструкції про порядок розподілу, направлення та переведення для відбування покарання осіб, засуджених до позбавлення волі, затвердженої наказом Державного департаменту України з питань виконання покарань від 16.12.2003 р. № 261 (далі – Інструкція), первинна класифікація засуджених здійснюється відповідними органами Державного департаменту України на підставі ст. 12, 64, 65 КК України та ст. 11, 18, 19, 86, 87, 92, 93, 101, 138, 140, 147 Кримінально-виконавчого кодексу України.

Із цього випливає, що джерелом прийнятої нині первинної класифікації засуджених до позбавлення волі в інтересах їх розподілу по відповідних установах

виконання покарань залишається класифікація злочинів, встановлена нормами кримінального права, і класифікація осіб, які вчинили злочини (остання, в свою чергу, впливає з першої).

Проте при класифікації засуджених з метою їх подальшого розподілу до виправних установ відповідного рівня безпеки та режиму такий підхід є не зовсім вірним. Як вже зазначалося, первинна класифікація засуджених до позбавлення волі повинна забезпечувати дотримання принципу диференціації та індивідуалізації покарання, що впливає із ст.65 КК України та ст.5 КВК України, тобто створення таких умов, за яких кожна винна особа отримала б необхідний і достатній саме для її виправлення та ресоціалізації вплив.

Іще одним критерієм кримінально-правової класифікації засуджених до позбавлення волі є вина, тобто психічне ставлення особи до вчиненої дії чи бездіяльності та їх наслідків і виражене у формі умислу чи необережності (ст.23 КК України). За ним, відповідно до КК України та КВК України, вирізняють засуджених за умисні злочини та злочини, вчинені з необережності.

Класифікація за кримінально-правовими критеріями сама по собі не може задовольнити інтереси виправних установ у справі організації процесу виконання покарання і здійснення виправного впливу. Якщо розподіляти засуджених по виправних установах лише тільки залежно від тяжкості вчиненого злочину, то разом опиняться, наприклад, вперше засуджені за злочини, що не є тяжкими, та неодноразово судимі, при цьому останнього разу – за нетяжкий злочин.

Однак такий розподіл не створював би необхідних умов ізоляції одних від інших, різних за ступенем небезпеки засуджених. Тому на практиці і застосовується змішаний критерій, який поєднує і тяжкість вчиненого злочину і небезпечність особи злочинця, виходячи із того, піддавався він раніше позбавленню волі чи ні, а також наявність пенітенціарного рецидиву. Такий критерій можна умовно назвати кримінально-виконавчим, оскільки він базується як на нормах кримінального, так і на нормах кримінально-виконавчого права і проводиться відповідно до КК та КВК України.

Призначаючи засудженим до позбавлення волі відповідний вид та рівень безпеки виправної установи, уповноважений орган Державного департаменту України з питань виконання покарань на практиці враховує вищевказані критерії і таким чином здійснює первинну класифікацію засуджених до позбавлення волі.

Проте при вирішенні такої складної задачі, як класифікація засуджених до позбавлення волі, необхідно опиратися не тільки на положення Кримінального та Кримінально-виконавчого кодексів України, а й на вимоги педагогіки, психології, соціології, криминології. Недооцінювати або ігнорувати досягнення цих наук при вирішенні даного питання неприпустимо. Метою подальших досліджень повинна стати розробка науково обґрунтованих критеріїв класифікації засуджених до позбавлення волі як найбільш ефективного засобу забезпечення індивідуалізації виконання покарання і підвищення ефективності процесу виправлення і ресоціалізації.

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ОСІБ, ЗАСУДЖЕНИХ ДО ОБМЕЖЕННЯ ВОЛІ

Особи, засуджені до обмеження волі, є особливою категорією громадян, які за своїм правовим становищем відрізняються як від вільних громадян, так і від осіб, засуджених до позбавлення волі та інших покарань. Правове становище таких осіб, тобто сукупність їх прав та обов'язків, залежить перш за все від факту призначення їм покарання у вигляді саме обмеження волі.

Через цей фактор вказана група осіб відповідно до ст. 63 Конституції України на правових підставах певним чином обмежується у своїх правах, а отже, отримує особливий правовий статус. Він характеризується тим, що засуджені до обмеження волі особи мають ті ж права і обов'язки, що і всі інші громадяни України, але з певними обмеженнями, які встановлюються за законом та вироком суду. Таким чином, можна стверджувати, що у осіб, засуджених до обмеження волі, є дві групи прав і обов'язків:

1) певний комплекс прав і обов'язків, ідентичний правам та обов'язкам вільних громадян;

2) певний комплекс обмежених законом та вироком суду прав і специфічних, притаманних тільки вказаним особам обов'язків.

Усі вони зумовлюються особливим правовим статусом осіб, засуджених до обмеження волі.

До першої групи належать права і обов'язки, не обмежені ні за законом, ні за вироком суду, ідентичні правам та обов'язкам вільних громадян, такі як, право на звернення до органів державної влади, свободу думки і слова, свободу світогляду та віросповідання; особисті права – право на охорону здоров'я, право на безпечне для життя і здоров'я середовище та ін.

До обов'язків, ідентичних обов'язкам вільних громадян, можна віднести, наприклад, обов'язок дотримуватись Конституції і законів України, обов'язок сплачувати податки, не заподіювати шкоди природі, культурній спадщині, відшкодовувати збитки тощо, які встановлюються Конституцією України та рядом нормативних актів податкового, екологічного права, кримінальним, адміністративним, цивільним законодавством і т.д.

Наведені та інші права і свободи гарантуються провідними міжнародними актами з прав людини, наприклад, Загальною декларацією прав людини і громадянина, Конституцією України, конкретизуються у Виправно-трудоному кодексі, комплексі нормативних актів у сфері трудового права, охорони здоров'я тощо.

До другої групи прав та обов'язків можна віднести, наприклад, виборче право, право вибору місця проживання, свободу пересування, а також обов'язки дотримання Правил внутрішнього розпорядку, реєстрації, проживання за особистим посвідченням тощо.

Обмеження у вказаних правах можуть виражатися, зокрема, у тому, що особи, засуджені до обмеження волі, хоча і мають виборче право, а саме – право голосу на виборах і референдумах, яке гарантується ст. 70 Конституції України,

однак не можуть бути обраними народними депутатами у разі, якщо вони мають судимість за вчинення умисного злочину, якщо ця судимість не погашена і не знята у встановленому законом порядку (ст. 76 Конституції України).

Інше право – право вибору місця проживання, також є значно усіченим у осіб, засуджених до обмеження волі. Воно виражається у тому, що вказані особи за загальним правилом повинні проживати у спеціальних гуртожитках. І лише у разі, якщо засуджені, які мають сім'ї, не порушували встановленого порядку виконання покарання, після відбуття шести місяців терміну покарання за постановою начальника виправного центру можуть отримати право проживання зі своїми сім'ями на приватних квартирах або у придбаному житлі у межах виправного центру (ст. 107² Виправно-трудового кодексу України).

Що стосується права пересування осіб, засуджених до обмеження волі, то воно детально регламентується нормами, що закріплені у гл. 18 ВТК України, наприклад, процедура направлення осіб, засуджених до обмеження волі, до місця відбування покарання, причому у певних випадках таке направлення може бути здійснене під вартою (ст. 107 ВТК України). Відповідно до ст. 107² вказаного кодексу у певних випадках засудженим можуть бути дозволені короткострокові виїзди за межі виправного центру. Однак слід зазначити, що мірою заохочення засудженого може бути дозвіл на виїзд до близьких родичів за межі виправного центру у святкові, неробочі та вихідні дні, а також у відпустку строком до 12 діб раз на рік (ст. 107¹⁰ ВТК України). Без такого дозволу засуджені зобов'язані знаходитися в межах виправного центру, а отже, право на вільне пересування таких осіб є майже повністю обмеженим.

Засуджені до обмеження волі особи повинні виконувати притаманні тільки їм встановлені нормами ВТК України обов'язки: виконувати законні вимоги адміністрації виправного центру, що стосуються порядку відбування покарання; особи, яким дозволено проживати разом із сім'ями, повинні до чотирьох разів на тиждень з'являтися на реєстрацію до виправного центру, проживати за особистим посвідченням тощо.

Таким чином, правове становище осіб, засуджених до обмеження волі, характеризується специфічним поєднанням прав і обов'язків, які мають вільні громадяни, а також прав і обов'язків, притаманних лише особам, засудженим до обмеження волі.

О.І. Тищенко, аспірант

Національна юридична академія України

ім. Ярослава Мудрого

ПРЕДМЕТ ДОКАЗУВАННЯ ПРИ ОБРАННІ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ

Конституція України (ст.29), Кримінально-процесуальний кодекс України (ст. 165 – 165³) передбачають судовий порядок застосування щодо підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. За чинним законодавством вирішення цього питання віднесено виключно до компетенції місцевих

судів.

Взяття під варту є виключним і найбільш суворим запобіжним заходом, який застосовується лише тоді, коли є всі підстави вважати, що інші, менш суворі, запобіжні заходи можуть не забезпечити виконання обвинуваченим процесуальних обов'язків і належної поведінки.

Згідно з законодавством взяття під варту на стадії досудового розслідування справи може бути застосовано за таких умов:

1) якщо особа підозрюється чи обвинувачується у вчиненні злочину, за який Кримінальним кодексом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі понад три роки (ч.1 ст. 155 КПК України);

2) якщо є достатні підстави вважати, що підозрюваний чи обвинувачений намагатиметься ухилитися від слідства і суду або від виконання процесуальних рішень, перешкоджати встановленню істини у справі або продовжувати злочинну діяльність (ч.2 ст.148 КПК України).

У виняткових випадках цей запобіжний захід може бути застосовано в справах про злочини, за які законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі і на строк не більше трьох років. Відповідно до п.3 постанови Пленуму Верховного Суду України “Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства” № 4 від 25.04.2003 р. такими є випадки, коли на підставі наявних у справі фактичних даних з певною вірогідністю можна стверджувати, що інші запобіжні заходи не забезпечать належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого. Це можливо, наприклад, коли особа не має постійного місця проживання, зловживає спиртними напоями чи вживає наркотичні засоби, підтримує соціальні зв'язки негативного характеру, порушує умови запобіжного заходу, не пов'язаного з позбавленням волі, раніше ухилялася від слідства, суду чи виконання судових рішень або ж коли особу підозрюваного взагалі не встановлено. Винятковість даного випадку має бути обґрунтована у поданні про обрання запобіжного заходу і в постанові судді.

Виходячи із виключного характеру цього запобіжного заходу, обов'язковою умовою його застосування повинно бути також обґрунтоване переконання судді в тому, що більш м'які запобіжні заходи можуть не забезпечити належну поведінку підозрюваного, обвинуваченого.

У разі, коли особа затримувалася, подання має бути розглянуто протягом 72 годин з моменту затримання. Так, у ст. 106 КПК України визначено, що затримання підозрюваного у вчиненні злочину не може тривати більше 72 годин. Затримана особа має бути звільнена, якщо у цей строк постановою судді про застосування до неї запобіжного заходу у вигляді взяття під варту або про звільнення не надійшла до установи попереднього ув'язнення.

Істотним є питання про право суду дати дозвіл на затримання та доставку в суд під вартою особи, яка перебуває на волі і щодо якої розглядається подання про застосування запобіжного заходу. Затримання є тимчасовим запобіжним заходом і, як і взяття під варту, пов'язане з обмеженням конституційних прав на свободу пересування. Тому його застосування можливе лише за наявності підстав для обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, передбачених ст. 148 і ч.1 ст. 155 КПК України. Після доставки підозрюваного, обвинуваченого до суду

подання розглядається повторно з додержанням передбаченої ст. 165² КПК України процедури, відповідно до якої питання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту своїм поданням порушують орган дізнання чи слідчий за згодою прокурора або ж сам прокурор. Суду також повинні бути представлені матеріали кримінальної справи.

Слід зазначити, що закон не передбачає розкриття змісту матеріалів справи, які мають вивчатися суддею при розгляді подання про взяття під варту. Проте зрозумілим є те, що в таких випадках має бути вирішене питання не про винність особи у вчиненні злочину (оскільки це встановлюється вироком суду), а про правомірність та необхідність застосування щодо неї запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Подання органу дізнання про застосування даного запобіжного заходу, погоджене з прокурором, розглядається судом у судовому засіданні з обов'язковою участю прокурора та особи, щодо якої вирішується це питання. Чинне законодавство передбачає обов'язок суду допитати підозрюваного, обвинуваченого, тому розгляд подання за відсутності цієї особи є суттєвим порушенням вимог кримінально-процесуального закону.

Таким чином, у судовому засіданні мають бути досліджені та письмово оцінені наступні обставини, що мають суттєве значення для винесення законної та обгрунтованої постанови: процесуальне становище особи, щодо якої порушено подання про обрання запобіжного заходу; характер та ступінь суспільної небезпеки злочину, у вчиненні якого вона підозрюється або обвинувачується; чи передбачено за скоєний особою злочин покарання у вигляді позбавлення волі; наявність доказів, що встановлюють обставини, які дають підстави вважати, що особа, залишаючись на волі, буде перешкоджати встановленню істини по справі, ухилятися від слідства та суду або виконання процесуальних рішень, продовжувати злочинну діяльність; характеристика особи підозрюваного чи обвинуваченого – наявність судимостей, ступінь його соціальної адаптації, здоров'я, утримання неповнолітніх дітей тощо, а також доводи сторін, висловлені в ході судового засідання.

Визначивши предмет дослідження, Пленум Верховного Суду України також роз'яснив, що при розгляді подання про взяття під варту суддя не вправі досліджувати докази, давати їм оцінку, в інший спосіб перевіряти доведеність вини підозрюваного, обвинуваченого, розглядати й вирішувати ті питання, які повинен вирішувати суд під час розгляду кримінальної справи по суті.

За результатами розгляду в судовому засіданні подання суддя приймає одне з таких рішень: 1) про відмову в обранні запобіжного заходу, якщо для його обрання немає підстав; 2) про обрання підозрюваному, обвинуваченому запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

Виникає питання про правову природу пояснень слідчого, функцій здійснюваних ним у судовому засіданні. Зрозуміло, що суд не може допитувати слідчого по питанню винності особи. Слідчий, здійснюючи функцію обвинувачення, виклав свою позицію по даному питанню в матеріалах кримінальної справи, які разом з своїм поданням про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту передав до суду. Але у судді може з'явитися потреба у поясненнях слідчого, наприклад, щодо реальності погроз перешкодити ходу слідства. Думається, що ч.5 ст. 165² КПК України передбачає нову слідчу дію, порядок якої повинен бути регламентований законом.

Таким чином, до моменту винесення рішення про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою повинна бути встановлена сукупність доказів, що викривають підозрюваного, обвинуваченого у вчиненні злочину, за який може бути призначене покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад три роки і вказують на необхідність тимчасової ізоляції особи від суспільства в інтересах судочинства. Тому суд повинен перевірити наявність у справі таких доказів.

Чинне законодавство не передбачає можливості суду проводити окремі слідчі дії. Представляється, що суд може їх виконувати тільки в одному випадку: на підтвердження обставин, що входять у предмет доказування при вирішенні питання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою (тобто ті обставини, із якими закон зв'язує можливість обрання цього запобіжного заходу).

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

ПРОБЛЕМИ ФОРМУВАННЯ ТАКТИЧНИХ ОПЕРАЦІЙ У КРИМІНАЛІСТИЦІ

Оптимізація та підвищення ефективності розслідування злочинів у значній мірі залежить від того, наскільки глибоко розроблені теоретичні основи формування тактичних операцій, як практика проведення таких операцій забезпечена відповідними методичними розробками. У зв'язку з цим на сучасному етапі розвитку криміналістики досить актуальною та важливою стає проблема розробки теоретичних основ побудови й використання типових тактичних операцій при розслідуванні окремих видів злочинів. У теорії криміналістики та в слідчій практиці у цьому плані мають місце окремі труднощі і проблеми, які потребують дослідження та глибокого осмислення.

Наразі залишається дискусійним питання про поняття та сутність тактичної операції, що істотно впливає на розробку та дослідження зазначених проблем. Для позначення поняття “тактична операція” використовуються різноманітні терміни: “тактична комбінація”, “криміналістична операція”, “методична операція”, “спеціальна операція”, “тактична комбінаційна операція”, “криміналістичний комплекс” та ін.

В одній із робіт, що з'явилися останнього часу, досить своєрідне та цікаве розуміння сутності тактичної операції запропоновано І.М. Комаровим, який називає їх “криміналістичними операціями” і визначає як “криміналістичний метод пізнання в процесі досудового провадження”. На нашу думку, такий підхід не зовсім повно і точно відображає специфіку досліджуваної категорії. Незважаючи на необхідність розумної лаконічності, визначення повинно містити основні істотні ознаки поняття. Вказівка на характер завдань розслідування у розглядуваному визначенні, на наш погляд, має принципове значення і повинно обов'язково враховуватися. Тактична операція має розроблятися і застосовуватися для вирішення окремих проміжних тактичних завдань розслідування. Крім того, у запропонованому визначенні не зазначена така ознака тактичної операції, як її ситуаційна обумовленість.

Термін “криміналістичний метод пізнання”, як нам вважається, не несе

ніякого змістовного навантаження, оскільки не можна визначити, які методи пізнання є винятково криміналістичними через те, що у природі об'єктивно існують методи пізнання, єдині для будь-якої науки, в тому числі і для криміналістики. І тільки тому, що ними користуються криміналісти, не значить, що їх необхідно називати “криміналістичними методами пізнання”. Дійсно, тактична операція – це метод, але не пізнання, а організації розслідування.

На нашу думку, тактичну операцію слід розглядати як сполучення (комплекс, систему) узгоджених між собою однойменних і різнойменних слідчих дій, оперативно-розшукових, організаційно-технічних та превентивних заходів, спрямованих на вирішення окремого тактичного завдання розслідування в даній слідчій ситуації, яке не може бути вирішено окремими або декількома діями (заходами), проведеними за єдиним планом правомочними посадовими особами під керівництвом слідчого.

Наразі у наукових дослідженнях та рекомендаціях, які у них містяться, немає єдиного підходу до формування тактичних операцій у криміналістиці, чітко не визначені принципи їх побудови і моделювання. Правильно зазначив Р.С. Белкін, що приблизний набір тактичних операцій є досить бідним і містяться у ньому нерідко зовсім не тактичні операції, а прості переліки дій, за допомогою яких, незалежно один від одного, може бути вирішено одне й те ж завдання.

Аналіз робіт, які торкаються зазначеної проблеми слідчої практики, показує, що доволі часто тактичною операцією називають окремі дії, заходи тощо, які насправді такими не є. Так, у роботах В.О. Образцова, І.М. Комарова, Н.А. Марочкіна, В.Я. Решетнякова та ін. називаються такі тактичні операції, як “Контрольна закупка”, “Контрольне обмірювання”, “Виявлення”, “Знешкодження вибухово-технічних об'єктів”, “Зняття залишків”, “Реставрація особи і голови невпізаного трупа”, “Контрольна перевірка”, “Огляд місця події”, “Обшук” та ін.

У таких випадках, на думку авторів, комплексуються дії з підготовки та здійсненню планованого заходу. Однак на практиці такі дії не є тактичними операціями. Підготовка до проведення слідчої чи дії оперативно-розшукового заходу, як правило, розглядається як частина або елемент його тактики, а організаційно-технічні заходи є її складовими, а не тактичними заходами. При іншому розумінні будь-який допит, обшук, огляд місця події, пред'явлення для упізнання тощо перетворюються на оперативно-тактичну або тактичну операцію. Названі дії можуть стати й елементом тактичної операції, коли вони проводяться не самі по собі, а тактично пов'язані з іншими діями чи оперативними заходами. Контрольна закупка у цьому випадку стане одним з елементів операції по затриманню злочинця по “гарячих слідах”, і така операція буде мати іншу назву – “Затримання злочинця по гарячих слідах”. Крім того, контрольна закупка, зазвичай, проводиться як оперативно-розшуковий захід, а в деяких випадках як оперативно-розшукова операція.

Не можна змішувати тактичну операцію (наприклад, по знешкодженню вибухових пристроїв) з чисто технічними заходами або з організаційно-технічними діями, що, наприклад, пов'язані з реставрацією особи і голови невпізаного трупа та ін. Викликає великі сумніви пропозиція щодо формування тактичних операцій, які іменуються деякими авторами як “Огляд місця події”, “Обшук” тощо. Відомо, що огляд місця події, обшук є слідчими діями, однак це зовсім не значить, що вони

проводяться у формі тактичних операцій. Одиночна дія не може утворити тактичну операцію, оскільки операція – це завжди комплекс взаємозалежних і взаємообумовлених дій, заходів.

З урахуванням вищевикладеного можна констатувати, що назріла необхідність розробки єдиних критеріїв формування тактичних операцій у криміналістиці. На наш погляд, при розробці та побудові тактичних операцій слід враховувати наступні положення.

По перше, побудова типових тактичних операцій при розслідуванні окремих видів злочинів обумовлена окремими (проміжними) тактичними завданнями розслідування. З одного боку, метою тактичної операції завжди є вирішення конкретного завдання розслідування, з іншого – окремі проміжні завдання розслідування визначають проведення певних тактичних операцій. Розробка і побудова типових тактичних операцій тісно пов'язана з визначенням типових тактичних завдань розслідування злочинів. Наприклад, при розслідуванні злочинів проти особи типовими тактичними операціями будуть такі: "Розшук та затримання підозрюваного", "Встановлення особи загиблого" та ін. Зрозуміло, що планувати та проводити необхідно тільки ті операції, яких потребує розслідування кожної конкретної кримінальної справи і які не дублюють вже виконані слідчі дії і тому немає необхідності у проведенні тактичної операції "Встановлення особи загиблого", якщо особа загиблого була встановлена на початку розслідування, або включити до плану "Розшук та затримання підозрюваного", якщо особа злочинця була затримана на місці вчинення злочину.

По друге, розробка й застосування тактичних операцій є ситуаційно обумовленими. При плануванні та проведенні тактичних операцій необхідно враховувати слідчу ситуацію, яка склалася на певний момент розслідування. Аналіз слідчих ситуацій показує, що в кожній з них передбачається застосування різноманітних тактичних операцій, необхідність їх планування та проведення обумовлюються залежно від наявності доказової та орієнтовної інформації. Слідча ситуація, що виникла в ході розслідування визначає певний комплекс слідчих дій, оперативного-розшукових заходів і організаційних дій.

По третє, розробка типових тактичних операцій передбачає необхідність урахування виду і категорії злочину. Виникнення та постановка тактичних завдань розслідування обумовлені вчиненням злочином, характером інформації про особу злочинця, спосіб вчинення та приховування злочину, механізм слідоутворення і т.д. Певний вид злочину, група злочинів визначають конкретні тактичні засоби, які можуть бути використані для вирішення окремих тактичних завдань його розслідування. При цьому слід враховувати криміналістичну характеристику злочину, яка є інформаційною основою побудови й формування типових тактичних операцій і використання їх у процесі розслідування.

Таким чином, теоретичні основи побудови тактичних операцій і використання їх у теорії криміналістики та практиці розслідування окремих видів злочинів вимагають фундаментальних досліджень та комплексних розробок. Подальші дослідження поставлених питань сприятимуть збагаченню теорії криміналістики, забезпечать передумови для появи нових підходів до вирішення важливих проблем криміналістичної тактики та методики, спрямованих на підвищення ефективності розслідування злочинів, удосконалення форм і методів

взаємодії слідчих та органів дізнання.

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

ОРГАНІЗОВАНІ ЗЛОЧИННІ ГРУПИ, ЩО СПЕЦІАЛІЗУЮТЬСЯ НА ВЧИНЕННІ ВБИВСТВ НА ЗАМОВЛЕННЯ (КРИМІНАЛІСТИЧНИЙ АСПЕКТ)

В останні роки одним із найнебезпечніших кримінальних явищ в Україні стає зростання професійної організованої злочинності. Організовані злочинні групи і злочинні організації, що спеціалізуються на вчиненні вбивств на замовлення, мають корисливо-насильницьку спрямованість і характеризуються високим рівнем організації, згуртованістю, стійкістю. Остання виявляється в тривалості функціонування групи, стабільності її складу, наявності злочинних зв'язків між членами групи. Майже не допускається поява нових членів у групі або вихід із неї. Відносини між членами групи підтримуються й у період між учиненням злочинів. У разі успішної діяльності злочинна група, поки вона вдало вчиняє злочини й залишається невикритою, являє собою психологічно спаяне формування, у якому переважає згуртованість його членів.

За своєю внутрішньою структурою сучасні організовані злочинні групи, що діють на Україні, нагадують сицилійські й американські мафіозні “родини” з їх ієрархічністю і кримінальним лідерством. Очолює групу одна людина – лідер, основним обов'язком якого є керівництво групою, підтримка в ній порядку, розподіл доходів. У нього є один або декілька помічників – найбільш активних членів групи. Вони збирають інформацію для керівника, передають його розпорядження підлеглим, виконують функції консультантів. Далі йдуть виконавці – рядові члени групи, які безпосередньо здійснюють злочинні операції.

Важливою ознакою таких організованих груп є наявність у їх складі корумпованих представників владних, управлінських структур, працівників фінансових і правоохоронних органів. Вони забезпечують безпеку організації шляхом звільнення її членів від кримінальної відповідальності, здійснюють вплив на органи, що розслідують діяльність злочинної організації, знайомлять її керівника зі специфікою й методами роботи правоохоронних органів.

Обов'язковою ознакою організованих злочинних груп корисливо-насильницької спрямованості (до яких належать і злочинні формування, що вчиняють убивства на замовлення) є їх належна озброєність.

Діяльність організованих злочинних груп, що спеціалізуються на вчиненні вбивств на замовлення, як правило, побудована за принципом розподілу ролей між їх учасниками та суворої субординації. Учасники організованих злочинних груп характеризуються високим кримінальним професіоналізмом, вузькою спеціалізацією.

Найважливіші управлінські функції здійснює керівник: займається організацією діяльності й керівництвом групою в цілому, розробляє “сценарій”

конкретного вбивства, визначає місце, час і спосіб учинення злочину, здійснює його підготовку, інструктаж виконавців, контролює хід злочинної діяльності. Він вирішує кадрові питання: підбирає членів групи, розподіляє ролі між ними, забезпечує злочинну підготовку членів організації, здійснює координацію й контроль за їх діяльністю, у тому числі й за діяльністю виконавців. Важливою функцією керівника є забезпечення безпеки організованої групи, захист її від викриття й притягнення членів групи до кримінальної відповідальності.

Відповідно до становища, яке займає, кожен з членів групи виконує певну функцію, відповідає за свою сферу діяльності, наприклад, займається тільки інформаційним забезпеченням – збирає відомості про можливих замовників злочину, потенційних жертв, використовуючи як джерело інформації знайомих у сфері бізнесу, політики, в адвокатських колах, ЗМІ. Ці особи можуть також вести спостереження за майбутніми жертвами для з'ясування їх розпорядку дня, встановлення місця проживання, роботи, відпочинку, одержання інших відомостей, необхідних для вчинення вбивства. Інші члени злочинної групи займаються розробкою плану вбивства, його підготовкою. Цю функцію виконують, як правило, організатори злочину, до числа яких поряд з керівником організованої групи може входити й замовник убивства.

До завдань осіб, які забезпечують необхідні для здійснення злочинної операції технічні засоби, належить пошук і купівля зброї, вибухових пристроїв, підбір маскувальних засобів, екіпірування, фальшивих документів, пошук і підготовка транспортних засобів, у тому числі й викрадення. Для безпосереднього вчинення вбивств існують виконавці – особи, які мають спеціальну підготовку (військові, колишні спортсмени, працівники охоронних структур, правоохоронних органів), володіють професійними навичками стрільби, вміють використовувати вибухові речовини і зброю. У складі угруповання можуть бути й особи, які виконують функції по охороні організаторів і керівників злочинної групи. Часто для надання юридичних послуг злочинна організація має на утримання постійних адвокатів.

Відносини в добре організованій злочинній групі будують таким чином, що її рядовий член одержує лише ту частину інформації, яка необхідна для виконання його функцій. Іноді член групи може й не знати всіх учасників організації, конкретних виконавців і навіть керівника групи.

Після вчинення вбивства члени злочинного угруповання збираються для обговорення результатів проведеної операції, розрахунку за виконану роботу, одержання вказівок із приводу подальших дій.

При вчиненні вбивства на замовлення організованою злочинною групою можливості виконавців підвищуються, здійснення наміченого плану стає надійнішим, а небезпека для потерпілого зростає, що негативно позначається на розкритті цього виду злочинів.

О.В. Курман, канд. юрид. наук, асистент
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

СИТУАЦІЙНА ОБУМОВЛЕНІСТЬ РОЗСЛІДУВАННЯ ШАХРАЙСТВА З ФІНАНСОВИМИ РЕСУРСАМИ

Проблемі слідчої ситуації у криміналістиці приділялася певна увага, але розробка слідчих ситуацій стосовно шахрайства з фінансовими ресурсами потребує більш ретельного дослідження.

Слідчі ситуації по справах про шахрайство з фінансовими ресурсами, що виникають на початковому етапі розслідування, доцільно поділити на дві основні групи залежно від обсягу та змісту даних, що служать підставою для порушення кримінальної справи, й інформації про злочинця: 1) слідча ситуація, що характеризується наявністю даних про вчинення шахрайства з фінансовими ресурсами й особу, яка вчинила злочин; 2) слідча ситуація, що характеризується наявністю даних про вчинення шахрайства з фінансовими ресурсами і недостатньою інформацією про можливого злочинця.

Перша слідча ситуація найбільш поширена у слідчій практиці. Вона може бути поділена на декілька інших. Залежно від обсягу і змісту даних, що вказують на чисельність злочинців, можна виділити такі: у вчиненні злочину брали участь (а) декілька осіб з боку позичальника; (б) позичальник і представник кредитора; (в) даний злочин вчинено організованою злочинною групою.

Для ситуації, умовно позначеної як а), характерна попередня змова між посадовими особами підприємства, установи чи організації, що одержує кредит. Обов'язково серед них фігурують керівники цієї юридичної особи (директор, президент), бо одержати кредит або пільги щодо оподаткування неможливо без їх безпосередньої участі чи згоди. Подібна ситуація можлива й у тому випадку, коли у вчиненні злочину брали участь декілька фірм – фіктивних і реально діючих.

Специфіка ситуації б) полягає в тому, що вона, як правило, виникає у випадку, коли вирішується питання про одержання кредиту, виділеного на цільові програми. Оскільки він надається, зазвичай, із державного бюджету, банк при цьому не ризикує своїми коштами. Позичальник особисто або через посередника з метою одержання кредиту вступає в злочинну змову з представником кредитно-фінансової установи, що має вирішальний голос при розгляді питання про надання кредиту. В силу того, що бажаючих одержати пільговий кредит багато, а виділених коштів недостатньо, кредитор має можливість вибирати таких потенційних позичальників, які, щоб потрапити в число привілейованих, гарантовано дадуть хабара.

Ситуація, коли шахрайство з фінансовими ресурсами вчинено організованою злочинною групою (в), може містити в собі ознаки вищевказаних ситуацій і одночасно мати певну специфіку. Організовані групи, що вчинюють такі злочини, мають як універсальну, так і обмежену сферу злочинної діяльності. Зокрема, для вузькоспеціалізованих груп, що здійснюють тільки шахрайство з фінансовими ресурсами, характерна невелика чисельність (у межах від двох-трьох до десяти чоловік); порівняно проста організаційна структура побудови з достатньо високим загальнофаховим і злочинним професіоналізмом членів її керівної і навіть виконавчої ланки.

Слідча ситуація, що характеризується наявністю даних про вчинення шахрайства з фінансовими ресурсами й недостатньою кількістю інформації про

можливого злочинця, може виникати, коли особа, яка має право підпису, заперечує свій підпис, зафіксований у документах (рішенні засновників про одержання кредиту, заяві тощо). Подібна ситуація, зазвичай, виникає у двох випадках: а) особа, яка має право підпису документів, шляхом умовлянь, підкупу, шантажу чи погрози насильно залучає сторонню людину, щоб вона, маючи за зразок справжній підпис, поставила схожий у необхідному документі; б) за людину, чий підпис необхідний для одержання кредиту, цю дію без її згоди й відома виконує інша особа з її оточення по роботі або залучається для цього стороння. Певні труднощі в цій слідчій ситуації полягають у встановленні сторонньої особи, яка виконала підпис.

Для розв'язання вказаних слідчих ситуацій можуть бути організовані й проведені такі тактичні операції, як: “Документ”, “Співучасники”, “Позичальник”, “Кредитор”, “Організований характер злочину”, “Корумповані зв'язки організованої групи” та ін. Розглянуті типові слідчі ситуації в багатьох випадках є умовними через те, що практично неможливо навіть стосовно окремо взятої слідчої ситуації вирізнити і врахувати всі чинники, які впливають на її виникнення й вирішення. Тому можливі й інші алгоритми дій щодо розслідування розглядуваних типових ситуацій.

М.В. Капустіна, аспірант

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

СПОСІБ ЯК ЕЛЕМЕНТ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ КРАДІЖОК НА ЗАЛІЗНИЧНОМУ ТРАНСПОРТІ

До елементного складу криміналістичної характеристики крадіжок на залізничному транспорті входять: способи злочинів, особливості слідотворення, предмет посягання, особа злочинця. В числі зазначених елементів особливе місце займає спосіб крадіжок, оскільки він найбільш тісно пов'язаний з особою злочинця, його поведінкою, професійними навичками. Крім того, встановлення способу крадіжок дозволяє значно обмежити коло підозрюваних осіб, визначити час і місце вчинення злочину, приблизити кількість злочинців, їх професію (наприклад, належність до працівників залізничного транспорту), підготовленість, знання місцевих умов та інші обставини.

Спосіб крадіжки вантажів на залізничному транспорті як система дій злочинця, об'єднаних загальним задумом і спрямованих на досягнення поставленої мети, хоча структурно і включає в себе три класичні елементи, тобто способи підготовки, вчинення і приховування, але реалізуються вони не в однаковій мірі. Йдеться, насамперед, про способи приховування, до яких злочинці звертаються вкрай рідко і тільки для того, щоб відтягнути момент виявлення ознак крадіжки, котрі, як правило, виявляються через деякий час і на достатньо великій відстані від місця її вчинення, що вже само по собі може розглядатися як певний засіб приховування.

На вибір злочинцем відповідного способу крадіжок вантажів на залізничному транспорті впливають певні об'єктивні та суб'єктивні чинники. До

об'єктивних варто віднести такі: тип вагону (контейнеру, цистерни), його розташування в поїзді; характер предмету злочинного посягання, його якісні та кількісні ознаки, місцезнаходження, умови охорони; знаряддя вчинення злочину, час і місце крадіжки (станція, роз'їзд, перегін). Серед суб'єктивних чинників, насамперед, доцільно виділити такі: причетність злочинця до роботи залізничного транспорту; професійний і злочинний досвід злодія, поінформованість стосовно правил перевезення вантажів, організації роботи станції; наявність злочинних зв'язків і склад учасників злочинної групи, мотив і мета вчинення крадіжки; навички, звички, вміння, риси характеру, фізіологічні властивості і моральні якості злочинця тощо.

Способи приготування до крадіжок вантажів за співучастю працівників залізничного транспорту можуть включати в себе такі дії: неправильне завантаження контейнерів, наприклад, із перекосом, унаслідок чого відкривається доступ до вантажу; перевезення вантажів у несправних або технічно непридатних для цього вагонах; „помилкове” відчеплення вагона і постановка його у тупик; збільшена затримка вантажних поїздів на роз'їздах, біля вхідних світлофорів станцій; утворення ушкоджень з можливим доступом до вантажів шляхом перевищення швидкості розпуску вагонів на сортувальних гірках; порушення правил накладення запірно-пломбувальних пристроїв тощо.

Способи крадіжок вантажів із товарних поїздів доцільно класифікувати за типами вагонів, з яких формується состав поїзда:

а) крадіжки з товарних вагонів – відтиск дверей та злом запірно-пломбувального пристрою; злом (розпил) решіток вентиляційного люку; просвердлювання отвору у підлозі; пролом отвору у стінці вагона;

б) крадіжки з контейнерів – відтиск дверних штирів та злом запірно-пломбувального пристрою; пролом стінки контейнеру; обкатування на ребрі;

в) крадіжки із цистерн – злом верхнього або нижнього завантажувального люку і злив через них.

Окрім самостійне місце у системі способів крадіжок на залізничному транспорті займають способи крадіжок особистого майна пасажирів. Найбільш поширені такі:

а) відчинення, як правило, вночі дверей купе спеціальними пристроями і викрадення у сплячих пасажирів їх речей;

б) введення психотропних речовин чи транквілізаторів у напої, завдяки чому жертва доводиться до безпорадного стану і втрати пам'яті;

в) застосування так званої „підсадки”, сутність якої полягає в тому, що злочинець має увійти у довіру жертви і, скориставшись цим, викрасти в неї її майно. Здійснюється це, як правило, наступним чином: до купе підсаджується особа, яка своєю відвертою розмовою і поведінкою (наприклад, залишає на пригляд свої речі) завойовує довіру попутника, котрий, не вагаючись, вирішує залишити свої речі і відлучитися на нетривалий час, а коли повертається, то не знаходить ні співрозмовника, ні своїх речей.

Отже, знання способу крадіжок надає можливість слідчому більш обґрунтовано висувати розшукові версії, за „почерком” встановлювати особу злочинця, визначати його причетність до вчинення тих чи інших посягань, цілеспрямовано вести роботу щодо запобігання крадіжкам на залізничному

транспорті.

*Н.С. Малихіна, аспірант
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

КРИТЕРІЇ КЛАСИФІКАЦІЇ СУДОВИХ СИСТЕМ

Побудова судової системи будь-якої держави знаходиться в прямій залежності від таких чинників, як організація державної влади, адміністративно-територіальний устрій, тип правової системи, принципи, що несуть в собі відбиток історичних традицій та сучасних вимог тощо. Це дає змогу здійснити класифікацію судових систем і визначити в них місце вищих судових органів.

За критерієм правової системи виділяють судові системи країн англо-американської правової моделі та судові системи країн романо-германського (континентального) типу. Головні відмінності між вказаними видами судових систем полягають у способі здійснення конституційного контролю (правосуддя) та в існуванні судів спеціалізованих юрисдикцій.

Для країн першого типу характерним є те, що конституційній функції покладені на звичайні суди, які розглядають й інші категорії справ. Тобто тут відсутнє виділення окремої гілки судових органів. Натомість конституційний контроль здійснюється або усіма судами без виключення, або дане право надається лише вищій судовій інстанції (Високий суд Австралії, Федеральний суд Швейцарії, Верховний суд Канади). В державах континентального типу судовий конституційний контроль здійснюється особливим, спеціальним судом (системою судів), які діють поза системи загальних судів. Існування окремої системи конституційних судів притаманна федеративним державам, де такі суди створюються на рівні суб'єктів федерації та на федеральному рівні (але можливе існування тільки одного органу конституційної юрисдикції лише на рівні федерації, як це здійснюється в Австрії, Бельгії). Для країн унітарного устрою побудова цілої системи таких судів не узгоджується з принципами унітаризму і тому ustalеним є створення одного такого органу, який не входить в систему судів загальної юрисдикції, не підпорядкований вищим загальним судовим органам і є єдиним органом конституційної юрисдикції (Україна).

Щодо другого критерію (системи судів спеціалізованих юрисдикцій), то англосаксонська модель характеризується досить широкою компетенцією загальних судів, які правомочні розглядати будь-які справи, тому створення в таких країнах окремої системи судів для розгляду певної категорії спорів визнається таким, що суперечить національній доктрині. Це зовсім не означає, що в цих державах взагалі відсутні органи, які б розглядали певні питання (наприклад, адміністративні), але вони мають статус квазисудових інститутів. Континентальна система відрізняється наявністю розгалуженої системи спеціалізованих судів, у якій можливі три варіанти: 1) система спеціалізованих судів є відокремленою від системи судів загальної юрисдикції, її вищий орган не підпорядковується вищому загальному суду; 2) спеціалізовані суди складають підгілку системи судів загальної юрисдикції,

вони очолюються відповідним вищим судом, над яким організаційне і процесуальне керівництво (зі збереженням певної самостійності) здійснює найвищий суд – вищий судовий орган судів загальної юрисдикції; 3) змішаний варіант – коли поряд з існуванням окремої гілки спеціалізованих судів, що здійснюють правосуддя по окремих категоріях справ, усі інші справи, у тому числі численні адміністративні спори, вирішуються загальними судами. В межах існування спеціалізованих судів можливо окреслити ще одну класифікацію судових систем на 2 типи: централізовані і децентралізовані (слід мати на увазі, що в федеративних державах децентралізація отримує додаткове змістовне навантаження, там це означає і невідповідність судових органів суб'єктів федерації федеральним судовим органам).

Важливим критерієм класифікації судових систем слід вважати інстанційність. Сучасні судові системи є багаторівневими, мають вертикальну організаційну структуру. Найбільш типовим є існування судів першої та другої (скаргової) інстанції. Судами першої інстанції є суди, що знаходяться на нижньому щаблі судової системи і розглядають справу по суті в перший раз. Що стосується судів другого рівня, то тут можуть бути представлені або суди апеляційні, або касаційні, що розглядають скарги на рішення судів першої інстанції. Проте, поряд з такими системами, існує так звана французька інстанційна система, де касаційний суд є судом не другої, а третьої інстанції. В таких ситуаціях третій рівень в судових системах виступає як виключний, останній, на ньому зазвичай розташовують найвищий судовий орган. Вищий суд країни взагалі виступає в ролі касаційного або ревізійного суду. В невеликих країнах цей суд часто виконує функції суду апеляційного. Його компетенцію по першій інстанції можуть складати питання колізій підсудності (США, Франція), здійснення політичних функцій у межах системи поділу влади (повноваження конституційного або адміністративного контролю, імпичмент тощо), певні категорії справ (особливого державного значення). Інколи цей суд може виступати і в якості скаргової інстанції. В деяких державах вищий судовий орган представляє собою орган не однієї, а відразу ж декількох інстанцій. Таке становище є характерним для тих судових систем, де інстанції не обов'язково складають самостійний рівень судової системи.

Я.О. Ковальова, *здобувач*

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ДО ПИТАННЯ ПРО ВІДМОВУ ПРОКУРОРА ВІД ДЕРЖАВНОГО ОБВИНУВАННЯ

Прокурор, який виступає у суді як державний обвинувач, повинен бути переконаний у винності підсудного. Переконливість прокурора повинна виникнути після вивчення матеріалів кримінальної справи під час підготовки до судового процесу.

Поряд з цим він повинен враховувати, що судовий розгляд справи має якісно іншу форму дослідження доказів, ніж при досудовому слідстві і може по-іншому висвітлити обставини справи, надати їм зовсім інший зміст та ряд інших

особливостей. До таких змін прокурор завжди повинен бути готовим.

Принципова можливість зміни прокурором свого початкового переконання у винності підсудного вимагає аналізу причин, які вплинули на його позицію як державного обвинувача. Їх можна поєднати у кілька груп:

1. Судове слідство показало, що докази, зібрані під час досудового слідства, на підставі яких прокурор планував зробити висновки про винність особи, були оцінені невірно, без необхідної ретельності та аналізу.

2. Під час судового слідства виявилися нові, раніше невідомі обставини, які зламали всю систему обвинувачення, побудованого на фактах, котрі під час досудового слідства не були перевірені в повному обсязі.

3. Під час судового слідства виявлено факти грубих порушень норм Кримінально-процесуального кодексу України при проведенні досудового слідства: фальсифікація, односторонність, усунення із справи усього того, що виправдовувало б обвинуваченого, та інше.

Названі причини, які впливають на переконаність прокурора, в ряді випадків спонукають його відмовитися від обвинувачення.

Відмова прокурора від обвинувачення може бути у двох різновидах: повна і часткова.

Повна відмова має місце тоді, коли прокурор пропонує закрити справу або виправдати особу в повному обсязі обвинувачення.

Часткова відмова є такою, коли прокурор відмовляється від обвинувачення у вчиненні одного або кількох злочинів, залишивши обвинувачення особи в інших злочинах. Повна відмова від обвинувачення означає, що, на думку прокурора, справа повинна бути закрита.

Підставами для відмови прокурора від державного обвинувачення можуть бути: випадки, коли не встановлено подію злочину (п. 1 ст. 6 КПК України); якщо в діянні підсудного не має складу злочину (п. 2 ст. 6 КПК України); якщо не доведена участь підсудного у вчиненні злочину (ч. 2 ст. 213 КПК України).

При наявності вказаних підстав прокурор виносить постанову про відмову від обвинувачення, яку оголошує в суді і передає йому для приєднання до справи.

У практичній діяльності виникає питання – в який момент судового розгляду прокурор може заявити про відмову від підтримання державного обвинувачення? В юридичній літературі з цього питання немає єдиної думки. Більшість науковців стверджують, що прокурор може відмовитися від підтримання державного обвинувачення лише після судового слідства. Прибічниками таких поглядів можна назвати В.І. Баскова, В.Д. Фінька, В.Т. Маляренка, В. Вернидубова. Погоджуючись з такою позицією, через те що вона відповідає вимогам ст. 264 КПК України, маємо відмітити і деякі винятки.

Слід зазначити, що постанова прокурора про відмову від підтримання обвинувачення є важливим і відповідальним процесуальним документом. Адже суд повинен погоджуватися з постановою прокурора про закриття справи, якщо з цим погоджується потерпілий, і у тих випадках, коли така постанова по своїй суті не відповідає матеріалам судового слідства, коли прокурор помилково оцінює події або діяння підсудного; неправильно тлумачить матеріальний чи процесуальний закон, який застосовується; помилково оцінює докази, їх достатність, достовірність чи допустимість та інші випадки, у тому числі, коли прокурор зловживає

службовим становищем.

Ці та інші випадки, безумовно, призведуть до прийняття судом незаконного рішення про закриття справи. У той же час незаконна постанова (ухвала) суду про закриття справи, яка винесена на підставі ч. 2 ст. 282 КПК України, за чинним законом не може бути переглянута за ініціативою прокурора та потерпілого в апеляційній та касаційній інстанціях.

Отже, з вини державного обвинувача суд може прийняти незаконну постанову (ухвалу) про закриття кримінальної справи, яку неможливо переглянути.

Враховуючи такі обставини, а також відсутність механізму перегляду незаконних рішень суду, доцільно при прийнятті нового кримінально-процесуального кодексу передбачити можливість перегляду незаконних судових рішень по справах в разі відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення.

У новому КПК України необхідно також передбачити порядок скасування постанови державного обвинувачення про відмову від обвинувачення, яку він виніс під час розгляду справи в суді.

Я.М. Клочко, аспірант
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ЩОДО ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРОКУРОРСЬКОГО НАГЛЯДУ ЗА РОЗСЛІДУВАННЯМ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ДОВКІЛЛЯ

Однією з найважливіших ланок в процесі формування правової держави є вдосконалення слідчого апарату та посилення прокурорського нагляду за законністю його діяльності. В умовах, коли охорона навколишнього природного середовища є актуальною проблемою сучасності, певні сподівання на покращення екологічної ситуації в країні пов'язані з ефективністю роботи правоохоронних органів, зокрема з вдосконаленням прокурорського нагляду за розслідуванням екологічних злочинів.

Вивчення слідчої та прокурорської практики свідчить про серйозні недоліки, порушення законів, які зустрічаються при розслідуванні цієї категорії злочинів: не вживаються заходи щодо виявлення злочинів, допускаються випадки тяганини при їх розслідуванні. Не можна не звернути увагу на безпідставне порушення кримінальних справ через неякісне проведення дослідчої перевірки, надання неправильної юридичної оцінки обставинам порушення, передчасності прийняття рішення, що в багатьох випадках пояснюється гонитвою прокурорів за кількісними показниками роботи. Залишається значною кількість кримінальних справ, за якими досудове слідство проводиться з порушенням строків, встановлених ст. 120 КПК України, закритих та зупинених провадженням. Більш того, нерідко екологічні злочини вчиняються за допомогою посадових осіб, але за наявності підстав в окремих випадках прокурори не вирішують питання кримінальної відповідальності щодо цих осіб. Таким чином, прокурор несе свою долю відповідальності за правильне вирішення справи про екологічний злочин.

Труднощі виконання прокурором своїх обов'язків добре відомі. Але успіх їх виконання в першу чергу залежить від того, наскільки самі прокурори будуть суворо дотримуватись вимог закону. Узгодження кожного кроку, кожної процесуальної дії із законом забезпечує успішне провадження по справі і разом з тим страхує від помилок, так чи інакше пов'язаних з грубими порушеннями законності, які приводять до суттєвого позбавлення чи обмеження прав та законних інтересів учасників кримінального процесу. Суворе дотримання вимог закону створює умови для повного, швидкого та всебічного дослідження обставин скоєного злочину та притягнення винного до відповідальності. Гарантіями від помилок прокурора повинні служити: неухильне виконання покладених на нього завдань, високий рівень професійних знань, використання передового досвіду роботи колег.

Прокурорський нагляд не може бути ефективним без оптимальної організації роботи по своєчасному виявленню порушень закону. Для цього прокурору надано право вимагати від органів дізнання і досудового слідства для перевірки кримінальні справи, документи, матеріали та інші відомості про вчинені злочини, хід дізнання, досудового слідства і встановлення осіб, які вчинили злочини; перевіряти не менше одного разу на місяць виконання вимог закону про приймання, реєстрацію і вирішення заяв та повідомлень про вчинені або ті, що готуються, злочини (п.1 ст.227 КПК України). Проте в літературі висловлюється думка, що слова “не менш, як один раз на місяць” слід замінити словом “**систематично**”, з чим цілком можна погодитись.

Для підвищення рівня прокурорського нагляду за розслідуванням екологічних злочинів поряд з іншими складниками (вдосконаленням нормативного регулювання, підбором та правильним розподілом кадрів) значну роль відіграє і наукове забезпечення діяльності прокурора. В найбільш узагальнюючому вигляді таке наукове обґрунтування знаходить своє вираження в методиках. Розроблені в спеціальній літературі методичні рекомендації для прокурорів, на жаль, мають, як правило, загальний характер. Між тим методика нагляду за розслідуванням злочинів проти довкілля має свою специфіку, обумовлену тим, що в розслідуванні даної категорії проявляються не тільки загальні, а й специфічні особливості. Тому розробка такої науково обґрунтованої методики здається нам вкрай необхідною.

З іншого боку, предметом постійної уваги прокурора повинно бути впровадження слідчими в свою діяльність наукових рекомендацій щодо розслідування екологічних злочинів, що, безперечно, буде сприяти підвищенню професійної майстерності слідчих і, як наслідок цього, оптимізації роботи по розкриттю таких видів злочинів.

Таким чином, дієвість прокурорського нагляду за розслідуванням злочинів проти довкілля обумовлена багатьма чинниками, які повинен враховувати прокурор в своїй діяльності.

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

КЛАСИФІКАЦІЯ СУБ'ЄКТІВ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА ЗА КРИТЕРІЄМ ПРАВОВОЇ ОСОБИ

Класична доктрина XIX – початку XX століття визнавала єдиним суб'єктом міжнародного права лише державу. Відповідно, класифікація суб'єктів міжнародного права зводилася до класифікації держав. В той же час, наприклад, Ватикан, що не мав державності у період з 1870 по 1929 роки, а також Суверенний Мальтійський орден, що лишився державності під час наступу військ Наполеона, все ж таки визнавалися суб'єктами міжнародного права. Створення Ліги Націй, а також діяльність інших міжнародних міждержавних організацій після Першої світової війни поставили під сумнів традиційну класифікаційну схему суб'єктів міжнародного права. Остаточо етатистський підхід до визначення кола суб'єктів міжнародного права було подолано у Консультативному висновку Міжнародного Суду ООН від 11 квітня 1949 року, згідно якого визнавалася міжнародна правосуб'єктність ООН. Все це стало поштовхом до розробки різноманітних класифікаційних критеріїв при визначенні суб'єктного складу міжнародного права.

Найбільш поширеною є класифікація за соціологічним критерієм учасників міжнародних відносин: держави, народи, що виборюють свою незалежність, міжнародні міждержавні організації, державоподібні утворення. Поступово цей перелік доповнюється міжнародними неурядовими організаціями, внутрішньодержавними територіальними одиницями та людиною як такою. Однак поділ за соціальними носіями міжнародної правосуб'єктності не може замінити суто юридичних критеріїв класифікації суб'єктів міжнародного права. Зокрема, кожен з вищезазначених учасників міжнародних відносин може одночасно виступати суб'єктом як міжнародного права, так і національного права.

Загальна теорія права виробила важливий класифікаційний критерій поділу суб'єктів права взагалі за ознакою правової особи. Так, усі суб'єкти національного права поділяються на фізичних та юридичних осіб. В той же час держава як специфічний суб'єкт національного права не підпадала під цю класифікацію. У міжнародному праві, навпаки, міжнародна правосуб'єктність фізичних та юридичних осіб ще досі заперечується представниками етатистської точки зору, а держава залишається основним суб'єктом міжнародного права. Таким чином, класифікаційний критерій правової особи майже не було використано у науці та практиці міжнародного права. У зв'язку з цим уявляється продуктивним застосувати евристичний потенціал класифікаційного критерію правової особи до визначення кола суб'єктів міжнародного права.

На нашу думку, загальноприйнятю типологію правових осіб необхідно доповнити третім структурним елементом. Поряд з категоріями фізичної та юридичної особи має право на існування категорія **суверенної особи**. Ця нова категорія охоплює всіх суб'єктів права, які володіють якістю державного чи народного (національного) суверенітету. Наприклад, хоча Ватикан і не є державою у загальносоціологічному значенні, у міжнародному праві за ним визнається статус суверенної правової особи. Таким чином, у рамках правознавства створюється можливість здійснити всеосяжну наукову класифікацію всіх існуючих суб'єктів права незалежно від поділу на правові системи.

Використовуючи поділ всіх правових осіб (суб'єктів права) на фізичні,

юридичні та суверенні особи, ми отримуємо узагальнюючу класифікацію суб'єктів права:

– фізична особа як суб'єкт міжнародного публічного права, міжнародного приватного права, національного публічного права, національного приватного права;

– юридична особа як суб'єкт міжнародного публічного права, міжнародного приватного права, національного публічного права, національного приватного права;

– суверенна особа як суб'єкт міжнародного публічного права, міжнародного приватного права, національного публічного права, національного приватного права.

Слід відзначити, що суб'єкт міжнародного права у разі необхідності може набувати і національно-правового статусу. Так, міжнародні міждержавні та неурядові організації можуть мати статус міжнародної юридичної особи згідно внутрішньодержавного законодавства. Держава може визнаватися суб'єктом іноземного права, але з урахуванням її статусу правової суверенної особи. І навпаки, у разі необхідності суб'єкти національного права можуть набувати міжнародно-правового статусу, але з урахуванням їх специфіки. Так, суб'єкти федерації, автономії та інші внутрішньодержавні територіальні одиниці можуть вступати у міжнародно-правові відносини як юридичні особи лише у межах, визначених національним законодавством. Фізичні особи у міжнародно-правових відносинах постійно перебувають під захистом держави свого громадянства та ін.

М.Л. Зубарєв, здобувач

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ ПІД ЧАС ЗБРОЙНИХ КОНФЛІКТІВ НЕМІЖНАРОДНОГО ХАРАКТЕРУ

В сучасних геополітичних умовах, коли збройні конфлікти неміжнародного характеру набувають широкого розповсюдження на планеті, що створює загрозу переростання їх у міжнародні війни і має інші, не менш небезпечні наслідки політичного, економічного, екологічного, культурного та релігійного характеру, зазначені обставини потребують більш детального дослідження природи неміжнародних збройних конфліктів та формування нормативно-правового поля у сфері захисту прав людини у відповідних умовах, що встановлює чіткі правила регулювання статусу осіб, які перебувають у зоні бойових дій.

Міжнародне гуманітарне право дає визначення двом основним категоріям збройних конфліктів. Принциповою ознакою їх розрізнення вважаються межі державного кордону. Міжнародним збройним конфліктом визнається війна між двома і більшою кількістю держав. Збройні зіткнення, що відбуваються в межах території однієї держави, мають статус збройних конфліктів неміжнародного характеру, або, за іншою термінологією, громадянських війн.

Поняття неміжнародного збройного конфлікту, а також критерії, що його характеризують, закріплені в Додатковому протоколі II 1977 р. до Женевських конвенцій 1949 р., який регулює захист жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру (ст. 1). Під таким конфліктом розуміються всі збройні конфлікти, що не підпадають під дію ст. 1 Протоколу I 1977 р. (стосовно жертв міжнародних збройних конфліктів) і відбуваються на території однієї держави “між її збройними силами та антиурядовими збройними силами або іншими організованими збройними групами, які, перебуваючи під відповідальним командуванням, здійснюють такий контроль над частиною її території, що дозволяє їм здійснювати безперервні і погоджені військові дії та застосовувати цей Протокол”.

Навіть короткий аналіз деяких збройних конфліктів неміжнародного характеру минулого та сучасності, таких як Американська війна за незалежність (1783 р.), визволення іспанських колоній в Америці (1810 – 1824 рр.), Грецька війна за незалежність (1821 – 1829 рр.), Американська громадянська війна (1861 – 1865 рр.), Кубинські громадянські війни (1868 – 1878 та 1895 – 1898 рр.), Російська революція та громадянська війна (1917 – 1922 рр.), Фінська війна за визволення 1918 р., Іспанська громадянська війна (1936 – 1939 рр.), Грецька громадянська війна (1946 – 1949 рр.), Індонезійська боротьба за незалежність (1945 – 1949 рр.), Китайська громадянська війна (1948 – 1950 рр.), Корейська війна (1950 – 1953 рр.), громадянські війни у В’єтнамі (1946 – 1954 рр.) та інших частинах Азії, Алжирська громадянська війна (1954 – 1962 рр.), сучасна громадянська війна в Лівії та інші громадянські війни в Африці, громадянські війни в Південній і Центральній Америці, гуманітарні кризи в Руанді та Сьєрра-Леоне в Африці, події у Косово (в Югославії) та у Чечні-Ічкерії (в Росії), збройні конфлікти на Близькому Сході та в Афганістані, показує, що в зоні бойових дій найбільше страждає та несе втрати цивільне населення, яке не бере безпосередньої участі у збройних конфліктах. Разом з цим, питання про визнання повстанців воюючою стороною в неміжнародному збройному конфлікті та надання їм статусу комбатантів не має чіткої міжнародно-правової аргументації. Загрозливих масштабів набуває заборонена практика залучення дітей до участі у збройному конфлікті неміжнародного характеру. Потребує вирішення питання про правову регламентацію та реалізацію захисту прав іноземців, які перебувають у країні, де відбувається громадянська війна.

На даний час співвідношення норм міжнародного гуманітарного права, які регулюють захист прав людини під час війн між державами та під час збройних конфліктів неміжнародного характеру, склалося не на користь останніх. У Женевських конвенціях 1949 р. та Додаткових протоколах до них 1977 р. міститься понад 500 статей, що регулюють війни між державами, і лише 28 положень щодо збройних конфліктів неміжнародного характеру. Цей факт прийнято пояснювати тим, що громадянська війна вважається питанням внутрішньої юрисдикції держави, її суверенітету.

В сучасному міжнародному праві відсутні положення, що безпосередньо стосуються конкретних ситуацій, які виникають під час внутрішнього безладдя і напруженості і не підпадають під визначення неміжнародного збройного конфлікту, що закріплено в Додатковому протоколі II до Женевських конвенцій 1977 р. Необхідність розширення правових норм у цьому випадку диктується, зокрема, тим,

що ст. 3 усіх Женевських конвенцій за обсягом закріплених у ній прав і гарантій вужче норм, зафіксованих у Міжнародному пакті про цивільні і політичні права від 19.12.1966 (ст. 4) стосовно випадків “надзвичайного стану в державі, при якому життя нації перебуває під загрозою”.

У порівнянні з Протоколом I, що визнає певні категорії осіб комбатантами і передбачає заходи щодо обмеження застосування до них деяких методів і засобів ведення війни, сфера застосування Протоколу II значно звужена. Так, поняття “комбатант”, як і поняття “військовополонений”, у ньому не визначено. Це свідчить про те, що у Додатковому протоколі II не вирішено питання про правовий статус учасників внутрішніх збройних конфліктів. Відсутність юридично обґрунтованої класифікації категорій цивільних осіб та безпосередніх учасників неміжнародного збройного конфлікту створює умови для неоднозначного тлумачення їх правового статусу. Заслугує на увагу той факт, що правовий захист осіб, які перебувають в умовах збройного конфлікту, значно відстає від розвитку засобів та методів ведення сучасних бойових дій.

Усе вищевикладене свідчить про недосконалість ст. 3, загальної для всіх Женевських конвенцій та Додаткового протоколу II, що регулюють на даний час збройні конфлікти неміжнародного характеру, і про необхідність розширення норм щодо захисту прав людини під час внутрішнього збройного конфлікту, безладдя і напруженості. Зазначені питання потребують подальшого дослідження та їх юридичної регламентації.

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

НЕОБХІДНІСТЬ РЕФОРМУВАННЯ ООН У СУЧАСНИХ УМОВАХ

Найважливішим політичним органом ООН є Рада Безпеки. Склад і процедура голосування у Раді Безпеки піддаються жорсткій критиці. Питання про справедливе представництво і збільшення членства у Раді Безпеки вже порушувалося у 1979 р. Нинішні постійні члени не схильні відмовлятися від своїх привілеїв.

Рада Безпеки ООН при вирішенні питання про вжиття колективних заходів відповідно до розділу 7 для збереження миру і безпеки часто діє на власний розсуд. Суттєво й те, що Статут ООН не містить визначень, тому не виключено, що визначення агресії залишать лазівки, якими можуть скористатися майбутні агресори.

Все це не обов'язково означає, що повноваження Ради Безпеки є необмеженими і що вона діє лише на свій розсуд. Вона має діяти згідно зі Статутом і лише у правових рамках. За дії поза її компетенції або з порушенням встановлених принципів міжнародного права Рада Безпеки несе правову відповідальність. Однак чи підлягають процедурно рішення Ради Безпеки формально-юридичній оцінці іншим органом, наприклад Міжнародним судом? Усі випадки необхідності втручання Ради Безпеки (Сомалі, Руанда тощо) є доказом зв'язку між масовими порушеннями прав

людини і міжнародним миром, безпекою взагалі, а не правомірності конкретного застосування сили відповідно до розділу 7. Випадок з Югославією є прикладом дуже обмеженого і здебільшого неефективного уповноваження Радою Безпеки на застосування сили для захисту операцій з гуманітарної допомоги.

ООН часто використовується західними державами (насамперед США) як парасолька для операцій під їхнім власним командуванням та контролем і заради власних інтересів. Чи не те саме спостерігається зараз в Іраку? А “вибірність” втручання свідчить скоріше про те, що Рада Безпеки відображає не колективні інтереси членів ООН у цілому, а лише особливі інтереси, і про фактичне домінування у Раді Безпеки США і західних союзників.

Роль ООН фактично зводиться до надання повноважень на застосування сили і тим самим забезпечує правомірність дій та вимог допомоги й фінансової підтримки від міжнародного співтовариства.

Необхідне прискорене реформування Ради Безпеки ООН у таких напрямках:

- обмеження кількості членів Ради Безпеки і жорстке обмеження кількості її постійних членів;
- закріплення можливості прийняття рішень скороченим складом Ради Безпеки;
- закріплення здійснення права вето лише двома або трьома державами;
- позбавлення права вето держави – члена Ради Безпеки, чие питання розглядається;
- передбачення інституту превентивних операцій, які здійснюються виключно з санкції Ради Безпеки;
- запровадження правила ексклюзивного тлумачення резолюцій Ради Безпеки ООН самою Радою Безпеки, а не її членами.

Ю.В. Байдін, здобувач

Інститут державного будівництва

та місцевого самоврядування АПРН України

ДО ПИТАННЯ ПРО РОЗМЕЖУВАННЯ КОМПЕТЕНЦІЇ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ І ДЕРЖАВ – ЧЛЕНІВ ЄС

Обговорення питань, пов'язаних із розмежуванням компетенції Європейського Союзу і держав, які його утворюють, завжди мало важливе як теоретичне, так і практичне значення. Особливої актуальності воно набуло на сучасному етапі інтеграції, визначальною віхою якого має стати прийняття Конституції ЄС. Ідея розробки притаманного саме державі нормативно-правового акта виникла не випадково. Попри заперечення представників науки міжнародного права сьогодні вже існує достатньо підстав для визнання Євросоюзу як квазідержавної системи, а отже, правомірно і навіть необхідно обговорювати питання про можливість виникнення у ЄС власного суверенітету і його співвідношення в цьому випадку із державним суверенітетом держав-членів.

На користь визнання Євросоюзу квазідержавною організацією свідчать такі

факти. По-перше, наявність права ЄС. Співтовариство створило новий правопорядок, суб'єктами якого є як держави-члени, так і фізичні та юридичні особи, які перебувають під їх юрисдикцією. Право ЄС утворює самостійну і незалежну від права держав-членів систему. Більше того, конституційні суди держав-членів поступово погодилися з визнанням примату і з прямим застосуванням права ЄС в національному правопорядку.

По-друге, утворення загальної інституційної системи ЄС (Європейська рада, Рада ЄС, Комісії, Європарламент, Суд Європейських Співтовариств), структура якої максимально наближена до структури органів державної влади. Зазначені інститути утворюються такими способами: одні складаються з осіб, які діють як офіційні представники країн-членів, а інші – з осіб, які хоча і запропоновані національними урядами, однак під час виконання своїх повноважень повністю незалежні від останніх. Найспецифічнішим є спосіб утворення Європарламенту. Депутати обираються прямими виборами і представляють народи держав, які об'єдналися в Союз. Очевидно, що така процедура властива саме державі, а не міжнародній організації.

По-третє, запровадження процедури прийняття рішення в Раді з певних питань кваліфікованою більшістю голосів, що унеможливує використання державами-членами права вето.

По-четверте, з моменту укладання валютного союзу і з переходом на єдину валюту Союз набув валютного суверенітету. Крім того, в ЄС у надзвичайно обмеженому вигляді, але простежуються елементи фінансового суверенітету – право на власні податки.

Нарешті, запровадження на субсидіарних засадах європейського громадянства та надання громадянам держав-членів права обирати і бути обраними як до місцевих органів влади, так і до Європарламенту незалежно від місця перебування в ЄС.

Все це, а також зростаюча в країнах ЄС підтримка ініціативи щодо прийняття Конституції і поступки з боку національних урядів, які забезпечать її ухвалення, свідчать про те, що якщо Європейський Союз найближчим часом і не стане державою з власним суверенітетом, то, принаймні, залишатиметься квазідержавною організацією зі статусом юридичної особи, якій держави-члени надали і, можна передбачити, надаватимуть і далі суверенні права у найрізноманітніших сферах державно-правового життя, що обумовлює необхідність розмежування компетенції ЄС і держав-членів.

Процес розмежування компетенції між ЄС і державами-членами постійно триває. Конституція, у разі її прийняття, надасть йому нового імпульсу і одночасно сприятиме більш чіткому розмежуванню повноважень між Союзом і національними урядами.

Сьогодні в межах ЄС розрізняють такі типи компетенції: а) принципову компетенцію країн-членів, наприклад фінансовий і податковий суверенітет; б) виключну компетенцію ЄС, яку складають валютний суверенітет, що вважається одним з базових суверенних прав національної держави, митна політика, зовнішньоекономічна політика, політика конкуренції, здійснення єдиної європейської системи надання політичного притулку, контроль за спільними кордонами тощо; в) спільну компетенцію ЄС і держав-членів, яку утворюють

повноваження у сферах внутрішнього ринку, правосуддя, громадського порядку, сільського господарства і риболовства, за винятком збереження біологічних ресурсів моря, транспорту, енергетики, соціальної політики, захисту споживачів та ін.; г) негативну компетенцію, тобто дії, які заборонені як для країн-членів, так і для Союзу, вона пов'язана з гарантуванням прав і свобод людини і громадянина.

Забезпечуючи упорядкування в розмежуванні повноважень, Конституція водночас розставить необхідні акценти. Так, робиться наголос на тому, що Союз не має власних повноважень, а діє в межах повноважень, наданих йому державами-членами з метою вирішення поставлених перед ним Конституцією завдань. Діяльність Союзу базується на принципах субсидіарності (у сферах, що не становлять його виключну компетенцію, Союз діє тоді, коли заходи по реалізації певних цілей не можуть бути досягнуті належним чином на рівні держав і, навпаки, краще можуть бути досягнуті на рівні ЄС) і пропорційності (зміст і форма дій Союзу не може виходити за межі необхідного для досягнення цілей, визначених у Конституції). Очевидно, що додержання означених принципів забезпечить збереження за державами-членами їхнього суверенітету і заважатиме перетворенню ЄС на союзну державу.

Аналіз вищезазначеного дозволяє зробити висновок, що загальна компетенція, як і раніше, залишається за державами-членами, тоді як компетенція Союзу має виключний характер і базується на принципах субсидіарності і пропорційності. Разом з тим слід зазначити, що проект Конституції, як і чинні установчі договори, визнають, що в рамках конституційно закріпленої компетенції право ЄС має верховенство щодо права держав-членів, зокрема над конституційним правом.

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

ЗАБОРОНА СМЕРТНОЇ КАРИ В МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ

Питання щодо смертної кари регулюються як національними законодавствами держав, так і міжнародним правом на універсальному та регіональному рівнях. Однак така увага до цього виду покарання, а у зв'язку з цим і до захисту права на життя не вирішує цієї проблеми.

В універсальному міжнародному праві це питання регулюється ст. 6 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права. Його було прийнято на XXI сесії Генеральної Асамблеї ООН 16.12.1966 р., а набрав він чинності 23.03.1976 р. Україна ратифікувала цей Пакт у 1973 р. За даними на 2003 р. до Пакту приєдналася сто п'ятдесят одна держава. У ньому йдеться безпосередньо про регулювання застосування смертної кари, бо прямої заборони на смертну кару в ньому немає. Передбачено, однак, деякі обмеження.

Стаття 6 наголошує, що нікого не може бути позбавлено життя *свавільно*. Комісія, яка розробляла Пакт, не уточнила значення цього терміна. Мали місце лише поодинокі висловлювання про те, що “свавільно” може означати незаконно,

несправедливо и необґрунтовано. “Свавільно” може також означати позбавлення життя без законного чинного вироку суду, а також із порушенням норм статей 14 і 15 цього Пакту про умови законності та справедливості судового процесу і права обвинуваченого.

Смертний вирок має призначатися тільки за *найтяжчі злочини*. В Загальних поясненнях Комітету ООН з прав людини до ст. 6 Пакту вказано, що термін “найтяжчі злочини” слід застосовувати в обмеженому сенсі, а саме, що цей вид покарання має застосовуватися у виключних випадках. Економічна і соціальна рада ООН стосовно цього вказує, що перелік злочинів, за які може бути передбачена смертна кара, не повинен виходити за межі навмисних злочинів з людськими жертвами або з іншими найтяжчими наслідками.

Заборона смертного вироку за злочини, вчинені особами, які не досягли 18-літнього віку, є також і в Конвенції про права дитини, крім ст. 6 Пакту. У доповнення цього Підкомісія з захисту прав людини заявила, що винесення вироку особі, якій на момент здійснення злочину не виповнилося вісімнадцяти років, суперечить міжнародному звичаєвому праву.

Заборона виконання смертного вироку стосовно вагітних жінок також може бути віднесена до звичаєво-правової норми, що підтверджено резолюцією Комісії ООН з прав людини.

Кожна особа, яка вироком суду засуджена до смертної кари, має право просити про *помилування* або про *пом’якшення вироку*. Термін “помилування” означає повну відміну смертного вироку та звільнення особи, в той час як “пом’якшення вироку” – це заміна смертної кари іншим видом покарання. Ці права засудженої особи підтверджені в документах Економічної і соціальної ради ООН та Комісії ООН з прав людини.

У 1989 р. було прийнято Другий Факультативний протокол до Міжнародного пакту про громадянські та політичні права стосовно заборони смертної кари. Згідно з даними, опублікованими Верховним комісаром ООН з прав людини, на 2003 р. учасницями Протоколу є 50 держав. Україною цей Протокол не було ратифіковано.

Протоколом (ст. 1) передбачено, що до жодної особи, яка перебуває під юрисдикцією держави-учасниці цього Протоколу, не може бути застосовано смертної кари. Однак ця заборона не є абсолютною.

До Протоколу (ст. 2) не допускається жодних застережень, крім єдиного – про застосування смертної кари у воєнний час після визнання особи винною у вчиненні найтяжчого злочину воєнного характеру. Це застереження може бути зроблено під час ратифікації або приєднання держави до угоди.

Усі перелічені в Пакті умови застосування смертної кари є обов’язковими також і для тих держав, які приєдналися лише до Протоколу, а до Міжнародного пакту ні. Необхідною умовою є те, що застосування смертної кари у воєнний час має бути закріплено в національному законодавстві. Призначення смертних вироків тільки на підставі норм Протоколу, без існування національно-правових норм з цього питання, є незаконним.

Якщо звернутися до *travaux preparatoires* Протоколу, то можна побачити, що перший проект ст. 1 мав дуже важливе положення: “Смертна кара не може бути відновлена в державах, які відмінили її”. Це положення було виключено як

непотрібне, бо ряд делегацій затверджував, що відновлення смертної кари – порушення Протоколу. Однак на практиці досить реальними є ситуації, коли держава, яка заборонила смертну кару в національному законодавстві, згодом вирішує знову включити цей вид покарання у свій кримінальний закон. Так, у 1995 р. Гамбія, яка відмінила смертну кару за всі злочини, знову ввела цей вид покарання, при цьому на цей раз у свою Конституцію. В 1993 р. Філіппіни також знову ввели смертну кару після її відміни.

Таким чином, абсолютної заборони смертної кари в універсальному міжнародному праві немає. Однак, як свідчить усе викладене вище, національні закони держав про смертну кару мають відповідати вимогам міжнародного права, які воно пред'являє при застосуванні цього виду покарання.

І.Г. Васильєва, здобувач

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ КОНСТИТУЦІЙНОГО КОНТРОЛЮ В КРАЇНАХ СНД І БАЛТІЇ

Нині існують дві основні моделі конституційного контролю – американська і європейська. В американській моделі здійснення конституційного контролю довірено всьому судовому апарату, і конституційне правосуддя не виділяється із загального правосуддя, оскільки всі справи, якою ні була їх правова природа, вирішуються одними і тими ж судами і, по суті, в одних і тих же умовах. Конституційні питання можуть зачіпатися в будь-яких конкретних спірних справах і не потребують якогось спеціального до них ставлення, тобто не існує особливої категорії конституційних справ, як не існує й особливих категорій справ адміністративного або загального правосуддя, оскільки не проводиться відмінності між справами, що передаються на вирішення одному і тому ж судді.

Європейська модель передбачає вилучення із сфери компетенції загальних судів повноважень щодо вирішення питань про конституційність законів і підзаконних актів, а також організацію в рамках даної держави єдиного спеціалізованого органу конституційного контролю.

У країнах СНД і Балтії затвердилася система конституційного контролю, заснована на визнанні необхідності органу, що стоїть над усіма гілками влади, – конституційного суду.

Історичною основою виникнення і становлення конституційного контролю в країнах СНД і Балтії слід вважати створення Комітету конституційного нагляду СРСР, який існував з травня 1989 р. по серпень 1991 р.

Утворення цього інституту як органу конституційної юрисдикції – формальна данина подібним структурам на Заході, законодавче визнання необхідності його функціонування в радянському суспільстві і державі. Це з одного боку, з іншого – юридичне проголошення його як захисника прав і свобод людини і громадянина, як свого роду запобіжника зловживанням владою, наступу на його

права. В дійсності ж це був орган, покликаний захищати інтереси влади, соціалістичні засади конституційного ладу як у Союзі в цілому, так і в союзних республіках зокрема. З жодним із питань громадянин не мав права безпосередньо звернутися до Комітету конституційного нагляду, а Комітет, у свою чергу, не мав права прийняти остаточного рішення у справі, якщо її було порушено.

Комітет конституційного нагляду СРСР було утворено в умовах розпаду союзної держави та з метою формально-юридичного впливу на тенденції, які намітилися в суб'єктах союзної федерації і розвивалися в напрямку здобуття ними реальних, а не юридично проголошених незалежності і суверенітету шляхом мирного виходу зі складу Союзу РСР.

Таким чином, утворення Комітету конституційного нагляду СРСР можна розцінювати як етап у становленні і розвитку такого органу конституційної юрисдикції в державах СНД, як Конституційний Суд.

З розпадом СРСР у нових незалежних державах реальністю став інститут конституційного контролю, частіше у формі конституційного правосуддя на основі створення спеціалізованих судів – конституційних судів. Піонером у цьому була Латвія, оголосивши Законом Латвійської РСР від 11.11.1989 р. необхідність заснування Конституційного Суду. Її прикладу наслідували Україна і Росія, які відповідно 24 жовтня і 15 грудня 1990 р. замінили в основних законах інститут комітетів конституційного нагляду на конституційні суди. Однак якщо в Росії Конституційний Суд був обраний у жовтні 1991 р., то в Україні – лише на шостому році незалежності, хоча за цей час поновилася не тільки Конституція, але й так і не реалізований перший Закон “Про Конституційний Суд України” від 03.07.1992 р.

Конституція Литви 1992 р. вперше закріпила інститут Конституційного Суду. Закон про Конституційний Суд прийнято сеймом Литви 03.02.1993 р. В цьому ж році Конституційний Суд почав свою роботу.

В Естонії система судового конституційного контролю вперше введена Конституцією від 28.06.1992 р. Закон про процедуру Суду конституційного контролю, який визначив його повноваження і процедуру, був прийнятий парламентом 05.05.1993 р. Суд конституційного контролю діє у вигляді конституційної палати Національного Суду Естонії з 1993 р. З 1994 р. почав працювати Конституційний Суд Білорусі. В 1995 р. розпочали роботу конституційні суди Грузії, Киргизії і Молдови, а на початку 1996 р. – Таджикистану й Узбекистану. У лютому 1996 р. був сформований Конституційний Суд Вірменії, а в Казахстані замість раніше діючого Конституційного Суду згідно з Конституцією 1995 р. створена Конституційна Рада.

Таким чином, 14 з 15 колишніх союзних республік СРСР заснували спеціалізовані органи конституційного контролю (лише в Туркменістані такий орган не був передбачений Конституцією).

В.В. Марченко, здобувач
Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ФОРМУВАННЯ УРЯДУ ФРАНЦІЇ

У процесі формування вищих виконавчих органів державної влади найчіткіше виявляється співвідношення політичних сил у країні. В більшості зарубіжних держав функція формування уряду, юридично залишаючись за представницьким органом чи главою держави, на практиці перейшла до верхівки правлячої партії.

Процедура формування урядів у сучасних зарубіжних країнах залежить від форми правління і, отже, від ступеня участі глави держави у формуванні кабінету. Фактично уряд Франції формується позапарламентським способом. Це можна пояснити тим, що він призначається і зміщується президентом республіки без попередньої консультації з ким-небудь. Національні збори тільки інформуються про те, що уряд сформований і готовий до здійснення своїх обов'язків, але лише в тому випадку, якщо він (уряд) одержить довіру парламенту.

З часів де Голля, який дуже широко тлумачив свої повноваження, не відбулося скільки-небудь значних змін у конституційному механізмі. Як і раніше, в руках президента зосереджена величезна влада, яку він ні з ким не поділяє. Ж.Ширак, прийшовши до влади, зробив помітний “реверанс” у бік парламенту, в той же час він не забув про заповіді засновника V республіки Ш. де Голля і у своєму посланні парламенту 19.05.1995 р. зазначав, що інститути державної влади повинні мати оригінальну організацію і зрівноважування влади, заповідані де Голлем. Президент республіки втілює спадковість країни, уряд провадить політику нації, парламент виконує законодавчу функцію, контролює й обговорює основні орієнтири розвитку нації. Навіть з цього помітне переважаюче становище уряду в політичній системі держави.

Важливим у формуванні уряду Франції для президента є той факт, що він може здійснювати підбір кандидатур на посаді міністрів не тільки серед політичних діячів парламенту, але й серед вищих чиновників державного апарату. У зв'язку з цим французький уряд називають іноді технократичним, що свідчить про значну кількість в ньому професійних чиновників. Політична влада у Франції зосереджена в трьох основних секторах: політичне керівництво, адміністрація і підприємницькі організації. Останнім часом ці сектори більш тісно стикаються один з одним. Це призводить до того, що політичні інститути держави і приватні інтереси утворюють своєрідний трикутник влади, який приймає рішення за спиною виборців.

Процес формування уряду не можна визначити суто юридичною мовою. Цей процес має досить складний характер. Конституційні норми, що повинні регулювати порядок формування урядів, у даний час формалізувалися, перетворилися в норми, в яких учасники боротьби домовляються дотримуватися заздалегідь установлених правил політичної гри. Практика доводить, що ці правила з приходом нової адміністрації можуть змінюватися.

Порядок формування уряду практично показує глибину кризи парламентаризму. Однією з основних функцій представницького органу є формування уряду. Однак на практиці парламент або цілком відсторонений, або бере участь у формуванні виконавчих органів влади номінально. В даний час це прерогатива політичної партії (і її керівництва), що перемагла на виборах і зі свого оточення обирає прем'єр-міністра і президента, визначає персональний склад уряду, розподіляє інші державні посади. І це, у свою чергу, вигідно великим

підприємницьким організаціям, що безпосередньо беруть участь у формуванні органів виконавчої влади, направляючи на вищі державні посади своїх представників.

Існуючий у цей час порядок утворення виконавчих органів держави не має достатньої конституційної бази. У конституціях практично всіх сучасних зарубіжних країн відсутня досить чітка і вкрай необхідна зараз регламентація формування органів виконавчої влади. Відсутність такої регламентації в Основному Законі будь-якої держави призводить до маніпуляцій з боку виконавчої гілки влади, одностороннього тлумачення норм конституції, ігнорування вимог чинного законодавства, а в підсумку – до порушення таких життєвоважливих принципів, як принцип розподілу державної влади, принципи демократії.

С.В. Науменко, здобувач

*Національна юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого*

ТРУДОВА ІМІГРАЦІЯ ІНОЗЕМНИХ ГРОМАДЯН: МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ І ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ

Приведення національного законодавства про права людини у відповідність з міжнародними стандартами, розвиток зовнішньоекономічної діяльності підприємств та організацій – економічні реалії сьогодення.

Останніми роками в Україні видано ряд нормативних актів з питань трудової міграції населення (закони України “Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства” – 1994 р., “Про імміграцію” – 2001 р., Указ Президента України від 15.06.2001 р. № 435 “Про додаткові заходи по реалізації права людини на свободу пересування і вільний вибір місця проживання”, Основи законодавства про іноземні інвестиції, постанови про створення й діяльність спільних підприємств, про виїзд громадян України до іноземних країн для практичного стажування, про порядок виїзду за кордон у службових справах та ін.), які законодавці намагалися скласти відповідно до таких міжнародних стандартів, як Європейська соціальна хартія (1961 р.), Конвенція РЄ про участь іноземців у суспільному житті на місцевому рівні (1992 р.), Європейська конвенція про правовий статус трудящих-мігрантів (1977 р.) тощо.

Міжнародне право містить значний масив форм правового співробітництва держав у сфері трудової міграції на універсальному, регіональному й двосторонньому рівнях. У зв'язку зі збільшенням кількості двосторонніх угод з питань трудової імміграції формується інший механізм співробітництва держав – підписання багатосторонніх угод у рамках спеціалізованої міжнародної організації – Міжнародної організації праці (МОП). Взагалі МОП підготувала близько 140 міжнародних конвенцій і прийняла майже стільки ж рекомендацій щодо питань забезпечення гарантій трудящих-мігрантів у галузі соціальних і культурних прав, індивідуальних і колективних свобод трудящих-мігрантів, які в сукупності можна назвати “міжнародним кодексом про працю”.

Питання правового регулювання трудової міграції розглядаються через

призму забезпечення прав трудящих-мігрантів і знайшли відбиття в актах регіональних міждержавних об'єднань, зокрема РС. Так, 24.11.1977 р. підписана Європейська конвенція про правовий статус трудящих-мігрантів, ратифікована поки що тільки Нідерландами, Норвегією, Іспанією, Португалією, Францією, Швецією й Туреччиною. Одним з найважливіших документів, який містить правові гарантії у сфері трудової міграції, визнана Європейська соціальна хартія 1961 р. (Україна підписала цей документ, але ще й дотепер не ратифікувала його).

Хартія містить найважливіші положення попередніх нормативних актів МОП щодо додержання прав трудящих-мігрантів, але реальність надання цим працівникам соціальних гарантій та індивідуальних прав залишає бажати кращого. Так, згідно з вимогами міжнародних актів щодо правового статусу трудящих-мігрантів в Україні повинні функціонувати відповідні безкоштовні служби, які надавали б таким робітникам допомогу, зокрема, в одержанні точної інформації про їхнє помешкання, умови й можливості возз'єднання сім'ї, про характер роботи, умови праці та життя.

Допуск іноземної робочої сили на національний ринок праці України, адміністративний контроль за цим регламентуються Порядком оформлення іноземцям й особам без громадянства дозволу на працевлаштування в Україні, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 01.11.1999 р. № 2028. Цим нормативним актом ліквідовано істотну прогалину в законодавстві України і сформульовано норму, що відповідає міграційним правилам, які існують майже в усіх іноземних країнах.