Міністерство освіти і науки України

Львівськиий національний університет імені Івана Франка

Юридичниий факультет

Студентське наукове товариство

Національна академія правових наук України

Західний регіональний науковий центр

XVI

Міжнародна студентсько-аспірантська

наукова конференція

«АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВ ЛЮДИНИ, ДЕРЖАВИ ТА ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ»

21-22 квітня 2017 року

Тези доповідей

Львів-2017

Редакційна колегія:
професор В. М. Бурдін (голова)
доцент О.К. Марін (заступник голови)
студент Т. Р.Шмиг (відповідальний секретар)
професор П.Ф. Гураль
професор В.М. Коссак
професор Л.А. Луць
професор В.Т. Нор
професор П.Д. Пилипенко
професор П.М. Рабінович
професор Б.Й. Тищик
професор О.С. Яворська
студент Ю. Піх.
студент М. Суханов

Консультант з англійської мови:
доцент Л.В. Мисик.
Робочі мови конференції:
українська,
англійська,
польська.

XVI Міжнародна студентсько-аспірантська наукова конференція “Актуальні проблеми прав людини, держави та правової системи” 21-22 квітня 2017 року. Тези доповідей. − Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка. − 2017. −270 с.

ВІТАЛЬНЕ СЛОВО

Сьогодні формування свідомої та освіченої молоді є неоціненно важливим завданням українського суспільства. У цей доленосний та визначальний момент в історії України ми потребуємо покоління критично мислячих лідерів, справді кваліфікованих юристів, які б змінили парадигму українського поступу і вели нашу державу правильним шляхом.

За допомогою організаційних зусиль адміністрації та кафедр юридичного факультету, Західного регіонального наукового центру Національної академії правових наук України, Студентського наукового товариства юридичного факультету студентська спільнота розвиває свій особливий інтелектуальний світ, у якому не тільки діють професійні засади спілкування, а і твориться наука, поза межами державних, цивілізаційних чи культурних кордонів.

Результати систематичної студентської наукової роботи свідчать про зміцнення зв‘язку юридичної науки та освіти, розширення міжнародного співробітництва юридичного факультету та його студентського наукового товариства. Відтак, нинішнє видання вміщує стислий виклад виступів студентів та аспірантів численних вітчизняних та зарубіжних юридичних навчальних закладів.

Вітаємо усіх учасників XV Міжнародної студентсько-аспірантської наукової конференції «Актуальні проблеми прав людини, держави та правової системи» та бажаємо творчих успіхів у науково-дослідницькій діяльності!

Голова Оргкомітету конференції,

декан юридичного факультету

Львівського національного університету

імені Івана Франка, професор В.М. Бурдін

ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ ТА ПРАВА

Анжеліка Савчук
Львівський національний університет
імені Івана Франка

Еволюція інституту президента у посткомуністичній Чеській Республіці

Корінний злам в чеській історії та правовій думці настав після «оксамитової революції» 1989 р. Низка демократичних перетворень в одній з країн комуністичного блоку настала завдяки поваленню прокомуністичної влади та через певний час отримання незалежності.

Метою доповіді є означення інституту президента в Чеській Республіці після 1993 р., та його еволюція впродовж існування незалежної держави. Увагу звернено на те, хто очолив нову державу, та які засадничі питання постали перед новими керманичами. Зміни в розумінні та сприйнятті влади президента та його оточення. Перетворення, були характерні певною мірою для всіх країнах Центральної та Східної Європи після 90-х рр., зокрема виникало питання політичного чи громадського минулого нового очільника.

Здійснено спробу прослідкувати зміну інституту президента не лише в історичних умовах, що склались, а й в правовому полі. Відбувся прихід демократичної влади, створення трьох повновправних гілок державного управління: законодавчої, виконавчої та судової. Виконавчу владу репрезентує уряд Республіки та Президент.

Оскільки, до сьогодні в Чехії було лише три президенти, то доповідь характеризує діяльність та зміни інституту кожного з них. Тим не менш, увагу закцентовано на перших двох, час, коли відбулось найбільше змін. Важливим для розуміння є й те, що президентська влада мала вплив на формування громадської думки, на покращення реноме у світовому та європейському контекстах. Публічні люди завжди були під прицілом засобів масової інформації та критиків, варто прослідкувати також ці деталі.

Питанням стає те, хто мав очолити посткомуністичну державу зі своїми особливостями? Так, на крилах революційних змін до влади прийшов драматург та колишній дисидент Вацлав Гавел (час президентства 1993-2003 рр.), який став престижем держави та її проєвропейським керівником. Проте, політична думка змінювалась і наступні два президенти були з інших кіл – Вацлав Клаус (2003-2013 рр.), відомий як євроскептик та Мілош Земан обраний у 2013 р. (сучасний президент, відомий своїми симпатіями до Російської Федерації). Спільною рисою для трьох очільників стало прагнення донести до європейської спільноти чеську політичну доктрину, вказати на тяглість її історії та бажання ступити у повноправні відносини з іншими державами.

Варто розуміти, що інститут президента не є якимсь витвореним означенням, яке не піддається змінам, особливо під впливом самого представника вищевказаної влади. Зрештою, вказівка на його діяльність це Конституція, але кожен витворював свої відносини, часто відмінні від курсу попередника, суперечливі з точки зору сусідів.

Таким чином, завдяки використанню джерел та літератури, спогадів та офіційних документів, доповідь показує роль президента в побудові нової держави з опертям на історичне минуле. Інформує про політичні зміни в державі регіону Центрально-Східної Європи та показує чи дійсно відбулись ці зміни так швидко і скажімо, безболісно для чехів. Коротко звернено увагу на сучасність і бачення того, чи еволюціонував інститут президента та яку роль він відіграє сьогодні.

Юлія Гейсун

Львівський національний університет

імені Івана Франка

КОРАН ЯК ОДНЕ З ОСНОВНИХ ДЖЕРЕЛ МУСУЛЬМАНСЬКОГО ПРАВА

Мусульманська правова система займає чільне місце серед сучасних правових систем світу, її ідентифікують із змішаним типом правової системи суспільства. Така правова система має дуалістичну природу, що підтверджується наявністю двох підсистем регламентації: релігійної та правової.

Мусульманське право – це система правових та неправових регуляторів, що забезпечують відповідність поведінки суб’єктів ісламським постулатам та принципам.

Іслам – це одна з великих світових релігій, складний світ неповторної (і часом незрозумілою для християн-європейців) культури, філософії, дивного життєвого укладу і побуту, своєрідного світосприйняття.

Мусульманське право базується на двох основних джерелах: закон (шар) та звичай (адет) . Закон(шар, шаріат) складається з: Корана, Сунни та рішень законодавців. А звичай має місце там, де мовчить закон.

Основна тенденція шаріату – оцінка різних життєвих обставин з точки зору релігії. Однією з особливостей норм, що складають шаріат, є те, що вони застосовуються тільки до мусульман і у відносинах між мусульманами.

Через функції мусульманського релігійного права здійснюється вплив на віруючих ісламу з метою забезпечення поведінки людини; предметом регулювання мусульманського релігійного права є сфера духовних відносин між Аллахом і мусульманами; основними засобами забезпечення мусульманського права є смертна кара, каліцтво, побиття, помста тощо; норма мусульманського права не має чіткої структури (конкретизує обов’язки віруючих перед Аллахом); об’єктивується у релігійних зовнішніх формах.

Іслам - це одночасно віра і держава, а мусульманське позитивне право фікх виступає не тільки власне правом, але й релігією. Фактично в правових системах ісламських країн ототожнюється релігія і право, дотримання релігійних норм – це і дотримання правових норм.

Подібні ознаки джерел мусульманського релігійного та позитивного права є такі: вони є формами об'єктивації соціальних засобів регламентації поведінки; містять правила поведінки; сприяють впорядкуванню суспільних відносин. Виявлено відмінні ознаки джерел мусульманського релігійного та позитивного права: релігійні джерела – містять еталони поведінки, які вважаються виразом волі Аллаха; регулюють відносини, що не піддаються зовнішньому контролю; через функції мусульманського релігійного права здійснюється вплив на віруючих ісламу з метою забезпечення поведінки людини; предметом регулювання мусульманського релігійного права є сфера духовних відносин між Аллахом і мусульманами; основними засобами забезпечення мусульманського права є смертна кара, каліцтво, побиття, помста тощо; норма мусульманського права не має чіткої структури (конкретизує обов'язки віруючих перед Аллахом); об'єктивується у релігійних зовнішніх формах. Водночас, ознаками джерел позитивного права є такі: є виразом узгодженої волі суб'єктів суспільного життя; регулює відносини, що піддаються зовнішньому контролю; через функції позитивного права розкриваються його сутність та призначення; предметом регулювання є відносини між суб'єктами права; норма позитивного права має чітку логічну структуру – гіпотеза, диспозиція, санкція і формулюється у вигляді прав та обов'язків суб'єктів; формою виразу норм є нормативно-правовий акт, міжнародні договори та інші зовнішні форми позитивного права.

Основними джерелами мусульманського права є: Коран, Сунна, Іджма, Кияс та ін.

Коран – головне джерело мусульманського права, головна священа книга мусульман, запис проповідей, що виголошені пророком Мухаммедом в формі пророчих одкровень. Сунна складається з коротких описів про діяння, висловлювання і навіть мовчання Мухаммеда в конкретних ситуаціях, які становлять правовий прецедент для мусульман. Іджма – третє джерело мусульманського права, за допомогою якого шукалися відповіді на питання, не вирішені Кораном і сунною, а саме, це згода, одностайність думок і рішень авторитетних осіб з обговорюваного питання. Кияс — рішення за аналогією, правила застосування до нових схожих випадків розпоряджень, установлених Кораном, Сунною або Іджмою. Фірмани – це укази глави ісламської держави, які видаються для вирішення різних питань державного і суспі-

льного життя. Фірмани і кануни не повинні були суперечити принципам шаріату і доповнювали його передусім нормами, що регламентують діяльність державної влади з населенням. Коран посилався пророку Мухаммеду з 610 р. – початку його пророцтва – і аж до його смерті в 632 р., тобто протягом приблизно двадцяти трьох років. Основними ознаками мусульманського релігійного права є: релігійний характер його норм, що об’єктивуються через релігійні джерела та юридичну практику, звичаї; переважання обов’язків над правами; казуїстичний характер конкретизованих приписів; забезпечуються мусульманською спільнотою; більшість норм потребують тлумачення, що здійснюється основними правовими школами.

Коран – книга нестворена, існуюча передвічно, як сам Бог, Аллах; вона його «слово». Назва «Коран» походить від арабського дієслова «караа», що означає «читати вголос речитативом», «декламувати». Оригінал Корана, згідно ісламу, написаний арабською мовою на аркушах сухуф і сувої з ним зберігаються на сьомому небі, звідси й одна з його назв – Книга.

Коран написаний арабською мовою, що вважається священною. Більше того, Коран, перекладений іншими мовами, не вважається священною книгою. Лише арабською мовою він використовувався в ісламі, що мало неабияке значення для розвитку і вивчення арабської мови та об’єднання племен, оскільки надало можливість їм вільно спілкуватися. Хоча і переклад на інші мови вважається благочестивим вчинком.

Коран складається з 14 розділів (сур), поділених на 6219 віршів (аята). Велика частина цих віршів має міфологічний характер і лише біля 500 віршів містять розпорядження, що відносяться до правил поведінки мусульман. При цьому, не більш, ніж 80 з них можна розглядати як власне правові (в основному це правила, що відносяться до шлюбу і сім'ї), інші торкаються релігійного ритуалу та обов’язків.

Приписи Корану, що мають регулятивний характер, утворюють джерело ісламського права, кодекс поведінки кожного мусульманина від народження до смерті. Вони є тим критерієм, який дозволяє відрізняти в будь-якій сфері життя істинне від хибного, добре від поганого та халал (дозволене) від харам (забороненого). Корану властиві ті якості, яких позбавлені всі інші закони, складені людьми, – він не може бути виправлений, змінений. Тому ахкам (приписи) Корану залишаються незмінними протягом останніх майже 1400 років, тобто з часу його появи

Велика частина положень Корану носить казуїстичний характер і являє собою конкретні тлумачення, дані пророком в зв'язку з окремими випадками.. У подальшій судово-богословській практиці і в правовій доктрині внаслідок досить вільного тлумачення вони отримали своє вираження в суперечливих, а нерідко і у взаємовиключних правових розпорядженнях.

Значна частина аятів Корану містить нормативно-правові положення, оскільки більшість з них стосується релігійних питань. Вони переважно розглядають питання шлюбу, полігамії, посагу, аліментів, прав і обов'язків подружжя, розлучення, заповіту, спадкування, договорів, позик, застави, судочинства та ін.

У країнах, де іслам державна релігія, з положень Корану виходять багато правових норм, на Корані присягають і дають клятви, порушення яких визнається найважчим гріхом, злочином. Вивчення Корану і його тлумачень (тафсир) є одним із профілюючих предметів багатьох навчальних закладів у таких країнах, як Пакистан, Іран, Саудівська Аравія.

Коран як одне з головних джерел ісламського права вважається ані книгою права, ані кодексом, а є релігійним, філософським, ідеологічним і моральним підґрунтям ісламського права і держави, початком у процесі їх формування і розвитку.

Еволюція мусульманського права показує, що, незважаючи на різні періоди процвітання і застою, воно було і залишається динамічною правовою системою, здібною до модернізації у відповідь на виклики сучасності.

Анна Петрів-Буряк

Львівський національний університет

імені Івана Франка

ПОЛІТИКО-ПРАВОВЕ РОЗУМІННЯ НАЦІЇ У ПРАЦІ ВОЛОДИМИРА СТАРОСОЛЬСЬКОГО

Серед низки українських вчених, громадських діячів, які під впливом українських національно-визвольних змагань 1917–1920 рр. почали шукати відповіді на питання чинників націогенезу, етапів формування нації, ролі нації в становленні незалежної держави, визначною постаттю був професор Володимир Якимович Старосольський. Він один з перших з українських науковців-правників, який ґрунтовно опрацював питання нації як змісту національної держави.

Зважаючи на те, що В. Старосольський був визнаний «ворогом народу» і зазнав репресій сталінським режимом, у радянський період його постать, як і науковий доробок, замовчувалися. Напрацювання щодо висвітлення життя та наукової спадщини здійснили науковці незалежної України представники української діаспори. Так, у США в 1991 р. під редакцією У. Старосольської вийшла книга, присвячена життю і діяльності науковця та батька упорядниці під назвою «Володимир Старосольський. 1878–1942 рр.».

Після поразки національно-визвольних змагань, у 1920 р. В. Старосольський переїхав до Відня, де розпочалося його життя в еміграції та праця в Українському вільному університеті. У 1928 р. В. Старосольський повернувся до Львова, де розгорнув адвокатську діяльність, викладав у Львівському університеті. Життя правника закінчилося 25 лютого 1942 р. на засланні у Сибіру.

Зважаючи на євроінтеграційні процеси України, зростання національної свідомості все гостріше постає питання ідентифікації українців як нації. Питанню нації присвячена одна з найвагоміших праць Володимира Старосольського «Теорія нації», яка вийшла друком у Відні у 1922 р.

Визначення поняття нації пов’язане з більшими труднощами, ніж визначення держави. На думку певних теоретиків-політиків, нація – це насамперед династія, яка представляє давнє завоювання, яке спочатку прийняла, а потім забула народна маса; політична нація – сукупність громадян України, незалежно від етнічного походження, мовної чи конфесійної приналежності. Згідно Преамбули Конституції України 1996 р., правовим відповідником політичної нації є «український народ». Утворення політичної української нації є результатом здобуття державного суверенітету та незалежності України, проголошених Декларацією про державний суверенітет України 16 липня 1990, Актом проголошення незалежності України 24 серпня 1991 та закріплених Всеукраїнським референдумом 1 грудня 1991 р.

Володимир Старосольський стверджував, що в погляді на націю існують дві основні антитези. Перший підхід – атомістичний (веде початок від Ш. Монтеск'є, Ф. Вольтера). Аналізуючи атомістичні етнополітичні концепції, суть цього підходу полягає в тому, що у даному випадку, нація трактується як сума, збірна назва для певної кількості людських одиниць, що відрізняються від інших спільними ознаками. Цьому загалу не притаманна вища, об'єднуюча їх цілість. Теорії схожого типу розрізняються лише тим, який чинник вважати найважливішим, об'єднавчим (мова, раса, культура). Тут нація як правовий суб'єкт не існує.

На думку В. Старосольського, принципово іншим розумінням нації є погляд, згідно з яким *нація є окремою цілістю, окремим суб'єктом, особовістю з власним життям, волездатністю, долею.* Власне, науковець підтримував думку основоположника цього підходу Г. Фіхте.

У праці В. Старосольський приходить до висновку, що *нація є суспільством,* а основним чинником, який творить суспільність, виступає «стихійна воля», яка має напрям. Нація є твором психології, а не витвором раціонального думання, тому для неї інше значення має інтерес, на відміну від доцільно утворених спілок. Інтерес лише допомагає створенню нації шляхом впливу на настрої, почуття.

Так звані об'єктивні прикмети нації – це не тільки чинники, які в історичних умовах допомогли національній спільноті сформуватися, а й форми і символи, в яких вона проявляється. Джерелом існування національної спільноти, її життєдайною енергією є прагнення до політичної самостійності, яке історично виявилося як боротьба за власну державу.

В. Старосольський вважав, що суть нації лежить у її взаємозалежності до держави, але не лише в розумінні наявності такої держави як об'єктивного факту, а також і як суб'єктивний факт, як волю та змагання до створення власної державності. Визнання принципу самовизначення націй у міждержавному праві приведе до формування принципово нового міжнародного права, де нація стане його правовим суб'єктом, зникне наднаціональне панування, і всі народи отримають змогу повного всебічного розвитку у відповідності з власними стремліннями, етнічними особливостями, соціальною справедливістю.

Зважаючи на вище наведене, доходимо до **висновків**, що політичні погляди

В. Старосольського становлять цілісну, логічно структуровану, теоретично обґрунтовану і доведену концепцію, яка за своєю суттю є соціал-демократичною, відповідно до цього соціал-демократичними є погляди науковця щодо нації, національних відносин, ролі та впливу національних та соціальних чинників на суспільно-політичну історію України.

В. Старосольський вважав, що нацією є спільнота, яка твориться за допомогою «стихійної волі», тобто в основі існування останньої лежить ірраціональний підсвідомий чинник. Джерелом існування національної спільноти є *прагнення до політичної самостійності*, яке історично виявляється як боротьба за створення власної національної держави.

Наукова спадщина В. Старосольського належить до числа недостатньо недосліджених сторінок в історії держави і права України та української правової думки. З огляду на це, потрібно відзначити необхідність ґрунтовного аналізу концепції, зокрема, концепції теорії нації, науковцями у галузі історії держави і права та політико-правових учень.

Майя Бондаревич
Національний юридичний
університет імені Ярослава Мудрого

ІСТОРИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ РІЗНОВЕКТОРНОСТІ ЗОВНІШНЬОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ В ПЕРШІ ДВА ДЕСЯТИЛІТТЯ ЇЇ НЕЗАЛЕЖНОСТІ

Процеси державотворення характеризуються наявністю певних ознак, у тому числі і такої, як встановлення міжнародних зв’язків. Зазвичай, новоутворена країна обирає якийсь шлях або ж стратегію, якої буде дотримуватись у своїй зовнішній діяльності.

Створена в 1991 році, незалежна Українська держава не володіла чіткою стратегією щодо власної зовнішньої політики, внаслідок чого остання виявилась досить різноспрямованою і невизначеною. Замислюючись над цим фактом, проаналізуємо його історичні передумови. Найвагомішими, на нашу думку, є такі: географічне положення України; геополітичний фактор, що виявляється в потужності впливу світової політики на Україну; тоталітарне минуле українського народу, що обернулось пострадянським синдромом населення; відсутність демократичного режиму, що

уможливлює зміну векторів зовнішньополітичної діяльності в залежності від особистості президента; невирішені питання розмежування між Україною та Росією після розпаду СРСР; влада олігархів.

Межове географічне положення України між Європою і Азією, між Північчю і Півднем завжди обумовлювало багатосторонній, більшою мірою негативний вплив на наші території з різних боків. Від часів Київської Русі, наші землі частково потрапляли до складу інших держав – Литви, Польщі, Австро-Угорщини та Румунії, Росії. Через це досвід української державності впродовж останніх восьми століть нараховує трохи більше 100 років. Але справа полягає не тільки у відсутності традицій державотворення.

Відсутність державності чи її слабкість перетворює країни з суб'єкта геополітики на її об'єкт. Як об'єкт геополітики, Україна ніколи не залишалась поза увагою, з огляду на її центральне положення на континенті, родючі землі, природні і людські ресурси тощо. За останнє тисячоліття наші землі зазнавали нашесть, наступів, війн, революцій, загарбницьких зазіхань, використовувались як важелі впливу на інші країни, як сировинний придаток, як ринок збуту товарів. Всі геополітичні гравці – у XIV-XVII ст. Польща та Литва, XVII-XIX ст. Росія і Польща, в XX ст. Америка і СРСР – розглядали українські землі як засіб для досягнення власних цілей. Цей факт обернувся, на думку О. Забужко, психотравмою для українського народу, яка виявилась у втраті деяких народних традицій, мовної культури, національної пам'яті тощо. І хоча в 1991 році на референдумі за незалежність України з 84,18% населення віддали свої голоси 90,32%, але патріотичних зусиль для побудови сильної національної держави виявилось недостатньо. У цьому сенсі різноспрямована зовнішня політика України в перші два десятиліття її незалежності є показовим фактом. Розпорошення української ментальності в лоні польської, угорської, російської культур стало серйозною перепоною на шляху формування національної стратегії української державності на рубежі XX-XXI століть.

Після Другої Світової Війни світ розвивався в атмосфері «Холодної війни». На її фоні, після розпаду СРСР, Україна як незалежна держава починає вибудовувати самостійну зовнішню політику, в тому числі і з США – у 1995 р. українська армія почала брати участь в військових навчаннях НАТО, у червні 1996 р. такі навчання

проходили на Західній Україні, у серпні 1997 р. військово-морські навчання відбулись поблизу Криму. У цей саме час відносини між Україною та Росією починають загострюватися. Уже у 2005–2006 рр. та 2008–2009 рр. «газове протистояння» дістало свого апогею. Жорсткі зіткнення на «газовому фронті» почались з приходом до влади орієнтованого на Захід президента України В. Ющенка.

Стратегія інтеграції до євроатлантичних структур поступово складалась в українському керівництві з середини 1990-х рр. Так, восени 1994 р. Л. Кучма під час поїздки до США висловився проти розширення НАТО на схід. Через декілька років Президент і ряд інших політиків змінили свою позицію: Л. Кучма заявив Б. Клінтону, під час його візиту до Києва, що Україна більше не виступає проти розширення НАТО на схід. Трохи пізніше він вже стверджував, що НАТО – союз демократичних держав, найвірніший гарант миру і безпеки в Європі. Варто зазначити, що в той час проти співпраці з НАТО була налаштована переважна більшість українського народу – давалися взнаки стереотипи ворога, яким виставлялись США радянською пропагандою. Отже, якщо за часів другого президента України Л. Кучми співпраця з НАТО не була пріоритетним напрямком зовнішньої політики України, то В. Ющенко актуалізував його і також доклав значних зусиль, спрямованих на інтеграцію України з Європейським Союзом. З обранням у 2010 р. В. Януковича президентом, Україна різко змінила зовнішньополітичний вектор. Завдання вступу до НАТО було скасовано, що одразу поліпшило відносини з Російською Федерацією та країнами колишнього СНД. Курс президента В. Януковича на входження в сім'ю європейських народів передбачав розвиток всебічного співробітництва з колишніми соціалістичними країнами. Зовнішня політика України вишикувалась за російським вектором. Таким чином, відсутність демократичного режиму дозволяла міняти зовнішню політику України з переобранням кожного її президента. Але російський вектор зовнішньої політики України обумовлений не стільки особистістю експрезидента В. Януковича. Серйозною його передумовою став пострадянський синдром населення, його патерналістське виховання. Патерналізм як принцип життя означає байдужість і пасивність в прийнятті рішень, добровільне підпорядкування та сліпе слідування, перепокладання відповідальності. Економічні негаразди першого десятиліття незалежності стали підставою міфологізації радянського минулого для більшості працездатного населення України.

Серйозним обмежуючим фактором вибудови зовнішньополітичної стратегії України в другому десятилітті її незалежності стали питання пов'язані із розпадом СРСР як-то: подальша доля Чорноморського флоту і Криму, територія якого стала українською лише в 1954 р.; цілий комплекс питань, пов'язаних із забезпеченням України російськими енергоносіями та організацією експорту російського газу та нафти по трубопровідній українській мережі; питання розподілу закордонного майна, золотовалютних запасів і активів, а також боргів колишнього СРСР тощо.

Сьогодні ще одним з визначальних факторів, який стоїть на заваді побудови сильної держави і національної стратегії зовнішньополітичної діяльності України є те, що влада в країні належить олігархам. Бізнесові інтереси ніколи не співпадатимуть з національними, і цим пояснюються різновекторність української зовнішньої політики: олігархи постійно шукають для себе найкращий варіант з пропонованих.

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВ ЛЮДИНИ, ПРАВА ТА ДЕРЖАВИ

Рубцов Станіслав
Національний юридичний
університет імені Ярослава Мудрого

ІННОВАЦІЙНІ ПІДХОДИ ДО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОСТУПНОСТІ ПРАВОСУДДЯ ДЛЯ ЛЮДЕЙ З ОСОБЛИВИМИ ПОТРЕБАМИ

Право на справедливий суд є загальновизнаним стандартом у галузі прав лю-

дини. Доступність правосуддя - невід’ємна частина цього права. Ратифікація відповідних міжнародно-правових актів та закріплення цього принципу у вітчизняному законодавстві зобов’язує Україну дотримуватись низки умов, однією з яких є створення гарантій доступності суду. Доступність правосуддя завжди була для мене аксіомою, проте одного разу мені довелось побачити, які складнощі можуть виникати у людей з особливими потребами з потраплянням до приміщення суду. Це змусило автора замислитись: «А чи дійсно правосуддя таке вже й доступне?». Особливої гостроти ця проблема набуває сьогодні, коли кількість таких людей, на жаль, безупинно зростає внаслідок бойових дій на сході України.

Проблема доступу людей з інвалідністю до правосуддя є не новою. Проте насьогодні це питання залишається все ще відкритим, про що свідчать результати соціологічних опитувань. Люди з інвалідністю змушені долати значне коло проблем, як з архітектурною доступністю судів, так і з доступністю інформації. Заходами, що дозволять нам, якщо не повністю вирішити проблеми цих людей, то принаймні максимально їх зменшити, є активне впровадження інноваційних технологій у судочинство, збільшення кількості та якості електронних послуг. Звертаємо увагу, що приміщення судів іноді знаходяться в будинках, які є архітектурними пам’ятками. Правовий режим об’єктів культурної спадщини не дозволяє їх змінювати, тобто здійснювати відповідні облаштування для забезпечення архітектурної доступності судів. В цьому випадку, єдиний засіб, що дозволяє підвищити рівень доступності - це електронне правосуддя. Вищезазначене свідчить про актуальність наукових досліджень у цій сфері та важливість їх практичної реалізації.

Першим кроком має стати налагодження механізму електронного обміну процесуальними документами між учасниками судового процесу та судом. Міжнародні рекомендації вказують на необхідність забезпечення можливості: 1) відкриття провадження за допомогою електронних засобів; 2) здійснення подальших процесуальних дій у рамках провадження в середовищі електронного документообігу; 3) одержувати відомості про хід справи шляхом одержання доступу до судової інформаційної системи; 4) одержання інформації про результати провадження в електронній формі. Незважаючи на те, що у Концепції галузевої програми інформатизації судів загальної юрисдикції та інших судових установ були враховані ці рекомендації, говорити про їх повну реалізацію ще зарано. Тому ми маємо продовжувати

рух в цьому напрямі, орієнтуючись на досвід зарубіжних країн (Сінгапур, Узбекистан, Казахстан, ін.) у цьому питанні. Електронний документообіг дозволить людям, які внаслідок інвалідності мають проблеми з пересуванням, у будь-який час не виходячи з дому отримувати та надсилати процесуальні документи через мережу інтернет. Це позбавить їх необхідності кожного разу добиратись до приміщення суду, що сприятиме зменшенню проблеми архітектурної доступності судів. Приємно говорити про те, що ідея електронного обміну документами знайшла свою підтримку в суддівській спільноті. Ще приємніше констатувати, що в цьому питанні ми перейшли від суто теоретичних обговорень до їх практичної реалізації. Тому в нас є усі підстави стверджувати, що найближчим часом в Україні буде функціонувати відповідний сервіс. Не варто забувати і про проблеми, що супроводжуватимуть цей процес. Зокрема, це необхідність служб суду переводити електронні документи, що надійшли до суду у паперову форму, що створює додаткове фінансове навантаження на бюджет суду.

Ще далі пішли у Великобританії: влада цієї країни планує найближчим часом провести, так звану, «цифрову реформу» у судовій системі країни. Перш за все, вона передбачає можливість для позивачів та відповідачів брати участь у судових засіданнях дистанційно, через онлайн-зв’язок. Введення в Україні такої практики, в сукупності з електронним документообігом, могло б мінімізувати проблеми людей, які мають труднощі з пересуванням. Аналізуючи можливість проведення судових засідань у новому форматі відеоконференції – не виходячи з домівки, досить гостро постає проблема ідентифікації особи. Одним зі шляхів її вирішення вважаємо присутність судового розпорядника або іншої уповноваженої особи суду з тою чи іншою стороною спору безпосередньо при проведенні дистанційного розгляду. Але це вимагає значних витрат часу службовців суду, що негативно відображатиметься на виконанні інших службових обов’язків. Інший підхід – створення в суді посади «помічника людини з інвалідністю». В разі її запровадження було б доцільно покласти таке завдання на цих осіб. Проте створення такої посади також потребує додаткових витрат на судову систему, що в умовах фінансової нестабільності України є досить болючим моментом. Тому, це питання залишається дискусійним.

На сьогоднішній день веб-сторінки суду є основним джерелом інформації

про роботу суду, а також про можливість захисту прав та інтересів у судових інстанціях. Але як бути незрячим людям? Аналізуючи пропозиції правозахисних організацій нам зустрічалися ідеї дублювання інформації, розміщеної на веб-сторінці, в аудіо-форматі. Проте незрозумілим є те, як людина, яка не може прочитати інформацію внаслідок проблем з зором, буде шукати цей аудіозапис. В якості виходу з цієї ситуації пропонуємо створення єдиного Call-центру судових органів, який дасть можливість населенню, в першу чергу людям з інвалідністю, звертатись та отримувати консультації з усіх питань діяльності судових органів.Впровадження інноваційних технологій в судочинство потребує паралельної законотворчої роботи. Відсутність нормативної бази, яка забезпечить чітке правове регулювання, може стати причиною повільного освоєння новітніх технологій. Процес інформатизації судової діяльності потребує значного фінансування, але ми вважаємо ці витрати виправданими, оскільки вони дозволять створити сучасну систему судочинства, яка забезпечить максимальний рівень доступності та відкритості правосуддя.

Підбиваючи підсумки варто з сумом зазначити, що право кожного на справедливий суд на сьогоднішній день в Україні носить лише декларативний характер. І лише використовуючи технічні досягнення XXI століття ми зможемо перейти від суто юридичного закріплення цього природнього права до його фактичного визнання та гарантування з боку держави.

Олег Голєв

Львівський національний університет

імені Івана Франка

ЛЕТАЛЬНА СИЛА: ДЕЯКІ ПІДХОДИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ДО ЇЇ ЗАСТОСУВАННЯ

Основним принципом, яким керується Європейський суд з прав людини (далі – Суд) при тлумаченні положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) є реальне й ефективне забезпечення гарантованих нею прав і свобод. Особлива увага Суду до обставин, що виключають відповідальність держави за позбавлення життя людини, пояснюється тим, що право на життя є

одним із основоположних цінностей держав-учасниць Ради Європи.

З огляду на те, що в реальному житті існують ситуації, коли з боку окремої людини чи групи осіб існує загроза суспільному порядку, Конвенція передбачає конкретні випадки, за яких позбавлення життя не розглядається як таке, що вчинене на порушення права на життя. Такими є: захист будь-якої особи від незаконного насильства; здійснення законного арешту або запобігання втечі особи, яку законно тримають під вартою; вчинення правомірних дій для придушення заворушення або повстання (п. 2 ст. 2 Конвенції). Вказані цілі узгоджуються із загальновизнаним принципом, відповідно до якого права однієї людини закінчуються там, де починається обмеження прав іншої.

Використання державою сили повинно бути домірним існуючій загрозі, щоб, якщо можливо, зберегти життя людини. З огляду на це Суд вважає, що головною метою п. 2 ст. 2 Конвенції є не визначення випадків, коли дозволяється навмисно вбити особу, а опис ситуацій, коли дозволяється застосування сили, яка може призвести до позбавлення життя за відсутності такого наміру («Ramsahai and Others v. the Netherlands» (2005).

Конкретизацію правомірності застосування на ураження вогнепальної зброї можна простежити у справі «Giuliani and Gaggio v. Italy» (2011). Детально проаналізувавши обставини смерті брата заявника, Суд визнав, що застосування карабінерами сили під час масових заворушень, яка призвела до загибелі особи, було абсолютно необхідним для захисту будь-якої особи від незаконного насильства відповідно до підпункту «с» п. 2 ст. 2 Конвенції.

У рішенні в справі «Celniku v. Greece» (2007), де йшлось про застосування вогнепальної зброї офіцером під час затримання злочинця, внаслідок чого останнього було вбито, Суд відзначив, що у цьому випадку держава не несе відповідальність за застосування смертельної сили. Рішення обґрунтоване, зокрема, тим, що летальний постріл був здійснений не внаслідок спрямованої на заподіяння смерті дії з боку офіцера, а через реакцію зловмисника. Однак, розглядаючи питання про якість операції із його затримання, Суд визнав, що вказаний офіцер виявився першопричиною наступних подій, оскільки він наблизився до правопорушника всупереч наказу. До того ж, поліцейський тримав пістолет у витягнутій руці і підійшов так

близько, що зловмисник зміг до неї досягти.

У згаданій вище справі «Ramsahai and others v. the Netherlands», в якій також розглядалося питання про правомірність заподіяння смерті злочинцю під час його затримання, Суд визнав, що летальний постріл не перевищив те, що було «абсолютно необхідним». Суд аргументував свою позицію тим, що правопорушник погрожував поліцейським вогнепальною зброєю. Тому їх дії відповідали підпункту «а» п. 2 ст. 2 Конвенції.

У справі «McCann and Others v. the United Kingdom» (1995) розглядалася ситуація, коли службою спецпризначення були вбиті три терористи Ірландської Республіканської Армії. Спецпризначенці застосували летальну силу, вважаючи, що мав статися теракт, в той час як насправді проводилися розвідувальні заходи терористів. Попри те, що ситуація підпадала під п. 2 ст. 2 Конвенції, Суд побачив невідповідність між застосованою військовими силою та діянням підозрюваних. Крім того, Суд зазначив, що теоретично англійська розвідка могла передбачити відсутність вибухового приладу. Рішення у цій справі було ухвалене Судом з мінімальною перевагою (9 проти 10). Відтак, невідомо, чи не змінився би за аналогічних обставин підхід Суду, якщо би така справа розглядалася сьогодні.

У ситуаціях, в яких є вірогідність порушення права на життя при застосуванні летальної сили, Суд визнає, що дії поліцейських не повинні перебувати у стані невизначеності в контексті підготовки спецоперації чи спонтанного переслідування особи, яка вважається небезпечною («Soare and others v. Romania» (2011). Законодавча й адміністративна системи повинні визначати обмежені обставини, з настанням яких правоохоронці можуть застосовувати силу та вогнепальну зброю, з урахуванням міжнародних стандартів, розроблених у цій сфері.

Негативні наслідки невиконання покладеного на державу обов’язку зі створення ефективних юридичних гарантій при затриманні людини можна розглянути на прикладі справи «Nachova and Others v. Bulgaria» (2005). Відповідно до її фабули солдати-дезертири були вбиті офіцером, який мав їх затримати. Суд дійшов висновку, що чинне законодавство, яке дозволяло використання зброї при найменших правопорушеннях, було недосконалим і не відповідало рівню захисту права на життя, передбаченого Конвенцією. Вочевидь, належне виконання такого рішення Суду вимагає, зокрема, внесення змін до певних нормативно-правових актів держави-

відповідача.

Негативний обов'язок держави утриматися від незаконного позбавлення життя у розумінні ст. 2 Конвенції передбачає діаметрально протилежну можливість законного позбавлення життя, тобто такого, яке не визнається порушенням Конвенції. Однак відповідність реалізації такої можливості змісту Конвенції слід розглядати крізь призму рішень Суду за ст. 2. Інтерпретуючи зміст приписів Конвенції, він вимагає від держав-учасниць Ради Європи більш виважених кроків при застосуванні п. 2 ст. 2, оскільки ситуації, що підпадають під дію цього пункту, не породжують права держави на вбивство. Застосування летальної сили у конкретній ситуації повинно не лише ґрунтуватися на законі та переслідувати мету, визначену у п. 2 ст. 2 Конвенції, але й бути пропорційним цій меті.

Межа між негативним обов'язком держави за ст. 2 та позбавленням життя людини, що не розглядається як порушення вказаної статті, достатньо, так би мовити, тонка. А тому правоохоронні органи повинні використовувати летальну силу з усією обережністю, аби їхні дії, що теоретично могли би бути кваліфіковані як «необхідні» у світлі п. 2 ст. 2 Конвенції, на практиці не виявилися порушенням негативного обов'язку держави.

Мочерад Анна

аспірант кафедри теорії та філософії

права юридичного факультету ЛНУ імені Івана Франка

ОБ'ЄКТИ ІНТЕРПРЕТАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: ТЕОРЕТИЧНИЙ АНАЛІЗ

Загальні суспільні трансформації, що відбуваються на сучасному етапі українського державотворення, безсумнівно, відображені в активній правотворчій діяльності. Особливістю правотворчості сьогодення є динамічність, що приводить до оперативного видання нових нормативно-правових актів та внесення змін, доповнень та інших поправок до чинних актів, аби вони відповідали потребам часу. У зв'язку з такими швидкоплинними процесами неминучими є дефекти законодавст-

ва: неузгодженість, неясність, суперечність норм тощо. Інструментом вдалого подолання вищезгаданих дефектів в українському законодавстві цілком виправдано можна назвати інтерпретаційну діяльність – діяльність компетентних суб’єктів, спрямовану на розуміння та юридичне пояснення нормативно-правових приписів.

Останнім часом чимало уваги в науковій літературі приділяють інтерпретаційній діяльності загалом, її змісту, формам, функціям, актам тощо. Однак, розглянувши інтерпретаційну практику, можна виокремити і, відповідно, виникає потреба дослідити один з головних елементів технології тлумачення – об’єкт інтерпретаційної діяльності. Саме його природа, зазвичай, визначає характер інтерпретаційної діяльності, особливості взаємодії об’єкта і суб’єкта, методи, способи, прийоми, правила розуміння (пояснення) і, зрештою, результати. Актуальним у світлі наявної затребуваності інтерпретаційної практики є аналіз та чітке виділення об’єктів інтерпретаційної діяльності, адже це допоможе глибше збагнути її сутність, а відтак якісно поліпшити результат – акт інтерпретаційної діяльності.

У філософській науці під об’єктом розуміють матеріальний предмет пізнання і практичного впливу з боку людини (суб’єкта). Трансформуючи цей термін у правову сферу, можемо визначити, що об’єкт тлумачення – це ті правові явища, процеси і стани, на які безпосередньо спрямоване завдання інтерпретаційної практики – точне, правильне й однакове тлумачення.

У методології визначення об’єктів тлумачення виділяють два підходи: моністичний та плюралістичний.

Традиційно в юридичній науці переважає моністичний підхід, відповідно до якого об’єктом тлумачення вважають первинний елемент права – правову норму і/або нормативно-правові акти, а також договори (міжнародні, внутрішньодержавні).

Плюралістичний підхід, своєю чергою, вказує на різноманітність, так звану варіантність правового регулювання суспільних відносин. Тобто об’єктом тлумачення виступає не лише норма права, а будь-які правові явища (різноманітні документи, судові рішення тощо), стани (непрацездатність, вагітність тощо) і процеси (конституційний, цивільний, кримінальний тощо). Ми є прихильниками саме плюралістичного підходу, оскільки моністичний підхід, вважаємо, звужує і не окреслює всього масштабу інституту інтерпретаційної практики, зокрема і її об’єктів. Так, ін-

терпретатор, здійснюючи свою діяльність, осмислює та пояснює разом зі самою нормою права і загальні принципи права, враховує загальносуспільні тенденції та інші правові явища, які не зафіксовані в конкретному законодавстві (нормі права, нормативно-правовому акті), що тлумачиться. Цей підхід дозволяє ширше осягнути об'єкт тлумачення, вдало його проаналізувати, зрозуміти і, як наслідок, щонайліпше пояснити.

Особливим та важливим елементом об'єкта інтерпретаційної діяльності є «воля законодавця». Із цього приводу в теорії права є дві позиції: суб'єктивна й об'єктивна. Представники суб'єктивної теорії вважають, що в процесі тлумачення потрібно встановити лише істинний первинний «задум (волю) законодавця», тобто витлумачити так званий «дух закону». А прихильники об'єктивної теорії стверджують, що прийнята норма права не залежить від «волі законодавця» і, здійснюючи тлумачення, потрібно встановлювати лише «волю закону», тобто тлумачити, так би мовити, «букву закону». Обидві теорії випливають із загального гносеологічного розуміння інституту інтерпретаційної діяльності, але мають свої недоліки. Чи можна вважати відокремлену від норми права «волю законодавця» об'єктом тлумачення? Очевидно, що ні. Адже завданням інтерпретаційної діяльності є, насамперед, пояснити норму права, яка міститься в нормативно-правовому акті, тобто фактичний об'єкт, а допоміжний об'єкт, на наш погляд, – це істинна задумка (прагнення) законодавця, об'єктивована в нормі права. Якісна інтерпретація передбачає врахування обох підходів – це гарантія дуже доброго результату. Окремо виділяти в єдиний об'єкт первинну «волю законодавця», не виражену в певній нормі права, недоцільно, оскільки позиція законодавця, не закріплена текстуально і нормативно, може бути недостатньо змістовною, через що можливе довільне її тлумачення, яке не завжди правильне, відповідно, можливий негативний вплив на суспільство – порушення законності. Щодо «волі закону», то тут аналогічно – без виявленої «волі законодавця» не існуватиме зовнішньо вираженої в тексті «волі закону». Одне без іншого об'єктивно неможливе. Тому, як було вже зазначено, «воля законодавця» та «воля закону» невід'ємні, споріднені категорії, що становлять суть об'єкта інтерпретаційної діяльності. Способом матеріалізації «волі законодавця» у «волю закону» є мова, яку також, на наш погляд, доречно розглядати як елемент об'єкта інтерпре-

таційної діяльності.

Під час здійснення інтерпретаційної діяльності інтерпретатор працює з юридичним, як правило, офіційно-діловим текстом. Чи можна вважати юридичний текст об’єктом інтерпретаційної діяльності? Це досить дискусійне запитання в теорії права. Цікавою є позиція українського науковця М. І. Козюбри, який стверджує, що не зовсім коректним виглядає такий об’єкт тлумачення, як юридичні тексти, оскільки відповідні правові приписи (вимоги) можуть виражатись не тільки у словесних текстах, а й у певних символах. На наш погляд, це слушне зауваження, адже не завжди закон виражений саме в текстуальній формі.

Отже, проаналізувавши різноманітні підходи до розуміння об’єкта інтерпретаційної діяльності, ми дійшли таких висновків: об’єкт інтерпретаційної діяльності є комплексним явищем правової дійсності, що вміщує правові явища, процеси і стани, на які спрямована діяльність суб’єкта інтерпретаційної практики. Безпосереднім об’єктом інтерпретаційної діяльності є нормативно-правовий припис (норма права, нормативно-правовий акт, нормативно-правовий договір) та всі дотичні елементи, з яких складається відповідна норма права (виражена в ній «воля законодавця», мова, певне правове явище, процес, стан тощо). Поетапне дослідження в процесі інтерпретаційної діяльності правильно скомпонованої сукупності елементів об’єкта тлумачення є запорукою найбільш точного осмислення всієї глибинної повноти змісту норми права, що, своєю чергою, є гарантією видання досконалого акта тлумачення, який здатен суттєво позитивно вплинути на ефективність правового регулювання.

Тетяна Проць

Львівський національний

університет ім. Івана Франка

КОДИФІКАЦІЯ ЕКОЛОГІЧНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ДОСВІД ДЕРЖАВ-ЧЛЕНІВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ В УКРАЇНІ

Можна без перебільшення сказати, що удосконалення екологічного законо-

давства – стратегічний курс України на приведення його у відповідність до потреб сьогодення, створення законодавчих засад, які б забезпечували незаперечну реалізацію і захист екологічних прав людини і громадянина, задоволення екологічних інтересів Українського народу та держави на рівні міжнародних екологічних стандартів і нормативів. Удосконалення екологічного законодавства здійснюється зокрема і шляхом його систематизації у відповідних правових формах.

Так, Г.І. Балюк, зазначає, що загальна мета систематизаційної діяльності у галузі екологічного законодавства – зробити правове регулювання екологічних відносин найбільш ефективним, високоякісним і стабільним, щоб встановити та зберегти правопорядок у сфері взаємодії суспільства і природи, який гарантував би право кожного на сприятливе навколишнє середовище. Кінцевим результатом цієї діяльності має стати створення єдиного кодифікованого акта галузі – Екологічного кодексу.

На сьогоднішній день в більшості держав світу, в тому числі й Україні актуальною є необхідність кодифікації екологічного законодавства. Загострення екологічної кризи, як відомо, викликало процес інтенсивного прийняття великої кількості нормативно правових актів як в окремих державах, так і на рівні світової спільноти. Як наслідок, екологічне законодавство України станом на сьогодні являє собою розгалужену ієрархічну систему законодавчих актів різного регулюючого рівня, різної юридичної сили, що значно ускладнює його застосування.

Досвід європейських держав в цій сфері є досить прогресивним. Наприклад, Екологічний кодекс Швеції був прийнятий у 1998 році та набрав чинності 1 січня 1999 року. Він замінив 15 правових актів, основні положення яких були об’єднані в кодексі. Рішення про прийняття Екологічного кодексу було зумовлено тим, що попереднє законодавство було визнано неефективним у вирішенні екологічних проблем, які виникли при забезпеченні сталого розвитку. При розробці Екологічного Кодексу Швеції були поставлені такі завдання, як модернізація та оновлення екологічного законодавства, його систематизація, врахування судової практики та посилення ролі центрального (не місцевого) законодавства. Метою Екологічного кодексу визначено сприяння сталому розвитку, який має забезпечити здорове та неушкоджене навколишнє середовище для сучасного та наступних поколінь. З цією метою

кодексом встановлюється, що людське життя та навколишнє середовище захищаються від шкоди та втрат, які можуть бути спричинені забрудненням або в результаті інших дій, охороні підлягають біорізноманіття, важливе природне та культурне довкілля. Використання землі, води та фізичного оточення має забезпечувати довготривале належне управління з екологічної, соціальної, культурної та економічної точки зору. Повторне використання та переробка матеріалів, сировини та енергетичних ресурсів заохочується з метою встановлення та підтримки природних циклів.

Екологічний кодекс Франції був прийнятий у 2000 році. До нього ввійшло 39 законів, які були прийняті до 2000 року. Стаття L. 110-1 цього Кодексу визначає, що природні території, ресурси та місця поширення (ареали), а також ландшафти, якість повітря, види тварин та рослин, біологічне різноманіття та баланс, якому вони сприяють, є частиною загального надбання нації. Захист, збільшення, відновлення, реабілітація та управління всім вищезгаданим має здійснюватися в загальних інтересах та сприяти меті досягнення сталого розвитку. Правове регулювання кодексу базується на таких принципах, як запобіжний, принцип превентивних та реабілітаційних дій, принцип «забруднювач платить», принцип участі. У квітні 2006 р.

Екологічний кодекс також був прийнятий в Італії. Його метою є підвищення якості людського життя шляхом охорони та покращення екологічних умов, а також бережного та раціонального використання природних ресурсів. Екологічний кодекс Італії регулює відносини щодо оцінки впливу на навколишнє середовище, інтеграційного попереджувального контролю за забрудненням, захисту води та ґрунтів, захисту атмосферного повітря та зменшення викидів, управління відходами та рекультивації забруднених територій, претензій щодо екологічної шкоди. Екологічний кодекс Італії базується на таких принципах як сталий розвиток, запобігання нанесення шкоди навколишньому середовищу, забруднювач платить, законодавство має встановлювати мінімальний контроль, необхідний для забезпечення захисту навколишнього середовища, свобода доступу до екологічної інформації та участі в екологічних процедурах.

Розглянутий досвід окремих держав-членів ЄС у сфері вдосконалення природоохоронного законодавства свідчить також про доцільність одночасного проведення кодифікації екологічного законодавства України та його адаптації до «acquis communautaire» («спільного доробку») ЄС. Це означає, що норми права, що увій-

дуть до Екологічного кодексу України мають бути приведені у відповідність до вимог acquis communautaire згідно з міжнародними зобов'язаннями України та з вимогами національного законодавства України в цій сфері, оскільки здійснення кодифікації екологічного законодавства передбачає його вдосконалення по суті та оновлення застарілих нормативно-правових норм.

Отже, важливим напрямом удосконалення екологічного законодавства України є гармонізація його із правом ЄС, а також врахування кодифікаційного досвіду удосконалення екологічного законодавства та механізму його реалізації на практиці інших держав. У першу чергу це має стосуватися держав – членів Європейського Союзу, членом якого в перспективі може стати й Україна.

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО ТА КОНСТИТУЦІЙНИЙ ПРОЦЕС

Лончук Сергій

Романюк Ростислав

Львівський національний університет

імені Івана Франка

ДОДЕРЖАННЯ ПРИНЦИПУ ПРОПОРЦІЙНОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА ДЕПУТАТСЬКИХ ФРАКЦІЙ В КОМІТЕТАХ ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ[1]

Одним із визнаних у практиці парламентаризму засобів забезпечення прав опозиції є її пропорційне представництво у парламентських комітетах.

Сама по собі проблема забезпечення прав парламентської меншості (парламентської опозиції) не є новою. Нею займалися такі науковці як А.Гергун, Л. Гонюкова, О.Кесарчук, І.Жданов, Г. Кречмер, І. Підлуська, О. Совгиря, Ю. Юдін та інші. Водночас аналізу додержання принципу пропорційного представництва депутатських фракцій в комітетах Верховної Ради України станом на 2017 рік поки що не здійснювалось.

[1] Тут викладені результати дослідження, яке проведене на основі статистичних даних, зібраних студентами групи ЮРД-М52 ЛНУ ім. І.Франка в рамках вивчення курсу "Парламентаризм в Україні: проблеми теорії і практики".

Відтак спробу такого аналізу представлено нижче.

Верховна рада України VIII скликання нараховує 423 повноважних народних депутатів. Вони входять до 6 фракцій політичних партій і 2 депутатських груп або не входять до складу жодної фракції чи групи. Фракція партії "Блок Петра Порошенка" (далі - "БПП") налічує 141 народних депутати, що становить 33,33% від повноважного складу ВРУ, фракція політичної партії "Народний фронт" (далі - "Народний фронт") - 81 та 19,15% відповідно, фракція політичної партії "Опозиційний блок" у Верховній Раді України восьмого скликання (далі - "Опоблок") - 43 та 10,17% відповідно, фракція політичної партії "Об'єднання "Самопоміч" (далі - "Самопоміч") - 26 та 6,15% відповідно, фракція Радикальної партії Олега Ляшка (далі - "Радикальна партія") - 20 та 4,73% відповідно, фракція політичної партії "Всеукраїнське об'єднання "Батьківщина" у Верховної Раді України (далі - "Батьківщина") - 20 та 4,73% відповідно, група "Воля народу" - 19 та 4,49% відповідно, група "Партія "Відродження" - 26 та 6,15% відповідно. 47 народних депутатів не входять до складу жодної фракції чи групи, що становить 11,11%.

Таким чином, Постановою ВРУ "Про перелік, кількісний склад і предмети відання комітетів Верховної Ради України восьмого скликання" від 04 грудня 2014 року було утворено 27 комітетів Верховної Ради України. Комітетами із найбільшою кількістю членів є Комітет з питань податкової та митної політики та Комітет з питань правової політики та правосуддя, кількісний склад яких становить по 32 народних депутати, а із найменшою - 7 народних депутатів - Комітет з питань науки і освіти, Комітет з питань культури і духовності, Комітет з питань соціальної політики, зайнятості та пенсійного забезпечення та Комітет у справах ветеранів, учасників бойових дій, учасників антитерористичної операції та людей з інвалідністю.

У Верховній Раді України VIII скликання склад фракції "БПП" становить 141 народний депутат, з них 140 народних обранців входять до комітетів. Фракція "БПП" представлена у всіх комітетах. Найбільше представників фракції "БПП" у Комітеті з питань аграрної політики та земельних відносин - 16 осіб, найменше - у Комітеті з питань науки і освіти - 1 народний депутат.

Фракція "Народний фронт" складається із 81 народного депутата, котрі представлені у всіх комітетах. Найбільше - по 6 представників - у Комітеті з питань національної безпеки і оборони та у Комітеті з питань податкової та митної політики.

Фракція "Опоблок" складається із 43 народних депутатів, які представлені у 26 комітетах. У одному комітеті - Комітет з питань науки і освіти - немає жодного представника цієї фракції. Найбільше - по 3 народні депутати - входять до складу 5 комітетів.

Фракція "Самопоміч", яка складається із 26 народних депутатів, представлена у 23 комітетах.

Фракція "Радикальна партія" кількістю 20 народних депутатів представлена у 18 комітетах. В Комітеті з питань охорони здоров'я та Комітеті з питань правової політики та правосуддя - по 2 представники цієї фракції.

Фракція "Батьківщина" нараховує 20 народних депутатів та представлена у 13 комітетах. В 6 комітетах по 2 представники.

Депутатська група "Відродження" складається із 26 народних депутатів, які представлені в 13 комітетах. Найбільше - 4 народні депутати - в Комітеті з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності.

Депутатська група "Воля народу" складається із 19 народних депутатів, які представлені у 15 комітетах. Найбільше - 3 народні депутати - у Комітеті з питань аграрної політики та земельних відносин.

Позафракційні народні депутати становлять 48 осіб. Найбільше з них - 6 представників - входять до складу Комітету з питань запобігання і протидій корупції.

Об'єктивними причинами відхилення від принципу пропорційного представництва є ряд факторів. Зокрема, цілком очевидним є те, що найбільші фракції представлені у всіх комітетах, причому більшою кількістю представників, ніж інші. Тоді, як невеликі фракції та депутатські групи в окремих комітетах представлені незначною кількістю осіб, і при цьому взагалі не представлені в інших комітетах (прикладом цього є фракція "Батьківщина" та депутатська група "Відродження"). Разом з тим, в деяких комітетах є по кілька представників цих нечисленних фракцій та груп. Більш логічним, на нашу думку, було б представлення по одному народному депутату у більшій кількості комітетів Верховної Ради України.

Крім цього, відповідно до ч. 2 ст. 6 ЗУ "Про комітети Верховної Ради України", якщо кількість членів депутатської фракції у Верховній Раді України дорівнює

кількості комітетів або є більшою ніж кількість комітетів, депутатські фракції направляють не менш ніж по одному представнику до кожного комітету Верховної Ради України. Однак, фракцією "Опоблок", як вбачається з вищенаведеного, зазначений принцип розподілу народних депутатів між комітетами порушено.

Ми підтримуємо позицію, висловлену співробітниками Лабораторії законодавчих ініціатив у інформаційно-аналітичному дослідженні "Статус опозиції: вітчизняний та зарубіжний досвід, рекомендації", відповідно до якої забезпечення представництва фракцій меншості у складі комітетів потребує дотримання закріпленого в ч. 4-5 ст. 81 Закону України "Про Регламент Верховної Ради України" принципу пропорційного розподілу. У свою чергу, реалізація цього принципу є можливою за умови, коли кількість парламентських комітетів наближається до кількості членів найменшої фракції, граничний склад кожного комітету - визначається з урахуванням відповідної пропорції (є кратним пропорції), коли відповідні кадрові питання розглядаються окремо для більшості та меншості. Відсутність цих передумов створюватиме проблему неадекватного представництва як більшості, так і меншості у складі комітетів.

Андрій Матат

Київський національний університет

імені Тараса Шевченка

ДО ПИТАННЯ ПРО КЛАСИФІКАЦІЮ СУЧАСНИХ ДЖЕРЕЛ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Переосмислення раніше незвичних проблем на сьогодні дає підстави говорити відкрито про те, що ще відносно нещодавно відкладалось на далеку перспективу. Так, питання сучасних джерел конституційного права України досліджуються порізному, а відповідні результати – не завжди встигають за стрімким процесом розвитку національної правової системи.

Відтак, враховуючи особливості правових систем, до джерел права найчастіше відносяться нормативні акти та договори – первинні джерела, а судові прецеденти,

правові звичаї, правова доктрина – вважаються вторинними. Також можна зустріти й інші підходи до класифікації джерел права у правничій літературі, проте якби вони не були представлені – все рівно відображають загалом усталену тенденцію поглядів.

З одного боку, можемо говорити про самостійність деяких нових джерел конституційного права, а з іншого – про ті джерела, модернізація яких впливає на становлення та розвиток сучасного конституційного права України. Таку концепцію можемо виразити у такій градації сучасних джерел, як нормативні, юрисдикційні та змістовні джерела досліджуваної галузі.

Нормативними джерелами конституційного права слід вважати сукупність нормативно-правових актів, що прийняті у встановленому порядку та регулюють конституційно-правові відносини суб'єктів конституційного права. Особливістю такої групи джерел може бути ієрархічний поділ, загальнообов'язковий характер та наявність санкції за порушення конкретної норми тощо.

До юрисдикційних джерел конституційного права пропонуємо відносити акти Конституційного Суду України, прецеденти Європейського суду з прав людини, а також акти судів загальної юрисдикції, в частині їх впливу на розвиток галузі конституційного права (тобто ті акти, які теоретично та практично піддаються дискусії щодо визнання їх прецедентного характеру).

У свою чергу, змістовними джерелами досліджуваної галузі, вважаємо ті якісні положення, що мають безпосередній вплив на формування вищеперерахованих джерел конституційного права. Мова йде про загальні принципи права, конституційні принципи, конституційно-правовий звичай і конституційну доктрину. Названі джерела досі розглядаються з певною «обережністю» щодо визнання їх джерелами права, однак ми стоїмо на позиціях, що саме змістовні джерела впливають на тенденції врегулювання суспільних відносин, а також формування більшості самостійних джерел сучасного конституційного права України.

В теорії конституційного права здебільшого науковці опираються на формат вивчення нормативних актів у контексті джерел галузі, чільне місце серед яких безумовно займає Конституція України як Основний Закон держави. До джерел конституційного права традиційно відносяться ті джерела, у яких норма права набуває

об’єктивної форми вираження – формально-юридичного закріплення.

Проблема полягає в тому, що здебільшого Конституція України як Основний Закон держави розглядається з позиції позитивізму, що тягне за собою сприйняття Конституції України суто як тексту, що має найвищу юридичну силу в ієрархії нормативно-правових актів. Звичайно, що галузь конституційного права України активно розвивається та формується, орієнтуючись на демократичні засади та відродження власної правової традиції. Відтак й джерела галузі набувають нового змісту і форми.

Також на сьогодні підсилюється актуальність переосмислення поглядів на місце та значення міжнародно-правових договорів як джерел досліджуваної галузі, змістом яких здебільшого є принципи права. Дружнє ставлення до міжнародного права, яке закріплене на рівні ст. 9 Конституції України, практично зараз починає застосовуватись у судових рішеннях, а також активно використовується при напрацюванні концепцій різних напрямків реформ, розробці законопроектів тощо. Звичайно, що повноцінними такі випадки назвати складно, проте певні зрушення – помітні.

Крім того, правові позиції Конституційного Суду України та рішення Європейського суду з прав людини – фактично уособлюють юрисдикційну доктрину, яку в контексті сучасних джерел конституційного права потрібно виносити на новий рівень дискусії.

Тут наявна певна складність з офіційними перекладами рішень Європейського суду з прав людини (їх однозначного розуміння) та, скажімо, навичок застосування цієї практики, наприклад, в рішеннях судів. Вже хрестоматійний випадок, коли суддею при розгляді справи в період Революції Гідності було процитовано позицію держави з одного рішення Європейського суду з прав людини.

Правові позиції Конституційного Суду України останнім часом починають формувати нову доктрину, якою орган конституційної юрисдикції фактично реалізовує своє головне завдання – забезпечення верховенства Конституції. Окремо зазначимо, що запровадження інституту конституційної скарги впливає на те, що юрисдикційна доктрина органу конституційної юрисдикції почне розвиватись ще більш методологічно.

В літературі також дискутується питання визнання конституційної доктрини.

Другорядний вплив доктринальних положень на формування первинних джерел права, сьогодні, також дещо помітний.

Ще менше на рівні доктринальних розробок присвячено увагу щодо проблеми загальних принципів права як сучасного джерела конституційного права, які можна уособлювати з дією принципу верховенства права як системної категорії, що об'єднує в собі ряд принципів, які в літературі віднесено до загальних принципів права.

Насамкінець зазначимо, що сучасні джерела конституційного права – формують сучасне конституційне право України, як галузь, що у першу чергу гарантує права людини, демократичні цінності та верховенство права через обмеження державної влади.

Бурачинська Юстина

Львівський національний університет

імені Івана Франка

НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ ПІДСТАВИ ТА ПОРЯДОК ЗАСТОСУВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНИМ СУДОМ УКРАЇНИ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД ТА ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Відповідно до ч. 1 ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. У ч. 1 ст. 19 ЗУ «Про міжнародні договори України» вказано, що чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства.

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) є міжнародним договором, який було ратифіковано 17 липня 1997 року ЗУ «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів N 2, 4, 7 та 11 до Конвенції». Конвенція набрала чинності для України 11 вересня 1997 року.

Відповідно до ст. 17 ЗУ «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права.

У Рішенні від 8 вересня 2016 року №6-рп/2016 Конституційний Суд України (далі – КСУ) підтвердив свою правову позицію, вказану у абзаці 3 підпункту 2.3 пункту 2 мотивувальної частини Рішення КСУ від 1 червня 2016 року №2-рп/2016 щодо принципу «дружнього ставлення до міжнародного права», відповідно до якого практика тлумачення та застосування Конвенції Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ) має враховуватися при розгляді справ у порядку конституційного судочинства.

Станом на березень 2017 року є 312 рішень КСУ, однак лише у 48 з них міститься посилання на Конвенцію та практику ЄСПЛ.

Варто погодитись із твердженнями М. М. Гультая та С. В. Шевчука, що дослідження практики КСУ дає можливість виділити три основні підходи до застосування Конвенції та практики ЄСПЛ у його діяльності.

Перший підхід («відсильний») полягає в тому, що КСУ при обґрунтуванні правової позиції лише згадує про наявність певних європейських стандартів у зв’язку з предметом конституційного спору, але не конкретизує їх, тобто не здійснює посилання на конкретні статті Конвенції та рішення ЄСПЛ.

Наприклад, у Рішенні від 1 грудня 2004 року № 19-рп/2004 (справа про незалежність суддів як складову їхнього статусу) КСУ зазначає, що підхід щодо забезпечення незалежності суддів закріплено у Конвенції, ратифікованій Верховною Радою України 17 липня 1997 року, та в низці інших міжнародних документів. Цей підхід також підтверджується практикою ЄСПЛ.

У Рішенні від 9 липня 2007 року № 6-рп/2007 (справа про соціальні гарантії громадян) КСУ вказує, що принципи соціальної держави втілено також у ратифікованих Україною міжнародних актах, зокрема у Конвенції, та рішеннях ЄСПЛ.

Такий підхід є найбільш юридично вразливим, оскільки позбавляє практику КСУ належної переконливості та не забезпечує достатню юридичну аргументацію його позиції.

Другий підхід («казуїстичний») є більш поширеним і полягає в тому, що КСУ в обґрунтування свого рішення посилається на конкретні статті Конвенції, а

іноді наводить перелік відповідних рішень ЄСПЛ.

Так, у Рішенні від 16 листопада 2000 року № 13-рп/2000 (справа про право вільного вибору захисника) КСУ зазначає, що Конвенція передбачає право кожного обвинуваченого захищати себе особисто або використовувати правову допомогу захисника, вибраного ним на власний розсуд (стаття 6).

Інший приклад — Рішення від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004 (справа про призначення судом більш м'якого покарання), у якому КСУ вказує, що вимога додержувати справедливості при застосуванні кримінального покарання закріплена і в міжнародних документах з прав людини, зокрема у статті 6 Конвенції.

Такий підхід є формально-юридичним, оскільки йдеться про посилання на норми Конвенції, що мають надзвичайно абстрактний характер і охоплюють численні випадки. Як зазначає П. М. Рабінович, справжній зміст багатьох норм Конвенції, сформульованих здебільшого в надто абстрактній, часто оціночній формі, з'ясовується лише після їх тлумачення і застосування у рішеннях ЄСПЛ. Тому належну переконливість позицій КСУ у світлі європейських стандартів з прав людини здатне забезпечити лише звернення до цих рішень та їх контекстний аналіз.

Саме тому найбільш доцільним та досконалим є ***третій підхід («казуїстично-змістовний»)***, коли КСУ у своїх актах звертається не тільки до конкретної статті Конвенції чи до конкретного судового рішення, а й до істинного розгорнутого змісту правових позицій ЄСПЛ, викладених у його рішеннях.

Наприклад, у Рішенні від 11 березня 2010 року № 8-рп/2010 КСУ вказує, що ЄСПЛ у своїх рішеннях визначив окремі ознаки принципу верховенства права у розбудові національних систем правосуддя та здійсненні судочинства, яких мають дотримуватись держави-члени Ради Європи, що підписали Конвенцію. Так, у справі «Пономарьов проти України» ЄСПЛ наголосив, що «право на справедливий судовий розгляд, яке гарантовано пунктом 1 статті 6 Конвенції, має розумітися у світлі преамбули Конвенції, у відповідній частині якої зазначено, що верховенство права є спільною спадщиною Високих Договірних Сторін. Одним з фундаментальних аспектів верховенства права є принцип правової визначеності, який передбачає повагу до принципу res judicata – принципу остаточності рішень суду. Цей принцип стверджує, що жодна зі сторін не має права вимагати перегляду остаточного та

обов’язкового рішення суду просто тому, що вона має на меті добитися нового слухання справи та нового її вирішення» (пункт 40 мотивувальної частини Рішення від 3 квітня 2008 року).

У Рішенні від 1 червня 2016 року № 2-рп/2016 (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу) КСУ зазначає, що ЄСПЛ визначив вимоги, яких необхідно дотримуватися під час законного затримання психічнохворих осіб відповідно до підпункту (е) пункту 1 статті 5 Конвенції, а саме: «за винятком випадків крайньої необхідності, людина не має позбавлятися свободи до тих пір, поки не буде переконливо доведено, що вона дійсно є «психічнохворою». Сама сутність того, в чому слід переконати компетентні державні органи – наявність психічного розладу, – вимагає об'єктивної медичної експертизи; психічний розлад має бути такого характеру або ступеня, які виправдовували б обов'язкове позбавлення свободи; обґрунтованість позбавлення свободи залежить від стійкості такого розладу» (пункт 39 рішення у справі «Вінтерверп проти Нідерландів» від 24 жовтня 1979 року).

Отже, можна зробити висновок, що за останні роки КСУ став частіше звертатися до правових позицій ЄСПЛ, що є позитивною тенденцією. Адже застосування Конвенції та практики ЄСПЛ у порядку конституційного судочинства має важливе значення для інтерпретації положень, що стосуються конституційних прав та свобод. Однак КСУ застосовує Конвенцію та практику ЄСПЛ лише у 15% Рішень, що є досить низьким показником. Саме тому, щоб забезпечити належну переконливість своїх Рішень, КСУ варто частіше звертатися до розгорнутого змісту правових позицій ЄСПЛ, а не тільки до конкретної статті Конвенції чи конкретного судового рішення.

Партика Божена

Львівський національний університет

імені Івана Франка

НЕСУМІСНІСТЬ ДЕПУТАТСЬКОГО МАНДАТУ ІЗ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ

Сьогоденні реалії політичного, економічного та суспільного життя у світі визначають умови, за яких функціонують представницькі органи. Одним з основних принципів інституту парламентаризму є принцип несумісності, в основу якого покладені обмеження щодо обіймання певних посад на час виконання здійснення повноважень у парламенті. Закріплення вимог щодо несумісності депутатського мандата є одним із найбільш поширених механізмів запобігання конфлікту інтересів, який практикується в усіх без винятку країнах Європи. Теоретично ця заборона обґрунтовується необхідністю забезпечити на практиці реалізацію принципу розподілу влад, захистити незалежність членів парламенту від зовнішнього впливу при здійсненні своєї професійної діяльності. Центральною є проблема сумісництва депутатської діяльності з підприємництвом. Причому ця проблема практично торкається майже всіх держав світу.

Зокрема, австрійське законодавство допускає можливість здійснення членами парламенту діяльності, що має на меті одержання прибутку. Виняток з цього правила встановлено лише для Президента Національної ради та керівників парламентських фракцій. Проте, така заборона не є абсолютною, адже за дозволом Комітету з питань несумісності відповідним особам може бути дозволено брати участь у комерційній діяльності. Тим не менше, існують певні обмеження щодо обіймання депутатами керівних посад у комерційних компаніях (акціонерні компанії та товариства з обмеженою відповідальністю, які провадять діяльність у банківській, промисловій, торгівельній та транспортній сферах, а також ощадні банки). В цьому випадку депутати можуть обіймати посади в лише на безоплатній основі. Аналогічної позиці дотримуються і в Словенії.

У Великобританії небагато парламенту членів залишають свою основну роботу або професійну діяльність, а більшість зберігає роботу за сумісництвом. Парламентарі підтримують тісні зв’язки з групами тиску і лобістськими організаціями. Правила парламенту не виключають таких зв’язків і не забороняють депутату взяти участь у голосуванні з будь-яких питань порядку денного. Однак депутат зобов’язаний повідомити палаті або комітету про свій грошовий інтерес, який торкається справи, що розглядається. Підкуп члена парламенту у зв’язку з його діяльністю в палаті вважається порушенням парламентських привілеї.

В Україні це питання регламентовано у ч. 2 ст. 78 Конституції України, згідно з якою народні депутати України не можуть займатися підприємницькою діяльністю. Закон України «Про статус народного депутата України» містить правило, згідно з яким народний депутат України не має права «входити до складу керівництва правління чи ради підприємства, установи, організації, що має на меті одержання прибутку».

Незважаючи на різні погляди, що існують у суспільстві стосовно доцільності поєднання депутатства з підприємництвом, у реальному житті переважає точка зору, згідно з якою заборона зайняття підприємницькою діяльністю є марною, оскільки замість депутата його доходи може отримати, наприклад, його дружина (чоловік). Тому, встановлена в Конституції, Законі України «Про статус народного депутата України», заборона сумісності депутатської діяльності з підприємницькою фактично не реалізується на практиці. Національне бюро розслідувань України повідомляє, що щонайменше 54 народні депутати не задекларували свій бізнес чи бізнес своїх родин. Депутати приховали від декларації свій чи/та родинний бізнес про це свідчать дані Єдиного державного реєстру підприємств та організацій України (ЄДРПОУ).

Можливий варіант розв’язання цієї проблеми – кардинальна зміна підходу до сумісництва депутатської та підприємницької діяльності шляхом внесення доповнень до Конституції України, Закону України «Про статус народного депутата України» щодо дозволу такого сумісництва. Офіційний дозвіл народним депутатам України поєднувати депутатську діяльність у «розумних» межах із приватною підприємницькою діяльністю за умов реєстрації особистої зацікавленості в кожному конкретному випадку принесе більше користі у справі боротьби з впливом приватних інтересів на законотворчу діяльність, хоча б з тих міркувань, що такі інтереси будуть Верховній Раді відомі заздалегідь, ніж формальну заборону, яка на практиці не спрацьовує.

Водночас із цього принципу сумісності парламентського мандата з підприємницькою діяльністю повинні існувати винятки. За аналогією з досвідом зарубіжних країн, однозначно несумісні з парламентською діяльністю належить визнати функції керівників у тих категоріях приватних підприємств, які

користуються підтримкою держави або діють під контролем місцевої громади. Також в ряді країн законодавство обмежує використання інформації, отриманої в процесі здійснення депутатських повноважень, в приватних та інших цілях, непов'язаних з діяльністю парламентаря (Латвія, Литва, Словаччина). Більше того, можна встановити обмеження щодо участі у комерційних рекламних кампаніях. Законодавством деяких країн Європи обмежено участь депутатів у комерційних рекламних кампаніях(Болгарія, Латвія).

Отже, Конституції більшості країн світу, передбачають роботу парламентарія на постійній основі на період здійснення депутатом своєї діяльності, що повинно забезпечити ефективність роботи парламенту. Поряд з цим одним з основних принципів інституту парламентаризму є принцип несумісності представницького мандата із іншими видами діяльності. Цей принцип означає певні обмеження парламентарія щодо обіймання деяких посад на час виконання ними своїх представницьких функцій.

Кожна держава закріплює свій обсяг несумісності депутатського мандата. Проте, проблема сумісності депутатського мандата торкається практично всіх держав світу. Ця проблема стосується і України, оскільки реальна заборона не відображає реальний стан речей в Україні. Варто кардинально змінити підхід до сумісництва депутатського мандата та підприємництва. Офіційно дозволити депутатам України займатися підприємницькою діяльністю у розумних межах.

Нікопольська Кристина

Київський національний університет

імені Тараса Шевченка

ДІЯЛЬНІСТЬ ІНСТИТУТУ УПОВНОВАЖЕНОГО ПРЕЗИДЕНТА З ПРАВ ДИТИНИ ЩОДО ГАРАНТУВАННЯ ТА ЗАХИСТУ ПРАВ ДИТИНИ В УКРАЇНІ.

Незважаючи на значні позитивні зрушення, що відбулися у сфері охорони дитинства протягом останніх років, існуюча в Україні система захисту прав дітей не

дозволяє сформувати належний рівень забезпечення прав дітей, а тому питання підвищення ефективності механізму захисту прав дітей, як особливо вразливої соціальної групи (через неможливість останніх, у здебільшому, захистити свої права самостійно) є надзвичайно актуальним.

У цьому контексті ми будемо говорити про Інститут Уповноваженого Президента України з прав дитини (далі – «Уповноважений»), що є досить новим для українського правового поля, однак який покликаний стати передовим, з-поміж інших органів державної влади, в питаннях захисту прав дітей. Варто звернути увагу, що ефективність функціонування спеціалізованих омбудсменів, які здійснюють свою діяльність в інтересах специфічних груп, що потребують додаткового захисту, підтверджується зарубіжним досвідом. Зокрема, Інститут омбудсмена з прав дитини сформований у Норвегії, Фінляндії, Новій Зеландії, Австрії, Ізраїлі, Колумбії, Російській Федерації, Литві тощо.

Запровадження Інституту Уповноваженого з прав дитини в Україні є наслідком виконання нею зауважень та рекомендацій Комітету ООН з прав дитини, які були винесені 2011 року щодо політики, яка здійснюється стосовно дітей у нашій країні. У зауваженнях зазначалося, що Комітет настійно рекомендує Україні вжити усіх необхідних заходів для створення посади Уповноваженого з прав дітей.

Так, нормативно-правовою базою діяльності Уповноваженого в Україні виступає указ Президента України «Питання Уповноваженого Президента України з прав дитини» від 11 серпня 2011 року.

Відповідно до пункту 4 Положення про Уповноваженого Президента з прав дитини, основними завданнями дитячого омбудсмена є:

1) постійний моніторинг додержання в Україні конституційних прав дитини, виконання Україною міжнародних зобов'язань у цій сфері та внесення в установленому порядку Президентові України пропозицій щодо припинення і запобігання повторенню порушень прав і законних інтересів дитини;

2) внесення Президентові України пропозицій щодо підготовки проектів законів, актів Президента України з питань прав та законних інтересів дитини;

3) здійснення заходів, спрямованих на захист і відновлення порушених прав та законних інтересів дитини, інформування громадськості про такі заходи та їх результати;

4) підготовка заходів за участю Президента України, у тому числі міжнародного характеру, з питань, що стосуються дітей;

5) здійснення заходів щодо налагодження взаємодії органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування з питань захисту прав та законних інтересів дитини.

Так, із моменту створення посади Уповноваженого була налагоджена тісна співпраця з Представництвом Дитячого фонду ООН (ЮНІСЕФ) в Україні та Європейською мережею омбудсменів з прав дітей «European Network of Ombudspersons for Children». До того ж, Україна отримала запрошення щодо членства у Європейській мережі омбудсменів з прав дітей. При цьому, особливе місце у діяльності Офісу Уповноваженого Президента з прав дитини займає захист прав дітей уразливих категорій, зокрема, дітей-сиріт, дітей, позбавлених батьківського піклування, дітей з особливими потребами, дітей у конфлікті та контакті із законом, - що беззаперечно є позитивом для процесу забезпечення прав дітей.

У свою чергу, аналіз правозастосовчої діяльності Уповноваженого дає підстави також констатувати, що найбільша кількість звернень до омбудсмена стосується скарг на дії або бездіяльність місцевих органів виконавчої влади, питань житлового забезпечення та майнових спорів стосовно житла, де діти або власники, або користувачі та спорів між батьками щодо визначення місця проживання дитини, участі у вихованні дитини.

Однак, незважаючи на явні позитивні досягнення та досить широке коло завдань, які покладаються на Уповноваженого Президента з прав дитини, обсяг його реальних повноважень є досить обмеженим і не дозволяє належним чином забезпечити дотримання прав дітей. Якщо коротко описати суть повноважень дитячого омбудсмена, то ними є: аналіз інформації, статистики, скарг, внесення на основі проаналізованої інформації пропозицій до органів різних рівнів щодо формування політики у справах дітей, звернення до правоохоронних органів у разі виявлення порушень прав дитини, звернення до компетентних органів державної влади та місцевого самоврядування, надання консультацій щодо способів захисту прав дітей тощо. На нашу думку, такі повноваження є недостатніми для своєчасного реагуван-

ня на порушення прав дітей, а також для здійснення реального впливу на формування політики у справах дітей.

Деякі науковці, зокрема Опацький Р.М., вважають, що для повнішого виконання Уповноваженим своїх завдань варто на законодавчому рівні закріпити його взаємодію з Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини, з наступним чітким розподілом їх сфер впливу, оскільки порушення прав дитини також є і порушенням прав людини. Крім того, ця взаємодія надасть можливість ефективно впливати на причини та умови, що сприяють порушенням прав дітей. Також, суттєвою прогалиною вбачається те, що Уповноважений з прав дитини не наділений повноваженнями звертатися до Конституційного Суду України.

Ми переконані, що чинне українське законодавство стосовно повноважень Інституту Уповноваженого Президента України з прав дитини повинно бути вдосконалено, оскільки нинішній його стан не дозволяє сформувати ефективну правозастосовчу практику цього органу у питаннях захисту прав дітей. Вважаємо, що перетворення інституту Уповноваженого на дієвий та результативний інструмент захисту прав дитини можливе через прийняття окремого закону, який би встановлював підстави для здійснення оперативного реагування на той чи інший конкретний випадок, а також для проведення роботи із поновлення порушених прав дитини. Доречно закріпити за Уповноваженим право притягати до відповідальності винних за порушення прав дітей осіб та право на звернення до Конституційного Суду України щодо конституційності законів та інших актів.

Богуслав Пшивора

Ягеллонський університет

ПРАВО НА ДОСТУП ДО ПУБЛІЧНОЇ ІНФОРМАЦІЇ В СВІТЛІ ПОЛЬСЬКОЇ ТА УКРАЇНСЬКОЇ КОНСТИТУЦІЙ

Мета даної роботи полягає у представленні та оцінці конституційних рішень, прийнятих у Польщі та Україні, які містять у собі тлумачення права доступу до публічної інформації. Право на доступ до інформації закріплене на рівні конституцій або ж законів в переважній більшості країн. У демократичній правовій

державі громадяни повинні мати доступ до інформації про заходи, що проводяться державними органами як на загальному, так і на місцевому рівнях .

Польський законодавець, встановлюючи конституційні основи права на доступ до публічної інформації, прийняв шведську модель доступу до публічної інформації . Конституція Польщі від 2 квітня 1997 року не визначає поняття публічної інформації, але містить загальні директиви в цьому відношенні. Можна навіть ствердити, що польська Конституція 1997 року достатньо широко описує право на публічну інформацію. Воно є одним з основних прав, за допомогою яких громадяни можуть брати участь у суспільному житті, в реалізації принципу народного суверенітету. Слід підкреслити, що роль громадянина не закінчується на голосуванні у виборах і у формуванні Сейму та Сенату. Право на отримання інформації про діяльність органів влади є важливою складовою суспільного життя і суспільного контролю за діяльністю органів держави та органів місцевого самоврядування .

Право на отримання інформації закріплене у ст. 61 Конституції Польщі. Відповідно до цього положення, кожен громадянин має право доступу до інформації і застосовує його для отримання інформації про діяльність державних органів і осіб, які виконують державні функції. Це право також включає в себе отримання інформації про діяльність суб'єктів господарювання та охорони громадського порядку, а також інших осіб і організаційних одиниць на території областей, в яких вони виконують завдання органів державної влади і управління комунальним майном або майном Державного казначейства (п. 1). Крім цього, Конституція вказує на порядок здійснення права на отримання інформації. Право на отримання інформації повинно забезпечувати доступ до документів, а також право бути присутнім на засіданнях колегіальних органів державної влади, сформованих загальними виборами, з можливістю записування звуку та зображення (п. 2). Можна зробити висновок про те, що конституційне право на інформацію включає в себе право на отримання відповіді на запит про надання інформації щодо функціонування державних інститутів, особливо органів державної влади (інформацію про наявні в установі процедури і призначені завдання, процес їх реалізації, а також щодо тендерів які відбулися або ж відбудуться тощо) .

Право доступу до публічної інформації не є абсолютним. Польська Конституція допускає обмеження права на інформацію. Воно може бути обмеженим тільки на рівні конкретних законів, що захищають права і свободи інших осіб і суб'єктів господарювання, громадського порядку, безпеки або важливих економічних інтересів держави (Розділ 3). Дане положення встановлює межі допустимих обмежень на це право. Польська конституція також визначає, що правила і режим надання інформації становлять окремі закони, а у випадку Сейму і Сенату – внутрішні регламенти (Розділ 4).

Таким чином, Конституція покладає на законодавця обов'язок видавати закони, які встановлюють процедуру надання інформації таким чином, щоб за рахунок регулювання процесуальної і організаційно-технічної сторони використання конституційного права на отримання інформації було можливим на практиці. Найважливішим законом у цій сфері є закон від 6 вересня 2001 року «Про доступ до публічної інформації».

У порівнянні з польською, українська конструкція щодо розуміння права доступу до публічної інформації, яка міститься в Конституції України 1996 року, є менш докладною. В Україні право на доступ до інформації було включеним у вигляді складової частини права на свободу вираження поглядів.

У розумінні ст. 34 Конституції України остання гарантує кожному право на свободу думки і слова, право вільно виражати свої погляди і переконання. Кожна людина має право вільно збирати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір. Слід також зазначити, що Конституція України передбачає обмеження цього права у окремих законах і в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку, з метою запобігання злочинам, для охорони здоров'я населення, репутації або прав інших осіб, з метою запобігання поширенню інформації, отриманої конфіденційно, або ж для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя.

Варто зазначити, що країни Співдружності Незалежних Держав, в тому числі Україна, розробили певні стандарти щодо доступу до публічної інформації у вигляді двох модельних законів, прийнятих Міжпарламентською Асамблеєю держав - членів Співдружності Незалежних Держав. Першим з них є модельний закон СНД "Про право доступу до інформації» (від 17 квітня 2004 р., Рішення № 23-14), а дру-

гий модельний закон, що стосується доступу до інформації права є модельний закон СНД "Про забезпечення доступу до екологічної інформації "(від 6 грудня 1997 рішення №10-7). Типовий закон, підготовлений Міжпарламентською Асамблеєю СНД, не є обов'язковим для держав-членів.

Їх основна мета полягає у сприянні правової інтеграції в країнах СНД [10]. Відмінними від цього є конституційні положення, що поширюються на Закон України від 13 січня 2011 року №2939-VI «Про доступ до публічної інформації»

Слід зазначити, що як польські, так і українські підходи до права на публічну інформацію є частиною європейської тенденції до конституціоналізації права на інформацію. Проте, в обох конституціях прийняті різні моделі щодо визначення права на публічну інформацію. У Польщі право доступу до публічної інформації представлено особливим чином, в якості окремого права, в той час як в Україні право доступу до публічної інформації є частиною права на свободу думки і слова. Польський підхід міг би, ймовірно, бути придатним для України та інших країн Центральної та Східної Європи. Польський законодавець детально представив право доступу до публічної інформації, що, як правило, має посилити виконання цього права на рівні звичайних законів. У Польщі право доступу до публічної інформації класифікується як одне з публічних прав, а це означає, що людина має реальну можливість, вимагати його виконання.

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Пустова Наталія
Львівський національний університет
імені Івана Франка

ОСОБЛИВОСТІ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ІНДИВІДУАЛЬНОГО БАНКІВСЬКОГО СЕЙФА

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» банк – юридична особа, яка на підставі банківської ліцензії має виключне право надавати банківські послуги, відомості про яку внесені до Державного реєстру банків.

На сьогоднішній день послуги відносять до об’єктів цивільних прав. Банки в свою чергу поряд з традиційними (основними) функціями, які вони виконують, надають послуги по зберіганню грошей.

Крім депозитних, кредитних, розрахункових та інших банківських операцій, комерційні банки можуть використовувати й нетрадиційні послуги, що дає змогу розширити клієнтуру, збільшити обсяг прибутку і диверсифікувати ризики, поліпшити структуру балансу банку, його ліквідність. Становлення і розвиток ринку нетрадиційних банківських послуг — це тривалий процес, який лише розпочався в Україні. Це перший крок, оскільки їхнє використання має чимало переваг як для поклажодавців, так і для банківських установ.

Договір про надання індивідуального банківського сейфа поділяється на види залежно від особливостей його регулювання:

- договір про надання індивідуального банківського сейфа, що охороняється банком – ст. 970 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України);
- договір про надання індивідуального банківського сейфа, що не охороняється банком – ст. 971 ЦК України.

При укладенні договору про надання індивідуального банківського сейфа, що

охороняється банком, у банку зберігаються цінності. Це поняття відповідно до ч. 1 ст. 969 ЦК України охоплює документи, цінні папери, дорогоцінні метали, каміння, інші коштовності та цінності.

Згідно з постановою Правління Нацбанку «Про затвердження Положення про порядок реєстрації та ліцензування банків, відкриття відокремлених підрозділів» від 08 вересня 2011 р. № 306, із змінами: «Банк має право розпочати новий вид діяльності або надання нового виду фінансових послуг, визначених статтею 47 Закону та статтею 4 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», які не є валютними операціями за наявності банківської ліцензії».

Крім того, відповідно до п.5.3. цієї Постанови: «Банк для надання послуг із зберігання цінностей або надання в майновий найм (оренду) індивідуального банківського сейфа має відповідати такій спеціальній вимозі: наявність сховища для розміщення індивідуальних сейфів, технічний стан якого відповідає вимогам нормативно-правових актів Національного банку».

Законодавець урахував особливості обігу цінних паперів, тому ч. 2 ст. 969 ЦК України передбачає, що поклажодавець може уповноважити банк на вчинення правочинів із цінними паперами, прийнятими на зберігання. Цей вид банківської послуги має свої особливості. Діяльність комерційних банків щодо цінних паперів регламентується ст. 47 ЗУ «Про банки і банківську діяльність» від 7 грудня 2000 р., зі змінами, згідно з якою: «Банківські послуги дозволяється надавати виключно банку. Центральний депозитарій цінних паперів має право провадити окремі банківські операції на підставі ліцензії на здійснення окремих банківських операцій, що видається у встановленому Національним банком України порядку».

Факт укладення договору зберігання цінностей у банку посвідчується іменним документом, за пред'явлення якого цінності, що зберігаються, повертаються поклажодавцю (ч. 3 ст. 969 ЦК України). Цей документ не є цінним папером, а лише підтверджує факт укладення договору.

Особливістю договору про надання індивідуального банківського сейфа, який охороняється банком, є те, що банк безпосередньо приймає від поклажодавця цінності під їх опис, контролює їх поміщення у сейф та одержання їх із нього. Банк

здійснює зазначений опис цінностей та несе підвищену відповідальність за псування цінностей з вини банку.

У банківських сейфах або спеціальних приміщеннях не дозволяється зберігати зброю, токсичні, радіоактивні, наркотичні, вибухонебезпечні речовини, а також інші предмети, зазначені у договорі.

Банк гарантує зовнішню недоторканність індивідуального сейфа та виключає можливість доступу до нього третіх осіб. Доступ поклажодавця до індивідуального сейфа здійснюється за наявності у нього ключа від сейфа, картки, що ідентифікує поклажодавця, іншого знака чи документа, який посвідчує його право на доступ до сейфа та одержання з нього цінностей. У договорі може бути обумовлено і право поклажодавця працювати в банку з цінностями, які зберігаються в індивідуальному сейфі.

Банк є професійним зберігачем, діяльність якого підпадає під загальні положення про зберігання (гл. 66, статті 936-955 ЦК України). Поклажодавцями є фізичні та юридичні особи, які уклали з банком договір про надання у тимчасове користування індивідуального сейфа для зберігання цінностей.

Договір про надання індивідуального банківського сейфа, що охороняється банком, є оплатним і строковим.

Особливістю договору про надання індивідуального банківського сейфа, що не охороняється банком, є те, що цей різновид договору необхідно кваліфікувати як договір найму (оренди), що регулюється главою 58 ЦК України – сейф надається наймачу в користування без контролю з боку банку того, що він там розміщує.

Сторонами цього договору є банк і наймач. Банк - комерційна юридична особа, для якої надання послуг зі зберігання входить до переліку послуг у сфері банківської діяльності. Банк надає послуги зі зберігання цінностей без відповідальності за вміст сейфу, але забезпечує систему охорони (наймає персонал, облаштовує спеціальні приміщення). Банк не перевіряє, які саме речі має намір зберігати наймач, не здійснює опис цінностей, та не несе відповідальності за псування цінностей не з вини банку. При цьому банк зобов’язаний передати наймачеві річ у комплекті і у стані, що відповідають умовам договору найму та її призначенню і попередити наймача про особливі властивості та недоліки речі, які йому відомі і які можуть бути небезпечними для життя, здоров´я, майна наймача або інших осіб або призвести до

пошкодження самої речі під час користування нею (тобто відповідає за якість речі, переданої у найм – ст. 767 ЦК України).

Наймачем може бути фізична та юридична особа – власник цінностей та речей, які він поміщає у сейф, або уповноважена ним особа. Він відповідає за збитки завдані банку через характерні властивості цінностей, які перебувають на зберіганні в індивідуальному банківському сейфі (хімічна реакція, вибух тощо), та відшкодовує у повному обсязі згідно з умовами договору та чинним законодавством. Предмет, який може бути розміщений наймачем у сейфі, має оціночну вартість. Його вартість може бути суб'єктивною. Банк передає в користування сейф і ключ.

Отже, важливо розрізняти ці два види договорів про надання індивідуального банківського сейфа, оскільки від цього залежить особливість відповідальності банку: за договором про надання індивідуального банківського сейфа, що охороняється банком – банк відповідає без вини (за винятком обмежень, які передбачені ч. 2 ст. 950 ЦК України), а договором про надання індивідуального банківського сейфа, що не охороняється банком – банк відповідає лише за якість банківського сейфа та ключі, які додаються до нього.

Альона Шкодяк

Львівський національний університет

імені Івана Франка

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «НАЙМ» ТА «ОРЕНДА» В ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИНАХ ЩОДО ПЕРЕДАННЯ ЖИТЛА В КОРИСТУВАННЯ

Право на житло є однією із конституційних гарантій, яке забезпечується низкою нормативно-правових актів, а саме ЦК, ЖК України тощо. Житло як об’єкт цивільних правовідносин задовольняє найнеобхідніші потреби фізичної особи. Одним із способів реалізації права на житло є укладення договорів найму (оренди) житла.

Для здійснення співвідношення понять договорів «найму» та «оренди» житла потрібно з’ясувати співвідношення понять договору найму та договору оренди без

прив’язки до житла. Відповідно до статті 759 ЦК України за договором найму (оренди) наймодавець передає або зобов’язується передати наймачеві майно у користування за плату на певний строк. Основні ознаки такого визначення збереглися ще з чинного до 1 січня 2004 р. ЦК УРСР від 18.07.1963р., у статті 256 якого було дано визначення договору найму: «За договором майнового найму наймодавець зобов’язується надати наймачеві майно у тимчасове користування за плату». Відповідно до частини 1 статті 283 Господарського кодексу України (далі ГК України) за договором оренди одна сторона (орендодавець) передає другій стороні (орендареві) за плату на певний строк у користування майно для здійснення господарської діяльності. Згідно частини 1 статті 2 Закону України «Про оренду державного та комунального майна», статті 1 Закону України «Про оренду землі» орендою є засноване на договорі строкове платне володіння і користування земельною ділянкою, необхідною орендареві для проведення підприємницької та інших видів діяльності. Аналіз запропонованих законодавцем та науковцями визначень поняття договору оренди свідчить про однакове розуміння цього поняття. Не важко зауважити, що у ГК України та Законах України «Про оренду державного та комунального майна», «Про оренду землі» використано термін «оренда», а у ЦК України – «найм» і «оренда». Український законодавець поставив знак рівності у ЦК України між поняттями «найму» та «оренди», що дозволяє застосовувати визначені у ЦК України загальні положення про найм до правовідносин, які виникають з приводу оренди окремих об’єктів нерухомого майна, зокрема і житла.

Стосовно поняття договору найму (оренди) житла, то проаналізувавши норми ЦК України можна побачити, що законодавець використовує як поняття найм (оренда) житла (частина 1 статті 810 ЦК України), так і найм житла (частина 2 статті 810, статей 811 - 826 ЦК України),а також оренда житла з викупом (стаття 810^1 ЦК України). У ЖК України також вживаються два поняття: договір оренди житла та договір найму житла. Конституція України закріплює право громадянина взяти житло в оренду.

Загальне визначення договору найму (оренди) житла міститься в частині 1 статті 810 ЦК України. Так, за договором найму (оренди) житла одна сторона – власник житла (наймодавець) передає або зобов’язується передати другій стороні (наймачеві) житло для проживання в ньому на певний строк за плату. У частині 2

цієї статті вказується, що підстави, умови, порядок укладення та припинення договору найму житла, що є об'єктом права державної або комунальної власності, встановлюються законом. Тобто логічно припустити, що різниця між договором найму житла й договором оренди житла, полягає в приналежності житла до форми власності: у разі укладення договору щодо житла, яке перебуває в комунальній чи державній власності, договір називається «договором найму житла». Однак щодо житла, яке перебуває в приватній власності, ЦК України також допускає укладення договору найму, що підтверджується викладеними далі нормами, у яких ідеться лише про «договір найму» (статі 811–826 ЦК України). Також ЦК України виділяє особливий вид договору найму (оренди) житла, який позначається як договір оренди житла з викупом.

Виходячи з норм ЖК України, основною ознакою для розмежування договору найму житла та договору оренди житла є приналежність житла до певного виду житлового фонду: стосовно житла з приватного житлового фонду укладається договір оренди (ст. 150 ЖК), а з державного чи комунального – договір найму (ст. 61 ЖК). Однак, варто зазначити те, що ЖК України не дає визначення понять «найм житла» чи «оренда житла».

Виходячи з вище зазначеного, можна прийти до висновку, що українське законодавство у сфері передання майна (зокрема, житла) у користування закріплює такі поняття, як найм (оренда) житла, найм житла, оренда житла та оренда житла з викупом.

В науковій літературі можна зустріти думки науковців про те, що договір про передачу житла з державної чи комунальної власності в користування громадянам має назву «договір оренди житла», а про передачу житла, яке є приватною власністю, - «договір найму житла». Однак, підтримуючи позицію тих науковців, які вказують, що законодавець і справді зрівняв поняття найму та оренди у ЦК України від 2003 року, вважаємо, що завдяки цьому не буде помилкою використовувати як поняття найм, так і поняття оренди, не зважаючи на те, що деякі науковці вважають, що поняття оренди варто використовувати лише у випадках, коли йдеться про господарські договори щодо передачі майна у користування.

У зв'язку із вище зазначеним, поняття договору найму житла та договору

оренди житла можна вважати тотожними, оскільки обидва договори мають одну мету: передачу житла у користування. Отже, різні підходи до назви договорів, що спрямовані на передання житла в користування, не змінюють самої мети цих договорів, яка є однаковою (спільною) для них.

У цьому контексті також хотілося б звернути увагу на те, що в Україні основним законом є Конституція, а тому, в інших нормативно-правових актах понятійний апарат повинен співпадати з Основним Законом. За таких обставин у подальшому я вважаю за необхідне використовувати поняття, передбачені Конституцією України, тому правовідносини з передання житла у користування варто визначати як оренда житла, а договір стосовно таких правовідносин, - як договір оренди житла, не зважаючи на житловий фонд, до якого належить житло. Також, варто внести зміни у нормативно-правові акти з метою уніфікації та замінити поняття «найм житла», «найм (оренда) житла» на поняття «оренда житла».

Анна Ярега
Львівський національний університет
імені Івана Франка

УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРІВ В ЕЛЕКТРОННІЙ ФОРМІ

Комунікаційні технології розвиваються в небаченому досі темпі. За перше десятиліття XXI століття кількість користувачів Інтернету налічує понад 2 мільярди. Кількість тих, хто користується мобільним телефоном – 6 мільярдів. Якщо теперішній темп технологічних інновацій не сповільниться, прогнозується, що до 2025 року, майже всі 8 мільярдів людей, що житимуть у той час на Землі, будуть онлайн. За даними GfK Ukraine, у 2013 р. країна входила в трійку найбільш швидкозростаючих ринків електронної комерції Європи. Усі вищенаведені статистичні дані свідчать про те, що зростає кількість договорів, які укладені за допомогою мережі Інтернет, що зумовлює актуальність даного наукового дослідження.

Здійснивши комплексний науковий аналіз нормативно-правової бази, судової практики, спеціальної літератури, статистичних даних, які стосуються укладення договорів у електронній формі, я дійшла таких висновків.

Правова природа електронної форми договорів по-різному трактується у науковій літературі. Між дослідниками ведеться дискусія, чи слід вважати електронну форму договорів окремо формою, чи вона є різновидом письмової форми договорів.

Вітчизняний законодавець вирішив це питання таким чином. Відповідно до ч. 1 ст. 205 ЦК України, правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі. Законом України «Про електронну комерцію» закріплено визначення понять «електронний договір», «електронний договір». Розуміння електронної форми договору саме як різновиду письмової відповідає міжнародним та європейським принципам, закріпленим у міжнародних документах, зокрема у Типовому законі про електронну торгівлю комісії ООН по праву міжнародної торгівлі, у Директиві 2000/31/ЄС («Директиві про електронну комерцію»)

Відповідно до ч. 1 ст. 207 ЦКУ Правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах (у тому числі електронних), у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони. Отже, зміст договору в електронній формі може бути зафіксованим в одному чи кількох електронних документах (вимоги до яких встановлені спеціальним ЗУ «Про електронні документи та електронний документообіг») або в електронних листах за умови можливості ідентифікації сторін.

Стадіями укладення правочину в електронній формі є:

1. Здійснення пропозиції укласти договір в електронній формі (оферта) .
2. Прийняття (акцепт) другою стороною договору.

Відповідно до ч. 4 ст. 11 ЗУ «Про електронну комерцію», пропозиція може бути зроблена шляхом:

- Надсилання комерційного електронного повідомлення, яке повинне бути адресним, містити істотні умови, передбачені законодавство для відповідного договору та виражати намір особи, яка надіслала електронне комерційне повідомлення, вважати себе зобов’язаною у разі прийняття пропозиції укласти договір.
- Розміщення пропозиції (оферти) у мережі Інтернет або інших інформаційно-телекомунікаційних системах.

Відповідно до ч. 6 ст. 11 ЗУ «Про електронну комерцію», відповідь особи, якій адресована пропозиція укласти електронний договір, про її прийняття (акцепт) може бути надана шляхом:

– надсилання електронного повідомлення особі, яка зробила пропозицію укласти електронний договір, підписаного в порядку, передбаченому ст. 12 ЗУ «Про електронну комерцію»;

– заповнення формуляра заяви (форми) про прийняття такої пропозиції в електронній формі, що підписується в порядку, передбаченому ст. 12 ЗУ «Про електронну комерцію»;

– вчинення дій, що вважаються прийняттям пропозиції укласти електронний договір, якщо зміст таких дій чітко роз’яснено в інформаційній системі, в якій розміщено таку пропозицію, і ці роз’яснення логічно пов’язані з нею.

Надзвичайно важливим питанням у дослідженні уладення договорів в електронній формі є проблема електронного підпису.

Відповідно до ст. 12 ЗУ «Про електронну комерцію», підписання договору в електронній формі може здійснюватися шляхом:

– електронного підпису або електронного цифрового підпису відповідно до ЗУ «Про електронний цифровий підпис», за умови використання засобу електронного цифрового підпису усіма сторонами електронного правочину;

– електронного підпису одноразовим ідентифікатором, визначеним цим Законом;

– аналога власноручного підпису (факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, іншого аналога власноручного підпису) за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідних аналогів власноручних підписів.

Відповідно до ЗУ «Про електронний цифровий підпис», *електронний цифровий підпис* – це вид електронного підпису, отриманого за результатом криптографічного перетворення набору електронних даних, який дає змогу підтвердити цілісність цих електронних даних та дозволяє ідентифікувати підписувача.

Електронний цифровий підпис накладається за допомогою особистого ключа та перевіряється за допомогою відкритого ключа. Документом, який засвідчує чинність і належність відкритого ключа підписувачу є сертифікат відкритого ключа,

який видається центром сертифікації ключів. ЗУ «Про електронний цифровий підпис» передбачає також посилений сертифікат відкритого ключа – сертифікат ключа, який відповідає вимогам цього Закону, виданий акредитованим центром сертифікації ключів, засвідчувальним центром, центральним засвідчувальним органом (ст. 1 Закону).

Важливо акцентувати увагу на вимогах ЗУ «Про електронний цифровий підпис», за яких електронний цифровий підпис прирівнюється до власноручного підпису (печатки). Так, однією із таких вимог є підтвердження електронного підпису з використанням посиленого сертифіката ключа за допомогою надійних засобів цифрового підпису. Отже, з цього повинно випливати, що лише накладення електронного цифрового підпису на підставі посиленого сертифікату ключа прирівнюється до власноручного підпису.

Однак в той же час у ч. 2 ст. 3 Закону передбачено, що електронний підпис не може бути визнаний недійсним лише через те, що він має електронну форму або не ґрунтується на посиленому сертифікаті ключа. Наявна очевидна суперечність між положеннями законодавства. Виникає питання щодо юридичної сили електронного цифрового підпису, що грунтується на «звичайному», непосиленому сертифікаті та інших видів електронних підписів. Однак тут слід звернути увагу на європейський підхід. Зокрема згідно із ч. 2 ст. 5 Директиви 1999/93/ЄС «Про систему електронних підписів, що застосовується в межах Співтовариства Неможливим є неможливість позбавлення електронного підпису юридичної сили і прийнятності в якості доказу у судочинстві лише на тій підставі, що він:

- виконаний у електронній формі, чи
- не заснований на чинному сертифікаті, чи
- не заснований на чинному сертифікаті, виданому акредитованим постачальником послуг по сертифікації, чи
- не створений за допомогою безпечного механізму створення підпису.

Для усунення колізій з приводу використання різних видів електронних підписів, ми пропонуємо класифікувати договори в електронній форми за видами електронного підпису:

1) договори з електронним цифровим підписом, підтвердженим сертифікатом відкритого ключа;

2) договори з електронним цифровим підписом, підтвердженим посиленим сертифікатом відкритого ключа;

3) договори з іншими електронними підписами, тобто з електронними підписами одноразовим ідентифікатором та аналогом власноручного підпису.

На мою думку, за умови використання даних трьох видів електронних підписів, слід вважати, що письмова форма договору є дотриманою і відповідні документи можуть бути доказами під час розгляду спорів в судах. Однак, на законодавчому рівні потрібно передбачити в яких саме випадках можуть використовуватися сторонами окремі види електронних підписів.

Таким чином, механізм правового регулювання укладення договорів в електронній формі потребує вдосконалення, адже в законодавстві прослідковується чимало прогалин та юридичних колізій, які слід вирішити. Тому завдання правників – створити належну та якісно нормативно-правову базу для розвитку електронної комерції в Україні та вдосконалення правового регулювання укладення договорів в електронній формі.

Анна Держипільська

Львівський національний університет

імені Івана Франка

АНАЛІЗ ОКРЕМИХ ТЕОРЕТИЧНИХ АСПЕКТІВ ІНСТИТУТУ ЗАКІНЧЕННЯ ПРОВАДЖЕННЯ У ЦИВІЛЬНІЙ СПРАВІ БЕЗ УХВАЛЕННЯ РІШЕННЯ СУДУ ТА ВИЯВЛЕННЯ ПРОБЛЕМ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Особливості закриття провадження у справах цивільної юрисдикції досліджували такі науковці в галузі цивільного процесу, як У. Б. Воробель, В.В. Комаров, В.А. Кройтор, В.І. Тертишніков, Я.Ф. Фархтдінов, С.Я. Фурса та ін. Однак актуальність вказаної проблематики залишається значною з огляду на подальшу диференціацію судових процедур та способів захисту цивільного прав

Метою статті є дослідження форм закінчення провадження у справі без ухвалення судового рішення, їх класифікація, а також виявлення проблемних моментів у

правоастосуванні на основі аналізу процесуального законодавства, судової практики, наукових праць вітчизняних вчених.

Виклад основних положень. При розгляді цивільних справ можуть виникнути такі обставини, які створюють неможливість або недоцільність подальшого розгляду справи по суті і ухвалення у справі судового рішення. У таких випадках справа закінчується в суді без винесення судового рішення шляхом її закриття або залишення без розгляду.

Закриття провадження у справі та залишення заяви без розгляду – це винятки із загального правила, а тому закінчення розгляду справи без ухвалення рішення даними формами дозволяється лише у випадках і за наявності підстав передбачених Цивільним процесуальним кодексом. Перелік підстав закриття провадження у справі та залишення заяви без розгляду є вичерпним та розширеному тлумаченню не підлягає.

В українській літературі з цивільного процесуального права можна знайти лише класифікацію підстав закриття провадження у справі та окремо класифікацію підстав залишення заяви без розгляду.

Науковець У.Б Воробель пропонує класифікувати підстави закінчення розгляду справи без ухвалення рішення в залежності від моменту виникнення на три групи:

- підстави, які виникли до відкриття провадження у справі (пункти 1, 2, 5 ст. 205 ЦПК та пункти 1, 2, 4, 5, 6, 7, 9 ст. 207 ЦПК);
- підстави, які виникли після відкриття провадження у справі (пункти 3,4,6,7 ч.1 ст. 205 ЦПК та пункти 3.5,7,8 і 9 ст. 207 ЦПК);

В залежності від наслідків прийняття їх судом підстави закінчення розгляду справи без розгляду можна поділити на: підстави, які перешкоджають повторному зверненню в суд з тотожним позовом (заявою) (це усі підстави закриття провадження у справі передбачені ч.1 ст.205 ЦПК України); та підстави, котрі не перешкоджають повторному зверненню в суд з тотожним позовом (заявою) (це усі підстави залишення заяви без розгляду передбачені ч.1 ст. 207 ЦПК України).

Щодо проблематичних аспектів застосування норм цивільного процесуального законодавства у випадках закінчення провадження у справі без ухвалення рішення суду, а зокрема щодо однієї із форм такого закінчення – залишення позовної заяви

без розгляду, вважаю за доцільне звернути увагу на таке. Застосування інституту залишення заяви без розгляду на стадії апеляційного перегляду судових рішень має ряд особливостей, які обумовлені специфічними рисами цієї стадії цивільного судочинства. Ми зупинимось на аналізі однієї із підстав залишення позовної заяви без розгляду, а саме - п. 5 ч. 1 ст. 207 ЦПК України позивач подав заяву про залишення позову без розгляду. На жаль, недосконалість правового регулювання процедури застосування інституту залишення заяви без розгляду на стадії апеляційного перегляду судових рішень призвела до численних проблем на практиці. Так, нині при виникненні цієї обставини (подання апелянтом заяви про залишення апеляційної скарги без розгляду) на стадії апеляції суди другої інстанції, не маючи іншого виходу, змушені керуватись нормою, яка спрямована на виправлення помилок, допущених судом першої інстанції, а саме ч. 1 ст. 310 ЦПК України. Це спровокувало як серед теоретиків, так і серед практиків дискусію щодо допустимості реалізації цього права в суді апеляційної інстанції. Так, наприклад, частина суддів апеляційних судів, вважає, що оскільки в ч. 1 ст. 310 ЦПК України йдеться про те, що рішення суду підлягає скасуванню в апеляційному порядку із залишенням позовної заяви без розгляду з підстав встановлених ст. 207 ЦПК України, а однією із таких підстав і є обставина, передбачена пунктом 5 цієї статті, то і подання апелянтом заяви про залишення апеляційної скарги без розгляду є теж можливим. Та проблема полягає у тому, що апеляційні суди у таких випадках не просто залишають апеляційну скаргу без розгляду, а й скасовують рішення суду першої інстанції. Інша ж група суддів апеляційних судів дотримується протилежної позиції, згідно з якою, справа в апеляційному суді хоча й розглядається за правилами, встановленими для розгляду справ судом першої інстанції, проте цей п порядок має свої винятки і доповнення, встановлені розділом 5 главою 1 ЦПК України, у зв’язку з цим, можна вчиняти лише ті процесуальні дії, що передбачені правилами апеляційного провадження, а це: право на доповнення, зміну, відкликання апеляційної скарги чи відмову від неї або ж право відмови позивача від позову та укладення мирової угоди (відповідно ст. 300 та ст. 306 ЦПК України). Вчинення ж такої процесуальної дії як подання заяви про залишення позовної заяви без розгляду в апеляційному провадженні не передбачено, а тому і апелянт не має права на подання заяви про залишення апеляційної скарги без розгляду. З огляду на це такі суди постановляють ухвалу про відмову у

задоволенні клопотання про залишення апеляційної скарги без розгляду і продовжують розгляд справи.

Підсумовуючи вищенаведене, можна зробити висновки. Цивільним-процесуальним законодавством передбачено дві форми закінчення провадження у цивільній справі без ухвалення рішення суду: закриття провадження у справі та залишення позовної заяви (заяви) без розгляду. При застосуванні норм цивільного – процесуального законодавства, що встановлюють підстави та порядок закриття провадження у цивільній справі та залишення позовної заяви без розгляду, можна виявити ряд проблем, які потребують більш чіткого законодавчого регулювання.

Dariusz Kiełb

Jagiellonian University

USTAWOWE OGRANICZENIA W NABYWANIU NIERUCHOMOŚCI ROLNYCH W PRAWIE POLSKIM – OCENA KONSTYTUCYJNOŚCI

Prawo Unii Europejskiej przewiduje zakaz dyskryminacji osób prawnych i fizycznych z innych państw członkowskich UE w zakresie obrotu nieruchomościami rolnymi położonymi w danym państwie członkowskim. Polska, przystępując do Unii w 2004 r., wywalczyła specjalny dwunastoletni okres ochronny, który pozwalał na wprowadzenie ograniczeń w nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców. W 2016 r. wspomniany okres dobiegł końca i od tego czasu obywatele Unii Europejskiej niezależnie od kraju pochodzenia są traktowani w równy sposób przy nabywaniu nieruchomości rolnych położonych w Polsce. Upływ okresu ochronnego był traktowany w Polsce jako zagrożenie polskiego systemu własności rolnej, szczególnie tej położonej na ziemiach należących do terytorium polskiego od 1945 r.. Z tego powodu, równe traktowanie obywateli RP oraz pozostałych państw członkowskich nie oznaczało zniesienia ograniczeń dla cudzoziemców, lecz odwrotnie – utrudnienia w nabywaniu nieruchomości rolnych także przez polskie osoby prawne i fizyczne. Oznacza to, iż zrównana została sytuacja podmiotów zagranicznych jak i krajowych. Nowe regulacje wywołują wiele kontrowersji.

Celem wystąpienia będzie przedstawienie ograniczeń w transferze własności nieruchomości rolnych oraz próba dokonania oceny konstytucyjności i proporcjonalności nowych regulacji w stosunku do celu, który mają realizować.

W pierwszej kolejności zarysowane zostaną cele, motywy oraz rola ograniczeń w obrocie nieruchomościami rolnymi i zaakcentowana zostanie szczególna pozycja własności rolnej w systemie państwowym. Doprecyzowane będzie także pojęcie nieruchomości rolnej.

Następnie na tle konkretnych rozwiązań ustawowych zostanie wskazany zakres podmiotowy i przedmiotowy, w jakim ograniczenia w nabywaniu nieruchomości rolnych mają zastosowanie. Wymieniony zostanie krąg podmiotów uprawnionych do nabycia nieruchomości rolnej bez ograniczeń. Omówione zostanie też prawo pierwokupu przysługujące zarówno Agencji Nieruchomości Rolnych jak i dzierżawcy nieruchomości rolnej w określonej sytuacji, a także wskazane zostaną sposoby nabycia objęte ograniczeniami. Określona zostanie rola Agencji Nieruchomości Rolnych w obrocie nieruchomościami rolnymi, a także sposób w jaki Agencja Nieruchomości Rolnych decyduje o możliwości nabycia danej nieruchomości rolnej.

Omówione uregulowania zostaną w dalszej kolejności zestawione z przepisami polskiej konstytucji dotyczącymi prawa własności oraz ustroju rolnego i poddane ocenie w kontekście ich zgodności z konstytucją.

Андрій Плита

Львівський національний університет

Імені Івана Франка

ЗЛОВЖИВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Ефективність реалізації судового захисту залежить від процедури розгляду справи, яка встановлена у відповідному процесуальному законодавстві, та від поведінки заявника, добросовісного здійснення ним своїх процесуальних прав і виконання процесуальних обов’язків.

Когорта вчених, очолювана науковцем Михайлом Агаровим, вважає, що процесуальні зловживання є фантомом. Вони обгрунтовують свою позицію тим, що наявність суб’єктивного права за визначенням унеможливлює зловживання ним, оскільки особі дозволені будь-які дії, що не заборонені законом. Але все-таки одним із найбільш актуальних та негативних явищ у судовій практиці залишається пробле-

ма недобросовісного використання сторонами та третіми особами наданих законом процесуальних прав або зловживання процесуальними правами. Юристи-практики часто вживають замість зловживання процесуальними правами поняття процесуальна диверсія чи процесуальне шахраювання. Однак поняття процесуальна диверсія , введене в юридичний обіг цивілістом Андрієм Смітюхом, не відображене в жодному нормативному акті і не є правовим.

У науковій літературі звертається увага на те, що під зловживанням права розуміється соціально-шкідлива поведінка, що суперечить соціальному призначенню права, коли суб'єкт спричиняє шкоду іншим учасникам правовідносин, але останній не порушує положень закону, але ускладнює і обмежує їх реалізацію.

Система засобів зложиваннями правами є досить широкою і різноманітною, крім того, вона постійно оновлюється разом із змінами до законодавства.

Основний масив зловживання процесуальнами правами становить оскарження рішень суду з метою направлення матеріалів справи до суду вищої інстанції з відповідним зняттям справи з розгляду по суті в суді першої інстанції. Ця категорія процесуальних диверсій має здебільшого законодавче та/або практичне підґрунтя.

Іншим засобом є ініціювання паралельних пов'язаних спорів. За таких обставин згідно з п. 4 ч. 1 ст. 201 Цивільного процесуального кодексу України суд зобов'язаний зупинити провадження у справі: «Суд зобов'язаний зупинити провадження у справі у разі неможливості розгляду цієї справи до вирішення іншої справи, що розглядається в порядку конституційного, цивільного, господарського, кримінального чи адміністративного судочинства».

Зловживання права може проявлятися у процесуальній дії сторін щодо заявлення різного роду клопотань (витребування доказів, призначення експертиз тощо) та заяв, які через очевидну необґрунтованість можуть суттєво впливати на хід та строки розгляду справи.

Інформаційним джерелом протидії зловживання правами можуть стати рекомендації Європейського Суду з прав людини, в яких ідеться про необхідність активної позиції суду в процесі, вираженої в можливості накладати на «зловживальників» санкції у вигляді позбавлення права вчинення тієї чи іншої процесуальної дії, зобов'язання відшкодувати збитки, штрафи тощо (№R (81) 7), або вирішувати питан-

ня про недопуск свідків, показання яких, на переконання суду, не є важливими для розгляду справи (№R (84) 5).

На думку Володимира Кравчука потрібно використувати для протидії зловживаннями норму ч.6 ст.13 Цивільного кодексу, яка передбачає, що суд може зобов’язати особу припинити зловживання своїми правами, а також застосувати інші наслідки, встановлені законом. Це може випливати з обов’язків головуючого керувати перебігом судового засідання, забезпечувати виконання учасниками процесу їхніх обов’язків, усувати із судового розгляду все, що не має значення для вирішення справи, а також уживати необхідних заходів стосовно забезпечення в судовому засіданні належного порядку.

Найбільш ефективним засобом протидії є активність учасника цивільного процесу. Учаснику спору потрібно максимально повно викладати свою правову позицію і надати суду всі необхідні для вирішення спору документи, щоб виключити необхідність уточнення своїх вимог і витребування судом додаткових документів за клопотанням протилежної сторони. Треба бути готовим до спроб опонента залучити для участі в справі третіх осіб, реалізація процесуальних прав якими також матиме «диверсійний» характер, і активно аргументувати відсутність зв’язку між предметом спору і правами (зобов’язаннями) третіх осіб.

На відміну від цивільного судочинства, господарська судова практика розкриває, що слід вважати зловживаннями процесуальних прав та правові наслідки їх використання у постанові Пленуму Вищого Господарського Суду України №18 від 26.12.2011 року “Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції”. Господарським судам належить реагувати на відповідні порушення у спосіб, встановлений статтею 90 ГПК, - шляхом винесення окремих ухвал, а за наявності підстав - також і надіслання повідомлень органам внутрішніх справ чи прокуратури.

Позитивним аспектом є закріплення у Проекті Цивільного процесуального кодексу 2017 року норму щодо неприпустимості зловживання процесуальними правами, де визначено перелік підстав недобросовісного використанням процесуального права. Крім цього, закріплено у ст. 149 Проекту Цивільного процесуального кодексу відповідальність за такі процесуальні дії у вигляді штрафу.

Отже, зловживання процесуальними правами в цивільному судочинстві є пробле-

мою, яка полягає у дії, вчиненої із застосуванням не за призначенням процесуальних прав учасником судового розгляду справи та спрямованої на максимальне ускладнення процедури розгляду, вирішення справи та отримання позитивного результату в правовому конфлікті супротивником. Окрім того, що у ч.6 ст.13 Цивільного кодексу передбачається можливість припинення зловживаннями правами, необхідно законодавчо роз'яснити поняття у Цивільному процесуальному кодексі України та запровадити у судовому практику й у законодавство дієві методи протидії недобросовісному застосуванню процесуального права.

Катерина Шуневич

Львівський національний університет

Імені Івана Франка

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ОСКАРЖЕННЯ УХВАЛИ ПРО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОКАЗІВ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Забезпечення доказів у цивільному провадженні є процесуальною дією суду, що здійснюється у випадках, визначених ЦПК України, за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, якщо у них є складнощі у поданні доказів або якщо подання потрібних доказів є неможливим. Метою даної процесуальної дії є, перш за все, забезпечення реалізації прав учасників цивільного процесу в контексті можливості фактичної передачі доказових матеріалів від учасника до суду, що втілюється у формі збирання і подання доказів під час розгляду конкретної справи цивільної юрисдикції, а також сприяння швидкому, повному та об'єктивному вирішенню справи судом цивільної юрисдикції з тим, аби була досягнута мета функціонування цивільного судочинства - відбувся захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Підстави здійснення даної процесуальної дії, процесуальні дії суду та учасників провадження, наслідки для останніх регламентовано статтями 133-135 ЦПК України.

Переходячи безпосередньо до процедури розгляду заяви про забезпечення доказів, варто зазначити наступне: чинний ЦПК зазначає, що особі, яка вважає, що

подання потрібних доказів є неможливим або у неї виникають певні труднощі в подачі цих доказів, слід звернутися з відповідною заявою про забезпечення доказів до місцевого загального суду, при цьому у випадку, якщо попередньо було пред’явлено позов, то заява подається до суду, який розглядає справу, якщо ж не було пред’явлено позову – особа повинна подати заяву до суду, у межах територіальної підсудності якого можуть бути вчинені процесуальні дії щодо забезпечення доказів. В результаті розгляду заяви, який здійснюється протягом п’яти днів з дня її надходження до суду, або невідкладно за умови, що наявна обґрунтована вимога заявника, суд постановляє ухвалу, у якій вирішує питання про доцільність/недоцільність задоволення заяви про забезпечення доказів.

Набрання законної сили ухвалою про забезпечення доказів передбачає покладення певних обов’язків на суб’єктів, котрі можуть і не бути учасниками даного цивільного процесу, з одночасним створенням умов для реалізації прав учасника цивільного процесу особи-заявника, та полягає у поширенні певного правопорядку, зміст якого визначається вищезгаданою ухвалою, на органи публічної адміністрації, службових та посадових осіб даних органів, фізичних та юридичних осіб. У зв’язку з тим, що ухвала про забезпечення доказів характеризується зазначеними особливостями, питання її оскарження як окремого процесуального документа заслуговує окремої уваги.

Загалом для оскарження в апеляційному порядку процесуальних документів є необхідним дотримання певних передумов. Так, науковці у процесуальній літературі поділяють такі передумови на суб’єктивні - наявність кола осіб, що мають право подавати апеляційну скаргу; та об’єктивні - наявність об’єкта, щодо якого подається скарга. Широко розвинута теорія про існування, крім зазначених ще й формальних передумов, тобто тих, що пов’язані безпосередньо із порядком подання апеляційної скарги. Дотримання вказаних умов є необхідним і достатнім для того, аби апеляційна скарга вважалась такою, подання якої не суперечить закону та підлягає розгляду в апеляційному порядку.

Аналізуючи дані передумови, слід зупинитись на такій, як передбачення ухвали у цивільному процесуальному законі як такої, що може бути оскаржена окремо від рішення суду першої інстанції. З одного боку, ст. 293 ЦПК України встановлює вичерпний перелік таких ухвал. Однак ст. 135 ЦПК України передбачає наслідки

оскарження ухвали про забезпечення доказів,- оскарження ухвали про забезпечення доказів не зупиняє її виконання, а також не перешкоджає розгляду справи, в той час, як у переліку ст.293 ЦПК ухвали про забезпечення доказів не передбачено. Відповідно при постатейному аналізі ЦПК України (ч.4 ст.135, ч.1 ст.397) виникає сумнів у вичерпності ухвал, передбачених ст. 293 ЦПК України, що й зумовлює з'ясування можливості оскарження ухвали про забезпечення доказів.

Так, Постанова Пленуму ВСУ від 12.06.2009 року № 5 «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства, що регулюють провадження у справі до судового розгляду» зазначає, що відмова в забезпеченні доказів оскарженню не підлягає, а оскарження ухвали про забезпечення доказів не зупиняє її виконання, а також не перешкоджає розгляду справи. В той час, як у Постанові Пленуму ВСУ від 24.10.2008 року №12 «Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку» визначено, що окремо від рішення суду в апеляційному порядку можуть бути оскарженні ухвали суду першої інстанції, зазначені в статті 293 ЦПК України, відповідно до буквального зміст у кожного з пунктів. При цьому у даній Постанові вказано, що заперечення на усі інші ухвали, які не підлягають оскарженню окремо від рішення суду, включаються до апеляційної скарги на рішення суду.

У зв'язку з вищезазначеними питаннями виникає логічне питання: чи може бути оскаржена ухвала суду про забезпечення доказів окремо від рішення суду? Вважаємо, що так, аргументовуючи наступним: наявність положення, передбаченого ч.4 ст. 135 ЦПК України свідчить про невичерпність ухвал, передбачених ст.293 ЦПК України – так, ст. 293 ЦПК України містить перелік ухвал, які підлягають апеляційному оскарженню, в той час, як ЦПК України в окремих статтях можуть міститись інші ухвали, які також підлягають оскарженню. *Спростовуємо поширену у наукових колах думку про колізію ст. 293 та ст. 135 ЦПК України та підкреслюємо, власне,* ***субсидіарну роль ч.4 ст. 135 ЦПК України***. Тобто ЦПК України є базовим нормативно-правовим актом при здійсненні цивільного судочинства, норми, розміщені у статтях якого, мають однакому юридичну силу, та поширюють свою дію на учасників цивільного процесу. Для підтвердження даної тези можемо провести аналогію із способом укладення Кримінального кодексу України: так, як відомо, у Загальній частині КК України передбачені загальні підстави звільнення особи від криміналь-

ної відповідальності, в той час, як при аналізі розділів Особливої частини КК України можемо спостерігати наявність спеціальних підстав звільнення від кримінальної відповідальності, тобто дані підстави для звільнення застосовуються як додаткові при вчиненні особою певного виду злочину, до якого застосовуються додаткові – поряд із загальними, передбаченими Розділом IX КК України, підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності. Наприклад, дійове каяття, передбачене статею 45 КК України буде загальною підставою для звільнення особи у кримінальної відповідальності, що може застосовуватися до всіх злочинних діянь, передбачених КК України, крім випадків, передбачених законом, в той час спеціальною – додатковою – підставою для звільнення від відповідальності особи буде привілейована норма, передбачена – до прикладу – статею 114 КК України: припинення особою діяльності, передбаченої диспозицією ч.1 ст.114 КК України та її добровільне повідомлення органів державної влади про вчинене, за умови, що внаслідок цього та вчинених заходів було відвернене заподіяння шкоди інтересам України.

Таким чином, відсутність у переліку ухвал, що підлягають оскарженню окремо від рішення, передбаченого ст.293 ЦПК України не перешкоджає особі у зверненні до суду з метою апеляційного оскарження ухвали про забезпечення доказів та захисту своїх прав.

СОЦІАЛЬНЕ ПРАВО

Орест Раневич

Львівський національний університет

імені Івана Франка

ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ У СФЕРІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ: ПЕРЕДУМОВИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ КОДИФІКАЦІЇ

В умовах розвитку України як соціальної та правової держави й приведення її законодавства відповідно до міжнародних стандартів, питання кодифікації норм права соціального забезпечення посідають чільне місце у сучасних законотворчих процесах. До проблеми кодифікації законодавства про соціальне забезпечення, у різний час, зверталися такі науковці як Н.Б. Болотіна, В.Я. Бурак, П.Д. Пилипенко, С.М. Синчук, М.М. Шумило та інші.

На офіційному рівні, кодифікація норм цієї галузі права передбачалася не одразу, а їх ухвалення здійснювалося в напрямках визначених Концепцією соціального забезпечення населення України від 1993 року. Тут передбачалася підготовка окремих проектів законодавчих актів, зокрема, Основ законодавства про соціальне страхування громадян; про добровільне соціальне страхування громадян; про соціальне страхування громадян на випадок безробіття; про соціальне страхування громадян на випадок хвороби (медичне страхування); про соціальне страхування громадян від нещасного випадку на виробництві; про пенсійне страхування громадян; про матеріальне забезпечення громадян, що потерпіли від техногенно-екологічних та природних катастроф.

У зв’язку із цим, норми права соціального забезпечення знайшли своє зовнішнє вираження у чималій кількості нормативно-правових актів. Найбільш вагомими, можна вважати Основи законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від 14.01.1998 року, Закони України “Про загальнообов’язкове державне соціальне страхування” від 23.09.1999 року та “Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття” від 02.03.2000 року, а також Закон України “Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування” від 09.07.2003 року та інші.

Тому, на сьогодні, правовідносини соціального забезпечення регулюються самостійними нормативно-правовими актами, ухвалення яких було попередньо задекларовано як нормативну базу соціального забезпечення в Україні.

Навіть, попри відсутність єдиного кодифікованого акта права соціального забезпечення, науковцями було досліджено перспективу та переваги законодавства про соціальне забезпечення на рубежі XXI століття, де продовжувала домінувати ідея про кодифікацію галузевих норм. У 1996 році вийшла друком наукова праця Н.

Б. Болотіної на тему: “Концепція кодифікації законодавства України про соціальне забезпечення”, але викладених у ній аргументів виявилося, на жаль, недостатньо для здійснення кодифікаційних робіт у цій сфері.

Зацікавленість держави у створенні кодифікованого джерела права соціального забезпечення була задекларована лише у 1999 році, коли Верховна Рада України ухвалила Постанову № 757-XIV “Про Засади державної політики України в галузі прав людини”, якою передбачила забезпечення кодифікації законодавства про соціальний захист шляхом ухвалення Соціального кодексу України. Необхідність здійснення такої кодифікації було визнано як основу законотворчої діяльності в сфері основних прав і свобод людини.

Пізніше, щоправда, питання кодифікації законодавства про соціальне забезпечення перебувало на порядку денному лише в науковців. Зокрема, з’явилася низка наукових статей: В.Я. Бурака “До питання про джерела права соціального забезпечення”, П.Д. Пилипенка “Законодавче регулювання відносин соціального забезпечення в Україні”, де автори наголошували на відсутності кодифікованого джерела права соціального забезпечення, та звертали увагу на проблеми законодавчого регулювання відповідних правовідносин, а також пропонували шляхи кодифікації норм цієї галузі права.

Фактично перша спроба кодифікації законодавства права соціального забезпечення була здійснена в 2005 році. Тоді, у Верховній раді України народні депутати В.О. Євдокимов, І.О. Плужников та В.В. Заєць зареєстрували проект Соціального кодексу України, де, зокрема, зазначалося, що він повинен стати загальним актом соціального законодавства України. Проте, ця спроба, як і наступна в 2012 році за законодавчою ініціативою народного депутата А.В. Яценка, виявилася невдалою. Жодна із законодавчих ініціатив не зуміла отримати необхідної парламентської підтримки для її ухвалення.

Варто, напевно, все ж погодитися, що існують реальні потреби у прийнятті кодифікованого законодавчого акту в сфері соціального забезпечення. Він має стати важливим актом реформування галузі права і матиме у перспективі системне зведення галузевих норм, а саме:

1. усунення правових суперечностей та невизначеностей деяких норм галузі права. Адже, відомо, що законодавець інколи закріплює пріоритет норм загальних

актів щодо норм спеціальних, якими визначаються інші правила поведінки суб'єктів правовідносин соціального забезпечення, що суперечить принципам правового регулювання окремих видів таких правовідносин;

2. створення загальних засад у регулюванні правовідносин соціального забезпечення. Так, законодавчі акти, що регулюють однорідні за змістом правовідносини, наприклад, пенсійного забезпечення, інколи передбачають різні і, навіть, суперечливі правила поведінки суб'єктів цих правовідносин за аналогічних умов;

3. заповнення прогалин в регулюванні правовідносин соціального забезпечення. У деяких сферах, ці правовідносини є недостатньо врегульованими на законодавчому рівні, що зобов'язує суб'єктів владних повноважень до ухвалення низки підзаконних актів, або ж видання роз'яснень, які не завжди відповідають правовій політиці соціального забезпечення деяких категорій громадян, а подекуди, навіть, юридично позбавляють їх суб'єктивних прав, порядок реалізації яких непередбачений у законах;

4. регламентація фінансово-економічного впливу на правовідносини соціального забезпечення, зокрема, визначення законодавчих підстав та порядку тимчасового обмеження (позбавлення) осіб соціальних виплат (соціального обслуговування), у зв'язку із важким фінансово-економічним становищем в державі, а також встановлення виключної можливості обмеження змісту та обсягу соціальних прав та їх компенсації.

Євген Филипець

Львівський національний університет

імені Івана Франка

ТРУДОВІ СТАНДАРТИ УГОДИ ПРО АСОЦІАЦІЮ З ЄВРОПЕЙСЬКИМ СОЮЗОМ В ПРОЕКТІ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ.

В умовах європейської інтеграції та у зв'язку із необхідністю реформування соціального сектору в Україні, актуальною є тема реалізацій положень Угоди про асоціацію з Європейським Союзом (далі – Угода) у національному законодавстві

України. Ця Угода була підписана між Україною та Європейським союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами[2]. Актуальність пропонованого дослідження зумовлена тим, що підписання вищезгаданої угоди, вимагає реформування трудового законодавства України та приведення його у відповідність до трудових стандартів Європейського Союзу (далі – ЄС), а також закріплення їх у проекті Трудового кодексу України (далі – проект ТК)

Досвід країн, які розвивалися у напрямку європейської інтеграції засвідчив дієвість та ефективність основних постулатів європейської соціальної політики. Тому міжнародні акти, які є ратифіковані Україною, мають велике значення у встановленні європейської соціальної моделі. Це, зокрема, Європейська соціальна Хартія, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, а також Директиви Ради Європи та Конвенції Міжнародної Організації Праці (МОП), норми яких частково відображені в Угоді. Відповідно до зазначеної тематики метою пропонованої праці є аналіз положень передбачених Угодою, що знайшли своє відображення у проекті ТК України.

На основі Угоди можна виокремити низку завдань. Передусім потрібно звернути увагу на питання, пов’язане із трудовою діяльністю громадян України за кордоном. В ст. 18 Угоди зазначено, що: а) існуючі можливості доступу до зайнятості для українських працівників, надані державами-членами згідно з двосторонніми договорами, мають бути збережені та, у разі можливості, покращені; б) інші держави-члени повинні вивчити можливість укладання подібних договорів.

Відповідно до зазначеної статті Угоди: Рада асоціації зобов’язується розглянути можливість надання інших більш сприятливих положень у додаткових сферах, зокрема можливості доступу до професійного навчання, згідно із законами, умовами та процедурами, чинними у державах-членах та в ЄС, при цьому беручи до уваги ситуацію на ринку праці у державах-членах та в ЄС. У свою чергу в проекті ТК України у статтях 6-8 зазначено про регулювання трудових відносин громадян України, які працюють за межами України, трудових відносин іноземців та осіб без громадянства, які працюють в Україні, трудових відносин громадян України, які працюють в Україні за трудовими договорами з іноземними роботодавцями.

[2] *21 березня 2014 року на екстреному саміті ЄС, присвяченому українській політичній кризі, в м. Брюссель*.

По-друге, важливим положенням в Угоді є свобода об'єднань та ефективне визнання права на колективні переговори. Проект ТК України закріплює поняття соціального діалогу, що дає право говорити про паритетні засади формування соціальної політики в Україні. Варто зазначати, що задекларовано виведення соціального діалогу на якісно новий рівень. Натомість, у Проекті ТК України обмежуються права профспілкових організацій, зокрема в частині послаблення ролі профспілок у питаннях погодження на звільнення працівників.

Колективні переговори та укладення колективних договорів, угод, розв'язання колективних трудових спорів не залишилися без уваги у проекті ТК України. Стаття 342 проекту ТК встановлює порядок розробки, укладання та виконання колективних договорів і угод з метою сприяння регулюванню трудових відносин та соціально-економічних інтересів працівників і роботодавців визначаються законом. У статті 343 проекту ТК України закріплено порядок функціонування системи заходів стосовно вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) та взаємодії сторін соціально-трудових відносин у процесі врегулювання колективних трудових спорів (конфліктів), що виникли між ними, визначається законом.

По-третє, особливої уваги заслуговує реалізація положень Угоди в частині недопущення дискримінації та викорінення дитячої праці. ч.1 ст.17 Угоди містить вимоги стосовно поводження з працівниками: «…ставлення до працівників, які є громадянами України та які законно працевлаштовані на території держави-члена, має бути вільним від будь-якої дискримінації на підставі громадянства стосовно умов праці, винагороди або звільнення порівняно з громадянами цієї держави-члена», а Україна згідно з ч.2 ст.17 Угоди повинна забезпечити аналогічне ставлення до найманих працівників, які є громадянами держави-члени асоціації на своїй території.

У статті 3 проекту ТК України забороняється будь-яка дискримінація у сфері праці, зокрема порушення принципу рівності прав і можливостей, пряме або непряме обмеження прав працівників залежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного, соціального та іноземного походження, віку, стану здоров'я, інвалідності, підозри чи наявності захворювання

на ВІЛ/СНІД, сімейного та майнового стану, сімейних обов’язків, місця проживання, членства у професійній спілці чи іншому об’єднанні громадян, участі у страйку, звернення або наміру звернення до суду чи інших органів за захистом своїх прав або надання підтримки іншим працівникам у захисті їхніх прав, за мовними або іншими ознаками, не пов’язаними з характером роботи або умовами її виконання.

Відповідно до Угоди, також важливої уваги заслуговують питання сприяння зайнятості населення в Україні, зокрема модернізація юридичних гарантій зайнятості населення в Україні. В свою чергу, це, можливо, стосуватиметься внесення змін до Закону України «Про зайнятість населення» та приведення його у відповідність до передбачених Угодою трудових стандартів Європейського Союзу.

Отже, підсумовуючи, слід зазначити, що закріплення трудових стандартів ЄС у проекті ТК України сприятиме розвитку трудових відносин, питаннях соціального діалогу, питань, пов’язаних із сприянням зайнятості населення, охорони праці, недискримінації та викорінення дитячої праці, врегулювання права на винаходи та патенти працівником та роботодавцем, та ін., що, зрештою, вплине на розвиток соціальної політики та трудового законодавства України.

Галушко Ольга

Львівський національний університет

імені Івана Франка

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ГІДНОГО РІВНЯ ЖИТТЯ ЯК ПРИНЦИП ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

У правовій доктрині право соціально забезпечення визначають як систему суспільних відносин, що існують для створення достатніх умов життя і діяльності осіб, які з незалежних від них обставин втратили засоби до існування, завдяки мережі соціального страхування, бюджету та іншого фінансування.

Як і будь-якій іншій галузі права, праву соціального забезпечення притаманні

певні принципи правового регулювання. Під принципами права розуміють основні ідеї, засади, які відіграють роль орієнтирів у формуванні права як системи норм. Особливістю принципів права соціального забезпечення є їх спрямованість на створення достатнього рівня правового захисту громадян, що зазнали впливу соціальних ризиків. Звичайно принципи права не можна поділяти на основні та другорядні. Проте, враховуючи те, що суть соціального права полягає у створенні умов для повноцінного життя, вважаю, що принцип забезпечення гідного рівня життя є базовим критерієм у побудові відповідних суспільних відносин.

Рівень життя є складною соціально-економічною та правовою категорією, що відображає сукупність умов, в яких людина живе та розвивається. Рівень життя залежить від багатьох чинників, які є результатом діяльності як самої людини, так і держави, в якій вона проживає.

Варто відмітити, що міжнародні та національні нормативно-правові акти не розкривають сутність поняття «гідний рівень життя». У науці це поняття розуміють як сукупність матеріального забезпечення особи та соціальної активності особи, що необхідна для забезпечення її життєдіяльності як частини соціуму. Окрім цього, на основі аналізу національного законодавства, гідний рівень життя часто ототожнюють з достатнім життєвим рівнем.

Відповідно до статті 48 Конституції України достатній життєвий рівень включає достатнє харчування, одяг, житло. Стаття 46 передбачає державний соціальний захист особи, яким вона забезпечується у разі настання соціальних ризиків (тимчасової або повної втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття, пенсії тощо). Такий соціальний захист пов'язаний перш за все з матеріальним забезпеченням, базовим критерієм якого виступає прожитковий мінімум.

З огляду на вищенаведене виникає питання чи при забезпеченні цих мінімальних стандартів держава гарантує особі гідне життя? Вважаю, що на даний момент, держава забезпечує особі лише достатній рівень життя, метою якого є уникнення соціальної ізоляції людини в зв’язку з недостатністю засобів для існування. В зв’язку з цим достатній життєвий рівень слугує лише однією зі складових гідного рівня життя особи.

На мою думку, для забезпечення гідного рівня життя держава повинна запро-

вадити ряд механізмів, які б захищали осіб, які не мають можливості самостійно забезпечити себе повноцінним життям, а також механізми, які б дозволяли особі уникати соціальних ризиків.

Захист осіб, які зазнали соціальних ризиків включає дві складові. В першу чергу мова йде про належне матеріальне забезпечення, завдяки якому особа може в повній мірі задовольняти свої життєві потреби. Проте, лише гідне матеріальне забезпечення не взмозі гарантувати особі повноцінну реабілітацію після настання соціального ризику. В зв’язку з цим важливим завданням держави є забезпечення особі повернення до соціальної активності. Ця мета може бути досягнута шляхом створення реабілітаційних центрів, закладів постійного проживання непрацездатних осіб та пенсіонерів, розвиток інфраструктури, який би полегшував життя таких осіб, заохочення роботодавців до найму осіб з особливими потребами, а також професійна перекваліфікація останніх тощо.

Як зазначалося вище, право соціального забезпечення спрямоване на захист осіб, які вже зазнали соціальних ризиків. Проте, на мою думку, при забезпеченні гідного рівня життя особи потрібно дещо розширити сферу дії соціального захисту. Зокрема, держава повинна запровадити механізм, який би дозволяв особі уникати соціальних ризиків, а при їх настанні повною мірою користуватися власними накопиченнями. Одними з таких механізмів є загальнообов’язкове державне соціальне та медичне страхування. Держава повинна гарантувати можливість особи при настанні соціального ризику користуватися державними та приватними фондами, до яких вона сплачувала внески. Також особа повинна бути впевнена, що її трудова діяльність в майбутньому буде підставою для повноцінного пенсійного забезпечення.

Сутність ринкових відносин полягає у існуванні різних суб’єктів господарювання. Державі варто заохочувати створення та функціонування недержавних суб’єктів, діяльність яких спрямована на матеріальну та соціальну допомогу особам, які зазнали соціальних ризиків. Це можуть бути громадські організації, різноманітні соціальні фонди, приватні заклади соціальної реабілітації, заклади психологічної підтримки, а також заклади, які б полегшили соціалізацію людей з особливими потребами.

Підсумовуючи вищенаведене, варто зазначити, що в умовах сьогодення сутність принципу забезпечення гідного рівня життя повинна полягати не лише у гара-

нтуванні мінімального матеріального забезпечення, а й у розвитку соціальної адаптації осіб, які зазнали соціальних ризиків та створення превентивних заходів, які б допомогли їх уникати.

АДМІНІСТРАТИВНЕ, ФІНАНСОВЕ ТА ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

Кіра Шестопал

Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого

ДОПУСТИМІСТЬ ДОКАЗІВ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Докази є невід'ємним атрибутом судового процесу. Саме наявність або відсутність тих чи інших доказів вирішує долю справи. Тому юристи прагнуть знайти багато доказів, які підтверджують їхню правову позицію, та прагнуть знайти достатню кількість доказів, для того, аби розбити лінію захисту свого опонента.

Проста людина у загальних рисах розуміє, що таке докази.

У ст. 69 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАСУ) за-

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

Коли ми розглядаємо таку категорію, як докази, то ми повинні враховувати таку вимогу, як їх належність. Стаття 70 КАСУ вказує, що належними є докази, які містять інформацію щодо предмету доказування. Суд не бере до розгляду докази, які не стосуються предмета доказування.

Також завжди, коли ми кажемо про докази, ми повинні враховувати таке поняття, як їх допустимість.

Частина 3 ст. 70 КАСУ зазначає, що докази, одержані з порушенням закону, судом при вирішенні справи не беруться до уваги.

Розв’язання питання щодо допустимості доказів іноді потребує від суду не аби яких зусиль. Адже суд вимушений визначитися із тим, як йому слід вчиняти, якщо доказ одержано з порушенням закону, але він безпосередньо вказує на вчинення особою протиправних дій.

З цього приводу цікава практика Європейського суду з прав людини.

Про докази, отримані з порушенням закону, Суд говорить у рішеннях за заявами про порушення статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка гарантує право особи на справедливий суд, та статті 8, яка гарантує право особи на повагу до приватного та сімейного життя.

Ця практика почалась зі справи *Schenk v. Switzerland* (12 July 1988, Series A no. 140), в якій Суд підкреслив наступне: «Стаття 6 Конвенції гарантує право на справедливий судовий розгляд, але вона не встановлює будь-яких правил допустимості доказів як таких – це завдання внутрішнього права. Суд, таким чином, не може виключити принципово та *in abstracto* прийнятність такого роду незаконно отриманих доказів. Він має лише оцінити..., чи був судовий розгляд по справі справедливим». Тим не менш, судді, які висловили окрему думку у даній справі, зазначили, що жоден суд не може, не заподіюючи шкоди належному відправленню правосуддя, спиратися на доказ, який не тільки був отриманий незаконним шляхом,

але, перш за все, є протизаконним. Якщо суд так вчиняє, він не може вважатися справедливим у сенсі Конвенції».

Доказом у даній справі, щодо допустимості якого ставилося питання, був запис телефонної розмови.

Цей запис був незаконним з огляду на національне право, оскільки не був санкціонованим суддею.

Європейський суд дійшов висновку, що включення до доказової бази незаконно отриманого магнітофонного запису не суперечить статті 6. Суд надав вагу тій обставині, що цей запис не був єдиним доказом, на якому було побудовано рішення суду.

У наступних рішення позиція Європейського суду з прав людини дещо змінилася.

Так, у справі *Perry v. the United Kingdom* (no. 63737/00, ECHR 2003 IX (extracts) поліція таємно зняла заявника на плівку, порушуючи вимоги національного законодавства. Ця відеокасета була використана, разом із іншими доказами, для ухвалення судового рішення відносно заявника. Наголошуючи на існуванні процедури для оцінки достовірності такого доказу, Суд зазначив, що «використання в суді доказів, отриманих без належної правової бази або незаконним шляхом, не завжди буде становити порушення стандартів справедливої процедури, встановлених статтею 6 Конвенції, якщо належні процедурні гарантії мають місце та природа і джерело доказового матеріалу не спотворені, наприклад, примусом або провокацією... Отримання такої інформації більше стосується відповідальності держав-учасниць за статтею 8 Конвенції, яка зобов’язує поважати приватне життя належним чином».

Таким чином, вбачається наступна тенденція: докази, одержані з порушенням закону, можуть використовуватися судом. Але для цього необхідна наявність 2-х умов. По-перше, такі докази мають оцінюватися судом поряд із законними доказами. Тобто, якщо в основу рішення суду покладено крім «хибних» ще й інші, «законні» докази, то порушення статті 6 не констатується. По-друге, доказ є допустимим, коли природа і джерело доказового матеріалу не спотворені, наприклад, примусом або провокацією.

Krzysztof Wiączek
Uniwersytet Jagielloński w Krakowie

ŚRODKI ZASKARŻENIA PRZYSŁUGUJĄCE KANDYDATOM NA KIEROWCÓW W PRZYPADKU UZYSKANIA NEGATYWNEGO WYNIKU EGZAMINU PAŃSTWOWEGO – UJĘCIE MODELOWE OBOWIĄZUJĄCE NA GRUNCIE PRAWA POLSKIEGO

W dzisiejszych czasach transport ma ogromne znaczenie. Rozwój komunikacji miejskich, połączeń kolejowych, autobusowych i lotniczych między różnymi miastami oraz linii prywatnych pozwala podróżnym przemieszczać się w praktycznie każdym kierunku. Równocześnie jednak wzrasta w społeczeństwach chęć podróżowania własnym środkiem transportu, a więc posiadania pojazdu. Najczęstszym z nich jest oczywiście samochód osobowy, którego cena kształtuje się różnie, jednak wśród szerokiej gamy modeli nietrudno jest odnaleźć taki, na który stać przeciętnego Europejczyka. Dotyczy to zwłaszcza samochodów używanych, popularnych w Europie Środkowo-Wschodniej. Ich cena jest dużo niższa od nowych, nieużywanych pojazdów, za to komfort jazdy często praktycznie podobny. Aby jednak móc poruszać się samochodem osobowym (czy też innym pojazdem silnikowym), trzeba posiadać do tego odpowiednie uprawnienia. Dokumentem, który je potwierdza jest prawo jazdy, które uzyskuje się po uzyskaniu pozytywnego wyniku egzaminu. Procedura uzyskania prawa jazdy jest różna w zależności od kraju – w niniejszej pracy skupię się na modelu występującym w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej – w Rzeczypospolitej Polskiej. W ramach tego artykułu postaram się ukazać pokrótce, czym charakteryzuje się polski egzamin państwowy dla kandydatów na kierowców, ze szczególnym uwzględnieniem środków prawnych przysługujących osobie, która uzyskała negatywny wynik takiego egzaminu, jej zdaniem – niesłusznie.

Głównym polskim aktem prawnym regulującym problematykę egzaminowania osób starających się o uzyskanie uprawnień do kierowania pojazdami jest ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. – o kierujących pojazdami (przytaczana dalej jako: „u.k.p.”). Mniejsze, choć również ważne znaczenie ma ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu

drogowym (przytaczana dalej jako: „p.r.d.”) oraz ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (przytaczana dalej jako: „k.p.a.”). Jednakże to przede wszystkim w pierwszym z wymienionych aktów prawnych szczegółowo opisane są zasady zdobywania uprawnień i egzaminowania kandydatów na kierowców. Warto w tym miejscu nadmienić, iż zgodnie z aktualnie obowiązującym w Polsce prawem oprócz zdania egzaminu państwowego, na osobę chcącą uzyskać prawo jazdy danej kategorii nałożone są inne obowiązki, m.in. obowiązek posiadania odpowiedniego wieku, obowiązek posiadania odpowiedniego orzeczenia lekarskiego o braku przeciwwskazań zdrowotnych do kierowania pojazdem (oraz przy niektórych kategoriach – również orzeczenia psychologicznego), czy też obowiązek odbycia odpowiedniego szkolenia, zawierającego godziny nauki przepisów ruchu drogowego (teoretyczne) oraz godziny jazdy (praktyczne). Szczegółowo wymogi te precyzują normy art. 11 oraz art. 12 u.k.p.

Dopiero po spełnieniu wszystkich wymogów wynikających z ustawy, kandydat na kierowcę może przystąpić do egzaminu państwowego, który jest przeprowadzany w Polsce przez Wojewódzkie Ośrodki Ruchu Drogowego (WORD-y) oraz ich filie (łącznie liczba ośrodków wynosi około 50). Egzamin ten składa się z dwóch części: teoretycznej – przeprowadzanej w formie testu jednokrotnego wyboru oraz części praktycznej – przeprowadzanej po uzyskaniu pozytywnego wyniku części teoretycznej (art. 51 ust. 2 pkt 1 i 2 u.k.p.). Nie wchodząc w szczegóły należy zaznaczyć, iż zarówno w przypadku uzyskania negatywnego wyniku z części teoretycznej, jak i części praktycznej, osobie zdającej przysługują pewne uprawnienia.

Pierwsze z nich dotyczy pierwszego etapu egzaminu, a więc rozwiązania testu jednokrotnego wyboru. Zgodnie z art. 52a u.k.p., na wniosek osoby, która uzyskała negatywny wynik z części teoretycznej egzaminu państwowego, podmiot organizujący egzamin (WORD) udostępnia tej osobie do wglądu pytania egzaminacyjne, wraz z informacją o brzmieniu odpowiedzi prawidłowych. Kandydat na kierowcę, który nie przeszedł zatem już pierwszego etapu egzaminu, ma możliwość zaznajomienia się z pytaniami, na które udzielił odpowiedzi nieprawidłowych oraz wglądu do klucza odpowiedzi. W przypadku wątpliwości co do prawidłowości przeprowadzenia tej części egzaminu, bądź prawdziwości odpowiedzi zawartych w kluczu, osobie takiej przysługują inne uprawnienia, które będą przedstawiane w dalszej części pracy.

W przypadku części teoretycznej sytuacja jest jednak niemal w każdym przypadku oczywista, a wątpliwości dotyczą głównie części praktycznej, gdzie osobą decydującą jest egzaminator zatrudniony przez odpowiedni WORD. To on decyduje o pozytywnym bądź negatywnym wyniku egzaminu, a w konsekwencji o uzyskaniu bądź nieuzyskaniu przez zdającego prawa jazdy. Powinien więc być osobą kompetentną, opanowaną, spostrzegawczą, a przede wszystkim bezstronną. Nierzadko jednak egzaminatorzy podejmują krzywdzące dla kandydatów na kierowców decyzje, które pozbawiają możliwości uzyskania pozytywnego wyniku egzaminu państwowego. Należy bowiem podkreślić, iż raz podjęta przez egzaminatora decyzja, nie może ulec już modyfikacji, a osoba zdająca może ją zakwestionować wyłącznie na drodze postępowania administracyjnego.

Pierwszym etapem, przez jaki kandydat na kierowcę musi przejść po uzyskaniu negatywnego wyniku egzaminu (niezależnie czy w części teoretycznej, czy tez praktycznej – do uzyskania prawa jazdy wymagany jest wynik pozytywny z obu części), jest analiza stanu faktycznego pod kątem stwierdzenia nieprawidłowości, które mogły mieć wpływ na wynik egzaminu. Często bowiem w pierwszych chwilach po egzaminie (zwłaszcza praktycznym) zdający czują się potraktowani niesprawiedliwie, dopatrując się złośliwości egzaminatora bądź źle dokonanej przez niego oceny faktów. Potem jednak okazuje się, że to egzaminator miał rację, zaś egzaminowany popełnił błędy, na które nawet nie zwrócił uwagi, będąc zazwyczaj w stanie wysokiego poziomu stresu. Dopiero ustalenie, iż egzaminator przerywając egzamin lub przypisując określone wykroczenia przeciwko przepisom prawa o ruchu drogowym działał w sposób nieprawidłowy, może stanowić impuls do podjęcia działań zmierzających do unieważnienia takiego egzaminu.

Decyzja o negatywnym wyniku egzaminu państwowego na prawo jazdy nie jest niestety decyzją w rozumieniu art. 107 k.p.a., dlatego też od takiego rozstrzygnięcia nie przysługuje nam odwołanie *sensu strcto* (a więc w rozumieniu art. 127-140 k.p.a.). Przysługuje natomiast na nie skarga na przeprowadzenie egzaminu, regulowana przez art. 68 u.k.p. Zgodnie z ust. 1 tego przepisu, skargę dotyczącą egzaminu państwowego wraz z jej uzasadnieniem składa się w terminie 14 dni od dnia, w którym był przeprowadzany egzamin, do marszałka województwa, za pośrednictwem dyrektora wojewódzkiego ośrodka ruchu drogowego. Fizycznie więc, pismo powinno być złożone w siedzibie WORD-u, w którym był zdawany egzamin. Co więcej, w momencie złożenia skargi

(najpóźniej 14 dnia od dnia zaskarżanego egzaminu) zdający staje się stroną postępowania administracyjnego (podobnie jak egzaminator – *vide*: art. 68 ust. 1a u.k.p.), co implikuje powstanie po jego stronie szeregu uprawnień. Jednym z nich jest możliwość obejrzenia nagrania z przeprowadzanego egzaminu praktycznego, o czym stanowi wydane na podstawie art. 66 ust. 1 u.k.p. rozporządzenie Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 25 lutego 2016 r. – w sprawie egzaminowania osób ubiegających się o uprawnienia do kierowania pojazdami, szkolenia, egzaminowania i uzyskiwania uprawnień przez egzaminatorów oraz wzorów dokumentów stosowanych w tych sprawach. Jak stanowi § 7 ust. 3 pkt 4 tego aktu wykonawczego, zarejestrowany przebieg części praktycznej egzaminu państwowego, może przeglądać m.in. osoba egzaminowana lub jej pełnomocnik oraz egzaminator, który przeprowadził ten egzamin – w przypadku złożenia skargi na sposób przeprowadzenia egzaminu.

Po wpłynięciu skargi do dyrektora danego WORD-u, może on albo uznać skargę i unieważnić egzamin, albo też przekazać ją w terminie 14 dni do marszałka danego województwa, na terenie którego ma swoją siedzibę WORD. W przypadku mniej optymistycznej wersji sprawa konkretnego egzaminu jest rozpatrywana przez marszałka województwa jako organ pierwszej instancji. Dysponuje on całością materiału dowodowego i po analizie sprawy, wydaje decyzję, która albo uwzględnia skargę osoby zdającej (unieważnia egzamin), albo też jej nie uwzględnia (decyzja o nieuwzględnieniu skargi z powodu stwierdzenia braku naruszeń). Decyzja ta powinna być wydana niezwłocznie, nie później niż w ciągu miesiąca od dnia złożenia skargi (art. 237 § 1 k.p.a.).

W przypadku niekorzystnego rozstrzygnięcia, osobie niezadowolonej (dotyczy to nie tylko kandydata na kierowcę, ale też m.in. dyrektora WORD i egzaminatora), przysługuje odwołanie do właściwego miejscowo ze względu na siedzibę marszałka województwa – Samorządowego Kolegium Odwoławczego (SKO), które należy wnieść w terminie 14 dni od daty doręczenia decyzji organu I instancji (art. 129 § 2 k.p.a.). SKO, jako organ quasi-sądowy i nadzorczy wobec marszałka województwa, analizuje całość materiału dowodowego oraz podjętą decyzję, którą utrzymuje w mocy, zmienia, bądź też uchyla, przekazując sprawę do ponownego rozpoznania marszałkowi województwa.

Decyzja wydana przez SKO jest ostateczna – nie służy od niej dalsze odwołania. Dotyczy to jednak etapu postępowania administracyjnego, po którym może zostać na wniosek strony wszczęte postępowanie sądowoadministracyjne. W tym celu osoba uprawniona (zdający, egzaminator, dyrektor WORD, marszałek województwa etc.) może w terminie 30 dni od daty doręczenia ostatecznej decyzji wnieść skargę do właściwego miejscowo Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, od którego wyroku służy apelacja do Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Jak więc można zaobserwować, osobom niezadowolonym z negatywnego wyniku egzaminu na prawo jazdy przysługuje całkiem szeroki wachlarz uprawnień, a decyzja egzaminatora może przejść przez szereg organów kontrolujących, z sądami włącznie. Stan *de lega lata* należy więc z tego punktu widzenia ocenić pozytywnie. Inaczej wygląda kwestia sytuacji po unieważnieniu egzaminu. Zgodnie z art. 72 ust. 3 u.k.p., unieważniony egzamin przeprowadza się ponownie na koszt wojewódzkiego ośrodka ruchu drogowego. W mojej ocenie nie jest to rozwiązanie prawidłowe, bowiem zmusza zdającego do podejścia do kolejnego egzaminu w tym samym WORD-zie, co stwarza ryzyko narażenia takiej osoby na szykanę innych egzaminatorów. Lepszym rozwiązaniem, a zarazem postulatem *de lege ferenda*, byłby w mojej ocenie zwrot kosztów za unieważniony egzamin, które poniósł zdający i możliwość wyboru przez niego ośrodka, w którym będzie zdawał kolejny egzamin.

Христина Потапенко

Ягеллонський університет

БОРОТЬБА З КОРУПЦІЄЮ У СФЕРІ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ ТА ОБОРОНИ В УКРАЇНІ

Корупція в оборонній сфері є однією з найважливіших внутрішніх загроз національній безпеці держави. Внутрішні деструктивні впливи корупції створюють сприятливе середовище для розвитку зовнішніх загроз. Сучасна ситуація в Україні є яскравим прикладом того, як корупція у сфері національної безпеки та оборони створила умови для зовнішньої агресії зі сторони сусідньої держави. Ще у давнину, відомий полководець Гай Юлій Цезар говорив «si vis pacem, para bellum», що озна-

чає «хочеш миру, готуйся до війни». Сфера національної безпеки та оборони держави має бути добре розвинута та захищена від негативних чинників, зокрема, таких як корупція та розкрадання.

Корупцію у сфері оборони можна поділити на три групи: корупція у державних закупівлях, корупція в отриманні та розподілі зовнішньої, гуманітарної допомоги та корупція посадова або у кадровій політиці.

Починаючи з 1990 років діє міжнародна програма Transparency International у сфері оборони та безпеки (TI Defence and Security Programme). Програма має на меті боротьбу з корупцією у сфері оборони та національної безпеки різних держав з метою зміцнення міжнародної безпеки. Програма діє у п'яти найважливіших секторах: боротьба з корупцією у збройних силах та міністерствах оборони різних держав, зміцнення оборонного сектору держав в яких відбуваються збройні конфлікти (саме у цьому секторі дана програма діє на даний час в Україні), боротьба з корупцією у поліції та органах правопорядку, протидія корупції у підприємствах, які займаються виготовленням та постачанням зброї та військової техніки, та розширення можливостей громадянського суспільства у сфері оборони та національної безпеки.

Дана програма діяла в Україні з 2008 року до 2012 у першому секторі, а саме боротьба з корупцією у збройних силах та міністерстві оборони. Проте, як зазначають експерти, які працювали в той час в Україні, жодних реформ у секторі безпеки провести не вдалося через відсутність політичної волі керівництва держави. Міністерство оборони погодилось провести дуже обмежені анти-корупційні реформи, які в результаті не мали значного впливу на зміну ситуації. В 2014 році програма знову почала діяти в Україні, проте вже у другому секторі, а саме боротьби з корупцією у державі, де відбувається збройний конфлікт (військова агресія зовнішнього ворога). Через зовнішню загрозу та внутрішню проблему корупції в секторі оборони, яка є перешкодою у боротьбі із зовнішнім ворогом, українське керівництво виразило політичну волю проводити реформи. З основних змін експерти визначають, зокрема, звільнення генералів, які були залучені у корупційні дії, призначення громадян-волонтерів на важливі посади у секторі оборони, створення антикорупційної академії (BITEC), підготовка антикорупційних аудиторів у сфері оборони, створення розбудованого та амбітного антикорупційного плану.

Міжнародні програми сприяння боротьбі з корупцією в секторі оборони та національної безпеки запроваджуються також через НАТО, зокрема, це Програма розбудови доброчесності (Building Integrity Programme, BIP), яку в Україні реалізують з 2007 р. Пріоритетними напрямками у 2015-2017 рр. програми BIP є зміцнення адміністративних та кадрових функцій в оборонному секторі та поширення інформації про значний негативний вплив корупції на оборону та національну безпеку. Реалізацією цієї програми в Україні займаються експерти з Норвегії, оскільки саме ця країна керує Центром удосконалення боротьби з корупцією НАТО (Centre for Integrity in the Defence Sector, CIDS). Також, планується провести програму НАТО з підтримки жінок-керівників оборонного сектору, яка називається “Розумна оборона” (Smart Defence). Для прикладу, жінки є міністром оборони у таких європейських країнах, як Норвегія, Нідерланди, Швеція, Німеччина, Албанія.

За даними Білої Книги Збройних сил України за 2006 – 2016 рр. в державний бюджет було закладено незначне фінансування сфери оборони. Суми визначені бюджетом та реально виділені на оборону кошти різняться і прослідковується негативна тенденція, а саме в бюджеті закладались вищі суми, ніж реально виділялися (перша сума – визначена у бюджеті, друга – реально виділені кошти). Статистика наступна: 2005 р. – 5.9 млрд (6.0 млрд), 2006 р. – 7.6 млрд (6.4 млрд), 2007 – 9.1 млрд (8.0 млрд), 2008 р. - 9.9 млрд (9.5 млрд), 2009 р. - 12.8 млрд (8.3 млрд), 2010 р. - 12.4 млрд (10.5 млрд), 2011 - 13.8 млрд (12.7 млрд), 2012 р. – 16.3 млрд (14.7 млрд), 2013 р. – 15.2 млрд (15.1 млрд), 2014 р. – 27.0 млрд (26.9 млрд), 2015 р. - 46.7 млрд (49.3 млрд), 2016 р. – 55.6 млрд сумарно, а це 2,46% ВВП. На 2017 рік у державному бюджеті на оборону закладена рекордна сума 129,3 млрд грн, що становить 5% ВВП.

З досить незначних сум, які виділялися з державного бюджету на оборону, лише частина використовувалася для забезпечення армії, оскільки більшість коштів поглинала корупція. Корупція у сфері державних закупівель, які проводило міністерство оборони була досить поширеним явищем до 2014 року. Способом вирішення цієї гострої проблеми стало введення нової системи електронних державних закупівель ProZorro. Міністерство оборони першим почало проводити державні закупівлі через цю систему. У 2016 році було ухвалено Закон України «Про особливості здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для гарантованого забезпечення пот-

реб оборони». З квітня 2015 року до квітня 2016, міністерство оборони України на проведенні державних закупівель через систему ProZorro зекономило понад 240 млн грн, а від 1 серпня 2016 року, коли система стала загальнообов'язковою до використання, сума заощадження щоразу зростає. Система дає можливість чесного та відкритого проведення державних закупівель.

Боротьба з корупцією в секторі оборони – це запорука належного функціонування держави, зросту економіки та збільшення інвестицій, розвитку зовнішніх відносин та забезпечення однієї з найважливіших, відповідно до піраміди Маслоу, потреб людини – безпеки.

Богдана Чернявська
Київський національний університет
імені Тараса Шевченка

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ КАТЕГОРІАЛЬНОГО АПАРАТУ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ОБ'ЄДНАННЯ ГРОМАДЯН

Визнаючи людину найвищою соціальною цінністю, Конституція України надає кожній людині і громадянину певне коло прав, свобод та інтересів у всіх сферах життєдіяльності суспільства і держави. Так, ст. 36 Конституції України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР закріплює право громадян України на свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації для здійснення і захисту своїх прав і свобод та задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів. Це право є фундаментальним, а гарантії його реалізації існують не лише на національному, а й на міжнародному рівні.

Варто зазначити, що реалізація права на свободу об'єднання значною мірою

залежить від належного нормативно-правового регулювання. Серед недоліків правового регулювання відносин, що виникають у цій сфері, поряд з іншими проблемами, можна виділити неузгодженість понятійно-категоріального апарату, який закріплено в різних нормативно-правових актах. Розглянемо цю проблему докладніше.

З 1 січня 2013 р. набув чинності Закон України «Про громадські об’єднання» від 22.03.2012 № 4572-VI, яким було змінено категоріальний апарат, що використовується у даній сфері. Так, законодавець вирішив замінити термін «об’єднання громадян», який був основним у попередньо чинному законі та залишається таким у Конституції України, на поняття «громадське об’єднання». Дане поняття охоплює два типи утворень, якими виступають: «громадська організація» як об’єднання, засновниками та членами (учасниками) якого є фізичні особи, та «громадська спілка» як об’єднання, засновниками якого є юридичні особи приватного права, а членами (учасниками) можуть бути юридичні особи приватного права та фізичні особи (стаття 1 Закону). Це дає нам право стверджувати, що не всі об’єднання громадян потрапляють у розряд громадських об’єднань у розумінні даного Закону.

Головна проблема, на наш погляд, полягає у тому, що такий підхід не узгоджується з положеннями ст. ст. 36 та 37 Конституції України, в яких категорія «громадська організація» вживається для позначення будь-якого об’єднання громадян, за виключенням політичної партії. Інакше кажучи, введене в юридичний обіг поняття «громадська організація» за своїм змістом є вужчим за аналогічний термін, зафіксований в Основному законі.

Розвиваючи сформульовану думку, наголосимо на існуванні загальної категорії – «об’єднання громадян», формами (видами) якого можуть бути політичні партії чи громадські організації. Останні є похідними від загальної категорії та не можуть розглядатися окремо від неї. У свою чергу, громадська організація, є родовим поняттям по відношенню до конкретних видів громадських організацій, у тому числі для професійних спілок. Таке твердження випливає зі змісту ч. 3 ст. 36 Конституції України, в якій йдеться про те, що професійні спілки виступають різновидом громадської організації. У цьому контексті необхідно згадати також положення ч. 2 ст. 1 Закону України «Про об’єднання громадян» від 16.06.1992 № 2460-XII

(втратив чинність у 2012 р.), де було визначено, що будь-яке об'єднання громадян, незалежно від назви (рух, конгрес, асоціація, фонд, спілка тощо) визнається політичною партією або громадською організацією.

Поряд з цим зазначимо, що описану ситуацію ускладнює також і факт наявності в юридичному обігу категорії «громадське формування», яка вживається у Законі України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» від 15.05.2003 № 755-IV та охоплює своїм змістом політичні партії, структурні утворення політичних партій, громадські об'єднання, місцеві осередки громадського об'єднання зі статусом юридичної особи, професійні спілки, їх об'єднання, організації профспілки, передбачені статутом профспілки та їх об'єднання, творчі спілки, місцеві осередки творчих спілок, постійно діючі третейські суди, організації роботодавців, їх об'єднання, відокремлені підрозділи іноземних неурядових організацій, представництва, філії іноземних благодійних організацій (п. 3 ч. 1 ст. 1 Закону). З викладеного випливає, що громадська організація є різновидом громадського формування, яке, по-суті, є тотожним поняттю «об'єднання громадян», яке, нагадаємо, було базовим у попередньо чинному законі. Разом з цим, не можна не звернути увагу і на той факт, що наведене вище визначення категорії «громадське формування» не узгоджується зі змістом аналогічної категорії, яка вживається у Законі України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» від 22.06.2000 № 1835-III.

Отже, робимо висновок, що, по-перше, недопустимою є наявність різних підходів до визначення організаційно-правових форм об'єднань громадян. По-друге, змістовне наповнення категорії «громадська організація» при збереженні терміна, який її позначає, кардинально змінює традиційний підхід до неї та потребує переосмислення. По-третє, не менш колізійним є питання визначення поняття «громадське формування», оскільки наявність розбіжностей у визначенні одного і того ж поняття призводить до проблем на практиці. На нашу думку, вкрай необхідним є приведення категоріального апарату законодавства про об'єднання громадян у відповідність до Конституції України як Основного Закону, де чітко зазначено, що право громадян на свободу об'єднання реалізується через утворення та членство саме у громадських організаціях, а не інших формах об'єднань: формуваннях, асо-

ціаціях тощо.

Альона Казанцева
Київський національний університет імені Тараса Шевченка
та Університет імені Томаша Масарика
(за програмою академічного обміну «Humeria»)

ІСТОРИЧНІ АСПЕКТИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ЕНЕРГЕТИЧНОГО РЕГУЛЯТОРА В ЧЕСЬКІЙ РЕСПУБЛІЦІ

Протягом останніх десятиліть особлива увага в країнах Європейського Союзу приділяється питанню створення та функціонування в сфері енергетики незалежних органів державного регулювання (далі – регуляторів). У Чеській Республіці такий орган функціонує вже 16 років. За цей час значно змінювалась роль енергетичного регулятора у напрямку посилення його незалежності та розширення компетенції. Тому виникає необхідність дослідження історичних аспектів становлення та розвитку енергетичного регулятора Чеської Республіки для розуміння подальших шляхів та перспектив вдосконалення інституційного забезпечення державного регулювання у цій сфері.

Питання щодо правового статусу органів державного регулювання були предметом дослідження таких вітчизняних та зарубіжних науковців як Ю. Ващенко, Ф. Джиларді, Є. Дєвятніковайте, М. Маджетті, Дж. Маджоне, О. Поуперова, М. Тетчер та інших. Праці цих науковців стали теоретичним підґрунтям для проведення дослідження.

Метою доповіді є дослідження основних етапів становлення і розвитку органу державного регулювання у сфері енергетики в Чеській Республіці.

Енергетичний регулятивний офіс (Energetický regulační úřad, далі - ЕРО) був створений 1 січня 2001 року відповідно до Закону Чеської Республіки «Про умови здійснення підприємницької діяльності та здійснення державного управління в енергетичних секторах та про внесення змін до деяких законодавчих актів (Енергетичний закон)» № 458/2000. Енергетичним законом було закріплено статус ЕРО як ад-

міністративного органу, що здійснює регулювання в енергетичних секторах, та має самостійне фінансування з державного бюджету Чеської республіки. Законом було визначено, що ЕРО є органом, який очолює Голова, який призначається на посаду та звільняється з посади Урядом Чеської Республіки на 5 років. Крім того, згідно із Законом Чеської Республіки «Про утворення міністерств та інших центральних органів державного управління Чеської республіки» № 2/1969 ЕРО було віднесено до інших центральних органів державного управління, а відтак – до системи органів виконавчої влади. Основним завданням ЕРО було забезпечення розвитку конкуренції та захист інтересів споживачів в електроенергетиці, газовому секторі та теплоенергетиці, включаючи підтримку та забезпечення надійного постачання електричної енергії, газу та тепла. Також ЕРО здійснював ліцензування діяльності в енергетичних секторах, регулювання цін та забезпечення їх стабільності, розгляд окремих спорів між ліцензіатами та споживачами, а також спорів щодо приєднання до систем транспортування та постачання. ЕРО не здійснював контрольних повноважень в енергетичних секторах, однак мав право надавати Державній енергетичній інспекції пропозиції щодо здійснення контрольних проваджень, і пропонувати накладення штрафів у разі порушення обов’язків, визначених в Енергетичному законі.

1 травня 2004 року Чеська Республіка стала членом Європейського Союзу (далі – ЄС), що означало пряме застосування законодавства ЄС, зокрема регламентів та директив, що встановлюють спільні правила для внутрішнього енергетичного ринку. У зв’язку із цим розпочався процес підготовки змін до Енергетичного закону, пов’язаних із поступовою лібералізацією ринку електричної енергії та природного газу, тобто з переходом від монополії в енергетичних секторах до конкурентного ринку відповідно до положень Другого енергетичного пакету. Разом із поступовою лібералізацією енергетичного ринку змінювалась і роль енергетичного регулятора в напрямку розширення його компетенції. Так, у 2008 році були внесені зміни до енергетичного закону, якими ЕРО був наділений повноваженнями щодо регулювання та вирішення спорів між учасниками ринку електричної енергії та природного газу.

У 2009 році було прийнято так званий Третій енергетичний пакет, спеціальні норми якого безпосередньо пов’язані із правовим статусом регуляторів у сфері ене-

ргетики, зокрема, посилення незалежності регуляторів, визначення меж їх відповідальності та підзвітності, формулювання нових цілей, завдань та повноважень регуляторів у відповідних сферах. Це зумовило і необхідність зміни ролі ЕРО, розширення його компетенції та переосмислення місця в системі органів державного управління Чеської Республіки.

Законом № 75/2011 від 19 липня 2011 року вносяться зміни до законодавства. В Енергетичному законі закріплюються положення щодо незалежності ЕРО та забезпечення відкритості та прозорості його діяльності, загальні засади взаємовідносин з іншими органами влади, а також положення щодо підзвітності та відповідальності. Також розширюються і повноваження ЕРО, зокрема щодо здійснення нагляду та контролю в енергетичному секторі та захисту прав споживачів. Відтепер функція здійснення контролю в енергетичному секторі переходить від Державної енергетичної інспекції до ЕРО. Крім того, починаючи з 2012 року змінився і спосіб фінансування діяльності ЕРО. На законодавчому рівні було встановлено, що бюджет регулятора формується виключно за рахунок внесків учасників ринку електричної енергії та природного газу, без жодної прив’язки до державного бюджету.

З 01 серпня 2017 року наберуть чинності зміни щодо правового статусу органу, пов’язані із перетворенням ЕРО з єдиноначального органу на колегіальний. З моменту набрання чинності цими змінами ЕРО очолюватиме не голова, а рада, яка буде складатися з 5 членів, яких призначатиме на посаду та звільнятиме з посади Уряд за пропозицією Міністра промисловості та торгівлі. Такі зміни обумовлені необхідністю унеможливлення будь-якого суб’єктивного чинника при прийнятті рішень регулятором, який відповідно до законодавства є незалежним від інших органів державної влади.

Отже, процес становлення і розвитку енергетичного регулятора Чеської Республіки безпосередньо пов’язаний із розвитком законодавства ЄС та створенням внутрішнього енергетичного ринку. Під впливом законодавства ЄС поступово змінюється статус регулятора, посилюється його незалежність (як організаційна, так і фінансова), підлягають уточненню його основні завдання та функції, розширюються регулятивні повноваження, зокрема щодо ліцензування діяльності в енергетичному секторі, регулювання цін та тарифів, вирішення спорів в енергетичних секторах та здійснення нагляду та контролю.

Михайло Піняшко
Львівський національний університет
імені Івана Франка

АДМІНІСТРАТИВНЕ ОСКАРЖЕННЯ ЯК ІНСТРУМЕНТ ЗАХИСТУ ПРАВ

Права людини та їх забезпечення відіграють значну роль, а тому відповідне місце мають займати механізми, форми та способи захист таких прав. У зв'язку із цим явище адміністративного оскарження як інструментарій захист прав та законних інтересів є надзвичайно актуальною темою для розгляду.

По-перше, необхідно зазначити, що адміністративне оскарження, поряд із зверненням до суду за захистом порушених прав, є однією із форм захисту прав особи. Роль такої форми захисту в цілому неможливо переоцінити, бо її існування безпосередньо забезпечує існування права.

По-друге, адміністративне оскарження може розглядатися у двох розуміннях, а саме: об'єктивному та суб'єктивному. Грибок І.О визначає адміністративне оскарження як правовий інститут, що охоплює норми з приводу регулювання оскарження рішень, дій, бездіяльності органів виконавчої влади, їх посадових осіб чи органів місцевого самоврядування. Необхідно зауважити, що адміністративне оскарження можна розглядати також як суб'єктивне право особи на оскарження, що реалізується шляхом звернення.

Якщо детальніше розглядати адміністративне оскарження як суб'єктивне право особи, то варто зазначити, що воно охоплює 3 правомочності, а саме: право на власні дії (подача скарги), право на чужі дії(обов'язок суб'єкта вирішення справи за скаргою відреагувати), а також право захисту у разі відсутності реакції від суб'єкта вирішення справи за скаргою. Говорячи про зміст права на оскарження у, то Грибок І.О визначає такі його складові як матеріальна та процесуальна, виходячи із критерію поділу норм на матеріальні і процесуальні.

Однак з огляду на необхідність використання правильної термінології, то, можливо, більш правильно було б виокремлювати матеріальну та процедурну складові, виходячи із поділу правових норм на матеріальні, процесуальні та процедурні.

Об’єктивне розуміння адміністративного оскарження, тобто в якості правового інституту, необхідно проілюструвати через його структуру, яка складається з таких елементів: норми, що закріплюють право на оскарження; норми, що закріплюють порядок реалізації особою права на оскарження; норми-принципи; норми, що визначають порядок провадження за скаргою; норми, що встановлюють підстави юридичної відповідальності у разі порушень.

Порівнюючи адміністративне оскарження із зверненням до суду, необхідно зауважити, що адміністративне оскарження багато в чому відрізняється та має ряд переваг, наприклад, оперативність; менший ступінь формалізованості; економічність; розгляд не лише законності, а й доцільності оскаржуваних рішень. Більше того, то варто згадати, що адміністративне оскарження дозволяє в якійсь частині розвантажити суди. Процедура адміністративного оскарження – спосіб досудового вирішення справи, але вона не є обов’язковою стадією, інакше кажучи, можна відразу звертатися до суду. Принциповим є питання про правові наслідки оскарження – чи зупиняється дія оскаржуваних рішень. На жаль, законом України «Про звернення громадян» питання правових наслідків не згадано, але, наприклад, ст.56 Податкового кодексу вказує, що у разі оскарження, то оскаржувані рішень припиняють свою дію протягом часу розгляду такої скарги. Такі обставини неодноразово провокують зловживання шляхом безпідставного подання скарг для уникнення сплати коштів. На жаль, законодавство щодо регулювання процедури оскарження має ряд недоліків. Серед таких можна виділити наступні положення:

- Невизначеність правового статусу окремих суб’єктів
- Невизначеність окремих термінів та строків розгляду
- Відсутність кодифікованого акту для системного регулювання
- Подання скарг виключно до суб’єктів вирішення справ за скаргами, що вище за ієрархією, ніж суб’єкт, дії якого оскаржуються
- Проблема оскарження дії, бездіяльності, рішень органів місцевого самоврядування

Зрештою, доцільно перейти до розгляду окремих положень практики оскарження з досвіду європейських країн.

1) Нідерланди - в муніципалітетах утворюються спеціальні дорадчі комісії з розгляду скарг на розпорядження муніципалітету. Комісія складається з 20-25

жителів міста. Комісія працює в підгрупах за спеціалізацією, а скарги розглядають колегії з 2-3 членів комісії.

2) Польща - скарги на рішення органів місцевого самоврядування розглядаються самоврядними апеляційними колегіями, які складаються зі штатних членів та позаштатних.
3) ФРН - адміністративне оскарження є обов'язковою стадією. Конституційний Суд ФРН, даючи її тлумачення, чітко визначив, що адміністративне оскарження не є обмеженням конституційного права особи на судовий захист.

Отже, проаналізувавши ряд положень можна дійти висновку, що:

1) Адміністративне оскарження можна розглядати у двох розуміннях – в об’єктивному (як правовий інститут) та суб’єктивному(як право особи).
2) Адміністративне оскарження є важливим інструментом для забезпечення прав та законних інтересів осіб. Порівняно із судовим вирішення справи, адміністративне оскарження має як переваги, так і недоліки, котрі підлягають вирішенню.(оперативність, предмет розгляду та інші)
3) З метою усунення прогалин в законодавстві доцільно зробити такі кроки:
   - Доповнити законодавство кодифікованим актом щодо регулювання процедури оскарження та адміністративного провадження загалом
   - Чітко визначити строки розгляду скарг та строки їх подачі
   - Застосувати позитивні положення практики країн ЄС (створення додаткових органів, надання адміністративному оскарженню статусу обов’язкової стадії)
   - Введення більш жорстких санкцій з метою запобіганню зловживання правовими наслідками при оскарженні

Мартинів Андріанна

Київський національний університет
імені Тараса Шевченка

ЗЛОВЖИВАННЯ СУБ’ЄКТАМИ СПЕЦІАЛЬНОГО РЕЖИМУ ОПОДАТКУВАННЯ ПРАВОМ НА ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ ПОДАТКОВИХ ОРГАНІВ

Феномен зловживання правом є об’єктивною реальністю сьогодення, і уже тривалий час становить предмет наукових праць та дискусій. Окремі аспекти цього питання досліджувалися в роботах А.І. Берлача, О.О. Вдовичена, В.П. Грібанова, С.Г. Зайцевої, В.В. Рєзнікової, О.Я. Рогача, В.А. Рясенцева, М.М. Хміль, А.С. Шабурова, Л.М. Шишлова, та інші.

Разом з тим, проблематика зловживання суб’єктами спеціального режиму оподаткування правом на оскарження рішень податкових органів не піддавалася науковому аналізу. Хоча це є реально існуючою проблемою, що потребує наукового осмислення та вирішення.

Під зловживанням суб’єктами спеціального режиму оподаткування правом на оскарження рішень податкових органів ми розуміємо: *усвідомлену та вольову поведінку спрямовану на реалізацію такими особами наданого їм пунктом 56.1 Податкового кодексу України права на оскарження рішень контролюючих органів в адміністративному або судовому порядку з дотриманням процедурних та процесуальних меж, але* ***всупереч*** *меті, призначенню та соціальній функції цього права, із заподіянням або створенням реальної загрози заподіяння шкоди суспільним інтересам.*

Вважаємо, що зловживання правом на оскарження рішень податкових органів зі сторони суб’єктів спеціального режиму оподаткування може мати місце лише в тих категоріях спорів, де *одночасно* виконуються такі умови: (1) за результатами податкової перевірки встановлено “безспірний” факт порушення податкового законодавства; (2) відсутні будь-які порушення зі сторони податкового органу щодо підстав призначення, проведення та оформлення результатів податкової перевірки; та (3) платник податків ініціює процедуру оскарження з усвідомленим наміром відстрочити в часі виконання своїх податкових зобов’язань, що виникли внаслідок такого порушення.

Під “безспірними” фактами порушення податкового законодавства ми розглядаємо такі дії або бездіяльність платника податків, що **прямо** не відповідають закону, і відсутня навіть найменша ймовірність неоднозначного тлумачення такого закону. Тобто, норма закону, що порушена є юридично чіткою та визначеною. Здебільшого, це можуть бути порушення, що стосуються обчислення та сплати подат-

ку. Наприклад: (а) неправильне обчислення платником єдиного податку четвертої групи суми податку, що підлягає сплаті (застосування нижчих ставок податку, заниження бази оподаткування, не здійснення індексації, застосовування невірних даних щодо розміру нормативної грошової оцінки землі); (б) нарахування та сплата платником єдиного податку четвертої групи (як податковим агентом) податку на доходи з фізичних осіб та військового збору не до бюджету за місцем знаходження земельних ділянок, а за місцем своєї реєстрації; (в) не сплата податку на нерухоме майно відмінне від земельної ділянки за будівлі і споруди, що не призначені для використання в сільськогосподарській діяльності; (г) не сплата земельного податку за землю, що не використовується для сільськогосподарських цілей.

Відсутність будь-яких порушень зі сторони податкового органу щодо підстав призначення, проведення та оформлення результатів податкової перевірки означає, що проведена перевірка, за якою встановлені порушення є законною. Інакше, ми не можемо стверджувати про зловживання правом, навіть коли мають місце "безспірні" порушення. Не дотримання контролюючим органом підстав та порядку проведення перевірки не може тягнути законних наслідків щодо донарахування податкових зобов'язань. Адже акт перевірки, де зафіксовані порушення оцінюється судом на предмет належності та допустимості (ст.86 КАСУ); докази, одержані з порушенням закону, судом при вирішенні справи не беруться до уваги (ч.3 ст.70 КАСУ). Верховний суд України сформулював такий висновок в постанові від 27.01.2015 р., № 21-425а14 "безпідставне видання наказу про перевірку або його видання з порушеннями призводять до визнання перевірки незаконною та відсутності правових наслідків такої".

Третьою умовою є ініціація суб'єктом спеціального режиму оподаткування процедури оскарження *з усвідомленим наміром – відстрочити в часі виконання своїх податкових зобов'язань*, які виникли внаслідок вчинення таким платником "безспірних" порушень податкового законодавства, що зафіксовані контролюючим органом під час проведення законної податкової перевірки. Формально, дії такого платника є правомірними, але їх зміст не відповідає меті права на оскарження. Такий платник не захищає свої законні права, а відстрочує сплату податків та штрафів до державного бюджету, що і завдає шкоду суспільним інтересам.

Ми вбачаємо можливе вирішення цієї проблеми **не в обмеженні права на оскарження суб’єктами спеціального режиму оподаткування рішень податкових органів**; а в спрощенні та вдосконаленні умов та порядку отримання відстрочення по сплаті податкових зобов’язань. Порядок розстрочення (відстрочення) грошових зобов’язань (податкового боргу) платників податків, затв. Наказом Міндоходів № 574 від 10.10.2013 р. передбачає широкі межі дискреційних повноважень податкового органу при прийнятті рішення про надання, чи відмову відстрочення. Також не враховується той момент, що наявність податкового боргу станом на перше число звітного року в платника єдиного податку четвертої групи **є підставою для відмови в підтвердженні цього статусу на наступний звітний період**.

На наш погляд, створення справедливих умов користування відстроченням по сплаті податкових зобов’язань, податкового боргу може зменшити прояви зловживання правом на оскарження рішень контролюючих органів та негативні наслідки, що виникають через таке зловживання.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ

Наталія Пустова

Львівський національний університет імені Івана Франка

ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ ДЕКЛАРУВАННЯ НЕДОСТОВІРНОЇ ІНФОРМАЦІЇ

Внаслідок реформування системи державної влади 14 жовтня 2014 року прийнято Закон України «Про запобігання корупції» (надалі – Закон), який замінив чинний на той момент нормативний акт у сфері боротьби з корупцією – Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції». Однією із новацій Закону стало закріплення нового інституту фінансового контролю за особами, які є суб'єктами антикорупційного контролю. Так, відповідно до статті 45 Закону особи, зазначені у пункті 1, підпункті "а" пункту 2 частини першої статті 3 зобов'язані щорічно до 1 квітня подавати шляхом заповнення на офіційному веб-сайті Національного агентства з питань запобігання корупції (далі – НАЗК) декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, за минулий рік за формою, що визначається Національним агентством.

Крім того, новим Законом передбачається кримінальна відповідальність для декларантів, які порушили вимоги щодо декларування майнового стану. У цьому разі необхідно звернути увагу на підпункт 3, пункту 5 Прикінцевих положень Закону, яким Кримінальний Кодекс України (далі – КК України) доповнено статтею 366-1 під назвою «Декларування недостовірної інформації».

Диспозиція статті передбачає форму вчинення кримінально караного діяння – подання суб'єктом декларування завідомо недостовірних відомостей у декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передбаченої Законом України «Про запобігання корупції», або умисне неподання суб'єктом декларування зазначеної декларації.

Санкцією статті 366-1 КК України (на час написання статті) встановлюється

альтернативна форма покарання – штраф у розмірі від двох тисяч п'ятисот до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадські роботи на строк від ста п'ятдесяти до двохсот сорока годин, або позбавлення волі на строк до двох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років. Зі змісту перерахованих форм покарання вбачається, що основними є штраф, громадські роботи чи позбавлення волі, а позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю в даному випадку виступає як додаткове і може застосовуватися одночасно з будь-яким із перерахованих основних покарань.

Варто звернути увагу на примітку до статті 366-1 КК України, якою встановлено, що кримінальна відповідальність наступає лише у разі, якщо відомості, які зазначаються у декларації, відрізняються від достовірних на суму понад 250 прожиткових мінімумів. Зазначена сума розраховується з огляду на розмір прожиткового мінімуму станом на дату зазначення недостовірних відомостей або на кінцеву дату подання декларації, якщо таку декларацію подано не було.

Для правильної кваліфікації правопорушення, передбаченого статтею 366-1 КК України, необхідно розглянути кожен елемент складу такого правопорушення.

Об’єктом розглядуваного правопорушення є відносини, пов’язані із декларуванням майнового стану суб’єктів, які виконують функції органів державної влади або місцевого самоврядування.

Предметом злочину, передбаченого статтею 366-1 КК України, є завідомо недостовірні відомості в декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Об’єктивна сторона може проявлятися шляхом вчинення активних дій або бездіяльності. Зазначені діяння проявляються у двох формах: зазначення недостовірних відомостей у декларації або неподання такої декларації, якщо такі дії призвели до незазначення відомостей на суму понад 250 мінімальних заробітних плат.

Суб’єкт правопорушення є спеціальний. Це особи, зазначені у пункті 1, підпункті "а" пункту 2 частини першої статті 3 Закону України «Про запобігання корупції», котрі зобов’язані подавати декларацію. Такими особами є як посадові особи органів державної влади, так і прирівняні до них посадові особи органів місцевого самоврядування, керівники юридичних осіб публічного права. Головною

ознакою таких осіб є здійснення функцій представників влади або зайняття посади, пов'язаної з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій.

Так, *адміністративно-господарські функції (обов'язки)* – це обов'язки з управління або розпорядження державним, комунальним майном (установлення порядку його зберігання, переробки, реалізації забезпечення контролю за цими операціями тощо).

Організаційно-розпорядчі функції (обов'язки) – це обов'язки щодо здійснення керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форм власності.

Щодо інших осіб, які надають відомості суб'єкту декларування, наприклад, члени сім'ї, то зазначення ними недостовірних відомостей не призводить до настання кримінальної відповідальності.

При цьому Закон України «Про запобігання корупції» передбачає вичерпний перелік винятків щодо суб'єктів декларування. Так, частиною 5 статті 45 Закону встановлено, до прикладу, що не подають декларації посадові особи закладів, установ та організацій, які здійснюють основну діяльність у сфері соціального обслуговування населення, соціальної та професійної реабілітації інвалідів і дітей-інвалідів тощо.

Суб'єктивна сторона правопорушення характеризується прямим умислом, який направлений на приховування відомостей щодо майнового стану декларанта та членів його сім'ї. У такому випадку суб'єкт декларування, який володіє інформацією щодо власного майнового стану або може володіти такою інформацією, не вказує її у поданій декларації.

Таким чином, лише у разі наявності усіх вищеперерахованих елементів складу злочину, можливо притягнути винну особу до кримінальної відповідальності за зазначення недостовірних відомостей у декларації про майновий стан.

Отже, механізм притягнення до кримінальної відповідальності за недостовірні відомості у декларації є недосконалим. Так, члени сім'ї не несуть відповідальності за повідомлення недостовірних відомостей щодо об'єктів декларування. За таких

умов можуть мати місце численні маніпуляції, пов’язані із «неповідомленням» членами сім’ї відомостей щодо об’єктів декларування. Крім того, недостовірні відомості, повідомлені членами сім’ї декларанта, можуть становити окремий склад злочину, зокрема передбаченого статтею 212 КК України «Ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)». Не передбачено також порядок обміну інформацією між НАЗК та іншими правоохоронними органами у таких випадках.

Роман Синюта

Львівський національний університет

імені Івана Франка

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ СТ. 263 КК УКРАЇНИ У КОНТЕКСТІ СТ.СТ.6,7 КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД

Сьогодні Україна перебуває на активній стадії євроінтеграційних процесів. Одним із основних завдань держави є досягнення тіснішого єднання з Європейським Союзом, а одним із засобів досягнення цієї мети є забезпечення і розвиток прав людини та основоположних свобод. Важливими кроками для досягнення цих цілей є ратифікація Верховною Радою України Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та прийняття Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». Як наслідок, Конвенція стала частиною національного законодавства, а рішення Європейського суду з прав людини у справах проти України стали обов’язковими до виконання, розпочався процес впровадження в українське судочинство та адміністративну практику європейських стандартів прав людини.

Актуальним є питання про законність притягнення до кримінальної відповідальності за ст. 263 КК України «Незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами». Положення цієї статті передбачає відповідальність за різні форми поводження зі зброєю без передбаченого законом дозволу. Проте в правовій системі України відсутній закон, що регулює надання такого дозволу.

У п.2 постанови від 26 квітня 2002 року N 3 «Про судову практику в справах про викрадення та інше незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями чи радіоактивними матеріалами» Пленум Верховного Суду України встановив, що при вирішенні питання, чи є незаконними носіння, зберігання, придбання, виготовлення, ремонт, передача чи збут вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), а також носіння, виготовлення, ремонт або збут холодної зброї, бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв, судам необхідно керуватися Положенням про дозвільну систему (затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 12 жовтня 1992 р. N 576 з наступними змінами), Інструкцією про порядок виготовлення, придбання, зберігання, обліку, перевезення та використання вогнепальної, пневматичної і холодної зброї, пристроїв вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями метальними снарядами несмертельної дії, та зазначених патронів, а також боєприпасів до зброї та вибухових матеріалів (затверджена наказом Міністерства внутрішніх справ України від 21 серпня 1998 р. N 622; зі змінами, внесеними наказом від 13 квітня 1999 р. N 292) та іншими нормативними актами.

Слова «…без передбаченого законом дозволу…» у ст. 263 КК України означають, що поводження зі зброєю є незаконним і, відповідно, тягне за собою кримінальну відповідальність тоді, коли особа вчиняє дії, передбачені у диспозиції статті без такого дозволу. Оскільки КК України передбачає відповідальність за дії "без передбаченого законом дозволу", а такого дозволу закон не передбачає, то в діях особи відсутня ознака об’єктивної сторони, а саме суспільно небезпечне діяння. У вище згаданій постанові Пленум ВСУ рекомендує звертатися до нормативних актів, які не є законами. Проте, на відміну від постанов Верховного суду, суд не зобов’язаний враховувати постанови Пленуму ВСУ при ухваленні вироку (вони мають рекомендаційний характер).

Відповідно до п.5 ч.2 ст. 291 КПК України, обвинувальний акт повинен містити правову кваліфікацію кримінального правопорушення з посиланням на положення закону і статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність та формулювання обвинувачення. Оскільки припис ст. 263 КК України носить

бланкетний характер, необхідним є посилання на закон, який регулює дозволи на законне поводження зі зброєю. У п. а ч.3 ст.6 Конвенції зазначено, що кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має бути негайно і детально поінформованим зрозумілою для нього мовою про характер і причини обвинувачення, висунутого проти нього, а у ч.1 ст.7 Конвенції вказано, що нікого не може бути визнано винним у вчиненні будь-якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її вчинення не становила кримінального правопорушення згідно з національним законом або міжнародним правом.

Оскільки закон «Про зброю» відсутній, а інші нормативні акти, які регулюють дозвільну систему поводження зі зброєю не є законами, то неможливо належним чином сформулювати обвинувачення. Отже, у випадку прийняття судом першої інстанції рішення на підставі такого обвинувачення, це рішення може бути оскаржене на підставі порушення ст.ст.6,7 Конвенції: «Право на справедливий суд» та «Ніякого покарання без закону» у апеляційному та касаційному порядку, а після вичерпання національних засобів захисту до Європейського суду з прав людини.

Варто зазначити, що відповідно до ст.17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права.

Наслідки прийняття ЄСПЛ рішення про порушення вище згаданих ст.ст.6,7 Конвенції означатимуть кардинальну зміну вектору судової практики та амністію всім особами, раніше засудженим за ст.263 КК України.

Проте у ч.2 ст.7 Конвенції вказано, що ця стаття не є перешкодою для судового розгляду, а також для покарання будь-якої особи за будь-яку дію чи бездіяльність, яка на час її вчинення становила кримінальне правопорушення відповідно до загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями.

Важливо згадати, що сьогодні вже є рішення Ніжинського міськрайонного суду Чернігівської області у справі № 740/4432/16-к про притягнення особи до кримінальної відповідальності за ч.1 ст.263, ч.1 ст.263-1 КК України, згідно з яким прокурору повернено обвинувальний акт на доопрацювання, адже в ньому не зазначені відомості, передбачені п.5 ч.2 ст. 291 КПК України.

Отже, питання про законність притягнення до кримінальної відповідальності за ст. 263 КК України є дискусійним та гостро актуальним сьогодні. З метою прави-

льного застосування Кримінального кодексу у відповідності до Конституції України та Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, пропонуємо в якнайкоротші строки прийняти закон, який регулюватиме надання дозволу на законне поводження зі зброєю. Як наслідок, ми зможемо говорити про належне забезпечення прав людини в процесі інкримінування ст. 263 КК України.

Христина Цимбалюк

Львівський національний університет

імені Івана Франка

ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА СЛУЖБОВУ НЕДБАЛІСТЬ У РАЗІ ПОГОДЖЕННЯ (ВІЗУВАННЯ) ПРОЕКТУ РЕГУЛЯТОРНОГО АКТУ ОРГАНУ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ НА МІСЦЯХ

Вступ. Відповідно до ст. 19 Конституції України, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Ці конституційні приписи поширюються на всіх без винятку службових осіб. Однак в буденному житті, коли «сприятливі умови» значно розширили чиновницький апарат держави Україна із неабиякими бюрократичними механізмами, службові особи, які перебувають на службі в органах державної влади і, яким доручено розробляти певні регуляторні акти органів державної виконавчої влади на місцях з тих чи інших питань, добросовісно не виконують свої службові обов'язки, чим порушують приписи Закону, що нерідко призводить до вчинення кримінального правопорушення – службової недбалості.

Виклад основного матеріалу. Як будь-яке кримінальне правопорушення, за яке передбачена кримінальна відповідальність, службова недбалість повинна обов'язково мати наявність чотирьох складових, які у своїй сукупності утворюють склад злочину – це об'єкт посягання, об'єктивну сторону, суб'єкт та суб'єктивну сторону. При цьому необхідно пам'ятати, що службова недбалість є злочином із матеріальним складом. Об'єктивна сторона цього виду кримінального правопорушення повинна характеризуватися наявністю трьох ознак у їх сукупності, зокре-

ма: дією або бездіяльністю службової особи; заподіяними наслідками у вигляді істотної шкоди охоронюваним кримінальним законом інтересам певного кола осіб, визначених законом та причинно-наслідковим зв’язком між вказаними діями чи бездіяльністю та настанням шкідливих наслідків. Службова недбалість найчастіше проявляється у необережній формі вини як щодо діяння так і щодо його наслідків. При службовій діяльності є можливою й змішана форма вини – умисел до діяння і необережна вина до наслідків. Відповідно до ст. 6 Закону України «Про місцеві державні адміністрації», акти місцевих державних адміністрацій, які відповідно до закону є регуляторними актами, розробляються, розглядаються, приймаються та оприлюднюються з урахуванням вимог Закону України "Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності".

Згідно з ст. 41 цього Закону, голови місцевих державних адміністрацій видають розпорядження одноособово і несуть за них відповідальність згідно із законодавством. Разом з тим, голова місцевої державної адміністрації, не завжди є фахівцем у тій чи іншій галузі господарства, а тому проекти регуляторних актів готуються та погоджуються службовими особами (фахівцями) окремих підрозділів райдержадміністрації, які при цьому можуть вчиняти службову злочинну недбалість. Тому, на практиці, як правило, до кримінальної відповідальності в поодиноких випадках притягуються перші керівники місцевих органів державної влади за неналежне виконання ними обов’язків під час видачі регуляторних актів (розпоряджень), а здебільшого притягуються службові особи, із числа керівників підрозділів місцевих органів державної виконавчої влади за неналежне виконання службових обов’язків через несумлінне ставлення до них, виключно за погодження (візування) проекту регуляторного акту (розпорядження голови райдержадміністрації), що надалі, коли такий акт (розпорядження) було видане головою місцевої державної адміністрації – це спричинило би істотну шкоду громадським чи державним інтересам.

Теорія діловодства України розрізняє поняття внутрішнього та зовнішнього погодження проекту документа, у тому числі, проекту регуляторного акту органу державної влади. Зазвичай, прийнято здійснювати погодження проекту документа (регуляторного акту) у разі виникнення потреби у визначенні оцінки доцільності його створення, обґрунтованості та відповідності чинному законодавству. Підготовлений проект регуляторного акту погоджують із зацікавленими структурними під-

розділами, окремими посадовими особами тощо. Метою таких погоджень повинно бути підвищення якості регуляторного акту шляхом компетентної оцінки його змісту, редакції, оформлення посадовими особами.

Висновки. Виходячи із вищезазначених положень, ставлячи у вину службовій особі, як спеціальному суб'єкту злочину вчинення злочинної службової недбалості у разі погодження (візування) проекту регуляторного акту органу державної влади, орган досудового розслідування чи прокурор, крім наявності чотирьох складових, які у своїй сукупності утворюють склад злочину, завжди, на мою думку, повинен не тільки детально вивчати і аналізувати коло службових обов'язків такої особи, а також обов'язково визначати, у якій саме формі (злочинної недбалості чи злочинної самовпевненості) вчинено особою цей вид кримінального правопорушення. На мій погляд - це забезпечить абсолютну дієвість одного із основних засадничих принципів кримінального судочинства – презумпції невинуватості, який гарантований людині та закріплений у ст. 62 Конституції України та у пункті 2 ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року зі змінами та доповненнями і на практиці дасть змогу уникати фактів незаконного притягнення осіб до кримінальної відповідальності.

На дотриманні цього принципу у справедливому судовому процесі у кримінальних справах, наголошено у рішенні Європейського суду з прав людини (далі - ЄСП) в справі «Мінеллі проти Швейцарії» (Minelli v. Switzerland) від 25 березня 1983 року. Також я вважаю, що в умовах сьогодення, коли триває судова реформа із врахуванням норм міжнародного права, рішень та викладених у них позицій ЄСП, як цивілізоване суспільство, ми повинні намагатись досягти: «…, inter allia, аби судді, виконуючи свої завдання, не ставились до них із переконанням, що підсудний учинив інкримінований йому злочин, Тягар доказування лежить на обвинуваченні, а кожний сумнів має тлумачитись на користь підсудного» (рішення у справі Барбера, Мессере і Хабардо проти Іспанії (Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain) від 06 грудня 1988 року).

Monika Utracka, Tomasz Gawlas

Uniwersytet Jagielloński

ZASADA KOMPLEMENTARNOŚCI DZIAŁAŃ MIĘDZYNARODOWEGO TRYBUNAŁU KARNEGO W KONTEKŚCIE KONFLIKTU NA WSCHODZIE UKRAINY

Ostatnie lata obfitują w szereg dramatycznych procesów na arenie międzynarodowej, spośród których wymienić należy między innymi zbierający coraz krwawsze żniwo terroryzm, czy też powstanie oraz zbrodniczą działalność tzw. Państwa Islamskiego. Związane jest to z otwieraniem granic, poluzowaniem ograniczeń w przepływie osób i kapitału, a także coraz gęstszą sieci zależności międzynarodowych, będących naturalną konsekwencją życia w zglobalizowanym społeczeństwie początku XXI wieku. Zjawiska te stawiają przed prawem karnym międzynarodowym szereg niespotykanych wcześniej wyzwań. W obliczu tych procesów porządki krajowe często okazują się być niewystarczające, czy wręcz bezradne. Prawo karne jako dziedzina prawa stojąca na straży porządku prawnego, musi błyskawicznie odpowiadać na zagrożenia i gwarantować realizację funkcji represyjnej i prewencyjnej – ma karać i zapobiegać. Coraz częściej dochodzi do przestępstw, godzących w normy o charakterze międzynarodowym, dlatego też obserwujemy stale rosnącą rolę Międzynarodowego Trybunału Karnego, jako swoistego gwaranta prawnokarnego porządku na tym szczeblu. Rola ta jest bardzo trudna, z jednej strony wymaga się od niego wysokiej efektywności, z drugiej zaś ograniczony jest jego wpływ na krajowe porządki wewnętrzne. Co więcej, Trybunał w swym założeniu nie ma być organem całkowicie „oderwanym” od przepisów krajowych - w swym działaniu zobowiązany jest on do działania zgodnie z zasadą komplementarności. Znaczenie owej komplementarności jest na tyle doniosłe, że uzasadnionym jest stwierdzenie, iż to właśnie ona legła u podstaw utworzenia Międzynarodowego Trybunału Karnego jako tzw. „emergency court”. W ustępie 10 Preambuły do Statutu Rzymskiego znajduje się stwierdzenie, „że Międzynarodowy Trybunał Karny utworzony na podstawie niniejszego statutu ma charakter komplementarny w stosunku do krajowych systemów wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych”. Wspomniany ustęp powtórzono w art. 1 Statutu. Z przepisów tych wyczytać można więc główną zasadę działania - ma on działać tam, gdzie regulacje porządków krajowych są niewystarczające, nie pozwalając na urzeczywistnienie zasady sprawiedliwości.

Zasygnalizowana powyżej kwestia nasuwa następujące pytania: Czy można uznać, iż przepisy porządków krajowych zawsze mają pierwszeństwo przed przepisami Statutu Rzymskiego? Co dzieje się w sytuacji, gdy normy prawa krajowego są sprzeczne z normami prawa międzynarodowego? Nabiera ona praktycznego znaczenia także w kontekście konfliktu na wschodzie Ukrainy, a konkretnie w odniesieniu do postanowień umownych przewidujących amnestię w stosunku do osób zaangażowanych w walki po stronie tzw. Donieckiej oraz Ługańskiej Republiki Ludowej zawartych w Protokole mińskim z 5 września 2014 roku, a podpisanego, oprócz przedstawicieli owych „republik" także przez przedstawicieli Ukrainy i Rosji.

W tym miejscu należy przybliżyć historię stosunków Ukrainy i Międzynarodowego Trybunału Karnego. Otóż Ukraina stała się sygnatariuszem Statutu Rzymskiego stosunkowo niedługo po jego uchwaleniu, bo już 20 stycznia 2000 roku, jednakże już w następnym roku proces ratyfikacji dokumentu został zawieszony ze względu na sprzeczność zasady komplementarności z art. 124 ust. 3 Konstytucji Ukrainy, zgodnie z którym do sprawowania wymiaru sprawiedliwości na terytorium państwa ukraińskiego przewidziane są Sąd Konstytucyjny Ukrainy i sądy powszechne. Do dzisiaj nie dokonano rewizji przepisów krajowych pozwalającej na ratyfikowanie traktatu, jednak sam fakt podpisania Statutu świadczy o woli związania się jego postanowieniami. Wobec braku ratyfikacji Statutu i chęci do podlegania jego jurysdykcji, Ukraina zgłosiła, zgodnie z art. 12 ust. 3 Statutu oświadczenie o poddaniu pod jurysdykcję MTK zbrodni popełnionych na jej terytorium po 20 lutego 2014 roku.

Zasygnalizowany na wstępie spór już od pewnego czasu pojawia się w orzecznictwie oraz doktrynie prawa międzynarodowego. Argumenty przewijające się w tej dyspucie można zgrupować wzdłuż linii podziału pomiędzy dwoma głównymi nurtami filozofii prawa – koncepcją prawa natury oraz pozytywizmem prawniczym. Pierwsze z nich, odwołujące się do rozumowania opartego na naturalizmie prawniczym – akcentują przede wszystkim wartość jaka powinna być chroniona, przykładając mniejsze znaczenie literalnej wykładni obowiązujących w tym przypadku przepisów. Zwolennicy tej koncepcji jako główny argument podnoszą, że państwa przyjmujące postanowienia Statutu Rzymskiego godzą się na wejście na „nowy poziom" międzynarodowego prawa karnego, tym samym zrzekając się amnestii względem zbrodni ściganych na mocy Statutu Rzymskiego. Literatura nie wskazuje w tym przypadku normatywnych podstaw takiego

rozwiązania, sugerując jednak odwołanie się do rozważań dotyczących *ius cogens* w międzynarodowym prawie karnym. Wydaje się jednak, że normatywnych argumentów przemawiających za poglądem, w myśl którego niedopuszczalne jest zastrzeżenie amnestii w odniesieniu do zbrodni wojennych dostarcza analiza treści oraz *ratio legis* jednego z kluczowych zapisów w kontekście ścigania zbrodni wojennych, to jest art. 29 Statutu. Wspomniany przepis wyklucza możliwość przedawnienia się zbrodni podlegających jurysdykcji Trybunału. W świetle tego zapisu należy uznać, że zamysłem przyświecającym twórcom Statutu było zapewnienie powszechności ścigania zbrodni wojennych, zaś interpretując rozszerzająco, za okoliczność stojącą temu na przeszkodzie należy uznać także amnestię. Argumentacja ta prowadzi do stwierdzenia, iż państwa, które przystąpiły do Statutu Rzymskiego lub złożyły deklarację o objęciu danego zachowania jurysdykcją MTK nie mogą skutecznie zastrzec w żadnej umowie amnestii względem tych zachowań, gdyż stoi to w sprzeczności właśnie z zasadą powszechności ścigania wywodzoną z art. 29 Statutu. W ten sposób zrodziła się koncepcja prawnej obojętności amnestii. Koncepcja ta pojawiła się również w decyzji Sądu Specjalnego dla Sierra Leone (SSSL) w sprawie Prokurator przeciwko Kallonowi i Kamarze, gdzie problem amnestii dotyczył wykorzystania jej w procesie uzyskania pokoju po wojnie domowej.

Druga kategoria argumentów w tej dyskusji skłania się do przyznania prymatu pozytywizmowi prawniczemu. Polega on na literalnej analizie obowiązujących przepisów i podejmuje próbę uzyskania klarownego rozwiązania w oparciu o nie. Biorąc pod uwagę, iż w ramach tego rodzaju również pojawia się wielość potencjalnych rozwiązań, należy stwierdzić, iż spór ten przez pozytywistów również nie został rozstrzygnięty. W rozważaniach pojawia się odwołanie do charakteru prawnego zobowiązań – dominuje pogląd, iż „zobowiązanie” wynikające z umowy międzynarodowej winno być rozumiane tożsamo z rozumieniem tego pojęcia w kontekście stosunków cywilnoprawnych, a zatem skuteczne *inter partes*, co może prowadzić do kilku rezultatów - albo uznania prymatu postanowień umownych zawartych w porozumieniu mińskim nad postanowieniami Statutu rzymskiego w myśl zasady *lex posterior derogat legi priori* albo do uznania, iż Traktat pokojowy zawarty przez dane państwa dotyczy jedynie odpowiedzialności na gruncie prawa krajowego Państw - Stron umowy. W rezultacie postanowienie dotyczące objęcia amnestią osób zaangażowanych w konflikt będzie nieskuteczne wobec Międzynarodowego Trybunału Karnego, niebędącego stroną traktatu pokojowego. Oba

państwa będą zatem mimo wszystko zobowiązane względem Międzynarodowego Trybunału Karnego do podlegania jego jurysdykcji na mocy podpisanego przez nie Statutu Rzymskiego lub deklaracji z art. 12 ust. 3 Statutu Rzymskiego. Podpisanie porozumienia pokojowego nie prowadzi do wygaśnięcia zobowiązania wynikającego ze Statutu rzymskiego.

Powyższe argumenty stanowią jedynie część głosów pojawiających się w tym sporze. O trudności tego zagadnienia decyduje stopień naganności zbrodni wojennych, skala wyrządzonej krzywdy oraz społeczna szkodliwość, która jest na tyle wysoka, iż zdaje się, że stosowanie wykładni dopuszczającej zwolnienie od odpowiedzialności sprawców tych przestępstw jest sprzeczne z podstawowymi zasadami moralnymi. Zagadnienie to powinno znaleźć swoje miejsce na polu debat o kształcie prawa karnego międzynarodowego, gdyż jak widać na gruncie opisanego przykładu, nie sposób odmówić mu doniosłości praktycznej. W świetle wydarzeń ostatnich lat na arenie międzynarodowej, niewątpliwie jeszcze nieraz się ono pojawi i konieczne będzie przeanalizowanie wszystkich możliwych rozwiązań, jednakże na dziś dzień zagadnienie owo pozostaje kwestią otwartą.

Сень Ірина

Львівський національний університет

імені Івана Франка

АСОЦІАЦІЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ НОРМ

Останні роки розвиток кримінального законодавства характеризується доповненням Кримінального кодексу України великою кількістю спеціальних норм. Це певною мірою ускладнює здійснення кваліфікації скоєного криміна-

льного правопорушення.

Загалом, поглиблений аналіз спеціальних кримінально-правових норм є необхідною передумовою розробки проблем, пов'язаних з удосконаленням кримінального законодавства та правильним його застосуванням на практиці.

За умови наявності великої кількості спеціальних норм в Кримінальному кодексі України, для потреб їх аналізу та правильного застосування виникає необхідність їх систематизації.

Розвиток спеціалізації права полягає, поряд з іншими чинниками, у тому, що правові приписи обростають конкретизуючими положеннями і, таким чином, на базі кожної із вказаних різновидностей поступово формуються самостійні правові спільності.

Так, кримінальному праву, послуговуючись термінологією професора Алєксєєва С.С., характерне утворення варіантних приписів (В-приписів), для застосування яких необхідні особливі факти порівняно з основним нормативним приписом. В кримінальному праві В-приписи, як правило, являють собою «варіанти», пов’язані з наявністю певних кваліфікуючих ознак, головним чином зі ступенем суспільної небезпеки.

Користуючись звичною термінологією, такі В-приписи у кримінальному праві – це спеціальні норми. Професор Кудрявцев В.М. зазначає, що поява спеціальних норм викликана необхідністю уточнити, конкретизувати ступінь суспільної небезпеки і відповідно передбачити суворішу або більш м’яку санкцію, ніж в загальній нормі.

Такі спеціальні норми, поряд із загальною нормою, утворюють певні «в’язки». Адже до однієї загальної норми може бути кілька спеціальних, або сама спеціальна норма може отримати подальшу конкретизацію. Такі «в’язки» норм можуть бути досить складними, багатоступеневими. Але, як слушно відзначає Алєксєєв С.С., головне не кількість норм в такій «в’язці», а певна спільність відповідних правових приписів. Тобто, вони об’єднуються в **асоціації норм**. В таких асоціаціях конкретизуючі, або спеціальні, норми об’єднуються навколо узагальнюючого припису – генерального припису (Г-

припису). В нашому випадку таким приписом є загальна норма. Саме вона і виражає єдність всієї «в'язки» норм.

Відмітно, що кожна асоціація норм має свій власний закон зв'язку, своєрідну структуру. Крім того, з метою дотримання правил юридичної техніки, кожен припис, що входить в певну правову спільність, повинен бути поєднаний зі всіма її іншими елементами єдиними принципами, поняттями, термінологією.

Таким чином, **асоціацію кримінально-правових норм** можна визначити як спільність, «в'язку» загальної (основної, генеральної) норми та конкретизуючи її спеціальних (варіантних) норм, об'єднаних єдиними принципами, поняттями, термінологією та які утворилися в результаті диференціації правового регулювання.

При цьому слід зазначити, що співвідношення загальної (чи генеральної, основної) і спеціальної (варіантної) кримінально-правових норм є відносним, оскільки певна кримінально-правова норма може бути загальною відносно однієї і спеціальною відносно іншої норми.

Таких асоціацій норм в КК України чимало, найпоказовішим з яких є асоціація норм про умисне вбивство.

Асоціація норм про умисне вбивство в КК України

Генеральна (загальна) норма	*Спеціальні (варіантні) норми*	*Норми, спеціальні (варіантні) відносно іншої спеціальної (варіантної) норми*
Стаття 115. Умисне вбивство Ч. 1: Вбивство, тобто умисне протиправне заподіяння смерті іншій людині	Частина 2 статті 115: Умисне вбивство: 1) двох або більше осіб;	
	2) малолітньої дитини або жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності;	
	3) заручника або викраденої людини;	
	4) вчинене з особливою жорстокістю;	
	5) вчинене способом, небезпечним для життя багатьох осіб;	Стаття 265. Незаконне поводження з радіоактивними матеріалами (зокрема ч.3 вказаної статті – у частині спричинення загибелі людей)
		Стаття 265-1. Незаконне виготовлення ядерного вибухового пристрою чи пристрою, що розсіює радіоактивний матеріал або випромінює радіацію (зокрема ч.3 вказаної статті – у частині спричинення загибелі людей)
		Стаття 439. Застосування зброї масового знищення (зокрема ч.2 вказаної статті – у частині спричинення загибелі людей)
		Стаття 258. Терористичний акт (а саме ч.3 – що призвів до загибелі людини)
	6) з корисливих мотивів;	
	7) з хуліганських мотивів;	
	8) особи чи її близького родича у зв'язку з виконанням цією особою службового або громадського обов'язку;	Стаття 112. Посягання на життя державного чи громадського діяча
		Стаття 348. Посягання на життя працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або вій-

		ськовослужбовця
		Стаття 348-1. Посягання на життя журналіста
		Стаття 379. Посягання на життя судді, народного засідателя чи присяжного у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя
		Стаття 400. Посягання на життя захисника чи представника особи у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги
		Стаття 404. Опір начальникові або примушування його до порушення службових обов'язків (частина 5 - пов’язані з умисним вбивством начальника або іншої особи, яка виконує обов’язки з військової служби)
		Стаття 443. Посягання на життя представника іноземної держави
	9) з метою приховати інший злочин або полегшити його вчинення;	
	10) поєднане із зґвалтуванням або насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом;	
	11) вчинене на замовлення;	
	12) вчинене за попередньою змовою групою осіб;	
	13) вчинене особою, яка раніше вчинила умисне вбивство, за винятком вбивства, передбаченого статтями 116-118 цього Кодексу;	
	14) з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості,	Стаття 442. Геноцид (вчинений шляхом позбавлення життя членів будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи, створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення)
	Стаття 116. Умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання	

	Стаття 117. Умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини	
	Стаття 118. Умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця	
	Стаття 438. Порушення законів та звичаїв війни (частина 2 – якщо вони поєднані з умисним вбивством)	

Отже, зазначені в таблиці норми утворюють асоціацію норм про умисне вбивство в КК України. Варто зазначити, що розміщення норм у відповідній графі таблиці є умовним, оскільки одна норма може бути спеціальною (варіантною) відносно одночасно кількох інших норм. Наприклад, норма статті 442 (геноцид, вчинений шляхом позбавлення життя членів будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи, створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення) є спеціальною відносно п. 1 і 14 ч. 2 ст. 115 КК України (умисне вбивство двох або більше осіб з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості).

Хоча в переважній більшості асоціації норм складаються (як і у випадку асоціації норм про умисне вбивство) із загальної (генеральної) та спеціальних (варіантних) норм, Яремко Г.З слушно зазначає, що мають місце випадки, коли генеральної норми може і не бути. Натомість, є система лише варіантних норм про різні склади одного злочину. Наприклад, ч. 1 ст. 194 КК України передбачає умисне знищення або пошкодження чужого майна, що заподіяло шкоду у великих розмірах. Тобто обов’язковим є наслідок у вигляді шкоди у великих розмірах. Поряд з цим автор наводить приклад ст. 178 КК України, яка передбачає відповідальність за пошкодження чи зруйнування релігійної споруди або культового будинку. Тобто, кожна з цих норм має власні варіантні ознаки, що стосуються до розміру заподіяної шкоди та предмету злочину відповідно; жодна з них не є генеральною (основною). Отже, обидві норми є варіантними нормами про заборону знищувати чи пошкоджувати чуже майно.

Такий самий висновок можна зробити і про норми статей 371 та 375 КК України. Раніше загальною (генеральною) нормою по відношенню до них була норма статті 364 (зловживання владою або службовим становищем). однак після внесення змін у поняття істотної шкоди, яка тепер розуміється виключно як така, яка в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, ця норма більше не може бути загальною (генеральною) по відношенню до норма статей 371 (завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою) та 375 (постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови), оскільки заподіяння відповідної матеріальної шкоди не є обов'язковим елементом складів цих злочинів. Водночас ці норми є варіантними при постановленні слідчим суддею, наприклад, завідомо незаконної ухвали про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою: норма статті 371 виділена за матеріальною ознакою (тобто, за змістом прийнятого рішення), а норма статті 375 виділена за формальною ознакою (суддівська посада особи, яка прийняла незаконне рішення).

Подальший аналіз асоціацій норм забезпечить системність розробки проблем, пов'язаних з можливостями удосконалення кримінального законодавства, зокрема в розрізі доцільності виділення окремих спеціальних (варіантних) норм, а також спростить правильне застосування відповідних норм на практиці.

Литвинюк Каріна

Львівський національний університет

імені Івана Франка

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ ТВОРІВ, ЩО ПРОПАГУЮТЬ КУЛЬТ НАСИЛЬСТВА І ЖОРСТОКОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Стаття 300 Кримінального Кодексу України відносить до кримінально караних діянь ввезення, виготовлення, розповсюдження, зберігання, перевезення чи інше переміщення з метою збуту або збут творів, що пропагують культ насильства та жорстокості. Названий злочин законодавець відносить до злочинів проти моральності. Проте, так як стаття містить оціночне поняття «культ насильства і жорстокості» і немає офіційного тлумачення такого поняття, виникає ситуація, що під положення такої статті можуть підпадати і правомірні дії громадян України. Крім того, спеціальних наукових досліджень щодо дослідження такого поняття проводилось небагато. Саме тому обрана проблематика досліджень є актуальною.

В Україні існує низка законів, що забороняють твори, що містять *елементи* насильства та жорстокості, більшість з яких були ще прийняті у 90-х рр. минулого століття. Об’єктами регулювання таких законів, відповідно виступає твір, як результат творчої діяльності людини: реклама (Закон України «Про рекламу» від 03.07.1996), фільм (Закон України «Про кінематографію» від 13.01.1998), література (Закон України «Про видавничу справу від 05.06.1997), телерадіопрограма (Закон України «Про телебачення і радіомовлення від 21.12.1993») тощо. У Законі України «Про інформацію» від 02.10.1992, вказується на те, що інформація не може бути використана для пропаганди насильства, жорстокості.

Однак, лише в Законі України «Про захист суспільної моралі» від 20.11.2003 у статті 5 встановлено норму про недопущення пропаганди в електронних та інших засобах масової інформації *культу* насильства, жорстокості. Як бачимо, складається неоднозначна ситуація, з приводу того, так які ж твори повинні бути заборонені: ті, що містять *елементи* насильства та жорстокості чи ті, що пропагують *культ* насильства та жорстокості? І відповідно чи є різниця між такими творами?

Визначення поняття «насильства», «жорстокість» «культ насильства і жорстокості» дається Національною експертною комісією з питань захисту суспільної моралі (далі-Національна комісія) у рішенні від 20 квітня 2010 року. *Жорстокість* – це властивість особистості, яка полягає у байдужості до страждань людей або ж у прагненні до їх спричинення. *Насильство* – застосування (загроза застосування) сили як вияву своєї волі відносно інших. *Культ насильства та жорстокості* – надмірне звеличення творів, у яких вихваляються, видається за норму поведінки застосування грубої фізичної сили, розправа над потерпілим, катування і навіть заподіяння смерті.

Проте правовий аналіз зазначених понять свідчить, що визначення не зовсім відповідають законодавству України про кримінальну відповідальність. Звернімо увагу на Пос-

танову Пленуму Верховного Суду України від 07.02.2003 р. «Про судову практику в справах про злочини проти життя і здоров'я людини» (далі-Постанова), де можна віднайти тлумачення таких термінів. Відповідно до п. 23 Постанови : «насильство може бути як фізичним (заподіяння тілесних ушкоджень або побоїв, незаконне позбавлення волі тощо), так і психічним (наприклад, погроза завдати фізичної, моральної чи майнової шкоди)».

У науці кримінального права проводилось багато досліджень щодо визначення поняття «насильства». Більшість науковців розрізняються два основних види насильства – фізичне і психічне. Так, науковець І. Г. Філановський під фізичним насильством розуміє застосування фізичної сили до потерпілого; психічне полягає у впливі на психіку людини і не завдає видимої фізичної шкоди органам людини, викликаючи чуття страху, гніву, обурення (погроза застосувати фізичне насильство, погроза заподіяння матеріальних збитків в усній або письмовій формі). М.М. Ісаєв під фізичним насильством розумів вплив на потерпілого, що може проявлятися в нанесенні ударів, тілесних ушкоджень, мордування, мученні та позбавленні життя потерпілого. А Левертова Р.А. вважає, що психічне насильство полягає у впливі на психіку людини і не завдає видимої фізичної шкоди органам людини, викликаючи чуття страху, гніву, обурення (погроза застосувати фізичне насильство, гроза заподіяння матеріальних збитків в усній або письмовій формі).

Слід зазначити , що Рекомендація N R (97) 19 Комітету міністрів Ради Європи "Про показ насильства електронними ЗМІ" розрізняє ще і інші види насильства: сексуальне, словесне, погроза, опосередковане. Проте, на мою думку, такі види насильства охоплюються основними видами насильства, адже сексуальне насильство є видом фізичного, а словесне – психічного.

У п.28 Постанови дається таке визначення поняття «жорстокість»: «під жорстоким поводженням слід розуміти безжалісні, грубі діяння, які завдають потерпілому фізичних чи психічних страждань». У науці кримінального права визначено, що «жорстокість» - це «безжалісність, безсердечність, нечуттєвість до страждань жертви, вдавана байдужість дій злочинця для досягнення ним потрібного йому результату» (Коробейников В. В.).

Щодо визначення поняття «культ насильства та жорстокості», то його дослідженню у кримінальній правовій науці присвячено низку праць. Однак загальноприйнятим є визначення поняття «культ» (від лат. *cultus* — шанування, поклоніння) як поклоніння кому-, чому-небудь, шанування когось, чогось. Денисов С. Ф. вважає, що культ насильства і жорстокості в розумінні ст. 300 – «це преклоніння перед безжалісним, безпощадним застосуванням фізичного або психічного впливу до будь-кого чи піднесення беззаконня» .

Науковець Сердюк П. П. запропонував таке визначення культу насильства і жорстокості: «під творами, кіно-, відеопродукцією, які пропагують насильство і жорстокість, слід розуміти твори, які прямо закликають ставитися до злочинних насильства і жорстокості як до зразком для наслідування або як до таких, які приносять насолоду тим, хто їх здійснює, т. е. письмові, друковані або виконані в електронному варіанті, усні твори, фотознімки з написами, які містять такі заклики; технічні записи зображень, що рухаються (комп'ютерні ігри і т п.)., якщо вони містять такі заклики; звукозапису, кіно-, відеопродукція, інші технічні записи зображень, що рухаються (комп'ютерні ігри і т. п.), якщо їх загальна тривалість перевищує 20 хвилин і вони не містять таких закликів прямо, але ¾ часу їх тривалості присвячено сценам насильства та жорстокості.

Аналізуючи визначення понять «насильство» , «жорстокість» , «культ» у науці кримінального права, можна зробити наступні висновки. Поняття «насильства» є родовим поняттям до «жорстокість», так як наслідок заподіяння насильства і жорстокості є одним - фізичні або моральні страждання. Однак характерною ознакою жорстокості є специфічний спосіб заподіяння фізичних чи моральних страждань. А тому, на мою думку, щоби уникнути поєднання в одній правовій категорії одночасно і родового і видового поняття варто вживати окремо «культ насильства» та «культ жорстокості». Але закріпити в кримінальному законі потрібно саме поняття «культ насильства», як більш загальне поняття. І відповідно «культ насильства» - це звеличення, поклонінням фізичній, психологічній владі особи над іншими шляхом завдання моральної та фізичної шкоди в т. ч. смерті.

Щодо ознак культу насильства і жорстокості, то звернімось до рішень Національної експертної комісії з питань захисту суспільної моралі. Національною комісією 20 квітня 2010 року було затверджено Рекомендації щодо визначення ознак віднесення друкованої, аудіовізуальної, електронної та іншої продукції, а також переданих та отриманих по комунікаційних лініях повідомлень та матеріалів до продукції, що пропагує культ насильства та жорстокості. Варто зазначити, що продукція, буде визнана такою, яка пропагує культ насильства та жорстокості, якщо відповідатиме більше ніж одному критерію. Критерії віднесення продукції до такої, що пропагує культ насильства та жорстокості є наступними:

- ✓ Наявність прямих закликів до насильства і жорстокості (письмові, друковані, або виконані в електронному вигляді, усні твори, фотозображення, рекламні сюжети, анонси, повідомлення та інше з написами, що містять такі заклики); звукозаписи, кіно-, відеопродукція, інші технічні записи зображень, що рухаються (комп’ютерні ігри, тощо), або сюжет твору, насичений переважною кількістю демонстрації (опису) сцен насильства та жорстокості.

- ✓ Зображення (відтворення) насильства та жорстокості подається в ореолі позитивного відношення до нього, що спонукає до його наслідування, а не осуду.
- ✓ Показ (опис) в натуралістичній формі нанесення фізичних пошкоджень людському тілу та будь-якій живій істоті (різані та вогнепальні рани, відтинання органів або частин тіла тощо).
- ✓ Нагнітання жаху, з використанням художніх засобів мистецтва, або без них, смакування мук, приниження і натуралістичних подробиць страждання без ознак на художню, соціальну чи психологічну цінність твору.
- ✓ Демонстрація (опис) фізіологічних реакцій організму на пошкодження чи біль (мученицька міміка, крики, стогін, страждання, кров, агонія тощо).
- ✓ Натуралістична демонстрація (опис) в дії різноманітного реманенту для катування.
- ✓ Глумління над трупами.
- ✓ Деталізація зображення сцен суїциду.
- ✓ Використання спеціальних професійних засобів та способів, які посилюють ефект достовірності, реалістичності, документальності насильства.

Цікаво, що Національна комісія у своєму рішенні від 28 лютого 2013 року № 16 затвердила також і «Критерії віднесення продукції до такої, що містить *елементи* насильства та жорстокості»:

1. До продукції, що містить елементи насильства та жорстокості, належить продукція, яка має художню цінність, створена в руслі сучасних течій та напрямків мистецтва або молодіжної субкультури, відтворює деякі сцени, що порушують етичні норми, але є важливими для сприйняття сюжету: відтворення сцен насильства та жорстокості без деталізації, що не є самоціллю і засобом досягнення певної мети, зняті, озвучені або описані з використанням засобів художньої виразності, їх необхідність обумовлена логікою сюжету.

2. Продукція, в якій висвітлюється філософія соціальної жорстокості чи насильства та порушуються теми і проблеми, з відтворенням у тому числі навколишньої дійсності в усій її складності (жанри: трагедія, драма, трагікомедія, публіцистичні передачі, новини про правопорушення тощо).

3. Продукція, у якій присутня епізодична демонстрація або опис бійок, насильницьких дій, знущань (у тому числі із застосуванням побутових предметів, інструменту тощо, без відтворення фізіологічних реакцій особи, або групи осіб, а також тварин, пошкоджень та розчленування тіла), застосування зброї без надмірного кровопролиття, надмірне та деталізоване зображення (опис) нещасного випадку, скоєного злочину або катастрофи.

4. Вербальні (або в контексті письмового твору) погрози життю персонажам у грубій формі, епізодичне використання ненормативної (обсценної) лексики, якщо вона підкреслює індивідуальні характеристики персонажу, та (або) їх належність до певних прошарків суспільства, присутня у творі за задумом авторів і необхідна для розкриття художнього образу та розвитку сюжету.

Порівнюючи ознаки творів, що пропагують культ насильства та жорстокості і твори, що містять елементи насильства та жорстокості доходимо до висновку, що різниця між такими творами існує і полягає в наступному: ступені деталізації описів, зображень насильства і жорстокості, наближеності до реальності та тривалість, кількість таких сцен. Таке розмежування дуже важливе, так як твори, що містять елементи насильства та жорстокості не є забороненими і можуть перебувати у вільному доступі.

Неодноразово законодавець спробував визначити конкретні твори, що пропагують культ насильства та жорстокості. Так, Міністерство культури і мистецтв України у листі від 01.07.1999 «Щодо заборони розповсюдження і демонстрування продукції,яка пропагує насильство, жорстокість та порнографію» навів список фільмів, що пропагують культ насильства та жорстокості. Це наступні фільми: «Убийцы в доме», «Черная кошка», «Призрак смерти», «Мясник», «Глаз-убийца». Пізніше Національна комісія у своїх рішеннях визначила фільми, що пропагують культ насильства і жорстокості: «Гауді», «Камера пыток» , «Хостел» (3 частини), «Забавные игры», «Пила» (5 частин), «Поворот не туда 4» тощо. Кожен з цих фільмів має сцени, коли головний персонаж фільму потрапляє в певні складні ситуації, де або над ним знущаються або він сам мусить собі завдавати шкоду. При чому тривалість і кількість таких сцен залежно від фільму приблизно декілька хвилин, і які супроводжуються криками, плачем, агонією, кров’ю. Крім того в таких фільмах присутній детальний показ предметів, якими буде здійснюватись катування осіб, процес обирання таких знарядь.

Національна комісія визначила перелік комп’ютерних ігор, які належать до продукції, що пропагують культ насильства та жорстокості :«Evil Dead Regeneration» та «Resident Evil Operation Raccoon City», «Manhunt 2», «Mortal Kombat», «Soldier of Fortune 2», «The Darkness II», Far Cry 3», «S.T.A.L.K.E.R.: Тінь Чорнобиля», «Call of Duty: Modern Warfare 3», «Call of Duty Black Ops 2» тощо. Досліджуючи такі твори на наявність культу насильства та жорстокості науковець Орлов Ю. Ю. встановив, що змістом цих комп’ютерних ігор є знищення віртуальних супротивників із застосуванням імітації насильства (примусового фізичного впливу на них) та жорстокості (заподіяння фізичних страждань) за допомогою різної віртуальної зброї, інструментів та інших предметів (вогнепа-

льної зброї, сокири, кувалди, циркулярної пили, лопати, монтування, вогню тощо). При цьому процес нанесення тілесних ушкоджень зображено надто натуралістично (кров, фрагменти тіла, що відтинаються, звуки ламання кісток, крики жертв від болю). Наявні сцени тортур. Так, у деяких іграх передбачено можливість демонстративної страти супротивника (після перемоги над ним) у різний спосіб: шляхом відривання кінцівок, розчленування, вилучення внутрішніх органів тощо.

Аналізуючи судову практику, можна прослідкувати тенденцію, що при вирішенні справ щодо того чи твори пропагують культ насильства та жорстокості суд користується або послугами мистецтвознавчої експертизи або рішенням Міністерства культури і мистецтв України чи Національної комісії, в яких визнано перелік фільмів, комп'ютерних ігор , що пропанують культ насильства і жорстокості. Проте, в самих судових рішеннях суд дуже рідко наводить ознаки того, чому такий твір пропагує культ насильства та жорстокості.

Так, у справі № 715/2138/13-к9 суд вказує на такі ознаки творів, що пропагують культ насильства і жорстокості : «сцени знущання та жорстокості смертельної розправи над полоненими, а саме нанесення ран ножем, бензопилою, вбивства з вогнепальної зброї та відрізання голів; сцени жорстоких вбивств, знущань з великою кількістю крові показані з натуралістичною відвертістю і смакуванням таких сцен садизму». Проте, виходячи з таких ознак не можна встановити, що твір мав не просто *елементи* жорстокості а їх *культ*.

А в справі №1-кп/711/329/13 наводяться наступні критерії творів, що пропагують культ насильства та жорстокості: насильство та жорстокість подається в ореолі позитивного та гумористичного (кумедного, саркастичного) відношення до нього, що спонукає до його наслідування, а не осуду; показ в натуралістичній формі нанесення фізичних пошкоджень людському тілу, що не має наукової або учбової мети; документальне зображення акту нанесення тілесних ушкоджень, психічне та психологічне знущання над людиною без попередження про намір показу та наявність сцен, які містять жорстокість і насильство; нагнітання жаху, смакування мук, приниження і натуралістичних подробиць страждання без ознак на художню, соціальну чи психологічну цінність твору; демонстація фізіологічних реакцій організму на пошкодження чи біль (мучинецька міміка, крики, стогін, страждання). В цьому судовому рішення вже вказується на ознаки твору, що пропагує *культ* насильства та жорстокості.

Аналізуючи судову практику можна дійти до висновку, що протягом 2010 – 2016 рр. було прийнято 125 рішень, щодо порушення ст. 300 КК України. Творами, що пропагують культ насильства та жорстокості є

1. фільми :«Хостел» , «Хостел-2» , «Хостел-3», «Пила-6» , «Пила-7» , «Пила-2» , «Пила-4» , «Пила-3» , «Пила-5» , «Пила» «Техаська різня бензопилою-1» , «Пила-3Д» , «Техаська різня бензопилою-2», «Техаська різня бензопилою-3», «Техаська різня бензопилою. Початок», «Доберман», «Крик в гуртожитку», «Портал», «Білий іній», «Вітчим»;

2. відео;

3. література (автобіографія Адольфа Гітлера «Моя боротьба»).

Важливо також досліджувати досвід інших країн щодо регулювання творів, що пропагують культ насильства та жорстокості. Зокрема ст. 131 Кримінального уложення Німеччини відносить такі дії особи до кримінально караних: «поширення письмових матеріалів, які описують жорстокі або іншим чином нелюдські акти насильства по відношенню до людей або людиноподібних істот, що прославляють, применшують суспільну небезпечність таких актів насильства або подають жорстокі події таким чином, що принижується людська гідність».

Кримінальні закони постсоціалістичних держав (Узбекистан, Грузія) також містять аналогічну до статті в Кримінальному кодексі України статтю про твори, що пропагують культ насильства і жорстокості. Більше того Кримінальний кодекс Узбекистану навіть містить визначення культу насильства та жорстокості – це матеріали і предмети, що не представляють художньої, наукової або культурної цінності, які спонукають до вчинення насильства чи жорстокості. Кримінальний кодекс Китаю взагалі не містить норм, які б регулювали ввезення, збут творів, що пропагують культ насильства та жорстокості, а забороняє лише виготовлення, перевезення, поширення продукції порнографічного характеру. Кримінальний кодекс Канади містить положення, що забороняє друкувати, поширювати, публікувати, продавати, рекламувати матеріали, ознакою якого є жах, жорстокість, насильство. Як бачимо, кожна держава по-різному визначає, які ж твори мають бути забороненими: що містять культ насильства і жорстокості, просто жорстокість або взагалі не містить таких норм.

Результати проведеного дослідження зводяться до нижченаведених основних положень. Використання поняття «культ насильства та жорстокості» потрібно замінити на поняття «культ насильства» , як більш загального поняття. Визначення культу насильства варто закріпити на офіційному рівні, щоби при вирішення справ суди посилались на норму закону, а не на підзаконні нормативно - правові акти. Крім того, потрібно на офіційному рівні також визначити і ознаки творів, що пропагують культ насильства. Адже при вирішенні справ суди не завжди розмежовують твори, що містять елементи насильства та жорстокості і творів, що пропагують культ насильства та жорстокості. Крім того суди у кож-

ній справі щодо віднесення твору до такого, який пропагує культ насильства та жорстокості повинні зазначити ознаки такого культу.

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА

Наталія Пустова
Львівський національний університет
імені Івана Франка

ОСОБЛИВОСТІ ОСОБИСТОГО ОБШУКУ ОСОБИ ПІД ЧАС ОБШУКУ ЖИТЛА

Відповідно до ст. 237 Кримінального процесуального кодексу України (далі –

КПК України) огляд місця події є слідчою (розшуковою) дією, яка полягає у проведенні слідчим, прокурором огляду місцевості, приміщення, речей та документів з метою виявлення та фіксації відомостей щодо обставин вчинення кримінального правопорушення. Положенням ч. 2 ст. 237 КПК України встановлено, що *огляд житла чи іншого володіння особи здійснюється згідно з правилами КПК України, передбаченими для обшуку житла чи іншого володіння особи.*

Отже, у цьому разі ч. 2 ст. 237 КПК України є відсильною нормою та відсилає нас до ст.ст. 233 – 236 КПК України, які регулюють питання проведення обшуку житла чи іншого володіння особи.

Частина 1 ст. 233 КПК України передбачає, що ніхто не має права проникнути до житла чи іншого володіння особи з будь-якою метою, інакше як лише за:

1) добровільною згодою особи, яка ними володіє , або

2) на підставі ухвали слідчого судді, крім випадків, установлених частиною третьою цієї статті.

У свою чергу, ч. 2 ст. 233 КПК України дає визначення поняття житла та іншого володіння особи, і під іншим володінням особи розуміє транспортний засіб, земельну ділянку, гараж, інші будівлі чи приміщення побутового, службового, господарського, виробничого та іншого призначення тощо, які знаходяться у володінні особи.

Виходячи із взаємозв’язку ч. 2 ст. 237 КПК України та ст. ст. 233, 234 КПК України, проведення огляду місця події в приміщенні чи іншому володінні особи повинно відбуватись

а) або за особистою згодою власника чи володільця;

б) або відповідно до ухвали слідчого судді.

Однак, досить часто, під час такого огляду, виникає необхідність провести особистий обшук осіб, які там знаходяться.

Поряд із цим, слід відзначити, що на практиці проведення особистого обшуку переважно відбувається у двох випадках, передбачених:

1) ч. 3 ст. 208 КПК України – під час її затримання;

2) ч. 5 ст. 236 КПК України – обшук особи, яка перебуває в житлі чи іншому володінні і щодо якої є достатні підстави вважати, що вона переховує на собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження.

Якщо навіть огляд приміщення, який здійснюється за правилами обшуку, проводиться на підставі особистої згоди власника або іншого володільця, то це не виключає необхідності отримання ухвали слідчого судді на особистий обшук особи, оскільки особиста згода особи на проведення огляду в її житлі не санкціонує особистий обшук осіб, які там знаходяться, та не замінює здійснення судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні.

Із системного тлумачення вказаних норм кримінального процесуального закону слід дійти до висновку, що проведення особистого обшуку особи у будь-якому випадку повинно бути здійснене на підставі ухвали слідчого судді. Вказана правова позиція знайшла своє відображення у судовій практиці і, зокрема, у практиці Європейського суду з прав людини. При застосуванні ст. 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод існування так званого «подвійного контролю» за здійсненням особистого обшуку є цілком виправданим з точки зору практики ЄСПЛ.

Так, у рішенні ЄСПЛ у справі «Л. М. проти Італії» (L M v Italy), 60033/00, 8 лютого 2005 року) «Суд відзначає, що коли в національному праві окремо передбачено затвердження протоколу обшуку, то тим самим встановлюється контроль з боку прокуратури за законністю дій поліції. Цілковита та невиправдана нестача такого затвердження вказує, що уповноважені на те органи не слідкували за тим, щоб оскаржуваний обшук узгоджувався з передбаченими в законодавстві процедурами. З цього випливає, що після завершення обшуку законні процедури не були дотримані, а отже, наявне порушення статті 8 Конвенції».

Також ЄСПЛ у справі «Імакаєва проти Росії» (Imakayeva v Russia), 7615/02, 9 листопада 2006 р. зазначив, що Суд уважає, що обшук і вилучення в цій справі були проведені без санкції або належних гарантій. За таких обставин, Суд доходить висновку про те, що розглянуте втручання не було «передбачене законом» і тому порушено Статтю 8 Конвенції.

Окрім того, питання особистого обшуку було об’єктом розгляду Конституційного Суду України (ухвала Конституційного Суду України від 6 лютого 2014 року № 21-у/2014 про відмову у відкритті провадження за конституційним зверненням громадянина Яковенка Андрія Олександровича щодо офіційного тлумачення

положень статей 108, 234, 235, 309 Кримінального процесуального кодексу України у системному зв’язку з положеннями ч. 1 ст. 3, ч. 1 ст. 8, ч. 2 ст. 19, ч. 2 ст. 30 Конституції України), предметом якого було питання – чи може суд надавати дозвіл на особистий обшук, керуючись нормами Кодексу, що регламентують надання дозволу на обшук житла чи іншого володіння особи. Одні судді вважають, що можна, зокрема, ухвалою Печерського районного суду міста Києва від 15 травня 2013 року було надано дозвіл на проведення особистого обшуку Яковенка А.О. Проте є досить велика кількість слідчих суддів, які дотримуються протилежної думки з метою недопущення порушення особистих прав та свобод особи.

Із системного аналізу КПК України слідує те, що він містить вичерпний перелік процесуальних дій, здійснення яких можливе лише за відповідним рішенням слідчого судді, чи суду, особистий обшук серед яких відсутній.

Щодо відсутності чіткої правової регламентації в КПК України підстав та порядку проведення особистого обшуку, можна стверджувати, що існує реальна загроза визнання під час судового розгляду отриманих при обшуку відомостей як недопустимих та неналежних доказів, через порушення прав і свободи людини і громадянина. Варто відзначити, що особистий обшук супроводжується застуванням примусу, який прямо стосується істотного обмеження прав громадян, тому він має бути передбаченим у законі.

Пропонуємо з метою усунення прогалин у чинному КПК України викласти ч. 7 ст. 223 КПК України у такій редакції: «Обшук особи проводиться на підставі ухвали слідчого судді у разі, коли є достатні підстави вважати, що вона переховує при собі предмети або документи, які вилучені з обігу або мають значення для кримінального провадження. В окремих випадках, з метою недопущення втрати речей, документів або інших даних для кримінального провадження, допускається проведення обшуку особи до отримання ухвали слідчого судді на підставі рішення слідчого, прокурора. У такому разі слідчий, прокурор повинні негайно звернутись до слідчого судді з клопотанням, погодженим прокурором або ним складеним про проведення особистого обшуку».

Христина Цимбалюк

Львівський національний університет

імені Івана Франка

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ТИМЧАСОВОГО ВИЛУЧЕННЯ МАЙНА ПІД ЧАС ОБШУКУ ЖИТЛА (ІНШОГО ВОЛОДІННЯ ОСОБИ), НАКЛАДЕННЯ АРЕШТУ НА ТАКЕ МАЙНО, ЯК ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Вступ. Як відомо, заходи забезпечення кримінального провадження та їх застосування на практиці повинні відповідати нормі Закону та нести у собі як найменше порушень та обмежень прав і свобод особи. Але, на жаль, на практиці все частіше трапляються випадки, коли свавільне застосування заходів забезпечення кримінального провадження далеко не відповідають вимогам Закону, втрачаючи при цьому свою дієвість та зміст і практично зводять нанівець завдання кримінального провадження, де на першому місці стоїть захист особи, охорона її прав, свобод та законних інтересів, породжуючи цим неабияку проблему, пов'язану з суттєвим порушенням та обмеженням прав і свобод особи.

Виклад основного матеріалу. Хотілось би зауважити, що діючими нормами процесуального законодавства, встановлено порядок проведення обшуку житла (іншого володіння) особи на підставі ухвали слідчого судді. Під час таких обшуків здебільшого вилучається майно громадян. Вивчаючи судову практику можна зробити висновок, що резолютивні частини ухвал слідчих суддів про дозвіл на проведення обшуку, як правило є дуже загальними, не дають можливості особі, у якої проводиться слідча дія (обшук), з'ясувати які ж саме речі, предмети, документи, знаряддя чи інше майно мають намір відшукати слідчі органи чи прокурор та при цьому вилучати. Питання правового статусу майна, яке вилучене в ході обшуку, на перший погляд, ніби то врегулювано діючими нормами процесуального законодавства - ч. 7 ст. 236 КПК України, яка говорить: «…Вилучені речі та документи, які не входять до переліку, щодо якого прямо надано дозвіл на відшукання в ухвалі про дозвіл на проведення обшуку, та не відносяться до предметів, які вилучені законом з обігу, вважаються тимчасово вилученим майном».

За такого твердження законодавця, можна зробити висновок, що майно на відшукання якого надано дозвіл в ухвалі суду, не є тимчасово вилученим. Натомість правовий статус майна на яке надано дозвіл на відшукання, нормами процесуального права прямо не передбачений. Очевидно, що це дає неабияку можливість зловживати на практиці слідчим та прокурорам, особливо коли у справі не має осіб, яким скажімо повідомлено про підозру. Такі зловживання проявляються, як правило, у неповерненні громадянину вилученого майна, із мотивацією, що таке майно визнано у справі речовими доказами (ст. ст. 98-100 КПК України).

На перший погляд, слідчий чи прокурор вчиняють таку процесуальну дію правильно, однак тоді саме-собою постає запитання, чому ж слідчий чи прокурор не звертається із клопотанням до слідчого судді про арешт такого майна до чи після визнання його речовими доказами.
При цьому слідчий чи прокурор, як правило, стверджують посилаючись на ту ж ч. 7 ст. 236 КПК України, що таке майно не є тимчасово вилученим. І тут, з огляду на інші норми процесуального права, з таким твердженням погодитись не можливо.

На мій погляд, навіть якщо на відшукання майна прямо надано дозвіл в ухвалі слідчого судді, то власник майна після його вилучення позбавлений права володіння, користування та розпорядження цим майном.

Слід зазначити, що з цього приводу думки на практиці розділяються по різному і здебільшого вважають, що останнє речення ч. 7 ст. 236 КПК України, - не відповідає ст. 41 Конституції України. Крім того, норми ч. 2 ст. 19 Конституції України, вказують на те, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Якщо проаналізувати норми глави 4, 16 та 17 КПК України, то стає очевидним, що порядок дій слідчого або прокурора, у описаній вище ситуації, має бути наступний: провівши обшук в житлі (іншому володінні) особи на підставі ухвали слідчого судді, вилучивши матеріальні об’єкти, які відповідають критеріям доказів, слідчий або прокурор з метою забезпечення речових доказів повинен вжити заходів щодо накладання арешту та визнати їх речовими доказами. Адже саме таким чином, можливо досягти інтересів досудового розслідування, забезпечити збереження речових доказів, які у

подальшому можуть досліджуватись судом. На стадії розгляду клопотання про накладення арешту, слідчий має довести що матеріальні об'єкти відповідають критеріям доказів. Відповідно слідчий суддя, може обґрунтовано накласти арешт на таке майно. Іншого порядку дій у КПК не передбачено, а правового статусу майна на яке надано дозвіл на відшукання та яке вилучено в результаті обшуку, законом не визначено. Тому, у відповідності до ст. 19 Конституції України, сторона обвинувачення має діяти саме таким чином.

На мій погляд, очевидно, проблема виникає через те, що прямої вказівки у КПК України, про необхідність, на вилучене в ході обшуку майно (на яке надано дозвіл), яке може бути або ж є речовими доказами необхідно, накладати арешт, не має, що є прогалиною у Законі. З цього приводу необхідно доповнити КПК України такою нормою. Тому у власника майна, яке вилучено на підставі ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук, виникає проблема із поверненням такого майна. Особливо це актуально, коли у кримінальному провадженні жодній особі не повідомлено про підозру. Відповідно майно яке вилучене, може зберігатись органом розслідування до прийняття рішення відповідно до ст. 284 КПК України, а по суті невизначений термін.

Висновок. Отже, якщо майно становить цінність для його власника чи володільця, а його не повертають, відповідно тут слід стверджувати про порушення права власності (ст. 321 ЦК України). За таких обставин, необхідно вдаватись до оскарження рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування у порядку визначеному главою 26 КПК України, а в окремих випадках ставити питання про кримінальну відповідальність посадових осіб органів досудового розслідування, прокурора за вчинення кримінальних правопорушень, передбачених ст. ст. 364-365, ст. 382 КК України тощо. На актуальності проблем із застосуванням заходів забезпечення кримінального провадження акцентовано увагу Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ в Узагальненні «Про практику розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність органів досудового розслідування чи прокурора під час досудового розслідування від 07.02.2014 року».

Юлія Пліш

Львівський національний університет

імені Івана Франка

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРОКУРОРОМ ФУНКЦІЇ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КЕРІВНИЦТВА ДОСУДОВИМ РОЗСЛІДУВАННЯМ ПІД ЧАС УКЛАДЕННЯ УГОДИ ПРО ВИЗНАННЯ ВИНУВАТОСТІ

Не так давно, а саме 30 вересня 2016 року в Україні здійснено конституційну реформу, якою радикально змінено функції прокуратури в Україні. Відповідно до оновленого тексту Конституції України, станом на сьогодні, однією із функцій, яку виконує прокурор, є процесуальне керівництва досудовим розслідуванням.

У КПК України передбачено, що прокурор, здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням. Та все ж «процесуальне керівництво» є самостійною функцією прокурора, а не формою нагляду, як вказано у ч. 1 ст. 36 КПК України. Одним із напрямів реалізації цієї функції є участь прокурора під час укладення угод, зокрема угоди про визнання винуватості.

Підкріплюючи це твердження, наголошую, що чинна Конституція України має найвищу юридичну силу, відтак органи прокуратура повинні виконувати саме ті функції, які передбачені нею.

Рекомендації REC (2000)19 Комітету Міністрів Ради Європи «Щодо ролі прокурорів в системі кримінального правосуддя» визнають, що процесуальне керівництво може здійснюватись прокуратурою з наданням прокурорам владних повноважень відносно інших суб’єктів.

Однак, У Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженої Указом Президента України від 8 квітня 2008 року, процесуальне керівництво розглядається ширше, зокрема, визначено, що процесуальне керівництво прокурора – це організація процесу досудового розслідування, визначення напрямів розслідування, координація процесуальних дій, сприяння створенню умов для нормального функціонування слідчих, забезпечення дотримання у процесі розслідування вимог законів України.

Тож, будучи стороною угоди про визнання винуватості прокурор здійснює функцію процесуального керівництва (у широкому її розумінні), оскільки визначає

напрям досудового розслідування і всього кримінального провадження, безпосередньо спрямовувати хід та перебіг кримінального провадження, а також забезпечує дотримання у процесі розслідування вимог законів України.

Угода про визнання винуватості – це домовленість між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим, закріплена у встановленому законом порядку щодо беззастережного визнання підозрюваним чи обвинуваченим своєї винуватості у вчиненні інкримінованого йому кримінального правопорушення чи виконання ним обумовлених співпрацею обов'язків у викритті кримінального правопорушення (різновид угоди про визнання винуватості), узгодженого компромісу щодо кримінального покарання і його відбування.

Відомо, що у американському кримінальному процесі укладаються два типи угод: про визнання вини і про співпрацю зі слідством. У першому випадку можливе укладення угод трьох видів: 1) про визнання вини в обмін на пом'якшення обвинувачення; 2) про визнання вини в обмін на зменшення покарання; 3) про визнання вини в обмін на пом'якшення обвинувачення і зменшення покарання. Виділяється також кілька варіантів співпраці зі слідством: 1) співпраця, у рамках якої особа не може переслідуватися за скоєне. Співпраця головним чином полягає в наданні свідчень проти співучасників, так зване "перетворення на свідка обвинувачення". При цьому повідомлені особою відомості не можуть бути використані проти неї у кримінальній справі; 2) співпраця в рамках угоди про визнання вини. Звичайно, визнання вини саме по собі вже розглядається як один зі способів співпраці.

Якщо проаналізувати українське законодавство, то можна дійти висновку про те, що угоди про визнання вини фактично поділяються на два види: 1) угода про визнання винуватості, яка містить обов'язок підозрюваного чи обвинуваченого щодо співпраці у викритті кримінального правопорушення, вчиненого іншою особою (так звані угоди про співпрацю чи співробітництво) та 2) угода про визнання винуватості, яка не містить обов'язку підозрюваного чи обвинуваченого щодо співпраці у викритті кримінального правопорушення, вчиненого іншою особою (власне угоди про визнання винуватості). Як бачимо, українська система угод у кримінальному провадженні дещо схожа на американську (країна класичної моделі). Однак з певними особливостями, зокрема, відносно того, що по своїй природі угода про співпрацю

не є угодою при визнання винуватості. Вважаю, що у КПК України ці два види угод мають бути самостійними, а не у межах однієї угоди.

Варто відзначити, що відповідно до даних ЄДРСР, впродовж 2016 року у судах І інстанції Львівської області винесено 3059 вироків, з яких 344 вироками затверджено угоду про визнання винуватості (11,2%), у судах І інстанції Київської області – 3762, з яких 440 затверджено угоду про визнання винуватості (11,7%), усудах І інстанції Тернопільської області – 1128, з яких 140 затверджено угоду про визнання винуватості (12,4%).

Це свідчить про зростання потреби використання цього інституту.

В юридичній науці виділяють різну кількість етапів укладення угоди про визнання винуватості (до10). Я вважаю, що організація прокурором процесу укладення угоди про визнання винуватості на стадії досудового розслідування пов’язана виключно із трьома етапами її укладення. Ці етапи можна сформулювати на підставі аналізу норм КПК України, зокрема: ініціювання однією із сторін укладення угоди, погодження умов угоди, підписання угоди сторонами. Ці три етапи повинні супроводжуватися обов'язковою участю захисника.

Отже, центральним суб’єктом кримінального провадження на підставі угод є прокурор. По-перше, це визначається правовим становищем прокурора як процесуального керівника досудового розслідування, який наділений широкими повноваженнями у сфері застосування спеціальних порядків кримінального провадження. По-друге, на прокурора покладено спеціальні завдання, які фактично полягають у прискоренні кримінального провадження, його спрощенні і досягненні процесуальної економії, що зумовлює провідну роль прокурора у реалізації інституту угод у кримінальному провадженні.

Шмиг Тарас

Львівський національний університет

імені Івана Франка

НЕМОЖЛИВЕ СТАЄ МОЖЛИВИМ АБО ІННОВАЦІЙНІ ПІДХОДИ ДО АНАЛІЗУ ДНК-ПРОФІЛІВ МОНОЗИГОТНИХ БЛИЗНЮКІВ.

Як всім відомо, ще із шкільного курсу біології, монозиготні (чи як ще їх часто називають, однояйцеві) близнюки мають, окрім схожої зовнішності, ще й ідентичний ДНК-профіль. Монозиготні близнюки формуються, коли запліднена яйцеклітина (зигота) розділяється на двоє і в подальшому розвивається як два зародки тієї ж статі. Разом з тим, в науковій літературі зазначається, що феномен ідентичних близнюків є аномалією, яка трапляється досить рідко - орієнтовано спостерігається 3 випадки народження ідентичних близнюків на 1000 зареєстрованих народжень, незважаючи на етнічне походження.

Проблема полягає в тому, що близнюки як і інші представники суспільства також інколи схильні до протиправної поведінки, а їхній особливий генетичний статус слугує чудовим прикриттям. Річ у тім, що ДНК-матеріал одного із близнюків, залишений на місці вчинення злочину, буде на 100% співпадати із ДНК-профілем іншого із близнюків, відповідно результати ДНК-експертизи в такому випадку не дозволять слідчому однозначно стверджувати, хто дійсно перебував на місці вчинення злочину. Подібні випадки, вже неодноразово мали місце у слідчій та судові практиці країн, де результати криміналістичних ДНК-експертиз активно використовуються в доказуванні.

У 2009 році в Великобританії, поліція розслідувала крадіжку годинників на суму 15 000 фунтів, що сталась під час пограбування торгового центру. Експерти знайшли залишки крові на уламках розбитого скла вітрини та передали дані зразки в лабораторію для виокремлення ДНК-профілю і завантаження отриманих результатів в базу даних генетичних ознак людини. Отримані висновки були вкрай незвичними – комп'ютерна програма показала результат у вигляді двох (!) 99.9999% співпадінь— брати Джеймс і Джон Парр були монозиготними близнюками.

Поліція заарештувала обох чоловіків, однак кожен з них заперечив свою причетність до вчинення цього злочину. Один з братів заявив, що даний арешт є абсолютно незаконним, і навів переконливі докази того, що в момент вчинення грабежу він перебував в іншому місці. Другий з близнюків, просто висловив свої заперечення щодо причетності до даного злочину, не навівши переконливого алібі. Зрештою, в даному випадку можна припустити, що другий з близнюків, ймовірно, був приче-

тним до вчинення злочину, однак поки правоохоронні органи не зможуть поза розумним сумнівом довести достовірну причетність одного з братів до вчинення кримінального правопорушення, ця справа не має перспективи успішного розгляду судом і станом на сьогодні залишається нерозкритою.

Випадки ідентичних ДНК-співпадінь є вкрай незвичними і трапляються не тільки на європейському континенті, а й Сполучених Штатах Америки. Зокрема, у жовтні 2004 року, впродовж двох тижнів декілька жінок у різних частинах міста стали жертвами озброєного гвалтівника. Одній із потерпілих вдалось сховати використаний механічний засіб контрацепції, який згодом був наданий представникам правоохоронних органів для аналізу. Результати ДНК-експертизи, поряд із іншими доказами, вказували на причетність двох різних осіб до вчинення цих злочинів. Один із ДНК-профілів, що був вилучений із використаного контрацептиву співпадав із профілем Джона МакНейра, який був одним із головних підозрюваних, проте цей же ДНК-профіль Джона також співпадав із ДНК- профілем його брата-близнюка. За таких умов, жодному із підозрюваних не можливо було пред’явити офіційне обвинувачення у вчиненні відповідного злочину. Проте правоохоронним органам згодом вдалось знайти і арештувати іншого співучасника - Анвара Томаса. Сторона обвинувачення запропонувала Томасу укладення угоди про визнання винуватості, в результаті чого останній визнав свою причетність до двох згвалтувань та вказав на іншого співучасника Джона МакНейра. Макнейра негайно затримали, однак розслідування справи та збір доказів тривав ще декілька років і увесь це час останній перебував під арештом. Зрештою, у квітні 2014 року, напередодні судового розгляду, сторона обвинувачення попросила продовжити строки досудового розслідування, щоб мати змогу використати в ході розслідування інноваційну технологію, яка б дозволила відрізнити ДНК монозиготних близнюків. Однак таке тривале зволікання із розслідуванням викликало суспільне обурення, враховуючи що обвинувачений протягом значного часу перебував під арештом, відповідно суд вирішив звільнити МакНейре з-під арешту, та визнав його тривале позбавлення волі незаконним.

Компанія Eurofins Scientific, яка займається виготовленням наборів і обладнанням для ДНК-аналізу, у 2013 році представила свій інноваційний тест на виявлення відмінностей у ДНК-близнюків. На думку генетиків компанії, для того, щоб

диференціювати ДНК-близнюків не потрібно дивитися, на довгі ланцюжки повторюваних ДНК-елементів, натомість винайдений тест реагує на своєрідні геномні мутації, що призводять до порушення A-T-C-G послідовностей у окремих частинках ДНК. Теоретично, близюки повинні мати однакові ланцюги послідовностей ДНК, оскільки вони успадковують аналогічні комбінації літер від своїх батьків, проте починаючи з процесу запліднення в кожному ембріоні починаються своєрідні природні мутації, на пошук яких і спрямований цей тест.

Сторона державного обвинувачення попросила допомоги у Eurofins Scientific і через п'ять місяців різноманітних аналізів, які обійшлись уряду США майже у 120 000 $ МакНейр знову перебував під арештом. Інноваційний тест з високим ступенем ймовірності ідентифікував Джона як особу, що була єдиним джерелом досліджуваного ДНК-зразка, відповідно МакНейру було повторно висунуто обвинувачення у вчиненні двох актів згвалтування.

Однак, насправді це ще був далеко не кінець історії. Тепер прокурорам потрібно було переконати суд, в достовірності результатів такого тесту і можливості використання його як доказу. Річ у тім, що дана технологія, ще не використовувалась на постійній основі правоохоронними органами в процесі розслідування кримінальних правопорушень та грунтувалась лише на останніх наукових теоріях, щодо причин геномних мутацій у монозиготних близнюків. Разом з тим, згідно чинного законодавства США, суд повинен отримати переконливі докази наукової обгрунтованості тих чи інших засобів доказування, для того щоб дозволити їм стати основою обвинувального вироку, а станом на сьогодні явище геномних мутацій є ще недостатньо вивченим, – що й власне було основним аргументом позиції захисту під час судового процесу над МакНейром.

Зокрема, його адвокат, Роберт Тоббін, у січні 2017 р., окреслюючи стратегію захисту зазначив, що „даний тест ще не можна застосовувати для проведення різноманітних криміналістичних ДНК-експертиз, оскільки його достовірність ще не підтверджена незалежними науковими інституціями. Більше того, результати подібних тестів, ще жодного разу не були визнані допустим доказом в суді у різних куточках світу. Тепер, вся справа у руках Судді Верховного суду штату Массачусетс Лінди Гіллес, яка фактично і вирішить подальшу долю результатів подібних тесту-

вань”

На нашу думку, навіть у випадку невизнання результатів першого ДНК-аналізу монозиготних близнюків Верховним судом штату Массачусетс, безсумнівним для світової правозастосовної практики буде резонанс, значення і подальші наукові розробки та обґрунтування ДНК-тестів монозиготних близнюків, що унеможливлюватиме уникнення ними кримінальної відповідальності з підстав недоведеності причетності до вчиненого злочину. Світові тенденції наукового поступу дають підстави для припущення, що використання результатів ДНК-тестувань монозиготних близнюків невдовзі стане поширеною практикою в доказуванні під час розгляду кримінальних справ.

Климкевич Роксолана

Львівський національний університет

імені Івана Франка

ПОНЯТТЯ ТА СТАНДАРТИ ГАРМОНІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА КРАЇН-ЧЛЕНІВ ЄС

В сучасному світі із розвитком науково-технічного прогресу, створенням інтеграційних економічних утворень і, в загальному, глобалізацією суспільних відносин спостерігається процес зближення правових систем різних держав.

Зближення кримінально-процесуального права викликається, насамперед, гармонізацією законодавства окремих держав, під якою розуміють зближення законодавства держав, спрямоване на встановлення подібного нормативного правового регулювання в окремих сферах (ст. 2 Договору про ЄАЕС) або заміну численних і різноманітних національних правил в певній сфері єдиним правилом.

При аналізі зближення кримінально-процесуального законодавства в літературі зустрічаються різноманітні терміни, а саме: гармонізація та уніфікація. З метою уникнення розбіжностей у розумінні цих понять варто з’ясувати їх значення.

Професор І.І. Лукашук наступним чином диференціював поняття "гармонізація" та "уніфікація". "В міжнародному праві гармонізація досягається за рахунок прийняття внутрішніх державних актів, спрямованих на виконання обов'язків по міжнародному праву, в уніфікація шляхом прийняття внутрішніх норм, ідентичних міжнародним або надання міжнародним нормам статусу внутрішньодержавних".

Таким чином, уніфікація передбачає більш "тісне" зближення, яке відбувається шляхом впровадження одної загальної норми для кількох держав. Натомість, при гармонізації державам надаються лише загальні напрямки для зближення, а шляхи його реалізації держави обирають на власний розсуд з врахуванням правових традицій конкретної держави.

Варто зазначити, що гармонізація, зближаючи правові системи, все таки залишає певні відмінні риси у цих системах. Суть гармонізації полягає у подоланні розбіжностей та мінімізацію суперечностей у правових системах, що відбувається в основному на рівні принципів та ідей.

Загальна мета гармонізації полягає у створені уніфікованого правового середовища для всіх суб'єктів права, зокрема і для суб'єктів кримінального процесуального права.

Виділяють також і спеціальні цілі гармонізації, які полягають у:

- забезпеченні взаємного визнання судових та інших процесуальних рішень, яке базується на взаємній довірі іноземним системам правосуддя.
- забезпечення рівності громадян та їх прав для ліквідації дискримінації за ознакою громадянства.

Виділяють кілька методів зближення кримінально-процесуального права:

- укладання міжнародних договорів (однак можливість робити застереження до міжнародного договору ставить під сумнів єдність уніфікація, адже наслідком застереження є нечинність певних умов договору для окремої держави)

- наднаціональна нормотворчість (дозволяє зблизити норми і, як правило, використовувати судовий орган для тлумачення)

- "мягке право" (прийняття модельних законів, які не гарантують ідентичність, але можуть стати доповненням до національного права на період досягнення

консенсусу)

- судові роз’яснення (при формуванні єдиної внутрішньодержавної практики верховні суди часто посилаються на міжнародні стандарти, судову практику ЄСПЛ).

Гармонізація кримінально-процесуальних норм може бути прямою(на основі міжнародно-правових зобов’язань, які взяла на себе держава) і непрямою. При непрямій гармонізації відбувається зближення законодавства з нормами іноземних держав, в тому числі в межах інтегративних утворень або з нормами міжнародних договорів, в яких держава не є учасником договору або з судовою практикою судових органів тих організацій, в яких держава не є членом.

В літературі виділяють 3 можливі ступені прямої гармонізації: 1-ша ступінь – держави набувають загальні нормативні обов’язки в національне право і реалізація таких норм носить національний характер; 2-га ступінь – прямо застосовувані загальні норми для ряду держав(наприклад, членів інтегративного об'єднання) – вибір порядку реалізації норми зберігається за законодавством кожної держави зокрема; 3-тя ступінь – прямо застосовувані загальні норми для ряду держав – створення спільного процесуального кодексу, наявність загальної слідчої та судової практики.

Непряма гармонізація, яку можна назвати зближенням законодавчих положень(визначення загальних напрямків правового регулювання відносин в певній сфері), проявляється при створенні законопроектів та вивчення досвіду законодавчого регулювання інших держав на академічному рівні.

Гармонізація спрямована на подолання розбіжностей і мінімалізацію суперечностей в праві і робить це, головним чином, на рівні принципів, ідей та стандартів.

Мінімальні стандарти у відповідності до статті 82 Договору про функціонування Європейського Союзу повинні забезпечити: взаємне визнання вироків та судових рішень; співробітництво органів поліції у кримінальних справах з транскордонним елементом; зближення законодавчих та регламентуючих положень держав-членів.

Ці стандарти мають враховувати відмінності між правовими системами держав-членів, що являється найбільшою проблемою у процесі зближення законодавства.

На основі цих мінімальних стандартів зближення Рада Європейського Союзу

розробляє довгострокові програми або так звані «дорожні карти» поступового зближення кримінально-процесуальних норм.

Хоча гармонізація в сфері процесуального законодавства розвивається повільніше, ніж в сфері матеріального кримінального права, на сьогоднішній день зближення законодавства держав-членів являється об'єктивною необхідною реальністю, яка ставить собі за мету подальшу гуманізацію і соціалізацію права як інструмента реалізації концепції прав людини.

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО, ЄВРОПЕЙСЬКЕ ПРАВО, ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВО

Magdalena Maciąg- Świontek

Jagiellonian University

ПЕРСПЕКТИВЫ И УСЛОВИЯ РАЗВИТИЯ ШАНХАЙСКОЙ ОРГАНИЗАЦИИ СОТРУДНИЧЕСТВА

Шанхайская организация сотрудничества сформировалась на базе соглашений об укреплении доверия в военной области и о взаимном сокращении вооруженных сил в районе границы, подписанных соответственно в Шанхае и Москве в 1996 и 1997 годах. Самое главное Решение о создании Организации, принятое 15 июня 2001 в Шанхае, соответствует тенденциям развития в регионе и в мире. Шанхайская организация сотрудничества (ШОС) – это политический проект, межправительственная постоянно действующая региональная организация. Членами ШОС являются Республика Казахстан, Китайская Народная Республика, Кыргызская Республика, Российская Федерация, Республика Таджикистан и Республика Узбекистан. В 2003 году, в Москве главы государств утвердили документы, регламентирующие порядок работы органов ШОС, в том числе постоянно действующих - Секре-

тариата в Пекине и Региональной антитеррористической структуры (РАТС). Статус ШОС связан с китайским видением этой организации в геополитическом контексте. Политическое сотрудничество в рамках ШОС со странами Центральной Азии является важным элементом стратегии правительства в Пекине. Это платформа, которая способствует развитию двустороннего сотрудничества между Китаем и республиками Центральной Азии. Сегодня сотрудничество в ее рамках уже охватывает политическую, торгово-экономическую, культурную, научно-техническую и иные сферы.

ШОС воспринимается многими политическими деятелями как один из возможных будущих «полюсов» мира. Не случайно интерес к этой организации проявляют ООН, АСЕАН, ОБСЕ, ЕС и др. В перспективе ШОС может стать мощной организацией в Азии, которая сможет противостоять геополитическим интересам США в этом регионе.

Некоторые исследователи выделяют два альтернативных варианта дальнейшего развития. Первый вариант - создание открытой, либеральной, организации с широким кругом участников. Он предусматривает три уровня участия: постоянное членство, партнерство по отдельным проектам и статус наблюдателя. Второй вариант развития - это полузакрытый формат. Преобразование ШОС в полноценную международную организацию делает возможным повышение ее функционального статуса, выход на вопросы глобальной безопасности и разоружения. Несмотря на отсутствие единого видения угроз членами ШОС, вопрос о борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом остается идеологическим связующим веществом организации.

На сегодняшний день экономический эффект существования ШОС незначительный. Однако со Шанхайская организация сотрудничества” использует огромный потенциал и широкие возможности взаимовыгодного сотрудничества государств-участников в торгово-экономической области, предпринимает усилия в целях содействия дальнейшему развитию сотрудничества и диверсификации его форм между государствами-участниками на двусторонней и многосторонней основе.

В будущем важнейшим стратегическим направлением сотрудничества должны стать разработка и реализация транспортно-коммуникационных проектов. Перспективными могут быть маршруты, которые свяжут Центральную Азию и Китай

с российским, европейским и мировыми рынками и тем самым будут способствовать притоку инвестиций.

Участие России в ШОС можно объяснить ее попыткой улучшить отношения с Китаем, иметь перспективного мощного союзника.

Основные направления деятельности Шанхайской организации сотрудничества, выражаются посредством специфического, неодинакового соотношения государств-членов. Надо выделить два субъекта – Россию и Китай, которые являются значительными членами организации. Остальные: Казахстан, Узбекистан, Кыргызстан и Таджикистан являются намного меньшими, слабейшими и политически нестабильными странами. Теоретически Шанхайская организация сотрудничества является мостом между Европой и Азией. В действительности это независимое создание, задачей которого является формирование своего рода альтернатива другим международным организациям, в том числе, в частности, Европейского Союза. В нынешней геополитической ситуации является единственной альтернативой России, которая могла бы расширить свое влияние в Центральной Азии.

Условия и перспективы развития Шанхайской организации сотрудничества выражаются через конкретные интересы государств-членов в регионе, которые могут быть разделены на: 1) политика Китая в отношении Центральной Азии, 2) политика стран региона по отношению к Китаю, 3) политика России по отношению к странам региона и Китая.

Некоторые исследователи считают ШОС мало активным альянсом. Работа организации основана главным образом на консультациях и диалоге, но следует подчеркнуть ее уникальную политическую значимость. ШОС является также единственной организацией за исключением ООН, которая для проведения вопросов безопасности включает Китай. В настоящее время остается конкуренцией для проектов интеграция бывших советских республик, предложенных Россией, которая все-таки является одним из главных инициаторов ее создания.

Gabriel Vilkas

Jagiellonian University

ЗАХИСТ ПРАВ АВІАПАСАЖИРІВ В ЗАКОНОДАВСТВІ ЄВРОСОЮЗУ З ПЕРСПЕКТИВИ ГРОМАДЯН ТРЕТІХ КРАЇН

Україна динамічно рухається в напряку європейської інтеграції. Однак цей процес не є позбавлений труднощів для України.

Відповідна інтеграція відбувається на багатьох рівнях, але останнім часом йде мова про завершення процесу створення безвізового режиму для громадян України, які хочуть подорожувати в Євросоюзі . Коли ворота Євросоюзу будуть відкриті, все більше і більше українці в буде користуватися європейським транспортом, в тому числі авіацією.

Створення правового захисту пасажирів подорожуючих повітряним транспортом було важливою подією для всієї транспортної політики Європейського Союзу . За останні двадцять років відбувся величезний прогрес в матеріалізації ідеї захисту прав людей, що користуються авіаперевезеннями . Підтвердженням цього є два

акти похідного права Євросоюзу , а саме Розпорядження № 261/2004 а також Розпорядження № 1107/2006.

Діапазон регулювання першого розпорядження має комплексний характер, що означає, що він охоплює систему компенсації і систему відшкодувань і широку підтримку в апеляційних затримках рейсів і відмови в посадці . Для цієї системи,

крім того, включає в себе інформаційні зобов'язання перевізника з прав пасажира і створення в державах-членах ЄС спеціальних органів , які здійснюють нагляд за

захистом прав пасажирів. Другу розпорядження стосується пасажирів з обмеженими фізичними можливостями щодо переміщення. Він встановлює ряд прав цієї категорії осіб і механізм попереднього повідомлення про необхідність надання їм допомоги.

Ці входження будуть зосереджені навколо презентації цих промислових правових актів разом з основними цілями відповідних регулювань. Зокрема, мова йде про розпорядження № 261/2004, де встановлений орієнтований розмір штрафних санкцій, поряд з їхніми максимальними розмірами передбачених в деяких найбільш поширених ситуаціях, серед яких є невиконання або неналежне виконання зобов'язань перевізника:

а) скасування або затримка курсу або польоту;

б) відмова впуску до транспортного засобу.

Крім того, повинна бути зроблено посилання на форму компенсації, що підлягає виплаті, яка буде приймати форму певної суми, а не відсоток від вартості квитка разом з певними номерами. Додаткової уваги заслуговує питання відзначити про інші заходи щодо захисту пасажирів, які виникають з вищезгаданого розпорядження, наприклад. :

а)зречення від умови;

б) запит про перехід до наступного вільного польоту або на більш пізній термін

в) отримання від перевізника, в залежності від часу очікування, безкоштовні послуги, такі як харчування, проживання, доступ до засобів зв'язку.

Чи громадянин України дійсно скористається з вищезгаданого засобу допомоги ?

На перший погляд, здавалося б, що обговорюваний нормативно -правовий акт поширюється тільки на громадян держав -членів Європейського Союзу . Однак таке твердження буде обумовлене серйозною помилкою. Стаття 3 пкт 1 в пунктах а) і б) це чітко визначає те, що це правило застосовується до пасажирів, що вилітають з аеропорту, розташованого на території держави -члена ЄС, до якого застосовується Договір і до пасажирів, що вилітають з аеропорту, розташованого в країнах третього світу і здійснюючи посадку в аеропорті на території держави -члена ЄС , хіба що вони отримали пільги та ко мпенсацію і надано ім д опомогу в третіх країнах якщо авіаперевізник, який обслоговує даний політ є спільнотовим перевізником . Юридичне визначення «пасажира» ні в якому разі не обмежується пред’явленням документів, що засвідчують особу громадянства ЄС . Як ви знаєте,
Канада заселена численною українською діаспорою, не маючи ані українських паспортів, ані паспортів ЄС. Таким чином, група людей, а також громадяни України, будуть захищені законодавством ЄС.

Яку суму компенсації можемо вимагати?

Стаття 7 аналізованого Розпорядження чітко встановлює три категорії суми компенсації, яка може бути предметом претензії на ім'я перевізника . Розділяючим

чинником суму компенсаціє є довжина польоту. Перший клас включає в себе компенсацію польотів довжиною понад 150 0 км. Наприклад, ми можемо вказати авіарейсу зв'язку Краків -Львів (335 км). За потенційні незручності пасажир отримає компенсацію в розмірі 250 євро . Друга категорія включає в себе всі польоти всередині спільноти понад 1500 км і довжину інших рейсів 1500 і 3500

км. За шкоду, заподіяну рейс з Києва до Франкфурта -на-Майні (1859 км), є шанс отримати 400 євро. Остання найдорожча група включає в себе всі інші рейси, які не можуть бути класифіковані в першу або другу категорію . Не важко уявити собі такого типу авіарейс між Києвом а вищезгаданою Канадою з пересадкою в Євросоюзі. З а грубу затримку в польоті перевізник буде зобов'язаний заплатити до 600 євро подорожуючому.

Варто пам’ятати, що Розпорядження дає можливість зменшити с татутний штраф сплачену підприємцем, але проблема виходить за рамки даного дослідження. Іншою формою неналежного виконання зобов'язань перевізника є проблема перебування пасажира в нижчому класі, ніж та, для якої був куплений квиток. Звертаючись до категорії тривалих польотів, що містяться в статті. 7, варто зазначити, що пасажир може вимагати відшкодування від 30% до 75% від вартості квитка, залежно від тривалості польоту.

Аналізований нормативно-правовий акт , незважаючи на свій невеликий обсяг дає широкі повноваження для споживача в разі недбалого виконання або невиконання перевізником. Багато з них вводить багато питань тлумачення, які постійно предметом постанов Суду Європейського Союзу.

Незважаючи на факт, що Україна все ж не є формальним членом Євросоюзу багато старань вкладено європейським законодавцем аб иполегшити життя українцям. Авіаційний сектор не є єдиною областю, яка може принести користь нашим сусідам . Багато правових змін відбувається також в залізничному,
автобусному і навіть морському секторах . З розвитком правової свідомості, наше життя буде простіше і зручніше.

Надія Комарницька
Львівський національний університет
імені Івана Франка

УНІФІКАЦІЯ НОРМ У СФЕРІ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ АВТОРСЬКИХ ПРАВ

З розвитком культури і мистецтва проблеми правової охорони авторських прав досягли міжнародного рівня: об'єкти авторського права у галузі літератури, мистецтва перекладалися та іншими способами використовувалися без згоди авторів за кордоном. Тому з кінця XIX століття особливо актуальним стало питання уніфікації правових засад у сфері створення, використання та охорони об'єктів інтелектуальної власності загалом і авторського права зокрема.

Процес уніфікації є одним із способів прогресивного вдосконалення правового регулювання міжнародних приватноправових відносин у сфері авторського права і покликаний забезпечити застосування в різних країнах єдиних за змістом норм і правил щодо таких відносин. Під уніфікацією в літературі розуміють створення у праві різних держав однакових за змістом норм, призначених для регламентації відповідної групи правовідносин, які замінюють існуючі положення національного законодавства і тим самим створюють одноманітний правовий простір. Проте процес такої уніфікації є довготривалим і не завжди призводить до бажаного результату, оскільки уніфіковані норми часто носять компромісний характер, а неповнота або фрагментарність уніфікаційних угод не призводять до очікуваних наслідків.

Уніфікація на міжнародному рівні здійснюється шляхом прийняття міжнародних договорів. У сфері міжнародно-правової охорони авторських прав на сьогодні є незначна кількість міжнародних договорів, проте вони вирішують чимало

проблем, пов’язаних із порушенням авторських прав в міжнародних приватноправових відносинах.

Однією з перших конвенцій, спрямованих на охорону авторських прав, стала ***Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів***. Недоліком Конвенції було те, що дія її поширювалась на окремий регіон, однак позитивний вплив справив той факт, що діяла Конвенція у всіх колоніях європейських держав. Конвенція ґрунтується на принципах: 1) національного режиму (твори, країною походження яких є одна з держав Бернського Союзу, користуються в усіх державах Союзу рівною із творами їхніх громадян охороною), 2) автоматичної охорони (охорона не обумовлена виконанням будь-яких формальностей), 3) незалежності охорони (охорона твору гарантується не залежно від наявності охорони в країні походження твору), 4) ретроактивної охорони (гарантується охорона твору, якщо термін її дії не закінчився в будь-якій країні-учасниці Бернської конвенції).

Новий виток охорони авторського права почався з другої половини XX століття з прийняттям в Женеві 6 вересня 1952 року ***Всесвітньої конвенції про авторське право.*** В положеннях Бернської і Женевської конвенцій є істотні відмінності. Так, Всесвітня конвенція не містить широкого переліку творів науки, літератури і мистецтва, що підпадають під її охорону (в ст. 1 наводиться лише примірний перелік об’єктів, що підпадають під її охорону). Впроваджено принцип дотримання формальностей, який зводиться до обов’язковості зазначення таких атрибутів авторського права, як знак ©, ім’я автора та рік першого опублікування твору. На відміну від Бернської конвенції, Всесвітня конвенція не передбачає охорони особистих немайнових прав автора. При перегляді Конвенції на Паризькій конференції 24 липня 1971 року з цього приводу точилась тривала дискусія, однак позитивного рішення прийнято не було, оскільки ряд держав-учасниць, у тому числі США, не визнають особистих немайнових прав.

Одним із найбільш досконалих міжнародних актів у сфері інтелектуальної власності вважають ***Угоду про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРІПС)***, яка запровадила режим найбільшого сприяння, відсутній в Бернській конвенції: «…стосовно охорони інтелектуальної власності, то будь-які вигоди, пільги, привілеї або імунітети, що надаються членом громадянам будь-якої іншої країни, негайно і беззастережно поширюються на громадян всіх інших членів». Но-

вовведенням ТРІПС також є норми щодо комп'ютерних програм і баз даних, згадки про які відсутні у всіх попередніх Конвенціях. Позитивним аспектом Угоди є те, що її розробники не стали покладатися на загальновизнане тлумачення комп'ютерних програм як літературних творів, а вперше в міжнародному акті передбачили спеціальне формулювання для охорони комп'ютерних програм: «Комп'ютерні програми у вихідному вигляді охороняються як літературні твори відповідно до Бернської конвенції » (п. 1 ст. 10). Угода ТРІПС визначила також умови охорони баз даних: «Компіляція даних або інша інформація в електронній чи іншій формі, являють собою за добором і розміщенням матеріалів результат інтелектуальної творчості, охороняються як такі».

Договір ВОІВ з авторського права впровадив нові норми міжнародного права для об'єктів авторського права і суміжних прав у цифровій формі та у цифровому середовищі, зокрема в мережі Інтернет. Найбільші дискусії викликала проблема застосування права на відтворення в цифровому середовищі (у т.ч. в мережі Інтернет). У результаті було прийнято узгоджене рішення: «Право на відтворення у тому вигляді, як воно визначено у Бернській конвенції (ст. 9), і допустимі цією статтею виключення повністю застосовуються в цифровому середовищі і, зокрема, до використання творів у цифровій формі. Розміщення охоронюваного твору у цифровій формі в електронному засобі є відтворенням в сенсі статті 9 Бернської конвенції».

Отже, зараз авторське право вийшло далеко за межі національних правових систем і регулюється на міжнародному рівні. У зв'язку з його інтернаціональним характером двосторонні договори не здатні забезпечити універсальний рівень охорони, тому авторське право стало однією з перших сфер, в якій вдалося кодифікувати міжнародне приватне право шляхом прийняття багатосторонніх міжнародних договорів. Однак нормотворчий процес у сфері міжнародної охорони авторського права не припинився і до сьогодні, так як створюються все нові й нові об'єкти охорони й авторське право потребує постійної модернізації згідно з вимогами часу.

КОРПОРАТИВНЕ ПРАВО

Скидан Дмитро
Львівський національний університет
імені Івана Франка

ДОВЕДЕННЯ ДО БАНКРУТСТВА ЯК ОДИН З ВИДІВ КОРПОРАТИВНОГО РЕЙДЕРСТВА

Розбудова ефективного інституту банкрутства є необхідною умовою формування ринкових відносин в Україні, забезпеченні стабільної та ефективної діяльності суб'єктів господарювання, створення умов для чесної конкуренції. Однак, численні випадки зловживання цим механізмом свідчать про прогалини у чинному законодавстві в цій сфері, відсутність дієвих інструментів запобігання таким правопорушенням.

Поширення неправомірних захоплень стало помітною тенденцією останнього десятиліття в економіці України. Нерідко рейдерство представляють як окремий випадок розповсюдженого в усьому світі професійного бізнесу зі злиття і поглинання (M&A). Натомість в сучасній українській економіці в такому її сегменті як ринок злиттів і поглинань спостерігається інституціональний дефіцит, де і паразитує рейдерство. Взагалі, у світі у сфері M&A виокремлюють дружні поглинання та недружні (ворожі) поглинання. Відмінність полягає в тому, що у першому випадку керівництво корпорації, що поглинається, позитивно ставиться до перспективи поглинання, погоджується не чинити опір поглинанню та рекомендує своїм акціонерам прийняти пропозицію корпорації, яка поглинає, про продаж їй своїх акцій. Відповідно, у випадку недружнього поглинання, керівництво корпорації-жертви є налаштованим проти поглинання. Саме такі «недружні» M&A характеризуються найбільшим рівнем небезпечного впливу на фінансово-економічну стабільність та на ві-

дповідні сфери безпеки. В Україні сьогодні 70 % поглинань проходять на протиправній (рейдерській) основі.

Емісари такого захоплення - рейдери - можуть повністю знищити малий і середній бізнес, якщо їм не будуть протипоставлені превентивні заходи різного характеру. В результаті рейдерських атак руйнуються стратегічні підприємства, банкрутують ефективні виробництва, знижується інвестиційна привабливість цілих галузей. Навіть якщо захоплене підприємство потім починає працювати, то в період захоплення, що може бути досить тривалим, воно не працює і розоряється. Таким чином, рейдерство завжди породжує негативні соціальні наслідки, властиві банкрутству, і це вказує на збіг розглянутих явищ.

Досліджуючи дане питання, можна зустріти обґрунтування авторів, які стверджують, що основними і найбільш поширеними передумовами, які завжди є відправною точкою для організації будь-якої рейдерської атаки на підприємство є: неефективна господарська діяльність підприємства, що може виражатися у збитковості підприємства, наявності значної, перманентно існуючої кредиторської заборгованості, непропорційності між отримуваним доходом підприємства і ринковою вартістю належних йому активів.

Автор Молодецький С.С. серед основних рейдерських схем виокремлює механізм поглинання із застосуванням процедур відновлення платоспроможності підприємства і схему захоплення через контроль боргових зобов’язань підприємства-цілі. Автор Мельник О.О. називає такі загальновідомі методи захоплення підприємства: ініціювання банкрутства шляхом створення штучної кредиторської заборгованості або навмисного скуповування боргів і одночасного пред’явлення їх до сплати.

Взагалі, класична схема рейдерського захоплення шляхом банкрутства передбачає створення на підприємстві штучної кредиторської заборгованості. Після цього кредитори ініціюють процедуру банкрутства такого підприємства, наслідками чого зазвичай стають відсторонення керівника від управління, перерозподіл активів підприємства та його ліквідація, або існування без активів. До реалізації подібних схем залучають кваліфікованих юристів, арбітражних керуючих, суддів, працівників податкових органів і державних реєстраторів. Щоб здійснити миттєвий та цілеспрямований напад, рейдери збирають інформацію на підприємство: щодо історії

створення, майна, власників, керівництва, юридичної підтримки, наявності внутрішніх та зовнішніх конфліктів тощо. Слід зазначити, що нападники, створивши на підприємстві борги, користуючись прогалинами в законодавстві, не дають йому погасити заборгованість у встановлений законодавством або угодою термін.

Ключовим моментом рейдерського захоплення із використанням інструментів банкрутства, на жаль, є змова з представниками державних органів, у тому числі: працівниками правоохоронних органів, державними реєстраторами, державними виконавцями, суддями, а інколи навіть використання «незаконних» послуг нотаріусів тощо. Об’єктами захоплення можуть бути: активи підприємства (нерухомість, ліцензії, патенти, винаходи, контракти), бізнес і головне підприємство в галузі, за допомогою якого можна диктувати умови та поглинати підприємства в тій самій або в іншій галузі. Відомими прикладами в Україні є захоплення чернівецького підприємства «Арго», київського «Промінвестбанку», а також спроба захоплення компанії «Олейна», здійснена «Приват Груп».

Існує декілька шляхів протидії банкрутству під час протиправного захоплення підприємства. Одним з них є досудова санація, залучення реального інвестора, також перешкодити процедурі банкрутства можливо у судовому порядку, шляхом оспорювання угод, на підставі яких у підприємства виникла заборгованість перед кредиторами, що слугувало підставою для порушення справи про банкрутство. Але найефективнішим захистом від захоплення активів підприємств є залучення правоохоронних органів, які повинні своєчасно та дієво реагувати на дії рейдерів.

Проте проблематика питання ефективної протидії банкрутству під час рейдерських захоплень полягає і у тому, що у вітчизняному законодавстві відсутнє визначення терміну «рейдерство». Немає і спеціальної норми про кримінальну відповідальність за замовлення, організацію та вчинення неправомірних дій, що мають ознаки рейдерства.

Звичайно, рейдерство і банкрутство - відносно самостійні явища, але в контексті нашого дослідження їхній взаємозв'язок становить особливий інтерес, обумовлений розмахом, що набуло рейдерство в Україні останніми роками. Важливим є те, що на етапі більш тісних торговельних, транспортних та інвестиційних зв'язків з Європейським Союзом, корпоративне рейдерство може, як і раніше, становити значний ризик для прогресу України. Але від удосконалення способів і методів рейде-

рства в Україні значно відстає правотворча і правозастосовна діяльність, внаслідок чого у законодавстві утворилася прогалина: юридична відповідальність та покарання за вчинені рейдерські злочини мають відповідати ступеню вини рейдерів та наслідків, що наступили в результаті рейдерської атаки, в тому числі і банкрутства підприємства. Вважаємо, що необхідними важелями боротьби з рейдерством є нормативне закріплення кримінальної відповідальності за рейдерські злочини. До того ж, прогалини в законодавстві та неоднозначне тлумачення його норм виявилися дієвими інструментом поглинання чужої власності, тому необхідним є удосконалення норм чинного законодавства України.

Олександр Кожухар

Львівський національний університет

імені Івана Франка

ДОГОВІР ЕСКРОУ: ПЕРСПЕКТИВИ ВИРІШЕННЯ ПРОБЛЕМ АКЦІОНЕРНИХ ТОВАРИСТВ В УКРАЇНІ

У теорії зазначається, що за своєю правовою природою договір ескроу (або рахунок умовного зберігання) є договірним видом розрахунків, який має певні особливості: в основному договір зазначається, що розрахунки проводитимуться за договором ескроу (у сфері корпоративних відносин – це випливає із здійснення публічної безвідкличної вимоги). По-друге, такий договір, на переконання більшості науковців, є трьохстороннім, оскільки його сторонами виступають бенефіціар, депонент та ескроу-агент (яким є банк). По-третє, такий договір, на відміну, наприклад, від договору зберігання (із ним часто порівнюють цю договірну конструкцію), переслідує мету «позбавлення сторони правомочності розпорядитися річчю із ціллю забезпечити виконати зобов’язання за основним договором (безвідкличною вимогою).

У сфері корпоративних відносин (зокрема, в інституті M&A) покупець активу (наприклад, акції) депонує частину його ціни до певного строку, у який продавець активу (яким для цілей цієї статті є міноритарний акціонер) повинен здійснити певні корпоративні дії, за умови здійснення яких депонована сума передається продавцю активу.

Застосування такої договірної конструкції в корпоративних відносинах знайшло своє відображення в законодавстві і практиці держав англо-саксонської системи права, держав-членів Європейського Союзу, а віднедавна може стати, зважаючи на прийнятий Верховною Радою України законопроект №2302а-д, реалією корпоративних відносин у межах акціонерного товариства. Останнім законопроектом буде імплементовано Директиву ЄС 2004/25, яка додатково захищає права міноритарних акціонерів, а також створює відкриті процедури здійснення поглинання (takeover rules).

Цивільний кодекс України доповнюється положеннями щодо ескроу, використання якого буде обов’язковим у процесі здійснення права заявити публічну безвідкличну вимогу, опісля здійснення якої він сплачує суму акцій шляхом перерахування грошових сум на ескроу-рахунок, відкритий на користь міноритарних акціонерів.

Варто зазначити, що правило щодо договору ескроу в Україні поширюється на випадки наявності в мажоритарних акціонерів домінуючого контрольного пакету акцій (понад 95 %). На наше переконання, урегулювання цього питання вирішить проблеми обох акціонерів – контрагентів за цим договором: міноритарний акціонер отримає гарантії сплати належної ринкової суми за наявний у нього пакет акцій, а мажоритарний акціонер - зможе як посилити свої позиції в акціонерному товаристві шляхом одержання додаткового пакету акцій, так і подолати проблему «сплячих акціонерів», задовольнивши груповий загальний інтерес акціонерного товариства.

ІНТЕЛЕКТУАЛЬНА ВЛАСНІСТЬ

ПАТЕНТУВАННЯ ЯК СПОСІБ ОХОРОНИ КОМП'ЮТЕРНОЇ ПРОГРАМИ В УКРАЇНІ

Гаврікова Юлія

Львівський національний університет

імені Івана Франка

Патентування програмного забезпечення на даний час є предметом чисельних суперечок і дискусій, в першу чергу це пов'язано з тим, що патентування комп'ютерних програм в одних країнах можливо, а в інших - ні. В Україні на програмне забезпечення патент не видається, оскільки відповідно до положень Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів, в яку Україна вступила 25 жовтня 1995 року, також згідно з п. 4 статті 433 Цивільного кодексу України та пунктом 5 статті 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права» - комп'ютерні програми охороняються як літературні твори. Тобто комп'ютерні програми входять до переліку об'єктів авторського права.

Порядок реєстрації авторського права на комп'ютерні програми в Україні здійснюється відповідно до Закону України «Про авторське право і суміжні права» та постанови Кабінету Міністрів України «Про державну реєстрацію авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір».

Проте оскільки захист авторським правом поширюється лише на текст коду, функції програмного забезпечення залишаються незахищеними. Унаслідок цього для захисту розробок у галузі програмного забезпечення застосовують патентування функцій або алгоритмів, описуючи їх за допомогою апаратних засобів або елементів пристроїв, в яких застосовуються ці функції або алгоритми. Таким чином, об'єктом патентування стає пристрій або спосіб.

Такий підхід патентування програм ЕОМ застосовується і в Україні, і в багатьох інших країнах. Перевага такого патентування полягає в тому, що захист поширюється саме на алгоритм і функції програми, тобто будь-яка програма, яка має такі функції, буде порушувати цей патент, незалежно від того, якою мовою програмування вона написана.

У багатьох країнах комп'ютерні програми також визнаються і об'єктами па-

тентної охорони (йдеться про випадки, коли комп’ютерна програма є частиною технологічного процесу, технічного пристрою тощо й сумісно з ними може бути визнана об’єктом патентної охорони). Так, наприклад, у Сполучених Штатах Америки, зважаючи на високий рівень розробки численних програмних продуктів, поряд з авторсько-правовою охороною комп’ютерних програм, також існує і патентно-правова охорона. За статистичними даними, приблизно 30 тисяч патентів, виданих у різні роки Європейським патентним відомством, належать до комп’ютерних програм. Аналогічного підходу дотримується також і Японія. У численних країнах, таких як Бразилія, Угорщина, Ізраїль, Китай та інших, охорона комп’ютерних програм патентним правом стала можливою на базі існуючих судових прецедентів. Логічно, що постає питання про можливість використання цього способу охорони прав на комп’ютерні програми саме в Україні.

Український законодавець станом на сьогодні визначає комп’ютерні програми виключно як об’єкти авторського права. Так, в частині 4 статті 433 Цивільного кодексу України зазначається: «Комп’ютерні програми охороняються як літературні твори». Аналогічно в ст. 18 Закону України «Про авторське право і суміжні права» передбачено, що комп’ютерні програми охороняються як літературні твори, а така охорона поширюється на комп’ютерні програми незалежно від способу чи форми їх вираження. Зауважу, що у частині 3 статті 6 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» прямо не вказано про патентоздатність комп’ютерних програм чи про пряму заборону цього, що дає надію на певні можливості щодо принаймні часткового врегулювання цього питання нормами патентного права і в Україні.

Базуючись на аналізі національного законодавства ми можемо зробити логічний висновок про те, що нормативно охороняється саме «текст програми», форма її зовнішнього вираження, а не ідеї, алгоритми, способи вирішення проблемних питань. Але чому тоді вітчизняний законодавець поєднав охорону літературних творів та комп’ютерних програм? На думку Д. Жуванова, порівняння комп’ютерних програм із літературними творами є не зовсім коректним. На відміну від літературних творів, текст комп’ютерної програми (вихідний чи об’єктний код) не мають самостійної цінності без можливості їх застосування в комп’ютері. Отже, сприйняття комп’ютерної програми, тобто власне кажучи її тексту, відбувається не безпосеред-

ньо людиною, а опосередковано, за допомогою комп'ютера. С. Петренко зауважує, що порівняльний аналіз такого об'єкта авторського права як комп'ютерна програма, з таким класичним об'єктом авторського права як літературний твір, надає змогу зробити висновок про те, що програма також характеризується змістом, внутрішньою та зовнішньою формами. При цьому елементи змісту, внутрішньої та зовнішньої форм не є сталими і залежать від виду та призначення комп'ютерної програми. Програма прикладного характеру подібна до літературного твору наукового жанру, а ігрового характеру – до мультимедійних творів . В. Дмитришин наводить фактори, що свідчать про належність комп'ютерних програм до об'єктів авторського права:

- вихідний текст комп'ютерної програми має риси письмового літературного твору (подібність з літературним твором доповнює й те, що текст комп'ютерної програми може бути написаний різними мовами програмування – Асемблері, Сі, Джаві, Паскалі, Бейсику тощо, як і будь-який літературний твір – українською, російською, англійською чи іншою мовами);

- алгоритми, методи, ідеї, теорії, формули, використані при розробці комп'ютерної програми, додають їй риси наукового твору, тобто галузеву належність до об'єктів авторського права;

- аудіовізуальні відображення, анімація і графіка, створювані комп'ютерною програмою, мають риси музичного (з текстом і без тексту), аудіовізуального, твору образотворчого мистецтва, твору, виконаного способами, подібними до фотографії, художнього твору, що також дає підстави віднести їх до творів у галузі мистецтва .

На жаль, досвід показує, що авторським правом захищається текст (код) програми, а не функції, які вона виконує. Через це останнім часом усе частіше й частіше в Україну подаються заявки на отримання патенту на винахід (корисну модель) із метою охорони й захисту алгоритму (способу) роботи комп'ютерної програми щодо розв'язання конкретної задачі. Патент на винахід дозволяє захистити змістовий бік програмного забезпечення, патентна охорона поширюється на сутність, утілену в алгоритмі, яка є основною ідеєю програми. Крім того, патент дає виключне право власності на саму ідею (якщо вона відображена в істотних ознаках формули винаходу) і запобігає її несанкціонованому використанню.

Ґрунтуючись на вищенаведеному, пропоную законодавчо віднести патентування до способу захисту прав на комп’ютерні програми, зокрема, викласти частину 1 статті 462 у наступній редакції: «Набуття права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок, алгоритм комп’ютерної програми, засвідчується патентом».

Юлія Олефір

Київський національний університет
імені Тараса Шевченка

ІСТОРИЧНИЙ АСПЕКТ РОЗВИТКУ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ КОМП’ЮТЕРНОЇ ПРОГРАМИ

Створення комп’ютерних програм – це результат творчого підходу людини до сфери технологій, який зачасту потребує значних технічних, фінансових, інтелектуальних ресурсів. Питання щодо захисту комп’ютерної програми поставали з різною інтенсивністю відповідно до етапів самого розвитку комп’ютерної програми.

Розвиток програмування йде завжди по шляху спрощення процесу створення комп’ютерної програми, у результаті такого спрощення програмування стало доступним звичайному користувачі. Існує навіть думка про те, що сучасне програмування більше схоже на складання програми із створених іншими модулів, частин програмного коду, і т.под., ніж на написання програми «з чистого листа».

Одразу після набуття широкого доступу публіки до комп’ютерів, користувачі були обмежені у придбанні програмного забезпечення необхідного для запуску програм. Вони отримували загальні програми від їх постачальника обладнання без будь-яких витрат, оскільки вартість програмного забезпечення була вже включена у вартість комп'ютера.

У кінці 1960-х років з'являється термін «пакети програмного забезпечення» («software packages»). Він передбачав, що користувачам надавався не просто програмний код, а документація, установка і певний рівень сервісу. До таких ранніх продуктів відносились службові програми з більшою функціональністю та ефективністю, ніж те програмне забезпечення, яке постачалось від виробників апаратного забезпечення.

У січні 1967 року Міжнародні комп’ютерні програми (International Computer

Programs) в Індіанаполісі, штат Індіана, почали видавати щоквартальний каталог комп'ютерних програм, доступних для продажу. Індустрія програмного забезпечення почала набувати власну форму.

Обираючи спосіб правового захисту комп’ютерної програми, законодавці зіткнулися не з недолугістю авторського чи патентного права, а з специфікою самого об’єкту. Зміст комп’ютерної програми, тобто її практичний результат викликав найбільший інтерес.

Комп’ютерна програма – це не тільки об’єкт права інтелектуальної власності, але і технічний спосіб управління комп’ютером. Програма сприймається двома суб’єктами: комп’ютером і людиною. Інваріантність такого сприйняття обумовлюється наявністю як мінімум двох форм вираження. Програма вводиться і обробляється у вигляді об’єктного коду (у вигляді нулів та одиниць), а пишеться програмістом як вихідний код на мові високого рівня програмування, який буде, за допомогою комп’ютера, переведений у послідовність команд на об’єктному коді.

У США Закон про авторське право 1976 року, який став чинним з 1 січня 1978 року, зробив яснішим той факт, що комп’ютерна програма є охороноздатним об’єктом авторського права. Практика провідних промислових держав пішла шляхом охорони програмного забезпечення нормами авторського права. Після адаптації законодавства США, своє законодавство адаптувала Австралія – у 1984 році, Франція, Великобританія, Японія – у 1985 році, Китай – у 1990 році.

14 травня 1991 року була прийнята Директива ЄС №91/250/ЄЕС «Про правову охорону комп’ютерних програм». Завершальним етапом у існуючих міжнародних правилах охорони комп’ютерних програм стало підписання у 1994 році Угоди про торговельні аспекти права інтелектуальної власності (угода TRIPS), а також договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право, прийнятого Дипломатичною конференцією 20 грудня 1996 року.

Кожен випадок захисту комп'ютерної програми авторським правом стосується авторського права на вихідний код і як еквівалент на об'єктний код. Це, відбувається тому, що існує взаємно-однозначна відповідність між вихідним та об’єктним кодом. З появою мов програмування високого рівня, компілятор виконує значно складніший варіант перекладу. Він не тільки виробляє складну послідов-

ність команд об'єктного коду для кожного рядка вихідного тексту, але насправді може змінити порядок затвердження програми, аби створити більш ефективну програму. З’являється більша невідповідність між вихідним і об'єктним кодами. Проте, якщо вихідний код та об’єктний код різні, корисно підтримувати концепцію, що вихідний та об’єктний коди просто різні форми однієї і тієї ж захищеної авторським правом роботи. У більшості випадків, вихідний код ніколи не розкривається для громадськості, і, таким чином, залишається захищеним у якості комерційної таємниці, у той час як мільйони копій програми поширюються у вигляді об'єктного коду.

Відповідно до законодавства та практики західноєвропейських держав комп’ютерна програма визнається не патентоспроможним об’єктом тільки у тому випадку, якщо патентна охорона запитується для неї як такої, у розриві від апаратної частини комп’ютера. Якщо програма, завантажена у пам'ять комп’ютера, змушує його функціонувати по новому і досягається новий технічний результат, то таке рішення визнається патентоспроможним. При цьому немає принципового значення, чи стосується новизна до апаратної чи до програмної частини – заявка, у будь-якому випадку, має розглядатись у комплексі заявленого рішення, що включає програму. У 1996 році у США були розроблені правила, які мали на меті допомогти патентним експертам при аналізі сутності формули винаходу для співставлення з матеріальним правом, а не тільки для встановлення чи підпадає сутність винаходу під визначення патентоспроможного винаходу. А у 1997 році подібні Рекомендаційні положення щодо експертизи винаходів в особливих сферах (патентоспроможність комп’ютерних програм) були прийняті Патентним відомством Японії.

Історико-правовий аналіз питань охорони лише в черговий раз довів, що одностайності у вирішенні питання правової охорони допоки не існує. Комп’ютерна програма – особливий об’єкт і незважаючи на те, що вона вже давно віднесена до охоронюваних об’єктів авторського права, через більш затратний та триваліший процес програма здатна отримати свою патентну охорону.

Максим Суханов

Львівський національний університет

імені Івана Франка

СПОСОБИ ЗАХИСТУ ПРАВ НА ТОРГІВЕЛЬНІ МАРКИ ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ ЗАКОНОДАВСТВА США

Американський закон про торговельну марку бере свій початок із державних законів про недобросовісну конкуренцію, котрі забороняють конкурентам «видавати» товари інших виробників за свої. Перші федеральні статути про торговельні марки датуються 1870 та 1876 роками, але, як зазначено в другому розділі Федерального статуту Сполучених Штатів Америки, вони знаходилися поза владою Конгресу відповідно до статей про інтелектуальну власність та торгівлю. У 1881 році Конгрес прийняв ще один, набагато вужчий статут за своєю правовою природою,котрий відповідає статті про торгівлю та застосовується лише до тих марок, що використовуються у міжнародній торгівлі та торгівлі між штатами, або у торгівлі з індійськими племенами. Такі обмеження були включені спеціально для того, щоб такий закон відповідав постанові у справах, що стосуються товарних знаків.

Ключовим законом, що регламентує захист прав на торгівельні марки є Закон Ленхема. Закон був прийнятий у 1946 році і з тих пір до нього неодноразово вносилися поправки.. На відміну від федеральної патентної системи та системи авторського права, котрі «запобігають» державному регулюванню питань торгівельних марок , саме федеральна система захистуторгівельної марки співіснує із розростаючим набором державних режимів у сфері торговельних марок, котрі мають багато спільних рис і надають захист бізнесу, не бажаючи виходити на національний рівень. Однак, із очевидних причин , зокрема через географічне охоплення та економічне значення – на федеральну систему направлена великомасштабна юридична увага.

Ми розглянемо 5 типів захисту, котрі існують у федеральній системі торговельних марок.

1) **Зареєстровані марки**. В основу покладено систему зареєстрованих федеральних марок (та зареєстрованого зовнішнього вигляду товару, наприклад, дизайн пляшки «Кока-Кола»). Ці права викладені у п. 1114 (або п. 32) Закону Ленхема. Тільки власник торговельної марки може подати в суд заяву для забезпечення захисту марки.

2) **Незареєстровані торговельні марки, зовнішній вигляд та неправильне зазначення походження**. Крім зареєстрованих марок, федеральна система також має подібний, але більш слабкий, набір заборон на помилкове або таке, що вводить в оману, зазначення походження. Такі права, викладені у п.1125 (а) (п.43(а)), з-поміж інших, надають захист незареєстрованим торговельним маркам та незареєстрованого зовнішнього вигляду товару. В той час як тільки власник торговельної марки може подати в суд заяву для забезпечення захисту зареєстрованої марки, п. 1125 (а) зазначає, що позов може бути поданий «будь-якою особою, котра вважає, що він або вона зазнає чи може зазнати шкоди від такого діяння». Верховний суд США постановив, що згадана вище «шкода» повинна бути завдана дійсному комерційному інтересу конкурента, частково через те, що існують очевидні конституційні проблеми у визначенні дійсності того, що хтось постраждав.
3) **Розбавлення.** Марки, котрі є «популярними» серед національного споживача також захищені від «розбавлення», що « заплямовує» їх ділову репутацію.Недоліком є фактор відсутності критеріїв стосовно зазначеного способу захисту, саме тому цей метод використовується доволі рідко американськими юристами Ці права містяться у п. 1125 (в) (п.43 (в)).
4) **Кіберсквоттінг**. До Закону Ленхема було внесено поправки, аби вирішити питання переплетіння доменних назв та торговельних марок. П. 1125 (г) повністю охоплює «кіберсквоттінг» - недобросовісна реєстрація доменних назв в надії вибороти орендну плату від власників торговельник марок. Однак, слід зазначити, що існують також і інші способи захисту Закону. Наприклад, доменне ім’я може бути також зареєстрованою маркою на основі власного права.
5) **Неправда або твердження про факт, що вводять в оману**. Закон Ленхема також забороняє неправдиві або такі, що вводять в оману, твердження про факт («За допомогою моєї нової дієти ви зможете схуднути на 30 фунтів за 3 тижні») навіть, якщо там не згадується жодна марка. Ці положення також беруть свій початок у п. 1125 (а). Юридичне тлумачення Закону Ленхема ефективно розширило це для того, щоб зробити з нього федеральний закон про неправдиву рекламу та недобросовісну конкуренцію. Знову ж таки, викорис-

товується більш невимушене визначення стану речей, хоч відстоюваний інтерес повинен стосуватися конкурента, а не споживача.

Суттєвим моментом є те, що Закон Ленхема створює національну систему для реєстрації торговельних марок та визначення того, які марки користуються найбільшим попитом з-поміж інших. Він також визначає причини дій посягання на торговельну марку та розбавлення, а також існуючі засоби правового захисту. Ключовим в даному контексті є власне процес *реєстрації*. Окрім загальнонаціональних прав, федеральна реєстрація надає ряд інших переваг, таких як: правова презумпція виключних прав на марку, оповіщення громадськості про власника торговельної марки, можливість запобігти реєстрації подібних марок у Федеральному реєстрі, широкий вибір правового захисту та основа для реєстрації в інших країнах. Чому прикуто стільки уваги до Федеральної системи реєстрації? Врешті-решт, американське законодавство не вимагає, щоб письменники, музиканти чи кінематографісти реєструвалися для того, щоб отримати авторські права.Слід пам'ятати, що Федеральна система зареєстрованих марок покликана доповнювати законодавчі прогалини і є помічником державної системи Сполучених Штатів Америки. Окрім того, саме федеральна система реєстрації може виконувати ті функції, котрі не можуть бути здійснені іншими системами (інформаційне та технічне обслуговування).

Окрім того, федеральний реєстр містить як «живі», так і «мертві» марки. До останніх відносяться ті, котрі були «покинуті», вийшли з ужитку або успішно оскаржені. Маючи перелік «мертвих» та «живих» марок, Реєстр надає карту територіальних зон, на яких ці марки вже використовуються, та тих, які ще вільні. Ця карта містить як існуючу власність, так і території, котрі повернулися назад у публічне користування. Вимога щодо постійного вдосконалення та оновлення реєстрації забезпечує природню функцію «відсіву».

Krzysztof Westfal

Katedra Prawa Cywilnego Handlowego i Ubezpieczeniowego

Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

UMOWA O WSPÓŁISTNIENIU ZNAKU TOWAROWEGO

Praktyka obrotu gospodarczego zna liczne przypadki sytuacji, w których różni przedsiębiorcy posługują się podobnymi oznaczeniami swoich towarów lub usług. Do sytuacji tych dochodzi wskutek różnych okoliczności prawnych i faktycznych. W pierwszej kolejności należy wskazać na znalezienie czy wymyślenie nowy znaków towarowych, które odróżniają się wystarczająco od znaków już istniejących lub pozostają niezwiązane z główną dziedziną działalności przedsiębiorcy. Przedsiębiorcy posługujący się podobnymi oznaczeniami swoich towarów i usług spotykają się także w ramach wspólnego rynku Unii Europejskiej. Szczególnie często dochodzi do tego, gdy jeden z przedsiębiorców posiada zarejestrowany znak towarowy na terytorium jednego państwa członkowskiego, a drugiemu przysługują prawa z rejestracji znaku wspólnotowego. Posługiwanie się podobnymi znakami towarowymi miewa także miejsce w przypadku podziału przedsiębiorcy lub sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa.

Praktyka zna jednak również wiele innych przypadków opisywanego zjawiska. Jako ciekawy przykład warto wskazać sprawę *Merck KGaA v Merck Sharp & Dohme Corp and others*, gdzie amerykańska spółka-córka niemieckiego przedsiębiorcy została znacjonalizowana w takcie I Wojny Światowej, a następnie odtworzona jako niezlaeżny przedsiębiorca. Od tego czasu przedsiębiorcy o podobnych nawach i działający w tej samej branży rozwijali się oddzielnie i niezależnie, co budziło obawy dotyczące rozpoznawalności ich towarów i usług, jako usług odmiennych podmiotów.

Posługiwanie się przez niezależnych przedsiębiorców zbliżonymi oznaczeniami towarów i usług prowadzić może do wielu komplikacji, w szczególności dotyczących niemożności rejestracji znaku towarowego i wdanie się przez strony w spór na tym tle, a także potencjalne spory na gruncie prawa ochrony konkurencji.

Sytuacjom takim przeciwdziałać ma umowa o współistnieniu znaku towarowego (ang. *trade mark coexistence agreement*). Celem umowy o współistnieniu znaku towarowego (dalej jako: „TMCA”) jest uregulowanie sytuacji współistnienia dwóch konkurujących znaków towarowych poprzez określenie zasad i warunków ich rejestracji lub wykorzystywania.

Wskazuje się na dwie sytuacje, w których dochodzi do zawierania TMCA.

Pierwsza ma miejsce wtedy, gdy strony pragną uregulować swoje wzajemne relacje i nadać kierunek swoim działaniom na przyszłość. W drugim przypadku, TMCA ma dodatkowo za zadanie rozwiązać i zakończyć spór, w który strony już się wdały lub zmierzają do jego formalnego wszczęcia. W tym drugim przypadku, TMCA jest często elementem ugody kończącej postępowanie sporne przed sądem lub organem rejestrującym.

Przykładem ilustrującym możliwość rozwiązywanie sporów dotyczących znaków towarowych poprzez zawieranie TMCA jest sprawa *FC Barcelon v Barcelona SC.* W stanie faktycznym tej sprawy, Futbol Club Barcelona - jeden z najbardziej rozpoznawalnych klubów piłkarskich w Hiszpanii, Europie i na świecie złożył wniosek w ekwadorskim urzędzie patentowym o zarejestrowanie znaku towarowego „FCB FCBARCELONA & DISEÑO" w 25 klasie towarowej. Sprzeciw od takiego wniosku złożył Barcelona Sporting Club podnosząc, że przysługuje mu wyłączne prawo z rejestracji znaku towarowego „BARCELONA" i różnych jego wariacji, także w 25 klasie towarów (i kilku innych). Po trwającym ponad rok postępowaniu spornym, w czerwcu 2014 r. FC Barcelona przesłała do Ekwadorskiego Urzędu Patentowego dokument zawierający TMCA zawarty między stronami. W konsekwencji zawarcia TMCA Futbol Club Barcelona złożył także oświadczenie o cofnięciu przez Barcelona Sporting Club wniesionego wcześniej sprzeciwu. Ostatecznie ekwadorski urząd patentowy uznał, że znak towarowy „FCB FCBARCELONA & DISEÑO", o rejestrację którego wnosił FC Barcelona oraz znak towarowy „Barcelona", prawa z rejestracji którego przysługiwały Barcelona SC, nie prowadzą do naruszenia praw konsumentów, a także współistniały ze sobą zgodnie na rynku. Tym samym ekwadorski urząd patentowy uznał TMCA za wiążący, skuteczny i wykonalny.

Przykładem sprawy, w której TMCA było zawierane w celu uniknięcie sporów dotyczących rejestracji znaków towarowych i ich wykorzystywania w przyszłości (choć okazało się to ostatecznie próbą nieudaną) jest *Apple Corps v Apple Computer*. Apple Corps, przedsiębiorca z branży fonograficznej powiązany z członkami zespołu the Beatles z jednej strony oraz Apple Computer, przedsiębiorca produkujący sprzęt komputerowy i oprogramowanie z drugiej, zawarły kilka TMCA. Umowa z 1991 przewidywała, że każdemu z przedsiębiorców przysługiwało będzie prawo posługiwania się swoim znakiem

towarowym Apple na całym świecie, w powiązaniu z towarami i usługami w określonych branżach. Sprawa znana jest głównie dlatego, że niedający się przewidzieć w dacie podpisania umowy rozwój technologii doprowadził do powstania takich towarów i usług, których powstania strony nie uwzględniły przy zawieraniu TMCA.

W świetle polskiego prawa prywatnego obowiązuje zasada swobody umów, wyrażona w art. 353^1 Kodeksu cywilnego. Należy jednak pamiętać, że zasada ta nie wyraża pełnej swobody, gdyż wszelkie umowy powinny regulować stosunek prawny w taki sposób, żeby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku i odpowiadać zasadom współżycia społecznego. Uznać należy zatem, że TMCA są w świetle prawa polskiego dopuszczalne, o ile spełniają wspomniane wyżej przesłanki.

Przede wszystkim zatem TMCA nie może być sprzeczny z porządkiem prawnym RP i EU, ani prowadzić do ich obejścia. Powyższa uwaga, choć z pozoru oczywista, może powodować wiele trudności z uwagi na przepisy o ochronie konkurencji i konsumentów. Postanowienia TMCA mogą bowiem prowadzić do sytuacji, które uznane zostaną za wprowadzające konsumentów w błąd co do oznaczenia towarów lub usług, a także przedsiębiorstwa, wprowadzające podział rynków zbytu lub ograniczające produkcję. W szczególności w świetle prawa Unii Europejskiej, postanowienia TMCA mogą zostać uznane za sprzeczne z art. 101 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej poprzez wprowadzanie podziału terytorialnego, ograniczeń produktowych.

Podobnie postanowienia TMCA mogą pozostawać w sprzeczności z prawem, w szczególności przepisami dotyczącymi praw z rejestracji znaków towarowych, a mianowicie rejestracji znaków nienadających się do odróżnienia towarów lub usług dwóch przedsiębiorców lub, poprzez prowadzenie postanowień niezaskarżalności, rejestracji znaku towarowego bez jego używania.

Wobec wprowadzenia do ustawy Prawo własności intelektualnej trybu postępowania skargowego w sprawie rejestracji prawa ze znaku towarowego, w szczególności umożliwienia udzielenia na podstawie art. 133 p.w.p. wiążących listów zgody (ang. *letters of consent)*, uznać należy, że umowy o współistnieniu znaku towarowego mogą być skutecznie i w sposób wiążący dla Urzędu Patentowego (przynajmniej w określonym zakresie) zawierane w świetle polskiego prawa. O ile bowiem nie znajdują zastosowania przepisy dotyczące bezwzględnych przesłanek odmowy rejestracji znaku towarowego, to zgoda wyrażona przez uprawnionego z

wcześniejszego znaku towarowego skutkować musi oddaleniem skargi. Z kolei zakończenie sprawy poprzez zawarcie TMCA i cofnięcie skargi przez uprawniony podmiot skutkować musi umorzeniem postępowania skargowego.

АНГЛОМОВНА СЕКЦІЯ З ПРАВОЗНАВСТВА

SVITLANA ALEKSANIAN

Ivan Franko National University of L’viv

THE PRINCIPLES OF PRIVATE PENSION PROVISION

Ukraine's pension system, which is operating today, is based on solidarity of generations, when the current generation of employees finances the pensions of citizens, who have already finished their career. In the conditions of population ageing, the correlation of working people and pensioners is changing. As a result, total withholdings in the Pension fund of Ukraine becomes insufficient for the maintenance of the proper level of life of pensioners. Such pension system does not meet the needs in long-term resources, both for financial institutions and economy of Ukraine in general.

It is necessary to indicate the main principles of pension system in Ukraine as far as they depict the nature and the aim of its functioning: the principle of universality, pension rights, different types of pensions, various pension arrangements, the right of choice for pensioners, the principle of providing pensioners not lower than the subsistence level, provision of pensions at the expense of trust funds or state budget and the principle of protection of citizens’ rights to pensions, which guarantee the right of every Ukrainian citizen for pension payments and decent quality of life.

In 2004, a new phase of pension reform started with the implementation of the Law of Ukraine “On Compulsory State Pension Insurance” and “On Private Pension Provision” aimed at solving the problem concerning low level of material well-being of disabled people and creating a fair system of pension funds distribution in Ukraine.

As a result, the transition to retirement insurance and establishment of a three-pillar pension system has begun:

Pillar I – the joint system of compulsory state pension insurance in which all costs, that are transferred by enterprises and insured persons to the Pension Fund of Ukraine, are immediately paid to the current retirees.

Pillar II – accumulation system of compulsory state pension insurance, where part of the contributions to the Pension Fund of Ukraine (7% of the employee's salary) will be sent to the **State Accumulative Pension Fund of Ukraine**. Unlike the solidarity system, contributions to the fund will be personified and recorded in the individual pension accounts of citizens.

Pillar III – the system of private pension provision. The essence of the system is to build additional retirement savings by voluntary contributions from individuals and employers. The basis of private pension system are non-state pension funds (NPF) – legal entities established under the Law of Ukraine "On Private Pension Provision", which have the status of non-profit organizations which operate and carry out activities solely aimed at accumulation of pension contributions in favour of the pension fund subjects.

Subjects of NPF are individuals in favour of whom pension contributions are paid to and investors – those who make such contributions. **Pension accumulations** of NPF subjects are formed by pension contributions paid by the subject himself, his employer or family members, and investment income derived from the investment of funds. All funds that are registered on individual pension accounts of the participants is the property of NPF participants irrespective of who has paid the fees – the participant, his employer or relatives. Thus, **the system of private pensions** is based and operates on specific principles, which gives it a number of significant advantages. The principles of private pension provision determine the nature, main ideas and further development of legal rules in the area of voluntary pensions. They are designed to regulate the relationship between the participants in the system of private pension provision.

The principles of private pension provision can be divided into:

1. Principles designed to regulate relations with the implementation of the right to private pension provision:

- legal definition of private pension provision terms;
- interest of individuals in private pension provision;
- the voluntary creation of pension funds by corporations and individuals, associations of individuals and legal entities;
- voluntary participation of individuals in the private pension system and the choice of the type of pension benefits, except the cases envisaged by the Law of Ukraine " On private pension provision ";
- voluntary adoption of the employer’s decision on his employee’s pension contributions to the private pension system;
- economic interest of the employer in payment of pension contributions for his employees to the system of private pension provision;

- equality of all pension fund members participating in pension scheme;

- determination of pension payments amount depending on the pension sum registered in individual pension account of the fund member or the insured person;

2. The principles relating to the protection of functioning and conduct of the activity in the sphere of private pensions:

- differentiation and separation of pension fund assets from other assets of other subject of private pension provision and accumulative pension insurance to protect property rights of pension funds members and prevent bankruptcy of the pension fund;

- guaranteeing individuals the rights granted to them by the Law of Ukraine "On private pension provision ";

- purposeful and effective use of pensions funds;

- state regulation of tariffs size for services provided in the private pension system;

- liability of private pension system subjects for the violations of norms;

- government regulation of private pension provision activity and supervision of its implementation.

Conclusion. The third pillar comprises privately financed personal provision and is voluntary. Unlike ordinary savings, it brings certain tax advantages. The third pillar makes it possible to bridge specific pension gaps. This means that people can have personal pension providing them with additional retirement benefits, even if they are members of a workplace pension scheme.

NAZAR BILOZOR

Ivan Franko National University of Lviv

NON-STATE LEGAL FORMS OF SOCIAL PROVISION

The Constitution of Ukraine established the right of citizens to social protection, in particular, to social provision. Thus, under the part 1 of Art. 46 of the Constitution of Ukraine every citizen shall have the right to social protection including the right to financial security in cases of complete, partial or temporary disability, loss of the principal wage-earner, unemployment, in old age and in other cases established by law.

It's worth to highlight the researches of such scholars, as: N.B.Bolotina, P.D.Pylypenko, V.Y.Burak, S.M.Synchuk, O.I.Kulchytska, B.I.Stashkiv and others who are engaged in the social provision issues in Ukraine.

A legal form of social provision is a way to accumulate funds for social provision, followed by their distribution among relevant groups of people that need financial support from the state and society.

Forms of social provision in the academic literature are delineated, taking into account: 1) the method of funds and financial resources accumulation, due to which the social provision is carried out; 2) a range of subjects, who are ensured from the funds of the appropriate financial source; 3) types of specific range of subjects provision at the expense of this source; 4) the system of bodies, which execute social provision.

According to the sources and methods of funds for financing the appropriate measures formation, it is common to divide the forms of social provision into state and non-state.

Non-state social provision is a kind of social provision, executed at the expense of private individuals, including individual entrepreneurs, entities and organizations.

Therefore, the following features of non-state forms of social provision may be singled out:

- such a social provision is executed at the expense of individuals, and the government only oversees the implementation of such activities;
- non-state social provision is provided in addition to state provision;
- interest of individuals in the non-state social provision;
- voluntary participation of individuals in the system of non-state social provision;
- for violation of the rules regulating non-state social provision, their subjects are liable under law.

Non-state legal forms of social provision include:

1) non-state pension provision;
2) non-state social insurance;
3) charity, volunteering and humanitarian aid;
4) employer social provision and so on.

A key element of the non-state social provision system is non-state pension provision. The system of private pension provision is a part of the system of accumulative pension provision, based on voluntary participation of individuals and legal entities, except as provided by law, in formation of pension savings in order to get additional to the state pension retirement benefits by the members of the non-state pension provision.

Non-state pension provision is an effective financial instrument, the purpose of which is to ensure a high level of human life during their retirement, to ensure social security and guarantee a stable income, achieved by the voluntary accumulation of funds on individual pension accounts opened by members of non-state pension fund from pension contributions and accrued on those contributions investment income.

A special type of non-state social provision is charity, which is executed in order to achieve economic stability and social depreciation. The duty of the more prosperous members of society is to help the less wealthy who live below the poverty line. Charity is understood as a voluntary disinterested donation of individuals and legal entities to persons in need of material and another aid. Charity is made to improve the financial situation, to promote the rehabilitation of the poor, the unemployed, the disabled and others in need of care and assistance as well as to provide aid to individuals who, due to physical or other defects, are limited in their rights and legal interests realization.

Humanitarian aid is considered as a type of charity, that is a targeted free aid provided on humanitarian grounds to the people who need it due to social vulnerability, financial insecurity, severe illness etc. Most frequently humanitarian aid is provided to the social provision bodies for further distribution among the relevant categories of citizens.

Social provision by an employer is executed in the form of employment provision, as well as collective and individual legal regulation.

MARTA VAVRIN

Ivan Franko National University of L’viv

FORMS OF THE LEGISLATIVE INITIATIVE IMPLEMENTATION IN EUROPEAN UNION AND UKRAINE: COMPARATIVE LEGAL ASPECT

Ukraine is currently in the process of EU integration and one of its objectives is the democratization of national law. Success of its implementation depends primarily on the

quality of submitted by the subjects of the legislative initiative bills that become laws in the future. The stage of the right of legislative initiative realization is not only initial, but also one of the most crucial stages of the legislative process, on which, frequently, the results and effectiveness of the legislative process depend.

Despite the significant role of this stage of the legislative process, there is no single approach to understanding of legislative initiative forms as an independent part of the legislative process in the scientific literature. In my opinion, the form of legislative initiative should be considered as the way, in which a particular subject exercises its right of legislative initiative. In Ukraine, for example, the form of legislative initiative for MPs is the introduction of a bill to the Parliament. Instead, EU citizens exercise their right of legislative initiative in the form of a legislative proposal submitted to the European Commission as applications for support with substantiation of expediency. The range of subjects of legislative initiative varies in different countries. Among the reasons for such differences a form of government in the certain state and identity of the legal system of a particular state as a part of a certain legal family can be distinguished.

Analyzing the legislative process in the European Union, we can see that it differs because of its significant complexity. For each category of regulations its own decision-making procedure and respectively different procedures of interaction between the main bodies of the European Union – Commission, Council and Parliament are established. The European Commission has always been and remains in the very heart of the institutional system. It is the body that is the main subject of legislative initiative in the European Union. Under Part 2 of Article 17 of the Treaty on European Union, the adoption of EU legislation is possible only on the basis of a Commission proposal, unless otherwise is pursuant to the Treaties (is established in the Treaties).

The European Parliament and the Council, in turn, are vested with the right of "indirect" legislative initiative. According to it, these authorities may request the Commission to submit their legislative proposals. Acting by majority of its members, the European Parliament or the Council may request the Commission for the submission of any relevant proposals on which, in its opinion, the adoption of a specific regulation of the Union is required for the purpose of execution of the Treaties. If the Commission does not submit any proposals, it shall inform the aforementioned institutions of reasons. A problem of

"democratic deficit" in the EU can be considered as one of the reasons for the European Parliament’s authority of "indirect" legislative initiative introduction. For a long period, the European Parliament was not considered as a full lawmaker, in particular due to its limited right of legislative initiative.

In addition to these three subjects, the legislative proposal can be submitted at the request of the Court of the European Union or the European Central Bank on matters relating to the exercise of their activity.

An important novelty of the Lisbon Treaty is the European Citizen Initiative (ECI) aimed at the consolidation of democracy in the European Union. At least one million citizens who are representatives of at least ¼ of EU Member States may propose to the European Commission to put forward any appropriate proposal within its powers on matters for which, in their opinion, the adoption of EU regulation is required.

Unlike the EU, the legislative procedure in Ukraine is in detail and clearly regulated in national legislation. Regarding the subjects of legislative initiative, under Article 93 of the Constitution of Ukraine, the right of legislative initiative in the Supreme Rada of Ukraine is granted to the President of Ukraine, National Deputies of Ukraine and the Cabinet of Ministers of Ukraine.

The Ukrainian people today is not an independent subject of this right realization. However, conferring of this right to citizens is often a matter of debate among scholars, as such a step would be a serious contribution to the further development of direct democracy in Ukraine.

In addition to adoption of legislative acts at the supranational level, each of the 28 EU Member States has its own system of lawmaking. It should be mentioned that the right of legislative initiative in all EU countries is assigned to executive authorities and members of parliament. Moreover, attribution to the subjects of the legislative initiative of the judiciary, prosecution authorities and certain other institutions (such as national banks) is not typical for European practice.

In most Western European countries, it’s the government that has the right to submit bills to parliament (Austria, Greece, Spain, Italy, Germany, Portugal, Slovakia, Czech Republic and others). In some EU countries the right to submit bills to parliament is assigned to individual members of the government, such as the Prime Minister (France) or ministers (Cyprus).

Besides the executive power, the right to present bills to Parliament in all EU countries is assigned to members of parliament, groups of deputies and fractions (Latvia, Germany, Poland etc.), committees (Estonia, Slovakia, Hungary etc.). What is more, the practice of providing the right of legislative initiative to the electorate is also very common in the EU. The number of voters who may act as subject of legislative initiative in various EU Member States is defined in different ways.

Among scholars as well as among politicians, there are many discussions on improving the quality and effectiveness of implementation of legislative initiative right by the subjects. Some of them, after analyzing the experience of other countries, offer to grant this right to even more subjects, including the Supreme Court of Ukraine or local governments. Others, in turn, propose to narrow the range of subjects, arguing that the president should be deprived of this right, and the main subject of legislative initiative should be the government.

A detailed analysis of the European experience leads to the conclusion that expanding the range of subjects of legislative initiative to improve the legislative process by far is impractical, since a priority task is the improvement of legislation quality, rather than increasing of legislative burden on the Parliament. On the contrary, it seems reasonable to restrict the number of subjects, by vesting the right of legislative initiative to the deputy group / faction or certain number of deputies established by law instead of one deputy as it is now.

YULIIA GAVRIKOVA

Ivan Franko National University of L'viv

PATENTING AS A WAY OF COMPUTER PROGRAM PROTECTION IN UKRAINE

Patenting of software is currently the subject of numerous disputes and discussions, primarily due to the fact that patenting of computer programs in some countries is functions but in others does not. In Ukraine the software patent is not issued, because according to Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, which Ukraine joined on Oct. 25, 1995, according to Paragraph 4 of Article 433 of the Civil Code of Ukraine and paragraph 5 of Article 15 of the Law of Ukraine "On Copyright and Related

rights” computer programs are protected as literary works. Thus, computer programs are included in the list of copyright.

The procedure for copyright registration on computer programs in Ukraine is carried out in compliance with the Law of Ukraine “On Copyright and Related Rights” and the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine “On State Registration of Copyright and Agreements Concerning Copyright to a Work”.

However, since copyright protection extends only to the text of the code, the software features remain unprotected. As a result, to protect the development of functions and algorithms in the field of software patenting hardware components or devices that use these functions or algorithms are used. Thus, the object of patenting is a device or algorithm.

This approach of computer program patenting is used in Ukraine and in many other countries. The advantage of this patenting is extension of protection to algorithm and program functions, i.e., any program that has the following features will violate this patent, regardless of the programming language in which it is written.

In many countries computer programs are also recognized as objects of patent protection (i.e., cases where the computer program is a part of the process, technical devices etc. and is compatible with them can be considered as the object of patent protection). For example, in the United States, in the view of the high level of development of numerous software products, along with copyright protection of computer programs, there is patent protection. According to statistics, approximately 30,000 patents granted in different years by the European Patent Office belong to the software. Japan follows a similar approach. In many countries, such as Brazil, Hungary, Israel, China and others protection of software by patent law became possible on the basis of existing precedents. And the question arises of the possibility of using this method of protection of computer program in Ukraine.

Present Ukrainian lawmakers define a computer program as an object of copyright. Thus, in part 4 of article 433 of the Civil Code of Ukraine the lawmaker states: “Computer programs are protected as literary works”. Likewise, in art. 18 of the Law of Ukraine “On Copyright and Related Rights” it is provided that computer programs are protected as literary works, but such protection applies to computer programs regardless of the manner or form of expression. It is necessary to emphasize that paragraph 3 of Article 6 of the

Law of Ukraine "On Protection of Rights to Inventions and Utility Models" patentability of computer programs is not explicitly stated or directly prohibited, which gives hope of resolving the issue of patent law at least partially in Ukraine.

Having analysed our national legislation, we can come to the conclusion that it is protected by the "text program", as the form of external expression, but not ideas, algorithms, methods of problem solution. But why have national legislators combined protection of literary works and computer programs? According to D. Zhuvanov, the comparison of software literary works is not entirely correct. Unlike literary works, computer programs (source or object code) do not have separate value and they can't be used without a computer. S. Petrenko notes that a comparative analysis of the object of copyright as a computer program with the classic object of copyright as a literary work allows to conclude that the program is also characterized by content, internal and external forms. The elements of content, its internal and external forms are not constant and depend on the type and purpose of a computer program. The program of applied nature is similar to literary works by genre and to a game by its nature.

B. Dmytryshyn cites factors that demonstrate appurtenance of software programs to copyright:

- the source code of a computer program has common features with a written literary work (both of them can be written in different languages, for example the text of the computer program can be written in different programming languages such as Assembler, C, Java, Pascal, BASIC, etc., and literary work – in different languages such as Ukrainian, French, English etc.;

- algorithms, methods, ideas, theories and formulas used in the design of the computer software provides it with the features of the scientific work;

- audiovisual display, animation and graphics created by a computer program with the features of music (with or without the text), audiovisual works of art, the work performed by methods similar to photography, art work, which allows us to assign them to the work of art.

Unfortunately, we can state that text (code) of the program is protected by copyright rather than the functions that it performs. Because of this, more and more applications for the patent are submitted with the purpose of algorithm protection (method) of

computer programs with the aim of solving specific problems. The patent for invention helps to protect the contents, software patent protection extends to the essence embodied in the algorithm, which is the main idea of the program. In addition, the patent gives exclusive ownership of the idea (if it is reflected in the essential features of the claims) and prevents its unauthorized use.

Obviously copyright can’t protect a computer program fully, because copyright covers only the external form of expression of this program. So, if we want to protect the idea, method or algorithm of the computer program, we need to use patents as an efficient way to do it.

Based on the above-mentioned, we suggest introducing changes into the legislation which deals with patenting of the method of computer program protection, especially part 1 of Article 462 into as follows: “The acquisition of intellectual property rights to an invention, utility model, industrial design, algorithm computer program is certified by a patent”.

OLHA HALUSHKO

Ivan Franko National University of L’viv

GUARANTEE OF DECENT LIVING STANDARD AS THE PRINCIPLE OF SOCIAL SECURITY LAW

In legal doctrine Social Security Law is determined as a system of social relations that exist for providing adequate life conditions by means of social security system, budget and other financing.

Social Security Law as any other branch of law has its inherent principles of legal regulation. Principles of law are understood as main ideas and grounds, playing the guiding role in the formation of law as a system of norms. The focus on the creation of adequate level of legal protection for citizens, who suffered social risks, is the particular characteristic of the principles of Social Security Law. Usually principles of law cannot be divided into basic and secondary ones. But, in our opinion, considering the fact that Social Law is based on conditions providing for valuable life, the principle that guarantees decent living standard is the basic criterion in the creation of appropriate social relations.

Living standard is a complex socio-economic and legal category that reflects a

complex of circumstances in which people live and develop. This category depends on many factors and is the result of both person's activity and the function of the state.

It should be noted that international and national normative acts do not clarify the essence of the concept of "the decent living standard". Researchers understand this concept as a complex of person's material security and social activity that are necessary aspects for guaranteeing a person's vital activity as a part of society. Besides that, on the basis of national legislation analysis, the decent living standard is often identified with an adequate living standard.

Under Article 48 of the Constitution of Ukraine, the adequate living standard includes adequate nutrition, clothing and housing. Article 46 provides state social security for a person that is guaranteed in case of social risks (of temporary or complete disability, the loss of the bread-winner, unemployment and also in old age). Such social protection, first of all, is connected with material security and subsistence minimum being the basic criteria of such security.

According to the foregoing the question: "Whether the state guarantees the decent living standard for a person by ensuring minimum standards" arises. To my mind, the state guarantees only adequate living standard for a person, that has a goal to avoid the person's social isolation because of insufficient means of existence. According to this the adequate living standard serves as one of the components of the decent living standard.

In my opinion, the state should provide a range of mechanisms that would protect people who do not have opportunities to ensure decent living and would allow a person to avoid social risks, for guaranteeing decent living standard.

Protection of people, who suffered social risks consists of two parts. We mean proper material security, using which a person can fully satisfy his/her vital needs. But the sole decent material security cannot guarantee full rehabilitation after social risk occurrence. In connection with this, the important task of the state is to ensure a person's return to social activity. This goal can be achieved through establishing rehabilitation centers, institutions of permanent residence of incapacitated people and pensioners, development of infrastructure asset that will facilitate the lives of such people, encouragement of employers to hire people with disabilities and their retraining.

As noted above, Social Security Law is aimed at protection of people who suffered

social risks. But, to my mind, the scope of social protection should be broadened while ensuring the person’s decent living standard. In particular, the state should provide the mechanism that will help a person to avoid social risks and the mechanism that will allow people to use their own instalments after suffering social risks. The obligatory state social and medical security is one of such mechanisms. The state should guarantee a person’s ability, after suffering social risks, to use public and private funds to which a person’s instalments were contributed. A person also should be sure that in future his/her employment will be the basis for full pension provision.

The existence of different market participants is the essence of market relations. The state should encourage the establishment and functioning of private subjects, whose activity will be aimed at material and social security of people, who suffered social risks. It can include non-governmental organizations, private institutions of social rehabilitation, psychological support and institutions that will facilitate socialization of people with disabilities.

To sum up, it should be noted, that nowadays the essence of the principle of the guarantee of decent living standard should include both the guarantee of the minimum material security and social adaptation development of people who suffered social risks, and establishment of preventive measures that will help to avoid such social risks.

KHRYSTINA HELETA

Ivan Franko L’viv National University

PRIVILEGED INFORMATION PROTECTION IN LABOUR RELATIONS

There is a particular interest in information, shaped and applied in labour relations, because of its specificity. It is an employment contract that stipulates the appearance of a specific category of information – a privileged one. Given the importance and the need to introduce a reliable system of relevant information protection, there is an outstanding need for a thorough research to ensure the protection of privileged information in labour relations.

In the current legislation, many legal acts regulate the protection of privileged information. However, labour legislation does not provide an adequate legal regulation of the relevant issues. Such a situation determines the relevance of research of privileged in-

formation protection directly in the area of labor relations.

The protection of classified information is one of the priorities of information security. However, at the legal level an effective implementation of such protection is considerably complicated by the lack of common understanding of «classified information», «privileged information» and «secret information» concepts. Whereas the provisions are mainly in non-informative legal acts and they are quite contradictory. For this reason, it is important to analyze the content of the relevant legal provisions to clarify the essence of the above terms.

The Constitution of Ukraine guarantees personal information protection. Paragraph 2, Art. 32 of the Constitution of Ukraine prohibits the collection, storage, use and dissemination of confidential information about a person without his/her consent, except in cases specified by law, and only in the interests of national security, economic welfare and human rights.

In 2011 Ukrainian information legislation was updated by the adoption of the Law of Ukraine «On Access to Public Information» and the new Law of Ukraine «On Information», adopted on 13 January, 2011 by the Supreme Council of Ukraine and came into force on 10 May, 2011. Besides, there was adopted the President's decree of 5 May, 2011 № 547 «The issue of executive authorities providing access to public information» and decree of 5 May, 2011 № 548 «On urgent measures to ensure access to public information in the subsidiary bodies established by the President of Ukraine».

Plenary meeting of the Supreme Administrative Court of Ukraine adopted the decree of September 16, 2016 and gave appropriate explanations to the courts on the application of legislation on access to public information. Clause 5.2. reads that according to the paragraph 1, Art. 7 of the Law of Ukraine «On Access to Public Information», privileged is an information, to which access is limited by a natural person or legal entity other than government authorities, and which can be spread by them in a certain order by their desire under the conditions stipulated by them.

Simultaneously, different scope of confidential information definition is referred to in paragraph 2, Art. 21 of the Law of Ukraine «On information». Under this provision privileged is an information about an individual, regardless of his\her free will.

Summarizing the above approaches to understanding the concept of «privileged in-

formation», the wording of the definition can be the following: «Privileged information is the information to which access is limited by a natural person or legal entity, other than government authorities, and which can be spread by them in a certain order by their desire under the conditions stipulated by them. Information that was obtained or created by information providers can’t be considered as privileged one.

In labour relations confidential information protection issues are twofold. On the one hand, the employer cares about the protection of the enterprise confidential information; on the other hand, the employee should protect privileged information about a person.

There are situations when the employer may oblige the employee to store privileged information. The first one is the inclusion of this obligation to the employment agreement (contract) either in general or partly, as well as a separate schedule if agreement is concluded in writing. Another option is to conclude a separate agreement on non-disclosure. Agreement on non-disclosure is an agreement between the owner and interested party on preserving privileged information, the disclosure of which provides for the responsibility. By their nature, the agreements on non-disclosure stipulate what information is supposed to be a confidential one.

In the field of labour relations, the adoption of the Regulation on privileged information protection is one more way to protect privileged information of employee within the enterprises, institutions and organizations. The relevant document stipulates that employer is obliged to meet certain requirements in order to protect the confidentiality of information. The requirements are the following: the employee’s familiarization with relevant regulation, establishment of necessary conditions for compliance with the mode of privileged information established by an enterprise, institution or organization, etc.

Thus, the analysis of the various regulations and practice reveals legal inconsistencies that adversely affect the protection of the rights of individuals and entities to privileged information. Consequently, we offer to include in the draft Labor Code a section which should regulate the issue of privileged information protection. Thus, the concept of «privileged information» is proposed to be understood as information, to which an access is limited by a natural person or legal entity, other than government authorities, and which can be spread by them in a certain order by their desire under the conditions stipulated by them. In respect of this issue, information that was obtained or created by information

providers can't be considered as privileged one.

NATALIYA HUTS

Ivan Franko National University of L'viv

THE TERMINATION OF THE RIGHT TO PRIVATE PROPERTY FOR PUBLIC NEEDS OR FOR THE REASONS OF PUBLIC NECESSITY

The inviolability of the right to private property and prohibition of its unlawful deprivation is enshrined in article 41 of the Constitution of Ukraine. The declaration of the private property rights' indefeasibility is one of the features of a law-based state. However, the right to private property is not an absolute one. The possibility of its restriction is envisaged by the constitutional provision, under which private property condemnation can be applied only as an exception and for the reasons of public necessity on the grounds and under the procedure established by law, as well as on the condition of prior and full compensation for their value.

The law of Ukraine "On the alienation of privately owned land plots and other immovable property located thereon for public needs or for the reasons of public necessity» No. 1559-VI of 17 November, 2009 (hereinafter "the Law No. 1559-VI") determines the grounds and the procedure of the private property alienation.

In compliance with article 1 of the Law No. 1559-VI, the alienation of land plots and other immovable property located thereon for public needs or for the reasons of public necessity is defined as a reimbursable transfer of ownership of privately owned by individuals or legal entities land plots and other immovable property located thereon to state or municipal property through their purchase or condemnation for the needs of the state, territorial community and society at large. A land plot (its part), a dwelling house and other accommodations, constructions, as well as perennial plantings owned by individuals or legal entities can be the objects of alienation.

There are two ways of private property alienation: through the purchase for public needs; through the condemnation for the reasons of public necessity. The differentiation of these methods is based on the kinds of needs for which the alienation is applied and on the presence or absence of the owner's consent for it.

In a line with the Law No. 1559-VI, public need is recognised as a need caused by national or territorial communities’ interests for land plots and other immovable property located thereon that shall be purchased under the procedure determined by law.

Public necessity is defined as an exceptional necessity caused by national or territorial communities’ interests, for which condemnation of land plots and other immovable property located thereon is allowed under the procedure determined by law.

Thus the difference between these two notions lies in a fact that public necessity means "exceptional necessity", which makes a forcible disposition of privately owned property possible, regardless of owner’s consent, but only in exceptional circumstances. On the contrary, if the issue of “public needs” arises, the property may be purchased only with its owner’s consent.

The objects of private property with the owner’s consent are transferred to state or municipal property under a sale contract or other transaction in the manner prescribed by law. The purchase shall be made on the basis of the executive authority’s or local government body’s decision in accordance with their powers.

The private property may be purchased for the following public needs: – national security and defense; – construction, capital repairs, reconstruction and maintenance of line facilities and objects of transport and energy infrastructure (e.g. roads, bridges, trestles, oil, gas and water pipelines, power lines, transmission lines, airports, seaports, oil and gas terminals and power stations) and facilities for their operations; – accommodation of foreign diplomatic missions, consular offices and representative offices of international organisations in Ukraine, pursuant to the international agreements, the Supreme Rada of Ukraine has expressed consent to be bound by; – placement and maintenance of facilities connected with mining operations; – construction of protective water control structures; – construction and maintenance of oil and gas wells and the production facilities for their operation, construction and maintenance of underground oil, gas, and other substances and materials storage facilities, construction and maintenance of harmful substances and production residues disposal facilities ;- laying out city parks, construction of pre-schools, pleasure grounds, stadia and cemeteries; -placement of nature reserve fund’s objects.

The condemnation of private property is allowed only if there is a failure to obtain the owner’s consent to its purchase for public needs and only in exceptional cases for reasons of public necessity and solely for the placement of the following objects: – ob-

jects of national security and defense; – line facilities and objects of transport and energy infrastructure (e.g. roads, bridges, trestles, trunk pipelines, power lines, airports, seaports, oil and gas terminals and power stations), as well as facilities for their operations; – facilities connected with mining operations of national significance; – nature reserve fund's objects; – cemeteries. The private property may be condemned only by a court decision.

It should be noted that strict adherence to the following guarantees is a prerequisite for the legal acquisition of private property: – private property may be purchased or condemned only on the grounds and under the procedure determined by law; – the owner is entitled to mandatory compensation for the alienated property; – the owner may be provided with another equivalent land, or a comfortable dwelling house (its part, living accommodation); – prohibition of the purchased or condemned land transfer to natural or legal person's use or ownership for purposes not related to public needs or public necessity determined by executive authority's or local government body's decision of that land alienation; – the possibility of the private property repurchase by the former owner if its use for public needs or social necessity is no longer required.

SOLOMIYA KOSTYK

Ivan Franko National University of L'viv

THE PROCEDURE OF CHANGING THE PURPOSE OF LAND

Land is one of the most important things that humanity has and it plays a vital role in society. Land is the habitat of man, which not only defines the place of residence, but also is the basis around which ecological, economic, recreational, aesthetic, health and other living conditions are created. Thus the conservation of soil, land protection and ecological safety are top priority questions.

One of the principles of Land legislation is to use land in accordance with its purpose. According to Art. 1 of the Law of Ukraine "On Land Management" the purpose of the land is defined as the use of land for the purpose specified on the basis of land legislation.

The provision of the legal regime of land is carried out by dividing it for the intended purpose and identifying specific conditions of the use of certain categories of land.

The classification of land into categories for the purpose belongs to fundamental provisions of the Land legislation of Ukraine. According to Part 1, Art. 19 of the Land Code of Ukraine:

“1. Lands of Ukraine are divided into the following categories by their main purpose:

a) land of agricultural purpose;

b) land of housing and civil construction purpose;

c) land of nature reserve and other environmental protection purpose;

d) land of health-improvement purpose;

e) land of recreational purpose;

f) land of historic and cultural purpose;

g) land of forestry purpose;

h) Water Fund lands;

i) lands of industrial, transportation, communications, energy, defence and other purpose”.

The obligation of the subjects of land legal relations to use their land plots in compliance with their main purpose is prescribed into land legislation. Establishment and change of the main purpose of land is carried out under Article 20 of the Land Code of Ukraine. Land is classified into different categories the main purpose of which is stated on the basis of decisions by agencies of state power, Supreme Council of the Crimea, Council of Ministers of Crimea and bodies of local self-government according to their powers (Part 1 Article 20 of Land Code of Ukraine).

The procedure of changing the purpose of land differs depending on the ownership form of the land plot:

1. The change of land plot purpose of state and municipal ownership is carried out by the Supreme Council of Crimea, the Council of Ministers of the Crimea, state bodies of executive power and local self-government, that approve land planning projects on land allocation and transfer of plots into ownership or use;

2. The change of land plot purpose of private ownership is carried out by:

- Village, Town or City Council – in regard to land plots which are located within settlement;

- District State Administration – in regard to land plots which are located outside the settlement; the Council of Ministers of the Crimea, Regional State Administration – in regard to land plots which are located outside the settlement, which is not included into the district, or in case the district administration is not formed.

It is worth mentioning that changing land plot purpose of private ownership is carried out on the initiative of landowners.

While completing the study on establishing and changing the purpose of land, it is useful to define the sequence of carrying out such actions. The order of establishing (changing) the purpose of land plot consists of the following stages:

1) initiating establishing (changing) the purpose of land;

2) application (petition) to the competent authority;

3) development of the land planning project;

4) certification of the land planning project;

5) the state land planning expertise (it is conducted in exceptional cases);

6) approval of the land planning project;

7) forming land plot;

8) state registration of the land plot and the formation of legal documents;

9) state registration of land rights.

For these reasons, we conclude that the establishment and change of the purpose of land is a complicated and lengthy process. The aim is to preserve the primary purpose of land, to save the most valuable land plots (a special complicated procedure is required for them). However, the procedure of establishing and changing the purpose of land needs to be improved and the legislation on this issue needs to be revised. However, the order of establishment and change of the purpose of land needs to be improved and regulated in the legislation. There is a necessity to define the order of commission of legally significant actions by the authorized subjects of land relations (individuals, legal entities, local authorities, government agencies, land management agencies, certification and registration authorities).

OLHA NYKORAK

Ivan Franko National University of L’viv

FORM OF GOVERNMENT IN UKRAINE: THEORETICAL AND PRACTICAL ISSUES

Nowadays much attention is paid to the analysis of forms of government in modern researches. However, there are some controversial issues concerning the notion and characteristics of the form of government.

To start with, structural (institutional) organization is established through the form of the government. The researcher Kozlov determines the form of government as the organization of supreme state power, especially its higher and central bodies, structure, competence, order of formation and duration of their powers, their relationship with the public and the degree of participation of population in their formation. The scholar Aranovskyy considers that the form of government depends on five criteria:

1) legal source of sovereignty;
2) the powers and political role of the executive authority;
3) the scope of powers and the political role of the President;
4) terms of responsibility of the head of state;
5) the type of political and legal relationship between the state and the individual.

Ukraine belongs to those states, the Constitutions of which do not indicate the certain form of government. Nevertheless, the basis of the institute of government in Ukraine is formed by the norms of the Constitution grouped into sections 1. "General Provisions" (Art. 5, 6, 19), 4. "The Parliament of Ukraine" (Art. 75-101), 5. "The President of Ukraine" (Art. 102 -112), 6. "The Cabinet of Ministers of Ukraine. Other executive bodies" (Art. 113-120), 8. "Justice" (Art. 124-131), 11." Local self-government "(Art. 143), 12." The Constitutional Court of Ukraine "(Art. 147- 153), 13. "Amendments to the Constitution of Ukraine" (Art. 154-159).

Ukraine has a lot of experience in constitutional reformation of the state system because during the first five years of independence the government was changed three times. At the moment of adoption of the Act of Independence, Ukraine was an example of atypical form of government that combined features of the Soviet and presidential repub-

lic: it formally maintained the Soviet system, but the institution of the presidency was established and the president was the head of executive power. Such system is supposed to be unviable and ineffective, primarily because of significant internal contradictions.

The Constitutional Agreement in 1995 defined the transition to the presidential form of government and virtually destroyed the system of councils. Rigid executive hierarchy was formed for the first time with simultaneous weakening of representative bodies. This model was designed to overcome the "crisis of power" and this aim was achieved in general. However, it had certain disadvantages, especially the danger of excessive concentration of power of one body. The final version of the Constitution of Ukraine was the result of a compromise of political forces in Ukraine and established a mixed, semi-presidential form of government with maintenance of main functions of the head of the state and the actual separation of the President from the usual triad of branches of government. The presence of extra-parliamentary way of electing the head of the state, the post of prime minister, accountability of government before the Parliament gives us the reason to believe that the Constitution of Ukraine of 1996 established a moderate semi-presidential republic.

Relying on the Law of Ukraine adopted on December 8, 2004 "On Amendments to the Constitution of Ukraine", which came into force on 1 January 2006, the lawmakers are going to reform a mixed model of governance in Ukraine into a semi-parliamentary model.

After the analysis of the years of validity of the current Constitution of Ukraine both positive and negative aspects of a mixed republic can be singled out. The following disadvantages that affect significantly the efficiency of the current state of government, should be mentioned:

a) lack of balance of powers between the supreme bodies of state power in favor of the Head of the State;

b) absence of direct relationship between the party composition of the Parliament and the personal staff of the government;

c) actual dualism of the executive power that leads to the hidden competition between the President of Ukraine and the Prime Minister of Ukraine.

Additionally, in most post-Soviet republics (in particular Ukraine), at least on the

initial stage of their development, the increase of the President’s power has caused substantial violations of the mechanism of mixed republic government organization. As a result, the government established by the Constitutions (initial versions of them) of former Soviet republics can be determined as mixed only conditionally. Professor Shapoval assumes that the essential feature of the existing form of government in Ukraine is the concentration of powers of the president who dominates in the field of state ruling as well as some arbitrariness of separation of powers.

On the other hand, a radical change of the existing form of government is not an ideal solution and can cause certain risks connected primarily with the lack of real civil society and political parties, adequate level of political culture of the population, particularly those who exercise public administration. These risks can result in the emergence of authoritarian power structures within presidential and parliamentary republic.

Summing it all up we can state that the form of government is a leading element of the form of the state that is a combination of external features that characterize the state as an institutional organization. The form of government defines the organization of the state authority, including the system, method of formation, competence and the procedure of interaction between all components of the state mechanism. Due to the legislation of Ukraine, our state is a semi-parliamentary republic but de-facto the scope of powers of the President are too wide.

OLEKSANDRA PETRENKO

Ivan Franko National University of L’viv

SHAREHOLDERS’ PRE-EMPTION RIGHTS: THEIR REALIZATION AND PROTECTION

The history of the formation and development of pre-emption rights originates from Roman law. At the very beginning, pre-emption rights were closely linked with institutions of superficies and emphyteusis. However, in the nineteenth century, the concept of pre-emption rights was expanded. Pre-emption right to acquire new shares issued by a company appeared in both Anglo-Saxon and Common law systems. Today the concept of pre-emption rights is used in various areas of law including corporate law. Shareholders’ pre-emption rights are the example of the latter.

Shareholders' pre-emption rights have been investigated by such Ukrainian lawyers as Maidanyk R., Babetska I., Bodnar V., Kravchuk V. et al. Foreign authors have also investigated these legal issues, e. g. Kristoffel Grechenig from the University of St. Gallen in Switzerland. It is worth mentioning that different scholars provide different definitions of shareholders' pre-emption rights. Particularly, V. Kravchuk defines pre-emption right to purchase shares as a personal right of a company member to conclude Sales-Purchase Agreement of the shares on the terms, determined by the seller, shareholders have priority over non-members of the company. Moreover, there are legal definitions stipulated in the Laws of Ukraine "On the Joint-Stock Companies" and "On Securities and Stock Market", but they are somewhat limited. Thus, there are three main types of shareholders' pre-emption rights:

1) Pre-emption rights of private joint-stock company shareholders to purchase shares offered by their owners for alienation;

2) Pre-emption rights of private joint-stock company shareholders to purchase newly issued shares;

3) Pre-emption rights of public joint-stock company shareholders to purchase newly issued shares.

However, legal definitions of shareholders' pre-emption rights are limited only to the shareowner's right to purchase shares issued by the company pro rata to the fraction of his shares in the general amount of issued shares, depending on the types of the latter (ordinary or preference).

In addition, there is no entirely common position among scholars on characteristics of shareholders' pre-emption rights. But taking all this into consideration, the following can be outlined:

- Pre-emption right is always associated with another right, which means that it is aimed at the acquisition of other economic and / or moral rights;
- Pre-emption rights act only in cases expressly provided by law;
- Pre-emption right cannot be transferred to another person;
- Pre-emption rights are protected by the transfer of rights and obligations acquired by the third party to the pre-emption right owner.

In addition, pre-emption rights are exceptional as they are an exception from the

principle of civil relations participants’ equality and freedom of contract. Such exception is necessary to provide due to the following reasons:

- Firstly, it is a way to protect legitimate shareholders’ interests, which directly affects the degree of control (number of votes), the amount of received dividends and even assets in case of company liquidation etc.
- Secondly, this exception provides shareholders with an opportunity to express their consent to new persons joining the company. Therefore, shareholders can ensure their interests concerning any issues of company activity that can be changed with new members. This allows to use pre-emption rights as a preventive measure to avoid further corporate disputes that may arise from new persons entering the company, who have "hostile" intents or other views on any matters concerning company activity.

The fact that pre-emption rights are applied only in case of the sale of shares is an important aspect. Pre-emption rights are not applied in case of inheritance or succession, gift or exchange. Consequently, there are conditions to alienate shares bypassing shareholders’ pre-emption rights by using other contractual structures.

It should be mentioned that in case of alienation of shares by their owners, pre-emption rights can be applied only to private joint-stock company shareholders when pre-emption rights are envisaged by Articles of Association and if the number of shareholders does not exceed 100 persons when such decision is reached. In such case, private joint-stock company shareholders have pre-emption rights to purchase shares at the price and on terms proposed by a shareholder to the third party, pro rata to the number of shares held by each of them. Pre-emption right is valid during the preclusive term established by Articles of Association, which lasts between 20 days and two- month period. A private joint-stock company shareholder who intends to sell his shares to the third party is obliged to notice other shareholders. So s/he shall send a written notice to the company and the latter must send a copy to all other shareholders within two working days. Shares may be sold to the third party at a price and on terms already known to shareholders if private joint-stock company shareholders do not make use of their pre-emption rights.

Pre-emption rights on additionally (newly) issued shares can be applied only in case of direct placement of shares, including public joint stock company. Direct placement of ordinary shares is mandatory regardless whether they are set forth in the company Articles of Association or not. The company shall notify each shareholder on the imple-

mentation order of pre-emption rights not later than 30 days before public offering, and to publish such notice in the Official Gazette during the same period. Shareholders willing to exercise their pre-emption rights shall submit written application for the purchase of shares to the joint stock company within the period prescribed in the decision on shares issuance, which may not be shorter than 15-day period of time, and transfer costs in the amount equal to the value of shares they are purchasing.

In case shareholders' pre-emption rights are violated, and shares are alienated to the third party without shareholder's consent, the latter can appeal to the court in order to sue the issuing company or another shareholder alienating their shares. The limitation period is three months from the moment the shareholder learned or could have learnt about the violation of his rights. Consequently, the court has the power to assign rights to delegate the duties of a shareholder to the claimant from the buyer.

Despite rather detailed regulation of implementation and protection of shareholders' pre-emption rights, many issues remain unregulated or poorly regulated by current law, and therefore the latter still needs improvement and solution of existing loopholes.

YULIA POPOVYCH

Ivan Franko National University of L'viv

LEGAL PROTECTION OF COMMERCIAL NAMES UNDER THE LEGISLATION OF UKRAINE, THE USA AND EUROPEAN UNION

The development of market relations involves gradual increase in importance of intellectual products and means of civil circulation participants' individualization. Provided for a balanced legal regulation, the institute of commercial name is an effective means of civil circulation participants' individualization. The research of the peculiarities of commercial names legal protection under the legislation of Ukraine, the USA and European Union is especially relevant nowadays.

The emergence of the very institute of commercial name should be referred to the Middle Ages. Trade associations emerging at that time tried to prevent the situations when clients could confuse them. They started using in all business relationships a special designation of the partnership that included either the names of all partners, or the name

of one of them indicating existence of the partnership. The first normative act that fixed commercial names and granted legal protection to them internationally was Paris Convention on the protection of industrial property of March 20, 1883. To replace the Paris Convention, the model law of the World Intellectual Property Organization “On the trademarks, commercial names and unfair competition”, drafted in 1967 for the developing countries, was adopted. The act containing the provisions on the brand names use in Soviet times was the Resolution of the USSR Central Executive Committee and Council of People's Commissars of June 22, 1927 “On enactment of the Regulations on the firm”. The term “commercial name” was first introduced into the legislation of Ukraine in the Civil code of Ukraine of January 16, 2003. Before the adoption of the Civil Code of Ukraine, two terms had been used: “name of the legal entity” and “brand name”. In the light of Ukraine’s accession to the Marrakesh Treaty of Establishing the World Trade Organization, the Treaty on trade-related aspects of intellectual property rights (TRIPS) of April 15, 1994 has become binding for Ukraine since May 16, 2008.

The current Civil Code of Ukraine doesn’t envisage the legislative definition of commercial name; nevertheless, the article 489 envisages that legal protection is given to the commercial name in case it enables to distinguish one person among others and does not mislead the consumers as to their real activity. As for the regulation of these relationships under the economic law, the article 159 of the Economic code of Ukraine envisages that an economic entity – legal entity or a citizen – private entrepreneur may have a commercial name.

Under the provisions of current legislation of Ukraine, the commercial name is to be regarded as a verbal designation or other lettering that distinguishes the subject determined by law among other participants of the property circulation and does not mislead the consumers and other persons about its real activity. The notion “commercial name” refers only to the subjects of entrepreneurial activity. It is fixed in the article 90 of the Civil Code of Ukraine that grants the right to commercial name not to all the legal entities, but only to the entrepreneurial companies. As for the ability of individual entrepreneurs to be the subjects of intellectual property right to commercial name, the article 159 of the EC of Ukraine directly envisages that the economic entity – legal entity or the citizen – private entrepreneur may have commercial name. The citizen – private entrepreneur has the right to declare his last name or name as a commercial name.

Under the EU legislation, in particular, under the legislation of Germany, the brand name is understood both as the economic entity designation and as the designation of the enterprise as a single property complex that is reflected in the dual legal nature of the firm – as a personal non-property benefit, namely the name of entrepreneur or the name of legal entity, and as the property right, that may transfer together with its enterprise. As for the French legislation, despite the operation of the current Code of intellectual property of France, the provisions on commercial names are not envisaged there. Instead, they are envisaged in the Commercial code and Civil code of France. The "brand" in the French legislation is interpreted as the designation of legal entity, meanwhile the right to "brand" is not granted to the individual entrepreneur. Besides, the view of "brand" as the "deficient form of industrial property" prevails in the French legal doctrine. Under the Lanham Act (legislation of the USA), brand name is the name used by the person for identification of his or her business or profession. The differentiation between brand name and mark for goods is important in this context: the mark for goods indicates the source of the goods or service origin, and the brand name indicates the source of business.

Under the legislation of Ukraine, exercise of the right to commercial name may be performed through nominal notification – use of commercial name in the contracts, other documents, advertisement, in case that the commercial name coincides with the official name of the legal entity. The use of commercial name through its application – marking on the packaging of goods, in the trademarks, in the Internet – is important as well. A separate element of the right to commercial name exercise is the use of specially protected designation in the domain names.

The main method of self-defense as the non-jurisdictional form of right to commercial name protection is the rightholder's public statement in the media about the use of identical or similar commercial name by a third person without proper reason. Judicial procedure is the most effective form of intellectual property rights to commercial name protection, as it provides the possibility to reimbursement for the person whose rights have been violated along with the termination of the violation.

Thus, the research and use of the best world standards, experience and practice is important for achieving the maximum efficiency of legal regulation of commercial names in Ukraine.

VERONIKA POCHYNOK

Ivan Franko National University of L’viv

RESTORATIVE JUSTICE IN CRIMINAL PROCEEDINGS: THE IDEA, LEGAL INTERNATIONAL EXPERIENCE, DOMESTIC REALIZATION FORMS

The objectives of criminal proceedings lie in the protection of individuals, society and the state from criminal offence, the protection of rights, freedoms and legitimate interests of participants to a trial as well as the promotion of a quick, comprehensive and impartial investigation and court hearing. To my mind, restorative justice realizes the objectives of the criminal proceedings in the best way. Such an institute helps properly establish a guilty person, deal with the issue of compensation recovery and in the case of ascertaining a criminal the institute of restorative justice takes care of such a category of people. *Vice versa* in all possible ways it tries to help such a person by directing him/her to a lawful way of life.

The idea of restorative justice appears in the XX century. It’s worth mentioning that in St Paul, MN, USA in April 1976 there was Pound Conference devoted to the issue of alternative dispute resolution. Alternatives ways of dispute resolution were considered any ways, that were not used by the traditional justice in that time. Subsequently, in 2001 there was adopted the Unified Law “On the mediation”.

After a while, in the USA many institutions that provide mediator’s services started their work. Prevailingly, mediator dealt with the family conflicts. Some time later, the idea of alternative disputes resolution became popular all over the world. Further, restorative justice was implemented by such countries, as Canada, Great Britain, New Zealand.

One of the first and the most widespread definitions of “restorative justice” was proposed by Tony Marshall, who asserts; “Restorative justice is a process according to which all parties – the participants of specific proceedings – meet for the collective resolution of the issue about the overcoming of the its consequences of the offence and its impact on the future”.

There can be defined a lot of tasks of the restorative justice, but the most important, to my mind, are:

1) The support of the condemned persons and victims. In this case it means con-

ducting conversations with offenders and victims, psychological help, restoring relations after the crime commission;

2) Recovery of the inflicted damage to the victims;

3) With the engagement of the mediator, promotion of legal criminal conflicts solution between the parties in the harmonization of the conditions of compensation and achieving reconciliation between the parties;

4) Establishment of the causes that motivated the person to commit a crime, and supplying the corresponding bodies with the information that would prevent crime;

5) Focusing on taking the responsibility for committing a crime by a guilty person.

Despite the fact, that the restorative justice focuses its attention on condemnation of unlawful human behavior, this is not its primary goal.

Another purpose of restorative justice is achievement of reconciliation between the parties: solution of a legal criminal dispute favourably, with accepting the responsibility by a guilty person and further reimbursement to the victim.

Speaking of international legal experience, in practice such forms of restorative justice are singled out (they are also called restorative justice programs):

1) Mediation between offender and victim. The main aim of mediation is achievement of mutual understanding between the conflict parties, with the participation of a mediator;

2) Communal and family conferences. Frequently they are used in juvenile cases. Actually, such conferences are similar to mediation, but in this the involvement of more participants is foreseen: family members, relatives, family friends, neighbours. Family conferences are held with the participation of a mediator, and in this case the participants have an opportunity to express their feelings, experience about the specific crime committed and deliberate the further implications;

3) Support circles – the biggest amount of participants is involved. Any public member may be engaged in this process. In this case, the participants take their seats in a way to create a circle. In a clockwise direction each member expresses his/her point of view until the best decision has been taken.

It should be emphasized that each form of restorative justice must end in concluding an agreement as to compensation for damage.

It’s worth pressing the point that institute of restorative justice in Ukrainian legislation exists due to the criminal proceedings based on agreements, namely in the Code of criminal Procedure of Ukraine, Chapter 35. The following types of agreements may be concluded in criminal proceedings: 1) reconciliation agreement between victim and suspect or the defendant; 2) plea agreement between public prosecutor and suspect or the defendant about pleading guilty.

I suppose that in Ukraine the mediation will be applied most of all, as one of the forms of alternative dispute resolution. Instead, family conferences and support circles will not be used, as such.

To sum up, restorative justice is one of the types of alternative dispute resolution, directed to pleading guilty by a suspected person, his/her protection, to providing compensation to the victim, discussing of the occurred situation and adoption of the most advantageous decision for the both parties.

YURIY REPETA

Ivan Franko National University of L’viv

THE ROLE OF INTENTIONAL TORTS UNDER COMMON LAW OF ENGLAND IN COMPARISON WITH THE ROLE OF INTENTION UNDER GERMAN TORT LAW

The intention or negligence as the variation of fault, which is emerging in the mind of a human being, are of great importance in the area of law, in particular, tort law. This report is devoted to the comparative analysis of the concept of intention in tort law of England and Germany. According to the fact that the mentioned countries are representatives of different legal systems, at first sight, there are a lot of peculiarities in, such monumental legal notions. The pandectist system of Germany, on the basis of which, incidentally, the Civil Code of Ukraine is designed, establishes general requirements to the tort liability, which are interpreted and applied by the courts with the adaptation of civil relations development. English common law provides countless torts that are not always provided for by statutes, and usually regulated by case law (although there are also statutory torts and law of equity torts).

The intention or negligence are bases of fault liability, which is, as a general fact,

opposed to strict liability. However, there are opinions in literature, in particular, of Deakin, Johnston and Markesinis, that there are three forms of fault in English law of torts: malice, intention (including recklessness) and negligence. Only a few torts make malice an element of liability (malicious prosecution, malicious abuse of process, malicious falsehood), though its proof in others can increase the claimant's compensation, while in some torts, for example, defamation, it can negatively effect on the accepted strategy of defense.

Neither in England, nor in Germany there is a legislative definition of the concept of intention. Fault liability in Germany includes liability for intentional as well as negligent conduct. However, apart from liability based on § 826 Bürgerliches Gesetzbuch (Civil Code of Germany, hereinafter – "BGB"), the intentional conduct is not a necessary condition for liability: in all other cases, the negligent conduct will suffice provided the other requirements for liability (such as unlawfulness) are met. In England the concept of intention is of more importance than in Germany. Various torts require intention, but meaning of intention in the 'intentional torts' varies.

The intention or negligence are one of the five requirements for tort liability in Germany, along with violation of codified rule, unlawfulness, causation and damage. The important requirement for engaging the person to the liability is the violation of a codified normative rule. These rules concern the infringement of another person's protected right (§ 823 I), the intentional infliction of damage *contra bonos mores* (§ 826 BGB), or the violation of a statutory rule (§ 823 II BGB). The requirement of violation codified normative rule aims to limit the scope of fault liability.

The intentional infliction of damage *contra bonos mores* (§ 826 BGB) requires only intentional form of fault. This provision was specifically intended for situations in which § 823 I (infringement of a right) and § 823 II (violation of a statutory rule) were not applicable. Nowadays, acting *contra bonos mores* implies conduct contrary to the existing economic and legal order or the *ordre public*. The intention requirement provides for the high threshold and this concept is very broadly interpreted. *Dolus eventualis* concept is accepted, meaning that a person accepts the consequences of his conduct as being inevitable even if he did not wish those consequences to occur. Hence, it is sufficient that the tortfeasor was aware of the possibility that the damage would occur. Furthermore, if the

tortfeasor was aware that his conduct was reckless, the courts tend to deem this to be sufficient to indicate intention.

In England, every tort has its own peculiarities concerning the clarification of circumstances, requirements etc. The highest threshold is set with regard to torts requiring malice. As it was mentioned above, some scholars distinguish the malice to the separate form of fault, but I regard this concept to be subjective and of not practical importance. An important element of malice is the motive of tortfeasor. To make out the tort of malicious prosecution, the claimant must establish that the defendant harboured personal animus: it is a distinct requirement for liability.

In England, trespass is regarded to be one of the most important torts, which in most cases require intentional form of fault. Trespass to the person involves direct and intentional interference with a person's body or liberty. It was established in *Letang v Cooper*. The Court of Appeal held that fault in the framework of trespass to the person meant intention and not merely negligence. Torts in this field concern battery, assault, harassment (the Protection from Harassment Act 1997), the *Rule in Wilkinson v Downton*’, malicious prosecution, false imprisonment, defamation (libel and slander), and breach of confidence.

It is worth mentioning that with generalization of tort of negligence in England, the role of intention has diminished. We can summarize that under the current legislation of Germany (BGB), the intention is compulsory applicable only in case of intentional infliction of damage *contra bonos mores*. In case of violation of §823 I BGB and §823 II BGB both intention and negligence (which is easier to establish) suffice and the liability is not excluded in case of absence of intention. However, it is clear that on the contrary with Germany, where the application of intention is rather limited, in English law it plays a role across the board: in cases of economic loss, property loss, and personal injury. The fact that court require intentional or reckless conduct for violation also protects the freedom to act.

There are a lot of parallels and similarities in the requirements of intention in England and Germany, in particular, in the area of pure economic loss, however, there are fundamental differences in legal systems, which eliminates these similarities on the stage of procedure and law enforcement. Concerning the main differences, it is worth mentioning trespass to person, which in majority of cases in England requires intention, in Ger-

many falls under §823 I BGB with no exclusive requirement of intention and sufficiency of negligence. Such situation seems impossible in England, because in case if there is negligence (concerning the direct act, for example) in the relations of trespass, only the tort of negligence is to be applicable. Germany is broadening the intentional liability to the recklessness and *dolus eventualis,* but England goes even further and apply such concepts as “actions done out of spite” or “ill will” in the economic rights violations.

Of course, the fact of codification of Civil Law in Germany provides us with more obvious requirements for intentional liability and the common law system is more diverse, but it hardly can be said that law in England is not consistent. Judges in England are more reluctant to deviate from the established practice. In comparison, we can observe that in Germany the judges are trying to shape the rigid system in favor of social development.

ANASTASIYA SMETANYAK

Ivan Franko National University of L’viv

OFFICIAL OBSERVERS’ CONSTITUTIONAL AND LEGAL STATUS IN THE ELECTORAL PROCESS IN UKRAINE

The concept of “democracy” covers a lot more elements than just elections. However, holding of transparent, open and credible elections is a cornerstone of the democratic process in any country. In order to deepen and consolidate the democratic process, it should be protected. Such a kind of protection includes the development of an appropriate legislation, the defining of human rights, the rule of law recognition, the creation of equal and fair electoral conditions, government accountability, professional media as well as a constructive cooperation with the political forces. Monitoring of these elements is essential for understanding the direction of changes in the country and also for facilitating the positive development of the democratic process that indicates the importance of official observers' activity. Openness and transparency of the electoral process is largely caused by the presence of public control. Election observation plays a significant role in assessing the circumstances under which the country's citizens are entitled to free will at elections.

Unfortunately, the official observers’ activity is insufficiently regulated by law,

which entails a significant number of their rights’ violation. Despite the development of electoral legislation and specific detailing of the official observers’ legal status, the question of their activity is not being given a due attention to by the lawmakers and scholars. Given such conditions, a need for a comprehensive study and research of official observers’ activity arises in order to improve their constitutional and legal status. The aforestated determines the relevance of the issues related to the basics, problems and ways of improvement of the official observers’ legal status.

Official observers’ constitutional and legal status is envisaged by several Laws of Ukraine, namely the Law of Ukraine “On Elections of People's Deputies of Ukraine” of November 17, 2011 № 4061-VI, the Law of Ukraine “On elections of President of Ukraine” of March 5, 1999 № 474-XIV and the Law of Ukraine “On Local Elections” of June 14, 2015 № 595-VIII.

The electoral process is linked to such phenomena as “observation of the electoral process” and “monitoring the electoral process”. Monitoring the electoral process is perceived as an independent and impartial observation of the elections’ organization and holding process, conducted by observers from candidates/parties at the local elections, elections of People's Deputies of Ukraine and the presidential elections, as well as by public organizations, observers from foreign states and international organizations, and as a system of collection, processing and dissemination of information on elections. Thus, observation of the electoral process is considered to be an integral part of monitoring the electoral process.

Observation of the electoral process is the task and, at the same time, the subject of official observers’ activity. An official observer is a subject of the electoral process, who acquires its status only after his official accreditation by the Central Election Commission. Such a person carries out observation of the voting process, of votes’ counting, of the election participants’ other activities during the voting and the subsequent tabulation, as well as of compilation of electoral documents and their publication. National official observers are entitled to participate in the electoral process and, therefore, they are its subjects.

Under the national legislation, the official observers’ basic rights are the following: the right to be present at the polling stations on election day, the right to observe the actions of the electoral process’ participants during the voting and the subsequent counting

of the votes, the right of appeal with a relevant application or complaint to the Election Commission and other state bodies or to court in case of disclosure of electoral legislation violation as well as the right to take necessary measures to stop any illegal actions during voting and counting processes.

Taking into the consideration the provisions of the aforementioned Laws of Ukraine, which regulate the official observers' activity, a conclusion can be made that official observers from foreign states and international organizations are not the subjects of the electoral process, because they can only observe the electoral process. The scope of the rights they have is limited comparing to national observers. They do not have the right to appeal with applications and complaints to the relevant election commission, public authority or court in case of election law violation. The only right they enjoy is to offer their ideas on elections organization and on improvement of national legislation on the grounds of their international experience.

Having analyzed the existing problems of the official observers' legal status, the following aspects should be emphasized. The absence of a single regulatory document that would regulate the issue of the official observers' legal status is currently one of the biggest flaws in the electoral legislation of Ukraine. In order to avoid the dispersion of legislative provisions related to the electoral process, the adoption of an Electoral Code of Ukraine is being proposed, the draft of which has already been developed and submitted for consideration. Such a move will standardize the regulation of all election procedures. To achieve greater transparency and publicity of elections, the provisions on the right for both national and international observers to monitor not only the Election Day, but also the other stages of the process should be introduced. Moreover, during the study of the election observation missions' reports it was detected that the acts of the Central Election Commission had often been inconsistent with the provisions of the laws that govern certain elections held in Ukraine. Given such a situation, a conclusion can be made, that the procedural resolutions of the Central Election Commission should comply with the laws on elections.

Providing an access for both national and international observers to observe all of the stages of the electoral process and not only the Election Day is extremely important, since the notion of a long-term and a short-term observation of the electoral process

should exist not only in electoral law theory. Furthermore, the need of entitling official observers with a right to monitor the resources and the funding of the election campaign is perceived, since nowadays it is a very urgent issue.

CRISTINA KHRAMOVA

Ivan Franko National University of L’viv

SIGNIFICANCE OF AGE IN CRIMINAL LAW

Age has a significant impact on criminal liability, as under the current Criminal Code a person who is less than 14 years cannot be criminally liable. And a person who has attained 16 years of age, and in some cases, 14 years of age, under Article 22 of the Criminal Code of Ukraine may be the subject of crime, and therefore is available for criminal prosecution and punishment.

However, before age of 18 they are considered as minors. Thus, juveniles of older age groups bear criminal and not any other kind of liability, using almost all measures of the impact in criminal law. The legislator emphasized "minority" of a person in the commission of a crime by introducing a separate section XV "Peculiarities of criminal liability and punishment of minors" in the Criminal Code of Ukraine. The experience of other countries proves the expediency of this approach.

It should be noted that the establishment of special rules in the law of criminal liability of minors and peculiarities of application of a number of criminal law institutes is caused by special social value of the younger generation as a natural reserve of society. Thus, the basis for installation features in the law of criminal liability for minors defines the overall direction and content of regulatory standards. It is not only to limit the application of criminal repression and punishment, installation of privileges for this group of subjects, but above all to focus on providing maximum juvenile crime prevention measures through the application of criminal law to influence offenders.

However, the specific features of criminal liability of minors cannot be endless. This is due to social opportunities for correction and rehabilitation of persons of teenage and youth offenders. This specificity at implementation of the right appears in court activity and criminal policy. It is believed that the practice of juvenile justice in today's world is a priority for the criminal policies. It has repeatedly changed the orientation of juvenile

courts to overly punitive, then to absolutized educational (as it was at the beginning of existence children's courts). Being isolated from one another, these areas are not effective. At the same time, there are subjective limits of the specific of criminal liability of minors. This is the dominant idea in public mind about fairness, reasonableness and appropriateness of punishment for the crime.

Criminal Code of Ukraine does not define the term "minor" person. However, analysis of Articles 100 and 102 of the current Criminal Code of Ukraine suggests that such concepts as "minor" and "person under eighteen years of age" be used in law as identical.

It should be also noted that minors have some significant social and psychological characteristics that determine the limits and features of criminal liability:

1. The term of imprisonment of a minor cannot exceed 15-year term (Part 2 of Article 103 of the Criminal Code);

2. Parole s a more widely form of punishment for juveniles (article 107 of the Criminal Code);

3. Commitment of the crime by minors is always recognized as the fact that mitigates criminal liability (paragraph 3 of Part 1 of Article 66 of the Criminal Code);

4. Minors who have committed crimes serve sentences in special educational institutions (part 1 of article 102 of the Criminal Code);

5. There can be applied compulsory measures of educational nature relatively juveniles that committed a crime of minor or moderate graveness (Article 105 of the Criminal Code);

6. With respect to crimes committed by juveniles a different procedure is used for installing limitation periods for the prosecution and execution of conviction (article 106 of the Criminal Code);

7. Regarding juvenile offenders there is used more exculpatory order of removal and redemption of a criminal record (Article 108 of the Criminal Code);

Age and psychological characteristics determine the nature of their reformation and rehabilitation. Moreover, these features facilitate the process of achieving the named goals, as juveniles are more susceptible to educational influences. Thus, a set of features of legal regulation of juvenile responsibility is oriented on ensuring the maximum preven-

tive effect. The principle of economy of repression and their preventive orientation with the focus on correction and rehabilitation of persons who have committed crimes under the age of eighteen, are expressed more clearly than in other common standards. Such approach is due to age and socio – psychological characteristics of minors, their crucial role in the future development of society.

Displayed in Section XV of the current Criminal Code of Ukraine specific features of criminal liability for juveniles create particular challenges for the appointment of their punishment. For example, when sentencing the court takes into account living conditions and upbringing of the teenager, adult influence, level of development and other features of his personality.

Among other circumstances that are most often taken into account by courts when sentencing persons under the age of 18, there are "commitment of the crime for the first time, voluntary redress or remedy damage, sincere repentance, turnout with a confession, active assistance in detecting crime, the crime because of the coincidence of serious personal or family circumstances, incitement to commit a crime by adults. It should be noted that the new criminal law provides ample opportunities to the court for exemption of minors from punishment based on their personality and gravity of the offence. CC of Ukraine provides release on probation, exemption from punishment with application of compulsory educational measures, exemption from criminal liability and serving the sentence due to the expiration of limitation periods, parole from punishment.

Thus, we can conclude that the fixing of age of criminal liability in criminal law is very important. Also it is important to establish the norm that would give the clear definition of a minor.

SNIZHANA SHEVCHENKO

Ivan Franko National University of L’viv

"STANDARD OF PROOF IN CRIMINAL PROCEEDING ("BEYOND REASONABLE DOUBT")

Ukrainian integration strategy involves, in particular, introduction of international standards of justice in the legal system of Ukraine. The current Criminal Procedure Code

(hereinafter – CCP) launched a number of new evaluation concepts that change traditional idea of the essence and procedure of criminal – procedural proof. One of such steps was fixing by the legislator of Ukraine the provision on the need for making adjudication only if there is the proof of person's guilt beyond reasonable doubt in CPC.

However, the current CPC does not specify the content of the standard of persuasion beyond reasonable doubt. The legislator citing of Ukraine (p. 2 art. 17) the requirement for the proof of person's guilt by the prosecution to a certain level or the grade of "reasonable doubt" does not give its formal definition and there is no article that refers to this term in CPC. However, from the analysis of the article it can be definitely stated that the presence or absence of reasonable doubt on the judge's or juror's perception is crucial in deciding whether a person is guilty or not.

The standard of proof "beyond reasonable doubt" is a criminal standard of proof which is used by the court in determining whether person's guilt is proved while making adjudication. The concept of the "standard of proof" and its kind – "beyond reasonable doubt" are based in the following characteristics:

- variability of standards of proof depending on the scope of application and matter at issue;
- there is a close connection of the standard of proof and burden of proof;
- the standard of proof is a certain criterion (a threshold) for making a certain decision as well as establishing a certain level (measure) for the proof to a certain fact being recognized as existing.

The reasonable doubt is based on specific circumstances and common sense and stems from fair and balanced consideration of all appropriate and acceptable data that are acknowledged as evidence. Or vice versa if there is no such information then the reasonable doubt would make a person refrain from making a decision on matters that are the most important for her/him.

The standard of "beyond the reasonable doubt" is the standard concerned with the solution of criminal proceeding per se. Criminal proceedings is a decision-making process, in which the central issue is uncertainty. Providing for full certainty, there is no opportunity for alternative actions and there is no problem in fact: the decision is made unambiguously, automatically and even without affecting the scope of consciousness. The

selection process becomes an issue only when there is uncertainty regarding implementation of actions aimed at achieving a certain goal, a final outcome, or choice of alternatives.

The legal structure "beyond the reasonable doubt" is reflected and actively used in law enforcement practice of many foreign countries, although mainly in Anglo-American legal system, such as the USA, Canada, Australia, New Zealand and the Republic of India.

For example, in the U.S. the criminal process is more truly based on the U.S. Constitution than on the U.S. Criminal Code. But neither the Constitution nor the U.S. criminal code defines “beyond reasonable doubt” adequately. Moreover, no judicial system in any country in the world can adequately define the concept of “innocent until proven guilty beyond reasonable doubt” because virtually no definition of this concept escapes criticism.

Under the US law prosecution must prove each element of crime beyond the reasonable doubt. The proof beyond the reasonable doubt does not mean the proof beyond all possible doubt. There may be possible doubts or doubts which are based entirely on assumption, it is not the reasonable doubt. The reasonable doubt – is the doubt based on reason and common sense. It may arise from evidence, lack of evidence and nature of evidence.

The European Court on Human Rights reminds that "this conviction can result from the presence of sufficiently strong, clear and coordinated with each other conclusions or similar non-rebuttable presumption of fact". The proof beyond reasonable doubt means the proof that is so convincing that you will not hesitate to rely on it and will act accordingly to it while making the most important decisions in your own life. In effect, it means that any doubt can be the ground for closure of criminal proceeding or rendering acquittal judgment. The European Court also insists on the importance of the doubt in dubio pro reo.

So the standard "beyond reasonable doubt" should be interpreted taking into account that possible error is allocated in favor of the defendant. The defendant receives the benefit of all reasonable doubts and is acquitted whenever the possibility of his innocence remains after trial. The reasonable doubt standard and the presumption of innocence are the system’s attempt to eliminate erroneous convictions by requiring that jurors be certain

of a defendant's guilt before convicting him/her. Absolute or mathematical certainty is unattainable in the context of the criminal trial because such certainty is demonstrated through strict logical proof. Such level of proof is not attainable taken into consideration the nature of trial evidence.

To sum up, we can state that the standard of proof "beyond reasonable doubt" sets the goal of proving what reliability as the highest degree of probability is. Implementation of the concept of the standard of proof "beyond reasonable doubt" in criminal proceedings in Ukraine corresponds to the advanced international, especially, European level of justice and approximate the domestic legal system to European standards.

YURI ZBORIVSKYI

Ivan Franko National University of L'viv

UNIFICATION OF THE CONFLICT RULES IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Unification of international law, first proposed at the end of the last century, is widely recognized today as the most effective way of regulating relations in the field of private international law, by which the contradiction between national in the way of formation means of legal regulation and interethnic relations in nature are eliminated. Legislative activity requires constant recourse to international legal norms contained in the treaties and decisions of international organizations. In this regard it is necessary to harmonize the national legal system of Ukraine with the legal systems of the countries we established permanent contacts in the areas of economy, politics, culture etc.

Cooperation with international organizations, aimed at the unification of private international law, plays a significant role in creation of an effective national legal system. Among them the leading role is played by the Hague Conference on Private International Law and the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). An important contribution to the unification of private international law is also made by international organizations, such as the UN Commission on International Trade Law (UNCITRAL), the International Civil Aviation Organization (ICAO), International Maritime Organization (IMO), the International Labour Organization (ILO), United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) and others. The main purpose of their

activity is unification of the law that may occur within an international organization or under its auspices. In these cases, unification is multilateral in nature.

In the field of international procedural law, conflict rules on civil procedure regarding international jurisdiction, enforcement of foreign court decisions, service procedures of judicial and non-judicial documents, execution of court orders of foreign states, making a deposit and collection of payments in the event of the imposition and enforcement of decisions concerning foreigners, legal assistance to states entering into international obligations in order to provide execution of orders and eliminate barriers that impede foreigners an access to court. This establishes the procedure of dismissal of persons from paying the court costs and enable them to get relief from incurring legal costs on an equal footing with citizens of the state court and more.

By investigating common trends and unification of private international law in regulation of family law, it should be noted a significant increase in the number of international conventions and treaties on family law in the second half of the XX century. It is essential the expansion of the scope of the uniform rules of private international law, which significantly contributes to softening family relations with "foreign elements" and that the conventions traditionally advocate the use of personal law to the material conditions of marriage and place of marriage law on the issue of the marriage form. Most of the surveyed conventions offer flexible bindings system that allows to effectively solve conflict problems arising in the field of family law.

General trends in the development and unification of rules of private international law in the conflict regulation of relations in inheritance law are aimed at the uniform application of the law. It is well known that in different states succession issue is regulated differently – in some – unequal treatment for movable and immovable property (France), in others – uniform regime for all legacy (Germany, Italy). The adoption of a single principle in an internationally unified document indicates the desire of states to create single system, a new level of unification. Uniform rules on hereditary relationships are based on criteria of nationality or recent place of residence and simultaneously, provide the opportunity to elect a law of domicile by a testator instead of the law of nationality. Relations concerning inheritance differ by ties with other legal institutions – legal issues, ownership, family law, etc., and a variety of practices in this area is explained by the significant differences that exist in national laws, international treaties and conventions relating to

hereditary relationships. The purpose of conventions on inheritance is the introduction of a unified document that allows to determine the circle of people and their powers regarding administration of property (movable, immovable, property rights) of the deceased, a kind of international will. Uniform rules define the basic requirements to be met by the international covenant form: it does not violate national law of a state and establishes the maximum guarantee of testators' will. International covenant guarantees legal protection of a testator by eliminating the problem of finding applicable law among the countries that have adopted it.

In conclusion, the issues of civil procedure, family relations and inheritance in private international law are relevant to Ukraine. Protection of the legitimate rights and interests of the Ukrainians abroad is regarded by the state as one of the foreign policy objectives, that is directly consolidated in the Constitution of Ukraine. Unified national legislation does not preclude the emergence of complex disputes to be solved through judicial practice that produces a rule of precedent when solving a dispute.

DMYTRO SKYDAN

Ivan Franko National University of L'viv

DRIVING TO BANKRUPTCY AS THE TYPE OF CORPORATE RAIDING

The development of an effective institute of bankruptcy is a prerequisite for the formation of market relations in Ukraine, ensuring stable and efficient activity of business entities, creating conditions for fair competition. However, numerous cases of abuse of this mechanism mean that there are gaps in the current legislation in this area, the lack of effective instruments that prevent such violations.

The spread of illegal takeovers has become a notable trend of the last decade in the economy of Ukraine. Often raiding is presented as a special case in the world-wide professional business of mergers and acquisitions (M&A). But in the modern Ukrainian economy in such a segment as the market of mergers and acquisitions there is an institutional deficit, where raiding parasitizes. In general, friendly takeover and hostile takeover are singled out in the area of M&A. The difference lies in the following: in the first case, the management of the company, that is absorbed, is positively disposed to the prospect of

takeover, agrees not to resist absorption and recommends its shareholders to accept the offer of the absorbing company about the sale of their shares to it. Accordingly, in case of hostile takeover, the management of the victim corporation is against the takeover. These "unfriendly" M&A have the greatest level of dangerous influence on financial and economic stability and on the relevant spheres of security. In Ukraine, today 70% of acquisitions take place on an illegal (raiding) basis.

Emissaries of such a takeover – raiders – can completely destroy small and medium-sized businesses, unless they are opposed to preventive measures. As a result of raider attacks, strategic enterprises are being destroyed, efficient production is being phased out, investment attractiveness of entire industries is declining. Even if the raided enterprise soon begins to work, during the takeover period, which can be quite long, it will not work and will be ruined. Thus, raiding always generates negative social consequences, which are characteristic of bankruptcy, and this indicates a coincidence of the phenomena under consideration.

Researching this issue, it is possible to find the reasoning of the authors who argue that the main and most common prerequisites, which are always the starting point for any raider attack on an enterprise, are: ineffective economic activity of the enterprise, which can be expressed in its unprofitability, permanently existing accounts payable, a disproportion between the enterprise's income received and the market value of its assets.

Among the main raider schemes Prof. S. Molodetsky singles out the mechanism of acquisition with the application of procedures for restoring the solvency of the enterprise and the scheme of taking over through the control of the debt obligations of the target enterprise. Prof. A. Melnyk enumerates such well-known methods of takeover: initiation of bankruptcy by creation of artificial creditor debts or intended buying up of debts and their simultaneous presentation for payment.

In general, the classical scheme of raider takeover by bankruptcy includes creation of artificial creditor debts at the enterprise. After that, creditors initiate a bankruptcy procedure for such an enterprise, the consequences of which are usually the removal of the manager from management, the redistribution of the company's assets and its liquidation or existence without assets. The implementation of such schemes involves qualified lawyers, arbitration managers, judges, tax officials and state registrars. In order to make an instant and targeted attack, the raiders collect information from the enterprise: on the his-

tory of creation, property, owners, management, legal support, the presence of internal and external conflicts, etc. It should be noted that the attackers, having created debts at the enterprise, using the gaps in the legislation, do not allow it to pay off the debt in the time established by law or by agreement.

The key point of the raider takeover with the use of bankruptcy instruments, unfortunately, is a conspiracy with representatives of state bodies, including: law enforcement officials, state registrars, state executors, judges, and sometimes even the use of "illegal" services of notaries. The objects of takeover can be: assets of the enterprise (real estate, licenses, patents, inventions, contracts), business and the main enterprise in the industry, through which one can dictate terms and absorb enterprises in the same or in another field. Known examples in Ukraine are the takeover of the Chernivtsi-based enterprise "Argo", the Kiev-based "Prominvestbank", as well as the attempt to take over the company "Oleyna", made by "Privat Group".

There are several ways of counteracting bankruptcy during unlawful takeover of an enterprise. One of them is pre-trial sanitation, attraction of a real investor, and also it is possible to prevent the bankruptcy procedure judicially by challenging transactions on the basis of which the company has arrears to creditors, which served as the ground for initiating a bankruptcy case. But the most effective protection against the takeover of the assets of enterprises is the involvement of law enforcement bodies, that must timely and effectively react to the actions of raiders.

However, the problem of effective counteraction to bankruptcy during raider takeovers lies in the fact that there is no definition of the term "raiding" in Ukrainian legislation. Also, there is no special rule on criminal liability for ordering, organizing and committing unlawful acts that have signs of raiding.

Of course, raiding and bankruptcy are relatively independent phenomena, but in the context of our study, their interrelation is of special interest, due to the scope that has acquired raiding in Ukraine in recent years. It is important that at the stage of closer trade, transport and investment ties with the European Union, corporate raiding may still pose a significant risk to Ukraine's progress. But law-making and law enforcement activities lag far behind the improvement of ways and methods of raiding in Ukraine, resulting in a gap in the legislation: legal responsibility and punishment for committed raider crimes must

meet the degree of guilt of the raiders and the consequences that arose as a result of it, including bankruptcy of the enterprise. We believe that the necessary tool to combat raiding is the normative fixation of criminal liability for raider crimes. In addition, gaps in legislation and ambiguous interpretation of its norms have proved to be an effective tool for acquisition of other people's property, therefore, it is necessary to improve the norms of the current legislation of Ukraine.

IRYNA STEHURA

Ivan Franko National University of L’viv

CONSTITUTIONAL PROCEDURAL RULES: THE NOTION, PECULIARITIES AND GENERAL CLASSIFICATION

After taking a course for a democratic social legal state development, certain improvements were achieved, however, a lot of constitutional norms are still being declarative, and the provisions, established by them, concerning the problems of the most important constitutional legal institutions’ functioning (for example, the impeachment institution – A.111 of the Constitution of Ukraine) as well as the exercising of one’s rights and freedoms (in particular, the right to work – A.43, the right to an adequate standard of living –A.48 of the Constitution etc.), are being implemented with difficulty.

It is worth emphasizing that there are not enough, but quite a lot of different legal procedures in constitutional legal sphere. The normative material as to procedural ways of realization of the Main Law (Constitution) is available as well. Nevertheless, the scientific development of the procedural issues has not achieved the level which could have been adequate to their leading position in the mechanism of legal regulation. Thus, no complex researches of the constitutional legal procedures have been made; the problem of distinguishing a constitutional procedural law brunch has not been solved yet.

In the scientific literature the constitutional procedural rules are mostly defined as the compulsory, formally determined rules of behaviour of the general character, which are established or sanctioned by the state as the regulator of social relations that make up the subject of the constitutional procedural law and are provided by all legally grounded measures and means of the state legal impact. They establish the procedure of the constitutional substantive rules’ implementation as far as they include the rules of the subjects’

of law behaviour which the latter should follow when exercising their rights and duties.

It is worth mentioning that the above-mentioned rules are characterized by a range of peculiarities that distinguish them from the constitutional substantive rules. In particular, they are focused on those subjects, which, to some extent, are endowed with certain governmental powers regarding application of constitutional substantive rules; such rules have mostly an imperative nature; the special character of prescriptions – the constitutional procedural rules establish the implementation forms of constitutional substantive rules' prescriptions; the special source basis and the specific circle of the social relations which are regulated by such rules; the peculiar character of the constitutional procedural rules' sanctions, different from the ones that are established by the rules of substantive law.

The attention should also be paid to the issue of constitutional procedural rules' classification. There is a range of criteria, in accordance with which such classification is carried out. For example, Prof. V. E. Telipko singles out the following types of the constitutional procedural rules: a) imperative constitutional procedural rules – rules that directly stipulate the appropriate behaviour of the subjects under clearly defined circumstances; b) dispositive – these are the rules containing procedural instructions that, under certain circumstances and by the voluntary consent of the subjects, may be adjusted to some extent but within the limits set by procedural requirements.

Besides, according to the character of regulative prescriptions contained in the rule, it is possible to distinguish: a) authorizing constitutional procedural rules – rules that indicate a certain way of making legally important actions, way of exercising the rights and duties belonging to subjects; b) binding – rules that stipulate the necessity to act in a certain, clearly defined way; c) banning – rules that exclude the possibility to act in a certain way. It is also suggested to classify them on the basis of the scope of action, dividing the above-mentioned rules into: a) the general ones, acting for all subjects: b) special – aimed at the certain group of homogenous subjects (for example, state officials); c) exceptional, that eliminate the action of rules towards certain subjects, in cases determined by law.

However, the above-mentioned criteria of classification are not the only possible ones. When classifying the constitutional procedural rules, the scholars-constitutionalists focus their attention not only on the very nature of such rules, but also on their functional aspects, such as the object of legal regulation, their purpose and the role in the conduction

of legal activity.

Summing all it up, in the doctrine of the constitutional procedural law a lot of attention is paid to the definition issue of the constitutional procedural rules and their peculiarities. At the same time, it does not contain a unified approach to the classification criteria of these rules that proves the controversiality and ambiguity of the issue. The further scientific research in this sphere is one more step to the approaching of the Ukrainian legal system to the standards of the European Union, the legislation of which always has been paying attention to the procedural aspects.

TARAS SHMYH

Ivan Franko National University of L’viv

THE IMPOSSIBLE BECOMES POSSIBLE OR INNOVATIVE APPROACHES TO DNA ANALYSIS OF MONOZYGOTIC TWINS

It is widely known that monozygotic (or identical) twins have, besides similar appearance also an identical DNA profile. Monozygotic twins form when a fertilized egg (zygote) is divided into two and subsequently develops as two embryos of the same sex. However, findings in the scientific literature indicate that the phenomenon of identical twins is an anomaly that occurs quite rarely – as a rule, 3 cases of identical twins born per 1,000 registered births are observed, regardless of ethnic origin.

The problem is that the twins as other members of society are also sometimes prone to criminal activity and their specific genetic status serves as a perfect cover. DNA left at the crime scene will match both of them, consequently the results of the DNA examination in the current case did not allow the investigator to make an unambiguous conclusion concerning who actually was present at the scene of the crime. Similar incidents have repeatedly occurred in the investigative and judicial practice of the countries where the results of forensic DNA examinations are widely used in proving.

For example, in 2009 in the United Kingdom, police investigated the theft of roughly $15,000 worth of watches during a shopping mall burglary. Forensic experts found blood on a shard of broken glass at the scene, tested it for a DNA profile and uploaded the results into the database of human genetic traits. The outcomes have been extremely unusual – a computer program has shown the result of two (!) 99.9999% matches

– brothers James and John Parr were monozygotic twins.

The police arrested the both men, but each of them denied any involvement in the offense. One of the brothers claimed that his arrest was completely illegal and presented strong evidence of being elsewhere at the time of the robbery. The other twin, meanwhile, simply denied having committed the offense, without providing an alibi. In this case, it is easy to assume that the brother with the thin denial is the likely culprit, however, without a way of establishing beyond a reasonable doubt which brother was responsible, police in the UK burglary could not charge either man, and the offense went unsolved.

In the light of the above-mentioned, it should be pointed out that cases of identical DNA matches are extremely unusual and occur not only in Europe but also in the USA. For instance, in the fall of 2004, two young women were pistol-whipped and raped in separate incidents within two weeks of each other. One of the women managed to hide the condom used in this rape case, and turned it in to the police for further examination. DNA tests of that item, along with other evidence, showed two suspects. One of the DNA profiles that was generated from the used contraceptive, matched the DNA profile of a man named Dwayne McNair, whom the police suspected, but it also matched his twin brother. Thus, under such circumstances, there was no possibility to charge any of the suspects with the commission of the crime. Finally, the police found and arrested the second participant in the both crimes, Anwar Thomas. Prosecutors secured a plea deal with Thomas, who admitted the rapes and fingered McNair as his accomplice. Dwayne was immediately detained but the investigation process and collection of evidence lasted for several years and all this time McNair was under investigative arrest. Then, in April 2014, just before trial, prosecutors asked for an extension so that they could conduct a recently developed technique that promised to distinguish monozygotic twins from each other. However, such a long delay in the investigation led to enormous public outrage, taking into account that the accused person had been under arrest for a considerable period of time, consequently the judge ordered McNair`s release and ruled, that his investigative arrest was illegal.

Eurofins Scientific, a global DNA testing group and manufacturer of DNA testing kits, had announced its innovative twin test in December 2013. According to geneticists of this company, there is no necessity to look at the long chains of repetitive DNA ele-

ments in order to differentiate twins’ DNA. Instead, the invented test reacts to unique genomic mutations that cause violations of the A-T-C-G sequences in specific particles of DNA. In theory, twins should have identical sequences, because they have inherited the same combination of letters from their parents. But any mutations in the genome that occurred after the embryo split would belong to that twin alone – actually, the abovementioned test is designed to detect such mutations. Prosecutors asked for Eurofins’ assistance, and five months and $120,000 later, McNair found himself back under arrest. The company’s tests with a high degree of certainty identified McNair as the source of the DNA sample and he was repeatedly charged with two counts of rape.

But that is unlikely to be the end of the story. In the situation like this, prosecutors have to convince the court of the authenticity of test results and the possibility of using them as evidence. The point is that, the current technology has not been used yet by the law enforcement authorities during the criminal investigation on regular basis and is based only on the latest scientific theories on the causes of genomic mutations in monozygotic twins. In the same vein, under the current US law of evidence, a judge should obtain clear proof of scientific soundness before allowing such evidence to serve as a basis for conviction and, as of today, the phenomenon of genomic mutations is still poorly understood – a fact that was the key argument of McNair`s defense.

Consequently, McNair`s defense attorney Robert Tobbin outlining the strategy of defense in January 2017 emphasized that “the test isn't ready yet for forensics.... It hasn't been vetted and researched by independent institutions.... Now Superior Court Judge Linda Giles must decide whether the test and its results are ready for prime time” (http://www.wbur.org/news/2017/03/07/twin-dna-crime-tech).

From our perspective, even if the Supreme Court of Massachusetts fails to recognize the results of the first monozygotic twin DNA test, the resonance, value, further scientific development and study of twins` DNA will be indisputable for the global law enforcement practices. Global trends of scientific progress give us strong reason to believe that usage of corresponding DNA tests is soon to become a common practice of proof and evaluation of evidence in criminal trials.

KHRYSTYNA TSYMBALIUK

Ivan Franko National University of L'viv

OBLIGATORINESS OF THE CONTRACTUAL TIME LIMIT AND IMPOSING OF AN ABSOLUTE TIME BAR IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

To begin with, contractual time limits or "time bars" for commencing arbitration are common in the natural resources and commodities industries.

It should be noted, that parties commonly *insert escalation clauses* in commercial agreements. In escalation clauses, parties engage in the serious steps for the dispute settlement amicably in the way of negotiations. A related issue is how long a party must attempt to negotiate in order to satisfy a pre-arbitration requirement to attempt to resolve disputes amicably. In some agreements, a defined time period (for example, thirty days or six months) is specified. However, in other cases the parties' agreement will specify no time period for negotiations. Therefore, everything depends on the circumstances and chiefly on good faith of the parties.

To say nothing of, all disputes arising from connection with agreements between the parties shall be settled amicably and in a good faith between the parties. If no agreement can be reached, the parties should establish the time limit for initiation the arbitral proceeding in the arbitration clause. It is absolutely obvious that such a section should be sufficiently clear and certain. Thus, existence of a "good faith" principle in arbitration agreements cannot be argued, since it is one of the basic principles of international commercial arbitration.

In addition, the agreement of attempting to resolve dispute in "good faith" before commencing arbitration proceedings is enforceable. The award *Emirates Trading Agency LLC v Prime Mineral Exports Private Limited (2014) case* was rendered on the issue under consideration. The Tribunal upheld, that "the public interest in giving effect to dispute resolution clauses which require the parties to seek to resolve disputes before engaging in arbitration or litigation. Indeed, we think that such a provision as "negotiate in good faith" is in the public interest as they promote the consensual disposition of any potential disputes. Furthermore, enforcement of such an agreement when found as part of a dispute resolution clause is in the public interest. First, as a commercial subject expects the court

will enforce the obligations, which they have freely undertaken and, second, because the subject of the agreement may avoid what might otherwise be an expensive and time consuming arbitration”.

Another key point is that negotiations do not always presuppose a more or less lengthy series of notes and dispatches: it may suffice that a discussion should be commenced. Such a discussion may be very short; this may be the case if a deadlock is reached, or if finally, a point is reached, at which one of the parties definitely declares himself unable, or refuses, to give way, and there can, therefore, be no doubt that the dispute be settled by diplomatic negotiations.

It is a general fact, that negotiations start when the dispute arises. The time limit for initiation the arbitration proceedings begins to emerge from the very moment of a "deadlock" is the moment of the negotiation’s failure.

No doubt that contractual time limit to initiate arbitration proceedings operates as an absolute time bar for a claim pursuant to the underlying contract. Moreover, effects of time limit with respect to contractual time limit could bar the claim or right of action. Additionally, failing to initiate the arbitration proceedings within the agreed time limits could result in the loss of the right to any claims.

As is it known, contractual time limit is a kind of a time bar. Time bar clauses are contractual restrictions and can therefore be varied or even entirely excluded by if the parties agree to do so. Parties in a string of contracts should, however, always ensure that matching time bar obligations apply up and down the string of contracts.

It is important to realize that intent to impose an absolute time bar should be interpreted by "subjective" and "objective" intention of the parties.

Referring to the "subjective intent", conduct of a party is to be interpreted according to his intent. That is, all the circumstances should be taken into consideration.

As to the "objective intent" it should be noted that objective intent looks into the actual intent of a party and what a “reasonable person” would understand. It is a common known fact, objective intent is based on the principle of a reasonable person, which means that if all relevant circumstances of the case were acknowledged by the “reasonable person”, that Person will treat such a provision undoubtedly and affirm that "parties had intention to impose an absolute time bar. From the point of view of the third reasonable person it would be apparent that the contractual time limit is defined expressly.

Furthermore, the Art. 2 (d) of UNCITRAL Model Law reads that, “parties are free to determine a certain issue, such freedom includes the right of the parties to authorize a third party, including an institution, to make that determination”. According to the view of the third party, it would be clear as well, that the parties intended to impose an absolute time bar.

By the same token, the purpose of the time-limits is to hear a case, dealt within a speedily manner. Time limits are set to minimize the opportunities for delaying the resolution of disputes by the parties. Additionally, the main purpose of time limits setting is to ensure that the dispute to be resolved in the shortest reasonable period of time and to prevent any abuses by the parties.

In most cases contractual time bars operate perfectly well. In some cases, however, they can create difficulties for parties who must submit claims early or risk losing the right to claim.

The recent spate of claims commenced following the widespread contamination of Ukrainian sunflower oil in 2007/8 show the difficulties that can arise. In 2008, a random analysis by a French company revealed that a batch of Ukrainian sunflower seed oil was contaminated with mineral (machine) oil. The contamination could not have been discovered using standard testing methods. Following the notification by the EU rapid alert system it became clear that similar contamination was widespread.

Due to the nature of the contamination, in many cases it was only discovered after the contractual time bars had expired. Indeed, in some cases the contaminated oil had entered the food chain and had to be withdrawn from supermarkets. Buyers have argued that the strict application of short time bars would be unfair in these circumstances.

On the basis of the aforementioned facts, we can reach the conclusion that parties in a dispute should consider the contractual time limit as an absolute time bar, insert escalation clauses into the arbitral agreements as well as keep in time with its fulfilment.

KYLYNA ZABRODSKA

Ivan Franko National University of L’viv

DISCHARGE FROM CRIMINAL LIABILITY IN VIEW OF RECONCILIATION OF THE OFFENDER AND THE VICTIM

The tendency of integration of a person into the criminal process, extension of restorative justice arose in the 1970s. Even though, Ukraine has only stepped on this way, the prevailing of the person's interests upon the interests of the state was declared from the first steps. One of these steps was the introduction into the Criminal Code (2001) A. 46, which reads: "A person who has committed a minor criminal offense for the first time shall be exempt from criminal liability if he/she reconciled with the victim and compensated the losses or removed the damage done."

The grounds for the discharge from criminal liability in view of reconciliation of the offender and the victim, in the totality, include a list of conditions and prerequisites, which are necessary and obligatory in order to apply Article 46. Under the A.46 the prerequisite of its applying is the commission of minor offense and reckless medium grave offense. Worth mentioning is the fact, that the A.46 is not applicable to the corruption crimes. The conditions of the discharge from criminal liability in view of reconciliation of the offender and the victim are: reconciliation with the victim, compensation of the losses or removal of the damage done.

In the scientific literature the issue of the correlation of the notions institute of the discharge from criminal liability in view of reconciliation of the offender and the victim and the institute of the reconciliation agreement, stated under the A.471 of the Criminal Procedural Code of Ukraine is disputable. Some scholars identify these institutes, however, we agree with the falsity of such an opinion, since under the A.471 the consequences of the reconciliation agreement may not be the discharge from criminal responsibility, meaning the result of the court proceedings concerning the discharge from criminal liability is the decision of court to close the proceedings, whilst in case of the conclusion of the reconciliation agreement – conviction. Moreover, the conclusion of the reconciliation agreement does not depend on the commitment of the crime for the first time or of the crime of the particular gravity.

Reconciliation of the offender and the victim (victims) shall be understood as the

act of the remission in result of the free expression, which excludes any unlawful influence regardless of which side and due to which motives was the initiator of the reconciliation. That is how the Plenum of the Supreme Court of Ukraine defines the "reconciliation" notion.

In the above-mentioned definition of reconciliation, the Supreme Court has stated, that it is not worthy, whom did the initiative come from. The initiators may be one of the sides, both sides or their close relatives, law-enforcement bodies, court etc. Inadmissible is the unlawful influence from either the side of the prosecutor, investigator or the judge, or the side of the offender or, under his consent, other persons since the expression of the victim has to be free.

Analyzing the second condition under the A.46, it is worth mentioning, that as a general rule compensation of the losses or removal of the damage done is an obligatory one. However, some scholars consider it to be facultative, since the victim may excuse the debt or reject their right to compensation. All in all, it is worth drawing attention to the fact, that though the voluntarism of the consent of the victim on the discharge from criminal liability is obligatory, after reaching such a consent and closing the case the victim may not secondarily raise the issue of drawing to the criminal liability for the same crime.

In European and world practice, the institute of mediation has widely and actively been used, for quite a long time, not only in civil but also criminal proceedings. Frankly speaking, such practice is not that extensive, however it exists, and one of the biggest mediator-centre, which conducts the cases of the criminal character is the CO "Ukrainian Centre of Consent".

Having analyzed the circumstances and the conditions of the case, published in the printed source of the Centre from the practice of applying the mediation procedure the almost absolute correspondence to the conditions and prerequisites of the Article 46 of the Criminal Code application may be found. The substantial difference appeared to be the fact, that under the Article 46 the discharge from criminal liability in view of reconciliation of the offender and the victim may be applied only in the case of commitment of a minor offense and reckless medium grave offense, in the observed case intentional grave offense has been committed.

An important aspect is, that within the mediation procedure directly during the

hearing of the cases concerning the discharge from criminal liability in view of reconciliation of the offender and the victim, mediation is not foreseen as the final stage of the trial, however, it will help the parties to reach consent in a more effective and dispositive way, as to the amount and form of the compensation of the losses or removal of the damage done, formalize the process, as well as guarantee the respect for human rights and execution of the procedural duties of the parties.

SOFIA KUKHTIY

Ivan Franko National University of L’viv

PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW OF UKRAINE: CONCEPT AND LEGAL IMPORTANCE.

Principles of law interfuse the whole national legal system. They characterize the essence as well as the content of law, reflect its internal structure. Principles of law serve as a kind of foundation, a basis, upon which not only legal rules, institutes or branches of law, but the whole legal system, are created and implemented. They serve as the basic guideline of the lawmaking and law-enforcing activity. The focus on building a European, law-governed, social state, chosen by Ukraine, determines the necessity of revising the ideas about legal principles.

Principles of law are not random in nature, but objectively determined by economic, social and political development of the society that exists in a particular country, the nature of the political and state regimes, the basic principles of the construction and operation of country’s political system. In this context, the analyzed problem has always caused a great interest among the scholars, since the operation and implementation of legal principles is paramount to achieve the objectives and goals of this branch of law.

The relevance of the topic consists in the fact that despite great attention to studying the principles of criminal law, the problem has not still received an appropriate development among Ukrainian scholars. That indicates a clear underestimation of the regulatory capabilities of the principles of criminal law. Nowadays scholars have no common approach to the understanding of the most significant issues, related to the topic. The concept, system and the meaning of the criminal law principles, as well as the expediency of their fixation in the Criminal Code of Ukraine, cause heat debates and discussions.

The content of the notion “principles of criminal law” is determined mainly by the understanding of this term in the general theory of law. There are quite a few definitions, so the perception of a certain scientific approach influences the designing of the analyzed term in the criminal law.

Along with the variety of definitions of the notion "principles of law" all points of view, existing in the legal literature, may be summarized in the following two: 1) the principles of law are the fundamental ideas, 2) they are the normative foundations of law, determining the essence and direction of legal regulation. (Usually we may observe the combination of these approaches.)

Having analyzed the approaches of different scholars to determining the notion, we may come to a conclusion that the key aspects in the definition of the legal principles in general and criminal law principles in particular, should be: systemic nature, generality and fundamentality.

To my mind, the approach of V.K.Hryshchuk to determining the analyzed notion, is the most appropriate. He offers such a definition: principles of criminal law – is a system of the developed by the criminal law science and embodied in the provisions of the objective criminal law general guiding basics, ideological tenets, that reflect the substantial nature of criminal law, its tasks, and the patterns of criminal-law regulation. In particular, the usage of the notion “system”, that is essential for a proper understanding of the category “principles”, is very appropriate in this definition. Thus, in the objective sense principle is a foundation on which the diversity of things and their properties emerges.

As it has already been mentioned, there is no common understanding of the specific content of the principles and their list. They are divided into general and specific (sectoral). Recently there has been expressed another point of view, that denies the necessity of singling out specific principles of criminal law. It is proved by the fact that, specific legal principles are nothing else, but refraction of the general ones.

It’s worth mentioning that the issue of the criminal law principles is greatly considered in the criminal law of certain foreign countries. It led to the clear scientific results, conclusions and to the fixation of the criminal law principles in the legislation of these countries. The legislators believe that the principles of criminal law require statutory fixation, because they serve as certain ideals, to which a law-enforcer should aspire. Some

European countries’ Constitutions directly fix the following criminal law principles as: legality, personal nature of criminal liability, adequacy of punishment, humanity, individualization of punishment and others.

The analysis of the current legislation shows that in some countries even special sections of the Criminal Code are dedicated to formalizing the principles of criminal law.

It is worth mentioning that in the Criminal Code of the Russian Federation such principles as legality (a.3 of the CC), equality before the law (a.4 of the CC), fairness (a.6 of the CC), humanity (a. 7 of the CC) etc. are legally formulated.

The Criminal Code of the Netherlands provides other principles, like solvency and criminal liability of legal entities.

The Criminal Code of Poland does not contain a systematic list of the criminal law principles. This may be considered as a certain resemblance to the Criminal Code of Ukraine. However, the Polish Criminal Code contains fundamental provisions in the separate articles (a.a. 3, 10, 11).

Legal principles themselves cannot perform the regulation of legal relations. At the same time, principles of criminal law should be a basis, a reliable foundation for the legislative process of creating a harmonized system of regulatory and law-enforcement provisions of criminal law. The role of criminal law principles is extremely important for a proper internal construction of the branch of law, proper rulemaking and law-enforcement. Ignoring of the legal principles leads to the legal nihilism, adoption of so-called “dead norms”, violation of the constitutional requirements and human right and freedoms.

Principles of the Ukrainian criminal law should serve as a basis, a reliable foundation for the legislative process of creating a harmonized system of regulatory and law-enforcement provisions, which is able to protect the criminal law from randomness and controversy. While creating a provision, the legislator should be guided by certain principles, and the same principles shall be considered during the implementation of the provisions in law enforcement practice.

NATALIIA SAVULA

Ivan Franko National University of L'viv

PROBLEMATIC ASPECTS OF CIVIL LAW REGULATION OF THE RIGHT TO DONATION

With the rapid development of donation, consolidation and extension of international standards both in the world and in Ukraine, special attention is paid to the exercising of the right to donation. We believe that it is necessary to consider this issue in the light of the donation classification to types, namely, peculiarities of its procedure as well as controversial aspects of donation of blood and its components, organs and other anatomical materials and reproductive cells.

The constitutional foundation of legal regulation of donation in Ukraine is Art.29 of the Constitution, which defines the right to inviolability of the person in terms of assent or dissent to any medical intervention. To make the content of this provision detailized, in the legislation of Ukraine the right to donation or its separate structural elements is prescribed, particularly in the Civil Code of Ukraine, the Fundamentals of the Ukrainian legislation on health protection (hereinafter – the Fundamentals), Law of Ukraine "On transplantation of organs and other anatomic materials to a human" (1999), Law of Ukraine "On the donation of blood and its components" (1995) and other bylaws that outline certain issues in the sphere of donation.

The itemization of lawfulness of blood and its components donation are foreseen in the Law of Ukraine "On the donation of blood and its components". There are several aspects we should pay attention to, concerning the consolidation of this type of donation in Ukrainian legislation. Firstly, there is no formed National Register of blood and its components donors, and the absence of the register causes a large amount of inconveniences, and no official document confirms the fact as to registration in the region, where you want or would like to donate blood, although, this institute was declared unconstitutional by the Constitutional Court of Ukraine in 2004. Secondly, a low activity of donors cannot help disturbing. Thirdly, the question arises, whether to retain paid blood donation. We believe that although volunteer donors are safer as they have a more altruistic aim, but the situation with the provision of blood indicates that paid donation cannot be cancelled, and

payment is to be considered as compensation to the donor for the inconveniences received.

Another type of donation is the transplantation of organs and other anatomical materials. Questions regarding this type of donation and itemization of its lawfulness are regulated by Law of Ukraine "On transplantation of organs and other anatomic materials to a human". In our opinion, controversial aspects of transplantation from living persons should be primarily considered. Firstly, it is a too narrow range of donors fixed by the legislator (close relatives or spouse of the recipient), since not every close relative can be a donor because of objective factors, and therefore, the probability percentage of human’s saving is reduced to a minimum. We consider it necessary to consolidate the "cross" donation (i.e., the possibility of donor organs "exchange" with another family or close people, who have faced with the same problem) in the legislation of Ukraine. Secondly, conflict between the provisions of law on transplantation and the Fundamentals, which consists in the following: under the provisions of the Law the assent to extracting organs and tissues for transplantation can be given only by donor, and under the provisions of the Fundamentals assent to extracting a person’s anatomical material for transplantation can be given by both the donor and his legal representatives. We consider it be appropriate to prescribe the extraction of regenerative tissues from a person, who is not able to give its assent, in the presence of the both: legal representative and potential donor as an exception and under the conditions of protection prescribed by law, which is in conformity with international law. Thirdly, the issue of payment for this type of donation is rather controversial. In our opinion, payment for anatomical material is unacceptable and only compensation for the caused inconveniences, physical and mental suffering, risk of possible damage to health will be appropriate.

Consideration should be given to some points concerning posthumous donation, prescribed in the legislation. Firstly, this is uncertainty as to whom and where to leave the application for assent or dissent for posthumous donation. In our opinion, the Unified state information system of transplantation should be immediately established, on record of which information about the will of citizens on this issue will be put. Secondly, the most controversial question is which model of posthumous extracting organs should be introduced in Ukraine. We believe that the retaining of "presumption of dissent" will be the best option at this stage of our country’s development as the introduction of the model

"presumption of assent" can lead to unacceptable consequences in a country where corruption is rampant, the number of people under the poverty line is great, an incredibly small funding of this medicine province and total distrust to the medical staff.

It’s also worth contemplating the issues concerning reproductive cells donation, and it should be admitted that this type of donation is the least regulated. The itemization of lawfulness of its carrying out is regulated by the Order of the Cabinet of Ministers "On approval of the application assisted reproductive technologies procedure in Ukraine". Several problematic aspects should be studied. Firstly, it is the question whether to retain the anonymity of the donation as it violates the child's right to know its genetic origin. We believe that the prohibition of anonymous gametes donation in Ukraine will have negative consequences, since the reduction of a number of donors will be observed, which, in turn, can lead to a lack of genetic material, and such a prohibition will lead to abuses in this province, for example, the emergence of illegal reproduction clinics. Secondly, it is a payment to a donor for providing genetic material. Nowadays, in Ukraine, the donation of gametes is carried out both on a commercial and non-commercial basis. Taking into account the current economic and legal realities of Ukraine, we consider consolidation at the legislative level both paid and non-paid donation of gametes to be the most effective solution of this issue. Donors, participating in the donation program, are entitled to a pecuniary reward as a compensation for the inconveniences brought.

Thus, state of the legal regulation and exercising the right to donation in Ukraine leaves much to be desired. In our opinion, it is the public authorities that should encourage people to become donors by clarifying the law subjects their rights and guarantees, improvement of the state policy in the area of voluntary unpaid donation development, real prosecution of persons who interfere with individuals exercising their right to donation or guarantees provided by law.

YARYNA FERENCHAK

Ivan Franko National University of L’viv

INSANITY: CONCEPT AND CRITERIA

Relevance of the topic: the doctrine of insanity is decidedly considered to be one of the main issues of the criminal law theory. The problems of sanity, insanity and partial sanity are complex, and therefore are examined by not just one science but several ones. Among them: criminal law, legal psychology, psychology, pathopsycology, psychiatry, sociology, philosophy etc.

The formula «sanity – insanity » had been in force before the current Criminal Code was adopted in 2001, the term «partial sanity» – is a novel in the Ukrainian legislation, that`s why the relevance of its study is explainable.

The issue of sanity and insanity appeared on the turn of 18-19 centuries. For the first time, the formula of insanity was used in the Criminal Code of France in 1810. Despite the fact that in the Criminal Code of France only the medical criterion was used, further this novel of French lawmaker was accepted and improved by scientists of other European countries. Nevertheless, it is proved that analogical formula was foreseen in The Articles of War, the Russian military regulations adopted by Peter I. This legal category was spread in Ukraine in 1832 after The Code of Laws of the Russian Empire had been adopted.

Such legal definitions as «sanity» and «insanity» aren’t foreseen in the criminal legislation of common law countries. The issue about sanity or insanity of a person is solved through «M`Naghten rule», formulated as a reaction to the acquittal in 1843 of Daniel M'Naghten on the charge of murdering Edward Drummond, whom M'Naghten had mistaken for British Prime Minister Robert Peel.

According to the M'Naghten rule « every man is to be presumed to be sane, and... that to establish a defense on the ground of insanity, it must be clearly proved that, at the time of committing the act, the party accused was laboring under such a defect of reason, from disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing; or if he did know it, that he did not know he was doing what was wrong».

The volition sign is absent in the M'Naghten rule, that`s why some states of the USA added to this rule the doctrine of irresistible impulse. In criminal law, irresistible impulse is a de-

fense by excuse, in this case some sort of insanity, in which the defendant argues that they should not be held criminally liable for their actions that broke the law, because they could not control those actions, even if they knew them to be wrong. It was added to the M'Naghten rule as a basis for acquittal.

The consent of insanity is derived from the consent of sanity, and they are considered to be antipodes. The state of sanity is a precondition of guilt and criminal liability as well as a mandatory characteristics of a subject of a crime.

Under A.19 of the Criminal Code of Ukraine, a person who was aware of and could control his/her actions (omissions) at the time of committing an offense shall be recognized sane.

The state of sanity is a normal condition of a mentally healthy person. Moreover, the Criminal Code of Ukraine foresees the presumption of sanity. It means that a person who faces criminal trial is presumed sane until the opposite is proved. If there are doubts about person`s sanity, the bodies of the pre-trial investigation or the court appoint the forensic psychiatric examination.

Under A. 19 of the Criminal Code of Ukraine «a person who, at the time of a socially dangerous act, as prescribed by this Code, was in the state of insanity, i.e. was not aware of or could not control his/her actions (omissions) in consequence of a chronic mental disease, or a temporary mental disorder, or feeble-mindedness, or any other morbid mental condition, shall not be criminally liable. Such a person may be subjected to compulsory medical measures upon the decision of a court».

The concept of insanity includes two criteria: medical and legal.

Medical(biological) criterion is related with the painful nature of the person`s mental health disorder. The mandatory characteristics of the insanity, which compose its medical criterion are: a chronic mental disease, a temporary mental disorder, feeble – mindedness (dementia) or any other morbid mental condition.

Legal, or sometimes it is called psychological, criterion of insanity points out the degree or the depth of the mental disorder as a result of the mental disease. Legal criterion means the inability of a person to realize his/her actions (omissions) or the inability to control his/her actions (omissions) in consequence of the mental disease or the mental disorder.

Legal criterion has two characteristics: intellectual and volitional. The intellectual element of the legal criterion of insanity denotes inability of a person to realize the fact of the crime, namely incomprehension of the real significance of his/her behavior and, therefore, inability to realize its social dangerousness. The volition element of the legal criterion indicates the person`s inability to control his/her actions (omissions) because of the mental disorder.

The mental disease makes a destructive impact on the person`s consciousness and causes the disorder of other mental functions. As a result, a person is unable to realize his/her behavior as well as a person is unable to control his/her will.

A person in the state of insanity isn`t the subject of a crime, because such a mandatory element of the subject of a crime as sanity is absent. The mental state of a person is established by forensic psychiatric examination, appointed by the investigator after the fact-finding about committing a socially dangerous act by this person.

The concept of «partial sanity» is a novel in the Criminal Code of Ukraine. The current Criminal Code foresees the rule about criminal liability of a person, suffering mental disorders, which doesn’t exclude sanity. It means that person, being in the state of partial sanity, is a subject to criminal liability.

On the analogy with such categories as «sanity» and «insanity», the state of partial sanity is also considered by two criteria: medical and legal.

Partial sanity is characterized by existence of the mental disorder, which is a medical criterion. Whereas the legislation doesn`t concretize its variation, we can suggest that any mental disorder, proved by established medical rules and appropriate diagnosis, can prove the existence of the medical criterion of partial sanity.

The legal criterion of partial insanity is characterized by person`s inability to realize his/her actions(omissions) exactly and/ or inability to control them exactly.

Such a theory, to some extent, complicates the practice of application, whereas in practice it is quite difficult to determine the bound by which inability to realize the actions (omissions) and to control them, acquires attributes of the general (total) disability of such mental activity.

In contradiction to insanity, a person, being in the state of partial sanity, is a subject to criminal liability. Under A.20 of the Criminal Code of Ukraine «partial insanity shall

be taken into account while pronouncing a sentence by the court and may be a ground for compulsory medical measures».

ALONA FLAK

Ivan Franko National University of L'viv

SPECIFIC FEATURES OF APPLICATION OF THE PUNISHMENT TO MINORS

In the conditions of an urgent situation concerning a high crime level among the minors, this research is rather actual, as the analysis of the system of punishments, the practice of its application by courts allows to observe the positive and negative sides of each type of the punishment, to make the conclusions about its expediency and efficiency and to consider a probable expansion of the current system of punishments applied to the minors.

There is a separate system of punishments, that can be applied to the minors, singled out in Chapter XV of the Criminal Code of Ukraine. The list of the punishments is exhaustive and includes five primary and two additional types. Moreover, under the article 11 of Resolution №5 of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine "On Court Practice in Legislation Application on the Cases of Crimes committed by Minors" other primary and additional types of punishment are not imposed on the minors.

The primary punishments include: a fine; community service; correctional labour; an arrest; imprisonment for a determinate term.

A fine may be imposed only on the minors who have independent income, personal finances or property, on which the execution of penalty may be levied. The efficiency of such a punishment is really low, because its educational function is negated by the actual payment of a fine by the parents of the minor.

The next punishments – community service and correctional labour – have their own specialties.

First of all, community service may be imposed on a minor of 16 to 18 years of age for a term of 30 to 120 hours and shall consist in services provided by a minor in time free from the studies or main employment. The duration of this punishment may not exceed two hours per day. However, the analysis of judicial practice demonstrates that such a

type of punishment as a community service is imposed quite rarely, though a lot of scholars emphasize its efficiency.

Correctional labour may be imposed on a minor of 16 to 18 years of age to be performed at the place of his/her employment for a term of two months to one year. Court shall establish an amount ranging from five to ten percent of the salary of a minor sentenced to correctional labour, which shall be deducted in the State’s budget. This punishment is seldom applied, because of a high level of unemployment among youngsters.

According to the records of the State Judicial Administration of Ukraine, in most cases, arrest is not imposed, because it inferences even more severe restrictions, under the Criminal Executive Code of Ukraine than imprisonment. In accordance with the Criminal Code of Ukraine, an arrest shall imply detention of a minor, who attained the age of 16 by the time of sentencing, in isolation in special institutions for a term of fifteen to forty-five days. The scholars argue about expediency of this punishment, for instance, prof. Schumikhin emphasizes that its introduction is artificial and violates the principles of further humanization. Moreover, the legislator does not differentiate arrest and short-term imprisonment. On the contrary, prof. Speranskyi considers that in case of proper control and organization of serving this punishment, it can be more effective than long-term imprisonment.

The most severe punishment applied to minors is imprisonment. Imprisonment may not be imposed on a person under the age of 18, who committed a minor offense for the first time. Moreover, there is a legislative prohibition on imposing life imprisonment on persons under18.

The scholars stick to different positions concerning the propriety of minors’ imprisoning, because forced isolation loosens the socially important contacts of the prisoners and can cause further lawless behaviour. That’s why such a type of punishment as restraint of liberty is proposed to be introduced, in order to provide an alternative milder punishment.

According to the researches of N. Kovtun, additional punishments are subsidiary means of state’s coercion that are aimed at differentiation and individualization of criminal liability of minors.

The institution of the additional punishments, that can be applied to minors, is not researched enough, that’s why it is hard to analyze their efficiency. The Criminal Code of

Ukraine foresees that minors may be subject to such additional punishments as a fine and deprivation of the right to occupy certain positions or engage in certain activities.

The effectiveness of both punishments is rather low, because of an insufficient mechanism of the control.

In conclusion, this research gives grounds for the possibility of reforming the current system of punishments that can be applied to minors.

Moreover, there is an obvious and urgent need for the detailed analysis of the institution of additional punishments with the aim of estimating the level of their effectiveness.

IVAN-ROSTYSLAV SHUTKA

Ivan Franko National University of L'viv

PERFORMANCE OF THE SPECIAL TASK OF PREVENTION OR EXPOSING CRIMINAL ACTIVITY, AN ORGANIZED GROUP OR CRIMINAL ORGANIZATION AS CIRCUMSTANCE PRECLUDING CRIMINALITY OF ACTION

The need to strengthen the protection of natural and legal persons, NGOs, state bodies and society, as a whole, from criminal activities associated with the creation and operation of organized criminal gangs – organized groups or criminal organizations resulted in expansion of the legislation in the Criminal Code of Ukraine, of 5 April 2001 (hereinafter – the CC of Ukraine) as to varieties of circumstances precluding criminality. Art. 43 of the CC is provided for the first time as a separate circumstance precluding criminality, the rule on performance of the special task of prevention or exposing criminal activity, organized group or criminal organization as circumstance precluding criminality of action.

Apart from the CC of Ukraine, such a provision is set even in the current Criminal Codes of some former Soviet republics: Belarus, Lithuania and Kazakhstan.

However, criminal and legal analysis of the special task performance is complicated by the fact that in the theory of criminal law there is no common position on the specific design and specific content of the legal structure of the lawful act, legislative formula-

tion components and elements of the set are not clear, which leads to ambiguous interpretations and to differences in practice when defining lawfulness and forced excess of the injury during this task performance. Only recently discussions among scholars as to lawfulness of special task performance, items and features of its legal structure, responsibility for the excess of the permitted injury.

Performance of the special task of prevention or exposing criminal activity, organized group or criminal organization has been the subject of scientific analysis in the works of national and foreign authors: Y. Aleksandrov, P Andrushko, Y. Baulina, D. Konstantinov, M. Korzhanskoho, O. Lemeshko, S. Lisenkov, P. Matyshevskoho, Y. Ogarenko, V. Orehov, V. Osadchy, A. Ryshelyuka, M. Turezkuy, M. Havronyuk etc.

It should be noted that in the theory of criminal law the basic nature of a lawful act is not comprehensively investigated, a number of issues remain unresolved or controversial (Art. 43 of the CC of Ukraine).

The aim of this study is to formulate theoretically grounded conclusions about the concept of the legal structure of special tasks performance to prevent or uncover criminal activities of an organized group or criminal organization to analyse the excess of forced injury while performing this task.

In this regard it is important to:

1) reveal the contents of the criminal law concept of performing special tasks: to prevent or uncover criminal activities of an organized group or criminal organization, to determine the social and legal nature of that circumstance precluding criminality;

2) determine the place of performance of special tasks in the system of circumstances precluding criminality;

3) analyze the reasons for exclusion criminal liability for the injury to law-enforcing interests, while performing special task;

4) analyze the main system-structural characteristics (overall structure, specific structure and specific content) of the lawful act while perform special tasks of prevention or uncovering criminal activities of an organized group or criminal organization;

5) define the concept of involuntary excess of the injury when performing special tasks;

6) formulate characteristic approaches to criminal law assessment of the injury forced when performing special tasks.

In the study of the theme, we can come to the following conclusions:

1. In practice, there are cases where, on the one hand, the act committed by a person subject to the all the elements of a crime under the Criminal Code of Ukraine, but criminal liability for these acts does not occur; This means that it concerns certain acts that the law does not specify as criminal, because through such an act much greater harm to the protected public relations was diverted than done; those cases in science are named the circumstances precluding criminality.

2. Such circumstances can be defined under the CC of Ukraine and other regulations as such: socially acceptable and lawful actions, excluding grounds for criminal liability for the damage done to the law-enforcing interests.

3. The legislator foresees seven kinds of circumstances that can be grouped into: a) exercising by persons of their subjective rights (such as self-defense, extreme necessity, criminal detention etc.); b) the performance of a legal obligation (e.g. professional capacity, order or orders etc.); c) the exercise of authority (e.g., preventive measures, physical force, special means or weapons etc.).

4. Only persons authorized by the state are the subjects who perform special tasks: employees of operational units, open and covert officers etc., the activity of the latter is based on the respective tasks; a developed plan approved by the head of the unit body must be documented.

In conclusion, it’s worth stressing that performance of the special task of prevention or exposing criminal activity, an organized group or criminal organization as circumstance precluding criminality of action can be defined under the CC of Ukraine and other regulations as socially acceptable and lawful action, excluding grounds for criminal liability for the damage done to the law-enforcing interests. However, criminal and legal analysis of the special task performance is complicated by the fact that in the theory of criminal law there is no common position on the specific design and specific content of the legal structure of the lawful act.

HANNA YAREGA

Ivan Franko National University of L’viv

ELECTRONIC FORM OF CONTRACTS

Communication technologies are developing at unprecedented pace. The number of Internet users is more than 2 billion. The number of people who use a mobile phone is about 6 billion. If the current pace of technological innovation does not slow down, it is projected that by 2025, almost all 8 billion people will be online. According to GfK Ukraine, in 2013 the country was among the top three fastest growing e-commerce markets in Europe. All the above statistics shows that there is a growing number of contracts which are entered into via the Internet, which leads to the relevance of this research.

By carrying out a comprehensive scientific analysis of the legal framework, judicial practice, legal literature and statistics relating to contracts in electronic form I came to the following conclusions.

Firstly, the legal nature of electronic form of contracts is differently interpreted by the researchers. Among them there is a discussion whether to consider electronic form of contracts as a separate form or it is a kind of written form of contracts.

According to Art. 205.1 of the Civil Code of Ukraine, transactions can be committed orally or in written (electronic) form. Law of Ukraine “On electronic commerce” fixed the definition of “electronic contract”, “electronic transaction”. Such understanding of electronic form of contract as a kind of written form meets international and European principles enshrined in international documents, for example the Model Law on Electronic Commerce of the United Nations Commission on International Trade Law and the Directive 2000/31 of the EU (“Directive on electronic commerce”)

Secondly, the stages of entering into e-contracts are:

1) The proposal to enter into a contract in electronic form (offer).
2) The acceptance of the proposal by the other party of the contract.

According to Art. 11.4 of the E-Commerce Law the proposal can be made in the following ways:

- by sending commercial electronic message. The message has to be targeted contain essential conditions of the contract and express the intention of the person, who sent electronic commercial messages.

- by placement offer (offer) on the Internet and other information and telecommunication systems.

According to Art. 11.6 of E-Commerce Law one can enter into e-contract by*:*

– exchanging electronic messages;

– filling in an electronic form; or

– completing any action on a website that confirms one's acceptance of the other party, and offer verifies the will of both parties to enter into e-contract.

Thirdly, it should be mentioned that an extremely important point while considering the electronic form of contracts is the problem of electronic (or digital) signature.

Under the provisions of the Art. 12 of E-Commerce Law, an e-contract can be signed by:

- placing an electronic digital signature (according to the Electronic Digital Signature Law of Ukraine); or
- using one-time electronic identifier (a special code forwarded to the customer's mobile phone or e-mail); or
- providing a scan copy of the party's signature provided that the parties to an e-contract have earlier entered into a paper-based agreement bearing true samples of their signatures.

The Electronic Digital Signature Law of Ukraine provides a distinction between two types of e-signature: electronic signature and electronic digital signature, where only electronic digital signature is comparable in legal effect to the handwritten signature.

According to Art.1 of the Law, the electronic digital signature is a type of electronic signature, obtained in the result of cryptographic transformation of the electronic data set which is added to this set or logically connected to it and enables to confirm its integrity and identify the signer. The electronic digital signature is applied by means of a personal key and is verified by means of an open key.

In order that e-signature provides to the document legal effect of electronic document, the electronic digital signature shall be certified by the certificate of the open key. The certificate is a document issued by the center of key certification and confirms validity of the open key and belonging of the open key to the signer, where the open key serves for verification of the electronic digital signature and constitutes parameter of crypto-

graphic algorithm.

There are two types of certificates: simple certificate of the open key and reinforced certificate of the open key. In order that the document has the status of electronic document, in particular in relations with the state bodies, and the electronic digital signature has the legal force of the handwritten signature it shall meet certain requirements:

– It shall be confirmed with application of reinforced key certificate with secure means of digital signature;

– The verification shall be performed with application of the reinforced key certificate valid at the moment of placing the electronic digital signature;

– The personal key of the signer shall correspond with the open key identified in the certificate.

But at the same time, ch. 2, Art. 3 of the Act provides that electronic digital signature cannot be invalidated simply because it is based has an electronic form, or it is not based on the reinforced certificate of the open key. There is an obvious contradiction between the provisions of the law. The question about the validity of digital signatures based on simple certificate arises. I would like to pay attention to on the European experience. According to point 2 of Art. 5 of the Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures, an electronic signature is not denied legal effectiveness and admissibility as evidence in legal proceedings solely on the grounds that it is:

- in electronic form, or

- not based upon a qualified certificate, or

- not based upon a qualified certificate issued by an accredited certification-service-provider, or

- not created by a secure signature-creation device.

In my opinion, all these kinds of electronic signature shall have legal force of a handwritten signature.

To conclude, the mechanism of legal regulation of e-contracts needs to be improved. The analysis of the existing legislation and judicial practice shows that there are gaps and collisions in the legislation and the task of the lawyers is to correct these mistakes.

MYKOLA BABIY

Ivan Franko National University of L'viv

ON THE COMPONENTS OF THE RIGHT TO A FAIR TRIAL UNDER THE CONVENTION OF 1950

In compliance with the p. 1, Article 9 of the Constitution of Ukraine international treaties that are in force, agreed to be binding by the Supreme Rada of Ukraine, are a part of the national legislation of Ukraine. By ratifying the 1950 Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter – «the Convention»), Ukraine has undertaken the commitment to guarantee certain rights and freedoms in the sphere of justice in particular.

Article 6 of the Convention, which is not subject to restrictive interpretation, guarantees the «comprehensive» right to a fair trial which is of fundamental importance to a democratic society and consists of a number of other rights, such as:

1) ***the right of access to court.***

In the decision of the case *«Hornsby v. Greece»* (19 March 1997, Reports of Judgments and Decisions, 1997-II, p. 510-511, para. 40) the European Court of Human Rights (hereinafter – «the Court») stated that Article 6 guarantees not only the right to institute proceedings but also the right to enforcement of the judgment passed in favour of the individual. The right of access to court includes: the right of court, the right to court hearing, the right to court disposal of a case, the right to enforcement of the judgment.

2) ***The right to a public hearing.***

In the decision of the case *«Pretto and Others v. Italy»* (8 December 1983, Series A no. 71, pp.11-12, paras. 21-22) the Court noted that the public nature of the litigation procedure protects the parties in the trial from the actions of the judicial administration, and is one of the means by which confidence in the courts is supported.

3) ***The right to hearing by tribunal established by law.***

The term «tribunal» is interpreted by the Court in a broad sense: apart from the judicial authorities, it includes arbitration, professional disciplinary bodies, bodies engaged in land issues, licensing authorities and so on.

4) The right to an independent and impartial tribunal.

The Court notes that a "tribunal" is a body which operates on the principle of the rule of law, independent of both the executive and the parties in the process (the *«Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium»* Judgement of 23 June 1981, Series A no. 43, p. 24, para. 55).

5) The principle of equality of arms at the trial.

«The principle of equality of arms – in the sense of a «fair balance» between the parties – requires that each party should be afforded a reasonable opportunity to present the case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent» (the decisions in the cases of *«Dombo Beheer B.V v. the Netherlands»* on October 27, 1993, Series A no. 274, p. 19, para. 33 and *«Ankerl v. Switzerland»* on October 23, 1996, Reports 1996-V, pp. 1567-1568, para. 38).

6) The right to trial within a reasonable time.

The court gave the criteria for the concept of «reasonableness» of the length of the proceedings: «The reasonableness of the length of the proceedings is to be assessed in the light of the circumstances of the case» (the *«Köenig v. Germany»* Judgment of 28 June 1978, Series A no. 27, pp. 34- 40, paras. 99, 102-105).

7) The right to legal aid.

Based on the decisions of the Court, in some cases, the state shall provide the assistance through a lawyer when it is necessary for implementing practicable access to justice, or results from the process complexity.

8) The presumption of innocence.

In the decision of the case *«Minelli v. Switzerland»* (25 March 1983, Series A no. 62, para. 27) the Court pointed out that the presumption of innocence of the accused is violated when the judicial decision towards him reflects the opinion that he is guilty, but his guilt has not been established under the law, and especially, if the accused has not been able to exercise his right to defence.

9) Procedural guarantees for the accused in a criminal offense:

a) the right to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;

b) the right to examine witnesses against him;

c) the right to obtain the examination of witnesses against him;

d) the right to obtain the attendance and examination of witnesses for the defence under the same conditions as witnesses for the prosecution;

e) the right to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court;

f) the right to defence:

   i) the right to defend himself in person;

   ii) the right to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;

   iii) the right to free choice of the defence;

   iv) the right to have legal assistance of his own choice;

   v) the right to receive legal assistance free of charge when the interests of justice so require, and the accused does not have sufficient means to pay for such assistance.

The list of conventional elements of the right to a fair trial is minimal. Though the state in national legislation may provide more extensive guarantees of a fair trial.

In addition, Art. 6 of the Convention does not specify the order of exercising these rights provided therein. As the Court stated in its decision of the case *«Imbrioscia v. Switzerland»* (24 November 1993, App. N 13972/88, A/275, para. 38), it «leaves to the Contracting States the choice of the means of ensuring that it is secured in their judicial systems, the Court's task being only to ascertain whether the method they have chosen is consistent with the requirements of a fair trial».

In this context, it is important for the Court that the guarantees of a fair trial provided in national legislation and the means of their implementation could provide a remedy for the infringed right in conformity with the principle of restitutio in integrum, or receiving adequate compensation for the violations. Thus, the specific components of the right to a fair trial are listed in Article 6 of the Convention, and the practicable remedy for the infringed right has remained to be a primary one (among them).

YULIIA LOPOTIAK

Ivan Franko National University of L’viv

THE CONCEPT «PRIVATE LIFE» IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS JUDGEMENTS

The concept "private life" reflected in the Art. 8 of the European Convention on Human Rights (hereinafter – the Convention), is relatively defined and interpreted by the European Court of Human Rights (hereinafter – the ECHR or the Court). The lack of a comprehensive interpretation of the concept makes it possible to expand the scope of this article according to the level of society. Thus, studying the concept of «private life» within the meaning of the ECHR is very actual today.

In the first ECHR judgment in the case in conformity with the Art. 8 of the Convention, the Court noted that the main purpose of this article is to protect the individual against an arbitrary interference by public authorities in his private life *(Belgian Linguistics case, 1968)*. Such interpretation gave the Court a reason to interpret the "right to respect" as a duty of the state not to interfere in the personal sphere of human relations.

The concept "private life" in the practice of the ECHR covers a huge range of issues, including: definition of the personal identity and individual private space; personal independence and personal development; the ability to interact with other people and the outside world; physical and moral integrity, health and medical intervention.

Thus, for example, the sexual life of a person – is a part of her private life. A definition of personal identity provides the choice of sexual orientation. The Court found that the prohibition of the voluntary same-sex relationships is a violation of the right to respect for private life *(Dudgeon v. the United Kingdom, 1991)*. Furthermore, the Court held that persons who engage in homosexual relationships cannot be dismissed from their work place on this basis *(Smith and Grady v. United Kingdom, 1999)*.

Considering the fact that any kind of medical treatment or examination causes interference in private life, the questions of such medical examination are the object of analysis of the ECHR in conformity with the Art. 8 of the Convention. Even if the medical examination is conducted during the detention of a person by competent authorities of the state, and this examination does not cause any harm to that person, but there is no proper legal basis, the Court finds a violation of the Art. 8 of the Convention *(Y.F. v. Tur-*

key,2003).

Furthermore, the Court considers that the storage of DNA profiles and samples of cells also violates the right to private life *(S. and Marper v. the United Kingdom, 2008),* because cell samples and DNA profiles contain large amounts of data about a person, which is a manifestation of interference in his private life. And the storage of these samples and profiles of the detained person by the state, regardless of his guilt, violates the right to respect for private life.

The ECHR finds that the collection and storage of information about the person without her knowledge is an invasion of private life. The unlimited discretionary powers of the state on the issue of disposal of such information and the lack of legal guarantees for its refutation by the person, who is concerned, are the intervention of the right to respect for private life *(Rotaru v. Romania, 2000).* Moreover, such violations as the permanently storage of data about relationships between humans and the processing of those data are also a violation of the right to private life *(P.G. and J.H. v. United Kingdom, 2001).*

Examples of application the Art. 8 of the Convention by the Court in the conformity with the protection of private life does not exhaust the meaning of the latter. In the practice of the ECHR, life covers both physical and moral aspects of human life. Moreover, the Court interpreted the Art. 8 of the Convention so that it imposes both the prohibition on unwarranted interference in private life and the positive obligation to provide protection against interference from others. The Court protects this right controlling public authorities that cannot interfere in its realization, unless such intervention is required by the law, pursues a legitimate aim, mentioned in paragraph 2 of the Art. 8 of the Convention, and is taken by the urgently necessary measures and is proportionate to that aim. Thus, invasion of private life is not justified if there is a violation of one of three criteria: legality of restricting, its legitimate purpose and necessity in a democratic society.

The ECHR is the guarantor of protection of fundamental human rights and freedoms, which, primarily intended to ensure personal development without outside interference. The concept "private life" belongs to the sphere of personal autonomy and the state, that has ratified the Convention, should not only limit its interference within the Art. 8 (first negative obligation), but the state may also be required the protection of person’s opportunities to exercise these rights and the provision of respect for these rights and

freedoms in the national legislation. Thus, the determination of proper implementation of duties by the state to protect and defend the right to respect for private life and compliance it with the Convention is the task of the Court in each particular case.

VIKTORIYA MELNYK

Ivan Franko National University of L’viv

LIMITATION OF THE APPLICATION OF PROHIBITION OF FORCED LABOR VS. ABANDONMENT FROM MILITARY SERVICE (ON THE EXAMPLES OF THE STRASBOURG COURT’S DECISIONS)

According to p.2 of Article 4 of the European Convention on Human Rights (further – the Convention) no one shall be required to perform forced or compulsory labour. The European Court of Human Rights (further- the Court) does not present "its" definition of the concept "forced labour". That is why, making decision in the corresponding cases, the Court follows the definition of the indicated concept, formulated in the Article 2 of the International Labour Organization Convention NO. 29 “On forced or compulsory labour”.

The p. 3 of Article 4 of the European Convention on Human Rights envisages an exceptional list of cases that are not considered to be interpreted as forced or compulsory labour and that are necessary for the normal functioning of democracy, provision of public safety and possibility of civil society creation in a modern law-governed democratic state.

One of such cases is any military service or, in case of conscientious refused in the countries where it is recognized, the service foreseen instead of compulsory military service (part 3(b) Art. 4). The European Commission on Human Rights (further-the Commission; ceased to exist in 1998) and the Court considered a number of cases by the part 3 (b) of Art. 4 in connection with the Article 9 of the Convention.

The mentioned Article does not provide for the possibility of protecting the persons that abandon military or alternative civil service from prosecution. According to the case "G.Z. v. Austria" (1973) – an applicant, a Roman Catholic, was serving in the Austrian army. In 1970, he got his draft determent for a year to settle his family affairs. After the end of that term the applicant abandoned the service referring to his religious persuasions. Due to the non-fulfilment of his civic duty, he was remanded in custody during 6 weeks.

The applicant alleged that his right, provided for under Art. 9 of the Convention had been violated. The commission, taking into consideration the part 3(b) Art. 4 of the Convention, decided to admit the statement unacceptable as the applicant refused to perform his constitutional duty. The Commission also figured on, that service in an army could not be changed on alternative service, because it was not established in Austria.

Thus, freedom to profess the confession, to change the religion or not to profess the confession at all, stipulated by the Art. 9 of the Convention shall not be found as abandonment from military service.

Due to the details of the case "Grandath v. Germany" (1996) the applicant, a minister of Jehovah's Witnesses, was a "constant draft evader", seeking to be exempted both from military and from civilian service. He was convicted for refusing to perform alternative civil service though he alleged that he was discriminated in comparison with Roman Catholic and Protestant ministers who were exempt from that service. The European Commission of Human Rights decided that there was no violation of the Convention in the case, as conscientious draft evaders did not have the right of exemption from military service, and that each Contracting State could decide whether or not to grant such a right.

According to the case "W, X, Y and Z v. the United Kingdom" (1998), the applicants, aged 15 – 16 by their parents' consent entered the army and marine service for a term of 9 years from the day of their 18. For diverse reasons applicants appealed for a request about liberation from service. Such requests were declined. The Commission decided to admit the complaints unacceptable, as legal relations were well-regulated in conformity with the contract. That is why labour which is done on such service is considered to be a part of ordinary civic duties.

In the case "Bayatyan v. Armenia (2011) the applicant is a Jehovah's Witness. He was registered as a person liable for military service, but refused to do it due to his religious beliefs and was eager to perform alternative civil service. The applicant moved away from his home for fear of being forcibly taken into the military. He was accused of draft deviation and sentenced to the imprisonment. In Court's opinion, setting criminal punishment, without taking one's religious persuasions into consideration, shall not be considered a violation in a democratic society. The Court also mentioned that criminal pursuit of the applicant and his conviction took place after Armenia had officially prom-

ised to implement an alternative civil service.

The Court considers that Article 9 of the Convention should no longer be interpreted as one that denies the rights and freedoms foreseen in Art. 9. The latter cannot be used together with the Art. 4 of the Convention, except the cases similar to the cases «Bayatyan of v. Armenia" and “G.Z. v. Austria".

To sum up the above mentioned I dare say that the p. 3, Article 4 of the Convention shall be interpreted as one that envisages an original compromise between state and citizen and does not acknowledge military service obligatory. The right of conscience, religion and persuasions guarantees the deserving attitude toward the religious beliefs of the citizens from the state. However, the Convention, assuming a right of abandonment from military service on the basis of religious persuasions, does not envisage a release from the alternative civil service appointed instead of the obligatory military service.

ANASTASIIA SHCHERBYNA

Ivan Franko National University of L’viv

ANIMAL AS A LAW SUBJECT: GENERAL CHARACTERISTICS

In conformity with the article 180 of the Civil Code of Ukraine animals are the specific object of the civil rights. The legal regime of a res shall extend to them, except for the cases established by law. Although, from the mentioned precept of the law, it doesn’t clear why all animals are united in one object of the civil rights and what is a peculiarity of this object.

The law of Ukraine on “The Protection of Animals from Cruelty”, comprises the conclusive answer to the question; it stipulates the common rules of behavior with animals. The preamble indicates that the law thrusts not only on protection from the suffering and death as a consequence of being cruelly treated and to reinforce morality with compassionate behavior in society, but also on the protection of their natural rights.

The law prohibits to incite the animals to each other, to use poisons for their killing, beat animals and hunting pregnant females.

Thus, in terms of the legislation of Ukraine, it is recognized that animals, being the specific object of civil rights, have natural rights provided by the mentioned law. Probably, the presence of natural rights in animals describes its peculiarity. Though, as it is

known, natural rights can be considered as a property of "belonging" subjects, not objects. This assertion more complicates than simplifies the understanding of the concept a "special object of civil rights."

According to the general rules the subject of law has two main attributes:

- Firstly, it is a person, a participant of social relations (an individual, organization), who may actually be the bearer of the subjective rights and legal duties.
- Secondly, such a person should acquire the properties of an entity due to legal norms and to be actually able to participate in legal relations.

Even if we assume the one of that characteristics is inherent to animals in Ukraine, according to the given recognition of presence of natural rights in the law on “The Protection of Animals from Cruelty” there are still exist controversies whether animals actually can be the bearers of these rights and, equally important, legal responsibilities, as well as animals are actually able to participate in legal relations.

The ability of a law subject to engage in a specific relationship can be implemented only under certain conditions, one of which is capability of the subject.

Under the article 30 of the Civil Code of Ukraine, legal capability is a natural person’s ability shall mean his/her capability to acquire civil rights by his/her actions and to exercise them independently as well as the ability to create civil obligations by his/her actions, perform these obligations independently and bear responsibility in case of their non-performance.

Theoretically it is a possible situation in which the animal is regarded as a subject of law with a special legal capability and participate in legal relations via a person that represents it by analogy with the representation of parents, guardians or trustees of a person with partial disability, and the person found incompetent.

American lawyer C. Stone suggested a legal construction, according to which in t case of a threat to the animal a "friend of animal " could apply to court regarding the establishment of guardianship over her, at the same time bringing an action for a damage compensation. The author considers a representative of the environmental organization, that promotes protection the rights of animals, to be such a “friend”).

A certain legal practice regarding the recognition of a limited legal personality of the animals exists in some States, in which the animals with the help of the trustees can be

plaintiffs. For example, in the circuit court of Mito (Japan) a group of citizens filed a claim for maintaining in Ibaraki Prefecture a place of a goose wintering. The plaintiffs were not only these individuals, but also the goose. Although in February 1996, the court ruled that the wildlife are unable to bring an action to the court, a group of residents appealed to the Tokyo higher court, and on the one of the documents instead of a signature there was the imprint of the feet of a goose.

V. Boreyko remarks that an animal can be an owner of some financial assets, that can accumulate in the local or national budgets for their protection.

In turn, V. Agafonov notes that some creatures or objects may be equated to others, if the court finds it justified or justifiable, and the decision of the court shall be a precedent for other courts to follow and will have an impact on legal practice. Moreover, the author remarks that the animals have been the subjects of certain legal relationships for a long time, (they may inherit property or be a beneficiary). The certain legal practice is quite common in the United States, Britain and its dominions, and some of its elements are still useful in Europe from the middle ages up to the modern times. It is confirmed by the well-known story about Schopenhauer`s dog that inherited the whole of his estate after the death of the philosopher.

But such situations are rather an exception than the practical implementation of the known general legal provisions of jurisprudence, since the animal because of its nature is not able to fulfil legal obligations, as well as to take responsibility for their non-performance.

ALEKSANDER WRÓBEL

Jagiellonian University

LIMITATION PERIODS IN POLISH AND UNITED KINGDOM LEGAL SYSTEMS – COMPARATIVE PERSPECTIVE

Under the Polish law the institution of limitation is regulated in the Civil Code of Poland, in articles 117-125 and in art. 442.

In art. 117 of the Polish Civil Code, the Legislator described general rules of the limitation periods and also the questions concerning waiver of the rights connected with the limitation claims. According to the art. 117 part. 2 one cannot waive the right

connected with the limitation periods before it has lapsed, consequently, one can waive the rights connected with limitation only after the specific period.

The basic limitation period, according to the article 118 of the Polish Civil Code is 10 years. Still in the latter article, one can find that "*for claims of periodic nature*" and the claims connected with the economic activity, this period is shorter and lasts 3 years.

Certain, specific provisions provide for shorter limitation periods. To give an example, the claims concerning sells of agricultural products by the agriculture companies, the limitation period is within 2 years; claims in transportation law – 6-month period etc.

Limitation period for the damages caused by the illicit act can be found in the art. 442 of the Polish Civil Code. According to this article the claimant has three years from the date when the event took place, assuming that the claimant was aware of the damage done and of the person who caused the damage, for commencing court procedure. General rule was till recently that after a ten-year period from the action causing the injury, person could not claim the damages. This period was heavily criticized in various Supreme Court decisions. The core of the problem is that article is taking the right of claiming damages from the person and in our times when science can show that some illnesses can have their origin in the action taken 20-30 years ago, it is unhuman to have such a limitation period in the Polish Civil Code and it undermines human dignity which is guaranteed by the Polish Constitution. The Legislator in order to protect the right of the citizens provided in further sections, presents special situations in which the limitation period will be longer. As an example, the art. 442 (1) par. 3, which says that in the case when the personal injury occurred the limitation period cannot lapse earlier than the three years counted from the day when the injured person became aware of the injury and about the person which is obliged to compensate the caused injury. This approach allows to adjust the limitation period to the decision of the Constitutional Tribunal mentioned above.

United Kingdom law also provides for the limitation periods, so the passage of the certain time, after which some legal actions are barred. The first Limitation Act was adopted in UK in 1623. Binding Limitation Act was adopted in 1980 and amended by the Latent Damage Act 1986 and by the Consumer Protection Act 1987. According to section 2 of the Limitation Act the basic limitation period for the actions taken in tort is six years

counting from the date on which the action which caused the damage occurred. Still actions taken in tort for the damages for personal injury are covered by the limitation period of three years. This period starts to run: 1) from the date when the action causing injury occurred; or 2) from the date when the injured person gained first knowledge of the injury.

In the actions for the negligence with a result in personal injury the limitation period of three years is in use, according to the rule 11. The day from which the counting starts – is the date from which limitation period starts:

1) it starts to run from the day on which reason for the action took place;
2) from the day on which injured person became aware of that injury.

As a second point limitation was based on the notion of “*discoverability*” of the damage. Further exceptions are provided in Latent Damage Act 1987 which is based on discoverability test. “Latent damage” – damage which occurs after certain period of time from the date when the main event took place. Claimant has three years which starts either from the date of knowledge of loss or from the date when he or she ought to have the possibility reasonably to obtain knowledge about the loss. Final time limit here is 15 years from the date when negligent act or omission took place.

Consumer Protection Act 1987, which is incorporated into Limitation Act, is in use when one of the parties is a consumer. According to section 11A of this act, a three-year limitation period is applicable to both personal injuries and other forms of damage which are result of legal actions covered by this act.

As for discoverability rules in case *KR v Bryn Alyn Community Holdings Ltd [2003] QB 1441*, it was stated that those rules under 11-14 of the Limitation Act are to be used in case of physical injury which has its origins in negligence or related torts.

As for physical injuries, according to Article 11(2) of the Limitation Act 1980 the limitation period for personal injury (among others) caused by the negligence is three years from the date when the act or omission causing the damage was performed or from the “date of knowledge”. A different situation is when claimant dies. According to 11 (4), 11 (5) and 11 (6) limitation period is extended for the next 3 years from his death or from the day his representative became aware of the injury, so from the “date of knowledge”.

The term the “date of knowledge” is explained in Art. 14 (1). It is a date on which the claimant becomes aware of the facts, that: 1) the injury was significant; 2) the injury

was attributable in partly or wholly to the alleged negligence; 3) the identity of the defendant is known; 4) additional information about a possible person who could commit the negligence instead of the defendant, if applicable.

DAMIAN ŚWIĘCIOCH
Jagiellonian University

FORMS OF EMPLOYMENT OF NON-EU FOREIGNERS IN THE REPUBLIC OF POLAND – SELECTED LEGAL ASPECTS

My paper refers to the forms of labor and non-labor employment of non-EU foreigners in the Republic of Poland. In view of the growing number of Ukrainian citizens working in Poland and the forthcoming changes in the Polish Labor Code and the Non-residents Act, I strongly believe that the presented above matter, is current and essential to analyze. Only a few years ago, the number of statements about willingness to entrust the non-EU foreigners, which were registered by Polish employers, amounted to about 200 thousand annually. Since 2014, dynamic growth has been observed. In 2015 780 thousand of such statements were registered and 760 thousand for the citizens of Ukraine. At the beginning of my speech, I would like to submit to an examination the procedure for getting a labor permit in Poland. Namely, issuing a labor permit for non-EU foreigners usually is a two-stage process in Poland. First of all, the employer has to receive a promise to grant a permit from the office, which forms a foreigner's basis for applying for the documents confirming his / her residence on the territory of the Republic of Poland in connection with the work purposes (visa, residence permit, residence card of the EU citizen's family member). Then a foreigner is issued a labor permit on the territory of Poland. Moreover, on the day of filing the application, a non-EU foreigner holds an appropriate residence permit in connection with his work on the territory of the Republic of Poland, because then the decision on a labor permit is issued without the need to give a prior promissory note. Another very important issue that I would like to discuss at this stage of the paper is the fact that there is also a need to obtain the labor permits when it comes to civil law contracts, namely an order contract or specified work contract. The labor permit refers not only to employment opportunities under an employment contract, but also to

entrust non-EU foreigners “any other gainful employment”, i.e. work or service provision under the agency contract, a contract of specified work or an order contract. The consecutive aspect that I strongly want to broadly present, are the conditions for issuing a work permit: a permit from the office given to employer and the obtaining of a valid visa or permit for residence for a fixed period of time on the territory of the Republic of Poland by non-EU foreigners. A promissory note and a labor permit for a foreigner are issued by the competent voivode at the request of the employer for a specified period of time for a particular non-EU foreigner and employer, for a particular post or type of work performed. When the promise has been issued, the authorization shall be issued upon obtaining a written confirmation from the employer of the date on which a non-EU foreigner commences the work. The date of commencement of work by a non-EU foreigner cannot be earlier than the date of issuance of a decision on a labor permit. Posterior issue that I want to consider is the scope of the rights resulting from the permit. Namely, the labor permit does not allow the unrestricted mobility on the Polish labor market. It does not even give non-EU foreigner the opportunity to do any work for a particular employer, but only the type of job or work which is included in a labor permit. However, the issued labor permit remains valid in the event of a change of name, legal address or transformation of the legal form of the employer and the transfer of the employer or part thereof by another employer. The issuing of labor permits for a fixed period of time is linked to the temporary employment (exception are indicated in the specific acts), so the employer concludes the contract for the duration of this permit. Before applying for a labor permit for a non-EU foreigner, the office needs to check the local and community labor market. In the hand of the issuing the permit procedure, there are taken into account: information about the employer's actions on the entrusting work to a Polish citizen or a foreigner of the UE territory or a citizen of a Member State of the European Economic Area or a citizen of the Swiss Confederation.

In the second part of my speech, I would like to analyze the issue of forms of employment of foreigners outside the European Union, because there are different forms of employment in Poland. Due to the legal nature of the contracts, they are divided into forms resulting from the Labor Code and the Civil Code. Under the Labor Code, the primary source of labor law, there are various types of employment contracts, but under the Civil Code, which regulates civil law relationships between natural persons and legal enti-

ties there are order contracts or contracts of specified work. Further, I would like to explain the formal and legal issues related to the application of various types of contracts regulating various employment methods, both those resulting from the Labor Code and those more and more common from the Civil Code. Firstly, the employment contract gives a full scope of rights resulting from the Labor Code. With this type of contract, the employee has the right to a rest leave, maternity and health leave. During illness, the employee receives remuneration paid by the employer or Social Insurance Institution and can use free medical services. In the event of an accident, social insurance covers the costs of treatment and rehabilitation and, in the event of a disability, gives you the right to apply for a pension. If you lose your job, you can take advantage of the benefits, and your retirement pay is paid after your career ends. The Labor Code, depending on the duration of the agreement, and the purpose for which it is concluded, distinguishes three types of employment contracts (Article 25 of the Labor Code) – a contract for a trial period, a specified duration contract and an undetermined period contract. Contract for a trial period in accordance with art. 25 § 2 of the Labor Code is usually the first contract with the employer and the duration of the contract can be up to 3 months. During the term of this contract, both employer and employee have the possibility to check one another, the employer with regard to the skills and qualifications of the employee and the possibility of employing him/her in order to perform a particular type of work, the employee in terms of the conditions of work. A fixed-term contract in accordance with art. 25^1 of the Labor Code may be concluded as a second contract with the employer after the expiry of the probationary period or the first contract, which was not preceded by any other agreement. This agreement is a term contract, so the term of its termination must be indicated in its content. The amended labor laws limit the duration of this contract and the number of successive fixed-term contracts with the same employee. The contract of indefinite duration in accordance with Art. 25 §1 of the Labor Code is an indefinite contract concluded without a definitive term of employment. It assumes the existence of a permanent legal relationship between employer and employee and guarantees the stability of employment. It is the most advantageous form of employment for an employee. The second will be the form of non-labor employment under civil law contracts. It can be discussed when the employee refers to a natural or legal person creating a legal relationship that is not regu-

lated by the Labor Code, but is settled by the Civil Code. There is greater freedom in concluding civil-law contracts when it comes to shaping the content of the contracts. But it is not unambiguous with total arbitrariness. Civil law also lays down certain limits, which shall not be exceeded by the contracting parties.

DARIUSZ KIEŁB

Jagiellonian University

STATUTORY RESTRICTIONS ON TRANSFERRING THE PROPERTY OF AGRICULTURAL REAL ESTATES IN POLISH LAW – THE ISSUE OF COMPLIANCE WITH THE CONSTITUTION

The European Union law provides for interdiction of discrimination of foreign legal and natural persons from EU member state in scope of transferring agricultural real property located in a specified EU member state. Poland, having joined the European Union in 2004, obtained a special transitional period of twelve years which empowered Poland to introduce restrictions on acquiring property of agricultural real estates by foreign citizens or entities. In 2016 this period ended and since then the EU citizens regardless of their citizenship have been treated equally when it comes to acquiring the right of property of agricultural real estate located in Poland. The lapse of the transitional period was perceived in Poland as a threat to the Polish agricultural system. It’s worth stressing, that especially exposed to risk were these real property households located in the lands belonging to Poland since 1945. Whereof, equal treatment of Polish citizens and EU member states citizens did not result in removal of restrictions, but the opposite. The restrictions for foreigners have also been extended to Polish legal and natural persons, which means that the property rights to agricultural land of Polish and foreign EU member state’s entities and citizens are equally restricted. The new regulations gave rise to many disputes.

Therefore, the aim of appearance will be to present restrictions on transferring the property of agricultural real estates and to attempt to evaluate if new regulations are in compliance with the Constitution and if used mechanisms are proportional to the desired purpose.

First, the aims and role of restrictions will be set out and the special function of ag-

ricultural property in public system will be accentuated. Then, the concept of agricultural real property in Polish law will be precisely clarified.

Second, against a background of the specified statutory regulations, the scope of restrictions will be presented. The preemptive right of Agricultural Agency Property and a lessee of an agricultural real estate will also be described as well as the means of acquiring agricultural real estates. The function of Agricultural Agency Property will be summarised along with the decisive role of the agency in transferring the property.

The above described regulations will be juxtaposed with the provisions of the Polish Constitution related to the right of property and agricultural system.

LUKASZ KOLTUNIAK

Jagiellonian University

PERINÇEK'S CASE; BEGINNING OF THE NEW DISCUSSION ABOUT GENOCIDE DENIAL?

Genocide is one of the most controversial topics in the European legal, political and philosophical discourse. Since the time when Rafal Lemkin proposed his theory of very strong condemnation of each type of genocide, international will of preventing genocide has radically increased. However, the will of preventing genocide should be still protected against the paradigm of “avoiding a conflict with dictator”. The war in Syria seems to be the best example. But not only genocide's prevention but also the memory about genocide is the subject matter of this international protection. The memory about Holocaust is the subject matter of a great legal protection. In political aspect, we can, for example, analyse the French case. The “Republican movement” against National Front is the result of will of “mainstream” political right-wing and left-wing party to cooperation in case of danger of the National's Front victory. One of the reasons of such a will of cooperation is the antisemitism of Jean Marie Le Pen (former leader of this party). However, not only in political but also in legal aspect the memory about Holocaust is really protected.

But despite such a particular status of Holocaust in XX century, the whole century in general is called “century of genocide”. We should mention Srebrenica, Rwanda, Ar-

menia and others. And, obviously, the Ukrainian people has their own unique experience with genocide when we mentioned “Holodomor”. But the other genocide in XX century not gained such an important status in common memory as Holocaust. Russian people are not in danger of criminal liability when they suggest that “Holodomor” is “Ukrainian mystification”. Armenian case is particular due to the fact that together with the situation in Congo it was the first XX century genocide. Negation of genocide by Turkey is also strong. Turkey has proved to be ready to punish their own citizens if they deny the government’s official point of view.

In my conference speech, I would like to analyse a very actual decision ruling of the European Court of Human Rights. In the case Perinçek v. Switzerland, the Court analyzed the problem of potential protection of the Armenia's memory about genocide in the same way as the contemporary European law protects the Jewish memory about Holocaust. Mr. Perinçek is a Turkish politician (from the left-wing nationalist party). In 2007, he was sentenced by Swiss criminal authorities. He is the first person to have been punished for denial of Armenia's genocide. To Mr. Perinçek’s mind, this adjudication contained a vivid limitation of the freedom of speech. Moreover, he stated that it was not a justified restriction in the light of the European Convention on Human Rights. But according to Swiss government, Perinçek’s words were an example of hate speech.

At the beginning, we must distinguish two separate aspects of the legal discourse in Europe. The first is the discussion about hate speech. The freedom of speech is a basic value of the Convention. However, contemporary European legal system accepts, generally, only one unmodified principle. That is the principle of the human dignity. The other value as for example freedom of speech or freedom of conscience are also properly respected. But these values can be in collision with other values. I think that the best theoretical model to explain contemporary discussion in European's legal discourse is the theory of Ronald Dworkin. Dworkin distinguishes between principles and rules. Only rules can be fully realized. Principles are realized “more or less”. The best example to explain this theory is the judgment of the Polish Constitutional Court in the Dorota Rabczewska case. Rabczewska, the famous Polish singer, was accused of the lack of respect for religious values of other citizens. In its judgment the court had to solve the problem of the two principles collision; the freedom of religion and freedom of speech (and also freedom of conscience of the religious people and Rabczewska's freedom of conscience). The same

situation is observed in the Perinçek judgment. Freedom of speech and rights to historical and personal memory are two values which are fully respected by the European Court in Strasbourg. However, in this case, rights (rooted in principles) of Mr. Perinçek and rights of Armenia's people were in collision. For that reason, we should analyze the two argumentation lines in the case.

Argumentation of Mr. Perinçek assumed rights to the free historical discussion. He distinguished between unquestioned in history memory about Holocaust and a very controversial situation of Armenian's genocide. Perinçek tried to prove that question if the situation in Armenia during first world war had been genocide is very controversial. Perinçek perceived potential legal trouble. From the legal point of view, denial of genocide by the state responsible for the alleged genocide is a weak argument. For that reason, Perinçek's lawyer argued that not only in Turkey Armenian's genocide is perceived as controversial. Mr. Perinçek is convinced that his sentence was the restriction of the freedom of speech. He stated that he had not glorified crime but he only denied the words “genocide”. According to Mr. Perinçek, he only had presented his point of view in historical discourse.

The Swiss lawyers used different argumentation. They strongly defended the particular value of the memory of genocide in the contemporary European's discourse. Perinçek’s statements were, in their opinion, equal to hate speech. The Swiss government must construct the argumentation line which justifies limitation of the freedom of speech in this particular situation. As a result, they created the notion of the “right to historical memory limited not only to nation but also to individuals”. In this case they were convinced that freedom of speech couldn’t resulted in the people´s suffering. For that reason, Mr. Perinçek abused the freedom of speech because he did not respect Armenian's rights to protect a particular value of genocide memory. In simpler words, the particular sphere of memory connected with genocide should be very strongly protected by international community. The Swiss government is convinced that hate speech is not only connected with vulgar or cruel words but also with lack of respect for the particular moods of other people.

In Perinçek case many third-parties including NGOs intervened and presented their points of view. This case caused very strong emotions among lawyers in whole Europe.

Finally, despite some separate voices the Chamber and after appeal the Grand Chamber decided to interpret the Perinçek’s sentence as “not justified limitation of the freedom of speech”. In my speech I present criticism of the judgment and ask whether a *better solution exists*?...

YULIYA KHOMYN

Jagiellonian University

MECHANISMS OF DISPUTE SETTLEMENT IN THE ASSOCIATION AGREEMENTS BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND UKRAINE, MOLDOVA, GEORGIA.

Association Agreements concluded between the European Union and the Eastern Partnership countries, including Ukraine, Moldova and Georgia were signed in 2014 (hereinafter – “AAs, Association Agreements”).

The Association Agreements provide for a number of legal institutes which have its own mechanisms of dispute settlement and regulate a range of relations between the Parties. The Association Agreements set forth some general and specific provisions on Dispute Settlement Mechanism (hereinafter – “DSM”). All these provisions concern relations to public and private parties. The specific provisions of dispute resolution deal with political disputes, trade remedies, competition, financial control matters and sustainable development. In contrast, general provisions deal with dispute settlement and appropriate measures in case of non-fulfilment of obligations (related to the EU and state parties), general guarantee of access to courts (related to private parties). However, the most developed and controversial general provision on DSM is related to Trade and Trade-Related Matters.

DSM for trade matters is a legally detailed and developed mechanism related to the EU and state-parties. Individuals and legal persons cannot be involved into a dispute. The peculiarity inherent to DSM is a complex system of disputes resolution, which consists of three stages of dispute settlement. The procedure of dispute resolution under this institute is described in detail and relates to the World Trade Organization (hereinafter – “WTO”), DSM and the European Court of Justice. This DSM is based on the model of the WTO Dispute Settlement Understanding and is included in most of the recent EU Free Trade

Agreements (hereinafter – "FTA"). The dispute settlement provisions of the Association Agreements are general without prejudice to the WTO dispute settlement procedure. However, it prohibits challenging the same measure under the WTO agreements and the AAs at the same time. The basic advantages of the DSM of the Deep and Comprehensive Free Trade Area (hereinafter – "DCFTA") are as follows: rapid procedures, reduced time-limits of the arbitration procedure in urgent cases, as well as further reductions for urgent energy disputes. For example, the time-period for the DSM concerning Trade and Trade Related Matters in the EU is maximum 150 days (approximately 5 months) excluding the stage of consultations. In contrast, the time-period in WTO DSM covers 1 year and 3 months.

The Association Agreements prescribe a complex system of inter-state trade disputes' resolution, which provides for: 1) consultations and determinations by a group of experts regarding trade and sustainable development measures; 2) an arbitration; 3) mediation of disputes regarding market access for goods.

The first stage in this procedure are consultations. Procedure is not complicated and long-termed, however, consultations is a compulsory part of the dispute settlement mechanism between the Parties. The Parties should endeavour to resolve disputes regarding the interpretation and application of the provisions by entering into consultations in good faith with the aim of reaching a mutually agreed solution. The Association Council can settle disputes by way of a binding decision. The Association Agreements lay down some steps of the consultations between the Parties. Firstly, the Party for consultations should submit to the other Party an appropriate written request and its copy to the Trade Committee. The next step is conduction of consultations within 30 days from the date of receipt of the request. The last stage of consultations is timeframe of holding the consultations and its effects. If consultations are held beyond the terms or they are failed, the complaining Party may request the establishment of an arbitration panel.

After the consultation period, there is the establishment of an arbitration panel which shall rule on the dispute. Within 10 days of the date of the request's submission, the Parties should consult to reach an agreement on the establishment of the arbitration panel. The arbitration panel shall be chosen from a list of fifteen people. Every Party offers such a list of five people. Both Parties have to choose five other persons who are citi-

zens of neither party and they are able to act as chairman of the arbitration. The arbitration panel consists of three persons, who are elected by the Chair of the Trade Committee or the chair`s delegate by lot. If the Parties couldn’t reach an agreement on the arbitration panel, one person from each list is submitted by every Party. It is worth mentioning, that the Parties should choose an arbitrator, who must be independent and impartial. The panel should prepare a preliminary report on the arbitration case and submit it to the Parties within 90 days after the date of appointment. After expiry of the period of 120 days, which is allocated for the proceedings, the arbitration panel sends a ruling to the Parties and to the Committee. The Party complained against, within 30 days after obtaining a ruling, shall notify the other Party and the Trade Committee about reasonable period for conduction of the ruling. Reasonable period of time may be extended by mutual consent of the Parties. In order to verify the measures, the Party complained against, should submit the information to the complaining Party and to the Trade Committee about implemented measures by the end of reasonable time.

The procedure of mediation may be initiated at any time. Before the initiation of the procedure a Party may, at any time, request the information regarding a measure affecting trade or investment between the Parties. The Party to which such a request is made shall provide, within 20 days of the date of receipt of the request, a response containing its comments on the information contained in the request. Any Party may require at any time from another Party initiation of mediation procedure. Such a request shall be addressed to the other Party in writing. Party to which the request is addressed shall consider it positively or reject (in writing) within 10 days of its receipt. After initiating of the mediation procedure, Parties shall agree on a mediator for no later than 15 days. If the Parties cannot agree on the mediator within the timeframes, he will be selected by the Chairman of the Committee from the list by lot. Within 10 days of the appointment of the mediator, the Party shall present, in writing, a detailed description of the problem to the mediator and to the other Party. Within 20 days of the date of delivery of this submission, the other Party may provide, in writing, its comments on the description of the problem and information that it deems relevant. As a result, the mediator can offer an advice and present the solution for the consideration by the Parties. However, the mediator should not give advice or comments on the measure in accordance with the provisions of this Agreement. The Parties shall reach a mutually agreed solution within 60 days of the appointment of the medi-

ator.

The provisions of DSM apply in respect to any dispute concerning the interpretation and application of the provisions of the Title "Trade and Trade-related matters" of the Association Agreements except as otherwise expressly provided.

OLEKSANDR KOZHUKHAR
Ivan Franko National University of Lviv

INTERROGATIONS DURING THE "TICKING TIME BOMB SCENARIO": CAN THE USE OF FORCE BE EVER JUSTIFIED IN THE LIGHT OF ECHR?

Every state that is a party to the European Convention on Human Rights (hereinafter – ECHR) is obliged to refrain from ill-treatment under Art 3 of the ECHR as well as under Art 5 of the Universal Declaration of Human Rights, Art 7 of 1966 ICCPR. The obligation set under Art 3 is of significant importance for the European Court of Human Rights (hereinafter referred as the Court) that highlights the role of this obligation by saying that 'it is a pillar of the whole human rights protection mechanism established pursuant the ECHR'.

The absolute prohibition of all the forms of ill-treatment (torture, inhuman, and degrading treatment) was later developed by the European Committee against Torture that obliges any state to foresee the relevant guarantees and take effective measures to prevent ill-treatment. In Öcalan case, the Court confirmed its position and made it applicable under the circumstances of the risk of terrorism and the victim's terrorist conduct. The Court's position is as follows: the ECHR does not make any provisions for exception and derogation from Art 3, even under Art 15 (the so-called derogation clause).

As to the ticking time bomb scenario, the latter being a philosophical (ethical) category is interpreted in the following way: "Suppose that a person with knowledge of an imminent terrorist attack, that will kill many people, is in the hands of the authorities and that he will disclose the information needed to prevent the attack only if he is tortured. Should he be tortured?". This question is of significant importance and is worth consideration in the light of the contemporary terrorist attacks which take place in Europe.

Despite the philosophical debate around this question and the existence of interrogatory practices, when the force is used and justified, the Court has answered to this question negatively. The Court came to this conclusion in Gafgen v. Germany case.

The emphasis shall be put on the issue of force: is any “degree of force” prohibited? The Court previously applied ‘a minimum level of severity’ test, when it estimated all the circumstances of the case (duration of ill-treatment, sex, age of a victim, physical and mental effects of such treatment etc.). Nowadays, the Court strongly supports the position, according to which any recourse to physical force which was not made strictly necessary by victim’s own conduct diminishes human dignity and is in principle an infringement of Art 3. Moreover, the Court interprets the words ‘in principle’ in the way that there can be no exceptions from this rule, irrespective of the circumstances of the case.

To illustrate the position developed in this paper, we refer to the recent Bouyid v. Belgium case, in which the Court noted that even a slap (not hit) to the face affects the part of the person’s body expressing his individuality, manifesting his social identity and constituting the centre of his senses – sight, speech and hearing. The Court summarized the case at issue by finding the violation of Art of the ECHR (it was characterized as degrading treatment).

Not only the state is obliged to refrain from ill-treatment (this is a negative obligation imposed on every state), but also shall it organize the effective investigation of every ill-treatment instance after any arguable claim. Otherwise, as the Court notes, the fundamental guarantee under Art 3 would be ineffective in practice making it possible for agents of the state to abuse the rights of those within their control with virtual impunity, and to justify the violation of Art 3.

Among the recommendations made to any contracting party (to the EHCR), the latter are to be mentioned: the effective pre-trial investigation shall be conducted and the situations, when the valuable information can be extracted only by using force, are to be avoided and eliminated from the law-enforcement practices. Also, the additional trainings for the law-enforcement bodies and officers are to be organized by every state pursuant its obligations under Art 3 of the Convention. Finally, the states shall be organized effective investigation of every ill-treatment fact. Taken these recommendations into account in complex, a state can both secure the rights and obligations of its citizens and demonstrate its commitments to the ECHR’s standards.

Зміст

Вітальне слово.. 3
ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ ТА ПРАВА 4
Анжеліка Савчук 4
Юлія Гейсун 6
Анна Петрів-Буряк 10
Майя Бондаревич 12
ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВ ЛЮДИНИ, ПРАВА ТА ДЕРЖАВИ 16
Рубцов Станіслав 16
Олег Голєв 19
Мочерад Анна 22
Тетяна Проць 25
КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО ТА КОНСТИТУЦІЙНИЙ ПРОЦЕС 28

Лончук Сергій 28
Романюк Ростислав
Андрій Матат 31
Бурачинська Юстина 34
Партика Божена 37
Нікопольська Кристина 40
Богуслав Пшивора 43
ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС 47
Пустова Наталія 47
Альона Шкодяк 50
Анна Ярега 53
Анна Держипільська 57
Dariusz Kiełb 60
Андрій Плита 61
Катерина Шуневич 64
СОЦІАЛЬНЕ ПРАВО 68
Орест Раневич 68
Євген Филипець 71
Галушко Ольга 74
АДМІНІСТРАТИВНЕ, ФІНАНСОВЕ ТА ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО 77
Кіра Шестопал 77
Krzysztof Wiączek 79
Христина Потапенко 84
Богдана Чернявська 87
Альона Казанцева 89
Михайло Піняшко 92
Мартинів Андріанна 96
КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ 99
Наталія Пустова 99
Роман Синюта 102
Христина Цимбалюк 105
Monika Utracka, Tomasz Gawlas 108
Сень Ірина 112
Литвинюк Каріна 118
КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА 126
Наталія Пустова 126
Христина Цимбалюк 129
Юлія Пліш 132
Шмиг Тарас 135
Климкевич Роксолана 139
МІЖНАРОДНЕ ПРАВО, ЄВРОПЕЙСЬКЕ ПРАВО, ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВО 142
Magdalena Maciąg- Świontek 142

Gabriel Vilkas 144
Надія Комарницька 147
КОРПОРАТИВНЕ ПРАВО 151
Скидан Дмитро 151
Кожухар Олександр 154
ІНТЕЛЕКТУАЛЬНА ВЛАСНІСТЬ 156
Гаврікова Юлія 156
Юлія Олефір 159
Максим Суханов 162
Krzysztof Westfal 165
АНГЛОМОВНА СЕКЦІЯ З ПРАВОЗНАВСТВА 169
Svitlana Aleksanian 169
Nazar Bilozor 171
Marta Vavrin 173
Yuliia Gavrikova 176
Olha Halushko 179
Khrystina Heleta 181
Nataliya Huts 184
Solomiya Kostyk 186
Olha Nykorak 189
Oleksandra Petrenko 191
Yulia Popovych 194
Veronika Pochynok 197
Yuriy Repeta 199
Anastasiya Smetanyak 202
Cristina Khramova 205
Snizhana Shevchenko 208
Yuri Zborivskyi 210
Dmytro Skydan 212
Iryna Stehura 215
Taras Shmyh 217
Khrystyna Tsymbaliuk 220
Kylyna Zabrodska 223
Sofia Kukhtiy 225
Nataliia Savula 228
Yaryna Ferenchak 231
Alona Flak 234
Ivan-Rostyslav Shutka 236
Hanna Yarega 239
Mykola Babiy 242
Yuliia Lopotiak 245
Viktoriya Melnyk 247
Anastasiia Shcherbyna 249

Aleksander Wróbel 252
Damian Święcioch 254
Dariusz Kiełb 257
Lukasz Koltuniak 258
Yuliya Khomyn 261
Oleksandr Kozhukhar 264
ЗМІСТ 267

Наукове видання

XVI

Міжнародна студентсько-аспірантська

наукова конференція

«АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВ ЛЮДИНИ, ДЕРЖАВИ ТА ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ»

21–22 квітня 2017 року

Львівський національний університет ім. Івана Франка.
79000, м. Львів, вул. Січових Стрільців, 14.