ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
імені ІВАНА ФРАНКА

ЮРИДИЧНИЙ ФАКУЛЬТЕТ

ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ І ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

Матеріали XII регіональної
науково-практичної конференції

(9-10 лютого 2006 р.)

Львів 2006

У збірнику представлено стислий виклад доповідей і повідомлень, поданих на XII регіональну науково-практичну конференцію "Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні", яка буде проводитись на базі юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка 9-10 лютого 2006 року.

Матеріали доповідей та повідомлень представлені викладачами й аспірантами вищих навчальних закладів України, Республіки Біларусь, Російської Федерації та Республіки Польщі, що засвідчує прагнення до співпраці юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка з іншими юридичними навчальними закладами.

Редакційна колегія:

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

Наукове редагування:

– доц. В.М. Бурдін

Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали XII регіональної науково-практичної конференції. 9-*10 лютого 2006 р.* – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2006. – 512 с.

СЕКЦІЯ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИХ НАУК

НАЦІОНАЛЬНА ДЕРЖАВА В КОНТЕКСТІ ПОЛІТИЧНОЇ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ

Алєксєєнко І.

Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

Центральна ідея політичної глобалізації, полягає в тому, що багато проблем неможливо адекватно оцінити і вивчити на рівні національної держави, тобто на рівні окремої країни і її міжнародних відносин з іншими країнами. Замість цього їх необхідно формулювати з погляду глобальних процесів. Деякі дослідники пророкують, що глобальні сили (під якими розуміють транснаціональні організації, інші глобальні економічні утворення, глобальну культуру або різні «глобалізуючися» ідеології) стають настільки сильними, що ставиться під питання подальше існування окремих національних держав.

Параметри політичної глобалізації визначаються кризою потенціалу окремих держав, ростом проблем планетарного масштабу, виникненням нової політичної культури, що характеризується поширенням і сприйняттям загальносвітових цінностей і інтересів. Відзначається безпрецедентний кількісний ріст міжнародних організацій, збільшення числа й посилення ролі національних і міжнародних неурядових організацій (НУО й МНУО) у світовій політиці. “Важливою й разючою рисою політичної глобалізації, – відзначає професор соціології Тасманійського університету М. Уотерс, – служить те, що в жодній своїй сфері вона не досягла того рівня, що спостерігається, наприклад, у глобалізації фінансових ринків. Політична глобалізація найбільш просунута в сферах міжнародних відносин і політичної культури. Однак держава запекло пручається, чіпляється за свій суверенітет і дотепер залишається важливим фактором у вирішенні проблем... Держава може бути останнім бастіоном опору тенденціям глобалізації й ключовим індикатором її кінцевої ефективності. Якщо держави переживуть глобалізацію, її важко буде вважати тією силою, якою вона здається в цей час”.

Питання про майбутнє національної держави в стрімко мінливому світі стає центральним у світлі дослідження політичної глобалізації. Спираючись на дослідження попередніх десятиліть, політологи всього світу намагаються поглянути на майбутнє головних політичних інститутів у світлі нових тенденцій світової економіки і політико-правової науки. Особливу значущість ця проблема набуває у світлі тісного взаємозв’язку між самою демократичною політичною системою і суверенною державою, що виступає її гарантом. Питання про подальшу долю національної держави, таким чином, трансформується в питання про долю самої демократії і цим пояснюється його актуальність в сучасному світі. Винесений ще в 70-80-і роки діагноз про неспроможність і неефективність національної держави в реаліях високоінтегрованого суспільства наприкінці XX століття піддається переосмисленню. Глобальні політичні дослідження стають однією з найбільш важливих задач сучасної політології, оскільки “фаза невизначеності” вимагає негайних відповідей на виклики часу, щоб уникнути ще більшої нестабільності в майбутньому. Виявлені наприкінці 80-х років тенденції до подальшої демократизації і лібералізації країн, що розвиваються, здавалося б, повинні були привести до поступового згладжування міжнародних конфліктів, однак процес політичної глобалізації виявився набагато складнішим і неоднозначним. Прямі аналогії між економічною і політичною інтеграцією виявилися не настільки вдалими, як здавалося раніше. Невідповідність між фактично сформованим єдиним світовим ринком і національними державами, що продовжують своє існування, вимагає в умовах політичної глобалізації нового переосмислення. “Важливою і разючою рисою політичної глобалізації служить те, що в жодній своїй сфері вона не досягла того рівня, що спостерігається, наприклад, в глобалізації фінансових ринків. Політична глобалізація найбільш актуальна в сферах міжнародних відносин і політичної культури. Однак держава запекло пручається, чіпляється за свій суверенітет і дотепер залишається важливим фактором у вирішенні проблем.” Що відбудеться в ході глобалізації з національною державою, з її правом монополії на законне насильство, з внутрішнім і зовнішнім суверенітетом - такі основні питання, що ставлять перед собою політологи ведучих дослідницьких центрів світу.

© Алєксєєнко І., 2006

Таким чином, вивчення питань, пов'язаних з функціонуванням національної держави, політичної влади і управління в суспільстві завтрашнього дня набуває нового звучання в світлі концепції політичної глобалізації. Параметри політичної глобалізації визначаються кризою потенціалу окремих держав, ростом проблем планетарного масштабу, зростаючою роллю міжнародних організацій, виникненням нової політичної культури. Вивчення процесів "розмивання" і "девальвації" статусу суверенної держави й послаблення централізованих інститутів державної влади практично виділилося сьогодні в самостійний напрямок політології. Дослідники, насамперед, відзначають ряд тенденцій, що свідчать про поступове «розмивання» суверенітету в його традиційному розумінні. Головним, з погляду проблеми державного суверенітету, наслідком процесів глобалізації є протиріччя між наростаючою економічною і політичною взаємозалежністю країн і народів, з одного боку, і збереженням за державою права самостійно і на свій розсуд вирішувати власні проблеми - з іншого. Наслідком цього процесу є втрата державою ряду своїх функцій на міжнародній арені і поява на ній значної кількості нових акторів - міжнародних урядових організацій, міжнародних неурядових організацій, транснаціональних корпорацій, що приймають на себе ряд функцій, які їм делегуються окремими державами, тим самим, фактично обмежуючи свій зовнішній суверенітет. Зворотна ж сторона процесу глобалізації і виникнення наднаціональних органів влади — етнічний сепаратизм, посилення влади на місцях, що приводить також до «девальвації» внутрішнього суверенітету. Таким чином, дослідники відзначають два, здавалося б, взаємовиключні процеси - інтеграцію і децентралізацію, кожний з яких не сприяє збереженню "status quo" державної влади. Крім того, останні події на міжнародній арені показали, що ряд держав, які не володіють реальною політичною силою, частково втрачають свою основну ознаку - монополію на законне насильство на своїй території в силу поширення і затвердження універсальної ідеології прав людини, що найчастіше ставляться вище державних інтересів і є приводом до санкціонованого, з боку міжнародних структур, вторгнення в ці країни. На відміну від попереднього періоду панування теорії інформаційного суспільства, дослідники політичної глобалізації відмовляються від методу лінійної екстраполяції й апологізації цього процесу, вказуючи на його внутрішню суперечність і появу нових конфліктів при невирішених старих. Перед дослідниками глобальних політичних процесів постала проблема перегляду ключових положень науки попередніх десятиліть. Можна вказати кілька антиномій між прогнозами науковців 70-80-х років XX століття і реаліями сьогоднішнього процесу політичної глобалізації. Пророкування членами Римського клубу неминучого відмирання суверенних держав і виникнення нових множинних центрів влади на глобальному, локальному і проміжному рівнях в даний момент не виправдало себе. Проте, ми є свідками кризи й послаблення держави з тенденціями до децентралізації влади. Міжнародні організації, яким відводилася роль головних акторів у системі міжнародних відносин і домінуюче положення стосовно національних організацій, попри все, ще мають досить слабку політичну вагу, незважаючи на швидкий ріст їхньої кількості. Також не виправдався прогноз щодо самого характеру міжнародних відносин, які повинні були стати гнучкими і поліцентричними. Фактично, ведучу роль як і раніше продовжують відігравати сильні національні держави, які і диктують правила на міжнародній арені. Усі ці факти не могли не вплинути на розвиток політичних досліджень на рубежі тисячоліть, змусивши шукати нові підходи до аналізу глобальних політичних процесів сучасності і визначенню тенденцій їхнього розвитку. В цілому, політологічні дослідження стають більш конкретними і не претендують на однозначність висновків. Сама політична наука терпить значні зміни під впливом глобалізації. Магістральним напрямком фахівців з глобального політичного прогнозування стає вивчення масштабів кризи політичної системи і пошуки шляхів його подолання. Більшість вчених сходиться в думці про те, що ідея, про відмирання національної держави і загибель національно-державного суверенітету є великим перебільшенням, хоча реструктуризація державних інститутів, очевидна. Цієї точки зору дотримується і автор дослідження, відмічаючи при цьому, що однієї з найважливіших причин високого рівня конфліктності глобалізаційних процесів є фундаментальні розходження в рівні соціально-економічного і політичного розвитку людських співтовариств, у способі життя, у відношенні до основних проблем буття. Нерівномірність глобалізаційних процесів у різних сферах громадського життя породжує невідповідність у стосунках між його суб'єктами. Якщо для інтеграційних процесів у сфері світових комунікаційних мереж, інформаційного забезпечення, фінансових інститутів, засобів масової інформації темпи посилення взаємозалежності на сьогоднішній день величезні, то зміни в сфері політичного і культурного життя набагато слабші і відзначаються значної інерційністю.

ДО ПИТАННЯ ПРО ОСНОВНІ ФУНКЦІЇ ПРАВОЗАСТОСОВЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Бочаров Д.

Академія митної служби України

Потреба визначення функцій правозастосовчої діяльності зумовлена тією роллю, що її відіграє діяльність із застосування правових норм у механізмі правового регулювання суспільних відносин. Чітке усвідомлення функцій правозастосовчої діяльності дозволяє точніше визначити її зміст і завдання, а це, своєю чергою, виступає передумовою оптимізації й підвищення ефективності правового регулювання в цілому. Адже функціональна продуктивність складових – запорука результативності функціонування будь-якого складного механізму, в тому числі й механізму правового регулювання. Том успішність реалізації регулятивної й охоронної функцій права значною мірою залежить від усвідомлення й належної реалізації функцій правозастосовчої діяльності.

У традиційному його розумінні поняттям *функція* позначається та роль, яку певне явище, процес, відіграють у контексті певного цілого. У цьому сенсі можна вести мову про соціальне призначення права (роль права в процесі соціальної регуляції) або функції правозастосовчої діяльності в структурі механізму правового регулювання. Правозастосовча діяльність не є самодостатньою, її призначення зумовлене місцем у механізмі правового регулювання й роллю в процесі правової регуляції суспільних відносин. Тому говорити про функції правозастосовчої діяльності не можна безвідносно до того *цілого*, в структурі чи контексті якого правозастосовча діяльність посідає місце й реалізовується. У нашому випадку таким *цілим* виступає механізм правового регулювання (статичний аспект *цілого*) та/або процес правового регулювання (динамічний аспект *цілого*). Місце правозастосування в механізмові правового регулювання визначене наукою досить чітко, а в процесі правового регулювання через правозастосовчу діяльність, на нашу думку, здійснюється індивідуальне регулювання.

Проблема визначення функцій правозастосовчої діяльності в минулому привертала увагу таких вчених-правознавців як С. С. Алексєєв, В. М. Горшеньов, І. Я. Дюрягін, В. П. Реутов, О. О. Ушаков В.А. Юсупов та ін., наслідком чого стало створення декількох **“**функціональних” концепцій. Проте жодна з них донині не здобула загального визнання вчених, а це свідчить про збереження проблемою визначення функцій правозастосовчої діяльності своєї актуальності дотепер. Тож метою цього дослідження є теоретичний аналіз наявних концепцій із позицій наведеного розуміння поняття **“**функція” та уточнення їх у рамках власне структурно-функціонального підходу.

Але передовсім, з метою уникнення термінологічної плутанини в подальшому, необхідно уточнити зміст використовуваних базових (в контексті цієї роботи) понять. Так, поняття “правозастосовча діяльність”, “правозастосування” та “застосування норм права” доволі часто використовуються як рівнозначні в науковій і довідковій літературі. Приміром, упорядники вітчизняної фундаментальної юридичної енциклопедії при визначенні поняття “застосування правових норм” без застережень використовують поняття застосування правових норм та правозастосовча діяльність як взаємозамінні. Аналогічне ставлення до цих понять демонструє й І. Я. Дюрягін, про що свідчить визначення ним в одній із робіт “застосування норм права (правозастосовчої діяльності)” як єдиного поняття.

Разом з тим слід зазначити, що така практика ототожнення понять “правозастосування”, “застосування норм права” та “правозастосовча діяльність” попри свою усталеність в юридичній науці навряд чи є виправданою, оскільки здатна призводити (і, власне, вже призводить) до виникнення прикрих непорозумінь. Так, кінцева мета правового регулювання, тобто фактична реалізація визначених правовими нормами вимог і можливостей, буває, досягається самим актом застосування відповідної норми (регулятивної чи охоронної). Але нерідко досягнення цієї мети потребує й послідовного застосування компетентним суб’єктом (суб’єктами) значної кількості правових норм, як регулятивних, так і охоронних. Це спричиняє виникнення цілого комплексу питань, пов’язаних із визначенням такого роду діяльності. Чим є з позицій правової науки така діяльність, що вона собою являє? З іншого боку, виникає й проблема визначення статусу діяльності, що реалізується в межах окремої стадії акту застосування норми права і не приводить до ухвалення остаточного рішення у

© Бочаров Д., 2006

справі. Тому методологічно виправданою слід визнати пропозицію В. П. Реутова й О. О. Ушакова ставитися до понять "правозастосування", "застосування норм права" та "правозастосовча діяльність" з позицій розрізнення категорій загального й окремого та частини й цілого. Термін "правозастосування", на думку В.П. Реутова й О.О. Ушакова, має вживатися для позначення специфічної форми правореалізації, пов'язаної з реалізацією владної компетенції. Натомість термін "застосування норм права" ці вчені вважають за доцільне використовувати для позначення випадків повної реалізації норми самим актом її застосування, а більш складні випадки, що потребують послідовного здійснення численних актів застосування норм права (так би мовити, "забезпечення" кожного окремого акту застосування норм аналогічними попередніми або подальшими актами), позначати термінами "правозастосовчий процес" або "правозастосовча діяльність". Аналогічною є й позиція В. М. Горшеньова, який зазначав, що правозастосовчу діяльність слід розглядати як сукупність різнорідних актів основного й допоміжного характеру, за допомогою яких забезпечується безперервність процесу реалізації нормативно-правових приписів. Варто лиш додати, що до обсягу поняття "правозастосовча діяльність", на нашу думку, має входити не лише процес здійснення численних послідовно-паралельно пов'язаних взаємозалежних актів застосування норм права, а й окремо взяті акти застосування, які до того ж можуть спиратися серед фактичних підстав застосування норми на раніше вчинений, або ж відіграти роль юридичного факту за подальшого розвитку правовідносин, – тобто, увійти ланкою до правозастосовчого ланцюжку-діяльності. Більше того, поняття "правозастосовча діяльність" може використовуватись і для позначення окремих дій у рамках акту застосування норми права, оскільки кожний такий акт складається з декількох стадій і потребує вчинення різнорідних дій, здійснюваних поетапно (до того ж, доволі часто – різними суб'єктами).

На нашу думку, невиправданим є й поширене в літературі ототожнення понять "індивідуальне регулювання" й "індивідуальна регламентація". Поняттям "індивідуальне регулювання" охоплюється процес упорядкування суспільних відносин на основі правових норм аж до досягнення остаточної фактичної упорядкованості. Його результатом має бути відповідність нормативним та індивідуальним правовим приписам тих реальних суспільних відносин і станів, що є предметом регулювання. У цьому нескладно пересвідчитися, проаналізувавши численні публікації, присвячені категоріям "правове регулювання" й "механізм правового регулювання".

Так, Р.К. Русінов послідовно виділяє в механізмові правового регулювання три складових: нормативну регламентацію (створення правових норм, тобто приписів загального характеру), індивідуальну регламентацію (створення конкретизованих індивідуальних приписів на основі правових норм) й фактичну реалізацію (що доволі часто потребує додаткового забезпечення в формі контролю, заходів примусового характеру тощо).

Автори колективної монографії, присвяченої специфіці процесуальних норм і відносин у "непроцесуальних галузях", стверджують наявність у структурі правового регулювання чотирьох основних стадій – правотворчої (стадії створення юридичних норм), стадії загальної (інформаційної, психологічної, ціннісно-орієнтаційної) дії норм, стадії конкретизації суб'єктивних прав та обов'язків і стадії фактичної реалізації суб'єктивних прав та обов'язків.

С.С. Алексєєв в одній із ранніх робіт також недвозначно вказує, що процес правового регулювання завершується фактичною реалізацією учасниками правовідносин суб'єктивних юридичних прав і обов'язків.

Натомість індивідуальна регламентація завершується виданням конкретизованих індивідуальних приписів на основі норм права. Тобто, індивідуальна регламентація передбачає конкретизацію сфер застосування й нормування відповідної правової норми, та реалізується в акті застосування норми. У такий спосіб відбувається передовсім "спрямування правової енергії юридичних норм на конкретних суб'єктів", а нормативні приписи загального характеру перетворюються на суб'єктивні права та обов'язки певного виду й міри. Індивідуальне ж регулювання не вичерпується самою лиш індивідуальною регламентацією і потребує ще й реалізації суб'єктивних прав та обов'язків у подальшій фактичній поведінці адресатів індивідуального регулятивного впливу, а подеколи – й відповідного забезпечення їх реалізації. Тобто, індивідуальна регламентація й правозабезпечення становлять сутність індивідуального регулювання та зміст правозастосовчої діяльності, а відтак можуть розглядатись як її функції.

Не випадково тому деякі вчені (П.О. Недбайло, Я.С. Михаляк) вважають за потрібне включати до структури акту застосування норм права окрім традиційних трьох стадій акту індивідуальної регламентації й дії компетентних суб'єктів, спрямовані на забезпечення реалізації (виконання)

створених шляхом індивідуальної регламентації конкретизованих індивідуальних приписів (регламентів), а також заходи контролю за їх реалізацією.

Такий підхід до розуміння структури акту застосування норм права, проте, визнання наукового загалу не здобув. Разом з тим, як видається, позиція П.О. Недбайла та Я.С. Михаляк у дечому таки не позбавлена рації – звісно, якщо вести мову не про структуру акту застосування норм права, а про правозастосовчу діяльність як таку. Звичайно ж, дії "людей" (пересічних громадян) із фактичної реалізації приписів, які містяться в актах індивідуальної регламентації, не можуть становити зміст правозастосовчої діяльності "за визначенням" (що, власне, й закидають П.О. Недбайлу й Я.С. Михаляк). Це бо суперечить розумінню правозастосовчої діяльності як діяльності компетентних суб'єктів. Але якщо звернути увагу на те, що доволі часто вчинення таких дій покладається на певних суб'єктів законом і потребує реалізації ними своїх владних повноважень, фактична реалізація приписів індивідуальних актів застосування правових норм набуває ознак повноцінної правозастосовчої діяльності. Виконання покарань, примусова реалізація заходів юридичної відповідальності вповноваженими на те суб'єктами здійснюються, на наш погляд, у рамках реалізації функції правозабезпечення і становлять один із напрямків (факультативних етапів) правозастосовчої діяльності.

Безперечно, зміст правозабезпечувальної функції не обмежується лише цим. На думку С.С. Алексєєва, т.зв. виконавчі акти є одним з багатьох видів актів правозабезпечення, до яких він відносить також акти нагляду й контролю, слідчі акти, юрисдикційні акти й акти, здійснювані в процесі охорони громадського порядку. Окрім того, всі правозабезпечувальні акти він поділяє на основні й допоміжні. Основними вважає акти, що містять підсумкову оцінку обставин справи й владне веління, до числа допоміжних зараховує акти, які є підготовчими щодо основних або спрямовані на їх реалізацію. Таким чином, акти, пов'язані з виконанням покарань, реалізацією заходів юридичної відповідальності в розумінні проф. Алексєєва навіть не належать до числа основних правозабезпечувальних.

На нашу думку, розподіл правозастосовчих актів за функціональною ознакою на акти регламентації й правозабезпечувальні акти навряд чи доцільний. Функції правозабезпечення й індивідуальної регламентації є функціями складного цілісного динамічного явища – правозастосовчої діяльності, а не функціями окремих її складників, хоча кожен з них тою чи іншою мірою "функціонально забарвлений", причому зазвичай двозначно. Акт індивідуальної регламентації складається з правозабезпечувальних дій і процедур (доказування, тлумачення, кваліфікація, мотивування, процесуальні рішення тощо), водночас являючи собою правозабезпечувальний чинник, оскільки без нього неможливий подальший належний розвиток правовідносин. І навпаки, кожний "правозабезпечувальний" акт нерозривно пов'язаний з актом індивідуальної регламентації, є його передумовою, складовою або ж наслідком, – тобто, елементом окремого циклу правозастосовчої діяльності, осердям якого виступає акт індивідуальної регламентації (якщо тільки сам не є актом індивідуальної регламентації). Між іншим, проф. Алексєєв визнавав, що деякі з правозабезпечувальних актів одночасно можуть виконувати й функцію індивідуальної регламентації суспільних відносин, а всі акти регламентації (як такі, що містять підсумкову оцінку обставин справи й владне веління) відіграють роль основних правозабезпечувальних.

Таким чином, основними функціями правозастосовчої діяльності, на нашу думку, можуть бути визнані функція індивідуальної піднормативної регламентації суспільних відносин і правозабезпечувальна функція. Реалізація цих функцій становить основну складову змісту індивідуального регулювання й забезпечує функціонування самого права. Тож і правозастосовчу діяльність можна визначити, відповідно, як *здійснювану на засадах доцільності, справедливості й обґрунтованості піднормативну діяльність компетентних суб'єктів з видання конкретизованих й індивідуалізованих владних приписів (індивідуальної регламентації) та забезпечення їх видання й фактичної реалізації (правозабезпечення).*

О ГОСУДАРСТВЕННОМ ПРАВОСОЗНАНИИ

Вершок И.

Белорусский государственный университет

Происходящие в различных государствах политические конфликты, дефицит авторитета органов практически всех ветвей власти, чрезмерно низкая или, в свою очередь, гипертрофированная и агрессивно направленная, деструктивная социальная активность граждан, а также другие негативные явления, происходящие в сфере государственно-правовой и частноправовой действительности различных стран, в значительной степени связаны с падением уровня правосознания, детерминированы духовным, моральным, нравственным и даже душевным кризисом населения.

Думается, что одним из важнейших факторов обеспечения выхода из сложившейся ситуации является создание эффективно действующей системы формирования здорового государственного правосознания не только у должностных лиц как представителей государственной власти и управления, но также и у рядовых граждан.

Как общая, родовая теоретическая юридическая конструкция, общее правосознание должно индивидуализироваться и персонифицироваться при восприятии, отражении, осмыслении и выражении (объективизации) конкретной сферы политической, идеологической, экономической и иной правовой действительности, образуя тип или разновидность «отраслевого» правосознания.

В юриспруденции имеет место одна из сложных по структуре и содержанию сфер социально-правовой действительности – государственно-правовая, которая предполагает присущее ей государственное правосознание. Государственная правовая действительность охватывает государство как специфического субъекта внутренней и внешней политики, систему и компетенцию органов государственной власти и управления, государственное право и законодательство, его разработку и реализацию и др.

Понятие государственного правосознания может быть определено в значении сложного и комплексного, волевого юридически значимого мыслительного процесса правильного восприятия, отражения, осмысления и выражения в индивидуальном человеческом мышлении государственно-правовой действительности. Причем «правильность восприятия, отражения, осмысления» индивидом государственно-правовой действительности должна оцениваться не только и не столько в соответствии с нормами позитивного права, сколько с позиций существующей в обществе идеологии, требований морали, традиций, и, самое главное – религиозных норм, духовного и душевного опыта индивида (для русских, украинцев и белорусов – это в первую очередь христианский православный опыт).

В целях правильного восприятия, отражения, осмысления и выражения (объективизации) информации о государственно-правовой действительности необходимо осуществлять деятельность по формированию государственного правосознания, сводящуюся к государственно-правовому просвещению, воспитанию и образованию, а также практической реализации полученных знаний.

Объектом деятельности по формированию государственного правосознания является сознание индивидов, для которых предназначается и потом доводится информация о явлениях, процессах и других реалиях государственно-правовой действительности.

В качестве субъектов данной деятельности выступают физические лица и различные их сообщества, заинтересованные в получении государственно-правовых сведений или знаний, а также юридические лица и органы, распространяющие указанные сведения или передающие такие знания.

Формирование государственного правосознания должно осуществляться в соответствии с принципом, согласно которому для настоящего гражданина «государственный интерес и его личный интерес пребывают в состоянии живого неразложимого тождества».

Представляется необходимым, чтобы данная цель доминировала в процессе патриотического воспитания, а также при формировании государственного правосознания не только лиц, получивших государственно-властные полномочия, но также рядовых граждан, не наделенных исполнительно-распорядительными полномочиями.

© Вершок И., 2006

Государственно-правовое просвещение, воспитание и образование должно ориентировать население на восприятие самого факта несения государственной службы не как привилегии, сводящейся к получению определенных материальных ценностей, а как к служению на благо всего общества и в интересах всех и каждого. Тем более что идея служения, восприятие власти как священного долга или даже «возлагаемой Богом обязанности» имела у восточных славян свои исторические корни, начиная с периода Русского централизованного государства, и основывалась, прежде всего, на христианских постулатах.

Только гражданин, являющийся патриотом свого Отечества и достигший такого уровня восприятия, отражения, осмысления и выражения (объективизации) государственно-правовой действительности, что в своей деятельности способен подчинять личные интересы общегосударственным и обеспечивать их достижение с глубоким осознанием своего духовного и христианского признания, может быть допущен к участию в государственном управлении и принятии общенациональных решений.

Более того, с признанием на официальном уровне, в действующем законодательстве, позиций церкви как одного из важнейших субъектов просветительной, воспитательной и, в некоторой степени, образовательной деятельности, а также с наделением церковных учреждений самостоятельными полномочиями в данной сфере качество формирования государственного правосознания значительно повысится и перейдет на другой, более высокий уровень.

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВУ ПРИРОДУ МЕДИЧНИХ ПРАВИЛ І НОРМ

Гладун З.

Тернопільський державний економічний університет

Відповідно до пп. 17 і 18 положення про Міністерство охорони здоров'я України, воно бере участь у розробленні державних соціальних нормативів у сфері охорони здоров'я, затверджує відповідно до законодавства державні санітарні норми, правила, гігієнічні нормативи; встановлює в межах своєї компетенції державні стандарти якості лікарських засобів, імунобіологічних препаратів, питної води, медичної техніки та виробів медичного призначення; бере участь у розробці та введенні в дію екологічних нормативів та норм радіаційної безпеки.

Основний зміст видання таких актів полягає, насамперед, у виконанні вимог законів, у їх конкретизації і деталізації, у встановленні відповідних підзаконних правових норм. Медичні правила і норми, – термін, який хоча і нечасто вживається в законодавстві, проте є нормативно визначеним. Так, у ст. 1 Закону України „Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення" визначено, що „державні санітарні норми, правила, гігієнічні нормативи (санітарні норми) – це обов'язкові для виконання нормативно-правові акти центрального органу виконавчої влади в галузі охорони здоров'я, що встановлюють медичні вимоги безпеки щодо середовища життєдіяльності та окремих його факторів, недотримання яких створює загрозу здоров'ю і життю людини та майбутніх поколінь, а також загрозу виникнення і розповсюдження інфекційних хвороб та масових неінфекційних захворювань (отруєнь) серед населення".

Про них же йдеться і в положеннях про Державний санітарно-епідеміологічний нагляд в Україні, про Державну санітарно-епідеміологічну службу України та ін. Вказані акти є засобом встановлення правового режиму у відповідній сфері відносин, тому необхідно, щоб вони самі насамперед відповідали вимогам законності. Законодавством передбачені заходи юридичної відповідальності різних видів за порушення медичних правил і норм. Так, зокрема, Кодекс України про адміністративні правопорушення у ст.ст. 42 і 43 встановлює адміністративну відповідальність за порушення санітарних правил і норм.

Вказані акти міністерства за сферою їх застосування, умовно, можна розділити на три групи: а) акти, чинність яких поширюється на діяльність підпорядкованих міністерству об'єктів управління (органів і закладів охорони здоров'я), тобто на систему міністерства; б) акти щодо регулювання професійної діяльності у сфері надання медичної допомоги і охорони здоров'я, які поширюють свою чинність на будь-яких суб'єктів цієї діяльності, незалежно від форми власності і службового підпорядкування, тобто систему охорони здоров'я; в) акти, чинність яких поширюється на невизначене коло об'єктів, які службово не підпорядковані міністерству і зміст яких має яскраво виражений міжгалузевий характер (санітарні, протиепідемічні правила і норми, гігієнічні нормативи та ін.). Слід зазначити, що наділення міністерства вказаними надвідомчими повноваженнями передбачає водночас і здійснення державного (надвідомчого) контролю і нагляду за дотриманням прийнятих правил і норм. Для цього у складі міністерства в якості його самостійних структурних підрозділів створені Державна санітарно-епідеміологічна служба, Державна інспекція якості лікарських засобів, на які покладені завдання і функції по здійсненню державного нагляду і контролю у відповідних сферах.

Подібними до попередніх є санітарно-протиепідемічні правила і норми, під якими Закон України „Про захист населення від інфекційних хвороб" розуміє нормативно-правові акти (накази, інструкції, правила, положення тощо) спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань охорони здоров'я, вимоги яких спрямовані на запобігання виникненню та поширенню інфекційних хвороб.

Окремою групою правил і норм, які затверджує міністерство, є правила і норми щодо здійснення професійної медичної діяльності, тобто правила, що діють у сфері надання медичної допомоги і охорони здоров'я, проте мають надвідомчий характер і поширюються на об'єкти охорони здоров'я будь-якої форми власності – державної, комунальної, приватної чи колективної, чи підпорядкування. Головним критерієм чинності вказаних правил є зайняття відповідним видом професійної діяльності з надання медичної допомоги і охорони здоров'я населення. До таких

© Гладун З., 2006

повноважень міністерства відносяться визначення вимог до обсягу і якості професійної підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації медичних і фармацевтичних працівників (професійних медичних стандартів), затвердження номенклатури медичних та фармацевтичних спеціальностей і посад, встановлення єдиних кваліфікаційних вимог до осіб, які займаються медичною та фармацевтичною діяльністю в Україні. Як приклад, можна назвати наказ Міністерства охорони здоров'я України № 385 від 28 жовтня 2002 р. „Про затвердження переліків закладів охорони здоров'я, лікарських, провізорських посад та посад молодших спеціалістів з фармацевтичною освітою у закладах охорони здоров'я".

Ще однією групою медичних норм і правил є норми Державної фармакопеї України – збірника, який містить перелік апробованих і дозволених до використання в лікувальному процесі ліків і препаратів, а також нормативно закріплює їх хімічний склад, технологію приготування і застосування.

Вказані медичні правила і норми характеризуються певними особливостями. **Першою** особливістю є сфера їхньої дії, тобто сфера надання медичної допомоги і охорони здоров'я як окремій особі, так і населенню в цілому.

По-друге, специфічними є функції медичних правил і норм. До їх числа належать: функція організації та регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги і охорони здоров'я, яка слугує перетворенню фактичних відносин у цій сфері на правові відносини; функція забезпечення реалізації громадянами (об'єднаннями громадян, зокрема, громадськими організаціями) своїх конституційних прав на медичну допомогу і охорону здоров'я; функція захисту прав громадян (і громадських об'єднань) у сфері надання медичної допомоги.

Третьою особливістю медичних правил і норм є їх зміст, який полягає у встановленні певних професійних засад організації лікування захворювань, проведенні певних медичних процедур і маніпуляцій, затвердження допущених до використання в медичній практиці ліків і препаратів.

По-четверте, має певні особливості структура медичних норм. Переважна їх більшість складається з диспозиції і гіпотези, деякі містять лише одну із них – диспозицію. Санкції за невиконання вказаних правил і норм містяться, як правило, в інших актах законодавства – у відповідних нормах кримінального кодексу, кодексу про адміністративні правопорушення або окремих законах (див., напр., ст. 80. Основ законодавства України про охорону здоров'я або ст. ст. 45 – 49 Закону України „Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення").

П'ятою їх особливістю є суб'єкт розробки і прийняття вказаних правил і норм, яким є Міністерство охорони здоров'я України як спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади.

Шостою їх особливістю є їх об'єкти – це громадське здоров'я, тобто здоров'я населення в цілому і окремої людини зокрема.

По-сьоме, предметом їх регулювання є медичний вплив на здоров'я індивіда через застосування ліків, оперативного хірургічного втручання або медичних процедур.

По-восьме, медичні правила і норми мають, як правило, імперативний характер, хоча подекуди зустрічаються й норми диспозитивного характеру. Очевидно, що вказані правила і норми за своїм змістом і галузевою приналежністю є адміністративно-правовими нормами.

За даними Міністерства охорони здоров'я станом на 2003 рік, за роки незалежності видано 2931 наказ міністерства нормативного характеру. Крім того, в Україні ще досі застосовуються 258 наказів Міністерства охорони здоров'я колишнього СРСР. За ініціативою Міністерства охорони здоров'я в 1992–1998 рр. чинні акти міністерства було систематизовано, переглянуто й значною мірою оновлено. Велика роль в організації і проведенні цієї роботи належить Інституту громадського здоров'я Міністерства охорони здоров'я, в якому створено спеціальний відділ законодавства про охорону здоров'я.

Однією із проблем законодавства про охорону здоров'я є необхідність взаємоузгодженості між медичними правилами і нормами та головними актами цієї галузі законодавства, зокрема, нормами Основ законодавства України про охорону здоров'я, іншими законодавчими актами. Слід зазначити, що у переважній більшості випадків така взаємоузгодженість існує. Медичні правила і норми мають корелюватися з відповідними нормами-принципами законодавчих актів про охорону здоров'я і містити їх подальшу конкретизацію і деталізацію, механізми застосування й використання. Так, застосування складних та ризикованих методів діагностики і лікування хвороб ґрунтується на нормі ст. 42 Основ законодавства України про охорону здоров'я та значної кількості наказів, положень,

правил, інструкцій та ін., прийнятих у її розвиток, а застосування в процесі лікувальної діяльності хірургічного втручання, видалення окремих органів чи ампутація кінцівок людині відносяться до найскладніших методів лікування і базуються на вимогах норм ст. 37 та 42 Основ законодавства України про охорону здоров'я.

Отже, як вже було зазначено, медичні норми і правила є специфічними правовими нормами. Що надає їм силу правових норм? По-перше, це їх зміст, який полягає у закріпленні певних правил поведінки, наділення учасників відносин у сфері надання медичної допомоги і охорони здоров'я комплексом прав і обов'язків. По-друге, це їх офіційна (державна) реєстрація в Міністерстві юстиції України, яка здійснюється на підставі Указу Президента України від 3 жовтня 1992 року № 493/92 „Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади" та відповідного Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади, що затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 1992 р. № 731 (з відповідними змінами).

ОМБУДСМЕН В МЕХАНІЗМІ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

Горова О.

Київський національний університет внутрішніх справ

Поняття "омбудсмен" походить від слова "ombudsman" (буквально – уповноважена особа), що в перекладі з шведської мови означає силу або авторитет. В державно-правовому значенні омбудсмен розуміється як достойна довіри, незалежна особа, уповноважена парламентом на охорону прав окремих громадян і опосередкований парламентський контроль в формі загального нагляду за всіма державними і посадовими особами, але без права зміни прийнятих ними рішень.

Вперше такий інститут був запроваджений в Швеції у 1809 році. Шведський рікстаг (парламент) прийняв у 1809 році "Документ про правління". Цей Конституційний акт, створений під впливом ідей Шарля Луї Монтеск'є про розподіл влад, переслідував мету врівноважити широкі повноваження короля з повноваженнями парламенту. З самого початку омбудсмен був наділений функціями захисту прав громадян від сваволі адміністрації.

В подальшому подібні органи створюються і в інших країнах. Так, у 1919 році такий інститут з'явився у Фінляндії, у 1952 році – у Норвегії, конституційна реформа в Данії в цей період відкрила можливість заснування такого інституту і там. Слід зазначити, що якраз датська модель обмудсмена отримала найширше визнання у світі і була запозичена Новою Зеландією, Англією, Канадою, Австралією та іншими країнами.

До останнього часу в країнах Радянського Союзу інститут омбудсмена був відомий лише вузькому колу фахівців-правників. І це не дивно. Адже ця інституція виникла й розвивалася на основі західноєвропейських демократичних цінностей, що ґрунтуються на засадах поділу влади та верховенства права, і тому для періоду радянської правової доктрини була не характерна, якщо не сказати чужа. З розпадом Союзу і прагненням країн здобути статус суверенних та незалежних держав, а також держав правової та демократичної спрямованості, де буде створений дієвий механізм захисту прав людини, інтерес до посади омбудсмена зростає: витоків та історії цього інституту, визначення його основних рис та можливого їх законодавчого закріплення, а також впровадження цієї посади в своєму державному механізмі.

Україна не стала виключенням в цьому процесі. 23 грудня 1997 року Верховна Рада України прийняла Закон України "Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини", а у травні 1998 року відбулося перше призначення такої особи на посаду.

Необхідність утворення цього інституту в нашій країні зумовлена багатьма обставинами: по-перше, недостатнім рівнем захисту прав і свобод громадян традиційними процедурами захисту; по-друге, збільшенням імовірності порушень прав громадян посадовими особами в умовах не досить визначеного законодавства; по-третє, проголошенням приєднання Української держави до розвинених міжнародних стандартів демократії; по-четверте, демократичністю цього правозахисного інституту, а саме: незалежністю від державних органів, відкритістю, відсутністю формалізованих процедур розгляду заяв і скарг, безплатним наданням громадянам допомоги та ін. Інститут Уповноваженого Верховної Ради виступає додатковим засобом захисту прав і свобод людини щодо інших правозахисних механізмів і неповною мірою компенсує недоліки традиційних засобів захисту прав людини, парламентського і відомчого контролю за адміністративними органами. Сам закон про Уповноваженого говорить про те, що його діяльність доповнює існуючі засоби захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина, не відміняє їх і не тягне перегляду компетенції державних органів, які забезпечують захист і поновлення порушених прав і свобод.

Уповноважений є посадовою особою, статус якої визначається Конституцією України, вищевказаним законом та іншими законами. Так, на цю посаду може бути призначено громадянина України, який на день обрання досяг 40 років, володіє державною мовою, має високі моральні якості, досвід правозахисної діяльності та протягом останніх п'яти років проживає в Україні. Не може бути призначено Уповноваженим особу, яка має судимість за вчинення злочину, якщо ця судимість не погашена та не знята у встановленому законом порядку. Уповноважений призначається строком на п'ять років, який починається з дня прийняття ним присяги на сесії Верховної Ради України.

© Горова О., 2006

Національним законодавством щодо посади Уповноваженого запроваджений принцип несумісності. Він означає, що Уповноважений не може мати представницького мандата, обіймати будь-які інші посади в органах державної влади, виконувати іншу оплачувану чи неоплачувану роботу в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, об'єднань громадян, на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форми власності, крім викладацької, наукової або іншої творчої діяльності. Він не може бути також членом будь-якої політичної партії. Такі доволі суворі вимоги, що пред'являються до омбудсмена, обумовлені наступними особливостями його положення:

- високим конституційним статусом Уповноваженого з прав людини, який закріплено в ст.ст.55, 85, 101 Конституції України;
- незалежністю Уповноваженого від будь-якого органу державної влади або місцевого самоврядування, їх посадових осіб;
- запровадженням єдиної моделі омбудсмена на національному рівні;
- широкою юрисдикцією Уповноваженого, яка поширюється як на органи державної влади, включаючи суди, так і на органи місцевого самоврядування та їх посадових осіб;
- значними повноваженнями щодо проведення проваджень та перевірок, у тому числі з власної ініціативи для виявлення випадків порушень прав людини та здійснення постійного моніторингу за станом дотримання прав і свобод людини;
- правом ініціювати обов'язкові для розгляду подання з викладенням рекомендацій щодо усунення виявлених порушень прав і свобод людини органами державної влади, місцевого самоврядування, об'єднаннями громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності, їх посадовими та службовими особами;
- можливістю безпосереднього звернення до Уповноваженого широких верств населення;
- гнучкістю та неформальністю процедури, свободою дій щодо відкриття провадження у тій чи іншій справі та ін.

Особливість правового статусу Уповноваженого з прав людини полягає також в тому, що він не належить до будь-якої з гілок державної влади, а є органом особливого роду, з унікальним статусом, і тому реалізація його мандату в умовах сучасної України пов'язана з пошуком оптимальних механізмів взаємодії з владними структурами, при яких він залишиться незалежним і буде здійснювати парламентський контроль за додержанням прав і свобод людини та громадянина в нашій державі.

Діяльність Уповноваженого безпосередньо спрямована на охорону прав і свобод людини, розширення обізнаності громадян про порушення органами влади, посадовими особами їх прав і свобод. Ця діяльність водночас є і правозахисною, і правоохоронною. У результаті діяльності обмудсмена підтримується віра людини у справедливість, нейтралізується негативне ставлення особи до влади, пом'якшуються конфлікти між державою, її органами і громадянами. Цей інститут, поєднуючи в собі риси інституту держави й інституту громадянського суспільства, погоджує інтереси між ними та пом'якшує суперечності. Діяльність Уповноваженого демократизує суспільство, розвиває правову свідомість.

Уповноважений Верховної Ради з прав людини здійснює легітимний парламентський контроль за додержанням конституційних прав і свобод людини і громадянина та захист прав кожного на території України в межах повноважень. Він виступає незаангажованим, деполітизованим інститутом, який безпосередньо приймає скарги від громадян та виконує інші повноваження, що передбачені відповідним законом.

Український обмудсмен в цілому наділений повноваженнями та компетенцією подібно до більшості омбудсменів світу. Проте деякі омбудсмани мають значно ширші повноваження. Так наприклад, речник громадянських прав Республіки Польща (так в цій країні називають омбудсмена) може виступати в адміністративному та цивільному процесі на правах прокурора, а омбудсмен Швеції – розпочинати кримінальну справу проти будь-якої посадової особи в межах своєї юрисдикції, якщо, на його думку, для цього є вагомі підстави. В той же час, Уповноважений в нашій державі позбавлений таких можливостей, що принижує, на нашу думку, його значущість як інституту, що захищає права та свободи громадян. Якщо наша країна йде по шляху перетворень і намагається побудувати дійсно демократичну державу, а також вже запровадила вказаний інститут в державному механізму, на нашу думку, вона повинна використати досвід діяльності омбудсмена інших держав і наділити його в нашій країні більшими повноваженнями, щоб він із статусу додаткових органів став одним з основних інститутів, що стоять на сторожі прав людини та громадянина в Україні.

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ФУНКЦІОНУВАННЯ ЄВРЕЙСЬКОЇ ВЧИТЕЛЬСЬКОЇ СЕМІНАРІЇ

Грабовська Г.

Київський національний університет ім. Тараса Шевченка

Питання правового становища національних меншин завжди було в полі зору новітньої української держави початку XX століття. Захист прав національних меншин є необхідною передумовою вільного розвитку національних меншин. Відсутність демократичних механізмів такого захисту може звести значення прав національних меншин до рівня декларативних проголошень. Актуальність даного дослідження визначає, що у багатонаціональній державі мають забезпечуватися основні права і свободи громадян інших національностей, які проживають у державі. Сучасне законодавство чітко визначає підвалини етнонаціональної політики України, що ґрунтується на визнанні та гарантуванні громадянам республіки незалежно від їх національного походження рівних політичних, соціальних, економічних та культурних прав і свобод.

Метою даної статті є аналіз правових засад та основних шляхів розвитку середньої єврейської освіти. Ретроспективний аналіз подій національно-визвольної революції в Україні у 1917 р. дасть можливість на основі архівних документів розкрити етап створення та діяльність педагогічного навчального закладу єврейської общини.

Національним меншинам завжди відводилось належне місце, так М. Грушевський зазначав: “Ті, що стануть при українцях рішуче, одверто і сміливо в цей вирішальний момент, створять на майбутнє міцний духовний, сердечний зв’язок між українським народом і собою. Ті, що будуть триматися оддалік або вороже, не можуть, розуміється, претендувати на особливо теплі почуття і з української сторони. Але правова сторона мусить бути витримана незалежно від симпатій і антипатій. Право національних меншин буде забезпечене”. Ці слова вказували на те, що за жодних обставин не буде порушено чи ущемлене права і свободи національностей які проживали на території України.

Демократичні зміни, що відбулися в державному і суспільно-політичному житті у 1917 р. торкнулися і освітньої сфери. До структури Генерального Секретаріату входило Генеральне секретарство з єврейських справ. Було створено у червні 1917 р., як складова частина Генерального секретарства з міжнаціональних справ, але насправді – як самостійне міністерство, яке очолював М. Зільбербарб. При цьому секретарстві діяли такі департаменти: освіти, національного самоврядування, загальної канцелярії, та ще відділ Єврейської національної ради та єврейських громад, які координували діяльність численних єврейських товариств на Україні. При активній участі департаменту освіти цього секретарства активно проводили підготовку до відкриття єврейської вчительської семінарії у Києві, створювалися нові єврейські початкові і середні школи, надавалась матеріальна допомога музикантам, художникам, лікарям та іншим фахівцям єврейського походження, які майже всі об’єднувалися у відповідні громади.

Важливим кроком для розвитку освіти єврейської національності став закон “Про національно-персональну автономію”, прийнятий Українською Центральною Радою 9 січня 1918 р. У статті 1 цього Закону вказувалося: ”кожна з населяючих Україну націй має право в межах Української Народної Республіки на національно-персональну автономію, тобто їй була гарантована можливість самостійно влаштовувати своє національне життя, що здійснювалося через орган Національного Союзу, влада якого ширіться на всіх його членів, незалежно від місця їх заселення в межах Української Народної Республіки. Це є невід’ємне право націй, і ні одна з них не може бути позбавлена цього права або обмежена в ньому”.

У зв’язку з цим, 11 квітня 1918 р. представниками Української Центральної Ради був ухвалений закон “Про єврейську вчительську семінарію у Києві”. Цим Законом визначалася матеріальна допомога в сумі 15 тисяч карбованців та встановлювалися відповідні кредити на утримання семінарії, відповідно до затверджених штатів. Правовим регламентом функціонування вчительської семінарії також став розроблений і схвалений Статут єврейської вчительської семінарії. Відповідно до цих нормативно-правових актів метою створення Київської єврейської вчительської семінарії була

© Грабовська Г., 2006

підготовка вчителів початкових єврейських шкіл на території УНР. Оскільки для забезпечення педагогічними кадрами нижчих початкових шкіл, керівництво Секретарства єврейських справ активно готували відповідні законопроекти для їх прийняття у Центральній Раді.

У законодавчих актах вказувалося, що це був середній навчальний заклад до якого входило підготовчий курс і 4 клас, який підпорядковувався безпосередньо секретарству з єврейських справ. При семінарії була: бібліотека, педагогічний музей, кабінети та лабораторії. Крім того, при семінарії функціонувала початкова школа для проведення практичних занять студентами. Організовувалися різного спрямування курси як для вчителів, так і для осіб які в майбутньому готувалися до педагогічної діяльності.

Що стосується службових осіб то слід зазначити, що у семінарії діяла педагогічна рада, до складу якої входили усі вчителі семінарії та початкової школи, приналежної до неї, а також представники від міністерства єврейських справ та Центральної єврейської вчительської спілки у Києві. Голова обирався кожні три роки, а у зв'язку з тим , що семінарію тільки створено перший голова був призначений на один рік Секретарством єврейських справ.

До компетенція педагогічної ради відносилося вирішення таких питань: 1) прийняття учнів до семінарії і підготовчого класу; 2) видача атестатів; 3) вироблення і використання різних методів навчання; 4) підбір відповідної навчальної літератури 5) придбання відповідних книг до бібліотеки і підручників до музею; 6) підготовка різноманітних навчальних програм і затвердження предметів; 7) розподіл бюджетних коштів згідно потреб семінарії; 8) призначення і позбавлення учнів стипендій та прийняття пожертв на користь семінарії.

Мовою викладання в семінарії була єврейська мова. Навчальне навантаження також розподілялося згідно затверджених нормативів. Зокрема було вказано, що голова педагогічної ради семінарії викладав один з предметів, але не більше, як 6 уроків на тиждень.

До підготовчого класу приймали осіб з 15 років, що закінчили 2 класову початкову школу і склали крім цього іспит з єврейської і староєврейської мови та єврейської історії. У свою чергу до першого класу приймалися особи обох статей, не молодше 16 років, які закінчили вищу початкову школу і склали відповідний іспит.

Термін навчання для учнів які вступили в підготовчий клас був 5 років, а для тих, що вступили в перший клас – 4 роки.

Загальна кількість учнів семінарії визначалася педагогічною радою загальною кількістю не більш як 40 учнів для кожного класу, а для підготовчого класу – 45 учнів. Але передбачався виняток, з дозволу Секретарства єврейських справ могли бути запровадженні додаткові класи. Учні семінарії після опанування повного курсу навчання, складання іспиту, одержували свідоцтво учителя початкових шкіл.

У сфері народної освіти Секретарство з єврейських справ ставило своїм завданням догляд за тим, щоб єврейська шкільна і позашкільна освіта знаходилася у згоді з потребами педагогіки на рівні сучасної єврейської світової культури. Єврейську шкільну мережу розвивали достатньо в системі підготовки введення всезагального обов'язкового навчання. Крім того для вирішення проблеми забезпечення вчительськими кадрами, яких на той час у великій мірі не вистачало, були організовані короткотривалі вчительські курси.

Отже, завдяки виваженій політиці Української держави щодо національних меншин, активній діяльності у цій сфері Центральної Ради, яка всебічно підтримувала функціонування освітніх навчальних закладів національних меншин, Секретарства єврейських справ та юридичного врегулювання їх діяльності, якби не різні негативні чинники, які були вирішальними у розвитку Української держави загалом та становленням освіти зокрема, проблема розвитку єврейської освіти з плином певного часу була б вирішена.

Подана стаття підготовлена в плані розробки теми "Організаційно-правові засади розвитку освіти в період Української національної революції 1917-1921 рр."

ОНТОЛОГІЧНА ПІДСТАВА ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ У ПРАВОВИХ АКТАХ РАДИ ЄВРОПИ

Грищук О.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Поряд із загальною системою міжнародних механізмів захисту прав людини функціонують і регіональні системи, які відображають особливості культури, політико-правової свідомості, регіональної ідентифікації, що впливає на координацію і розвиток державних інститутів у певному регіоні. Ефективна дія регіональних механізмів зумовлена тим, що в ньому беруть участь держави з близькими історичними, культурними традиціями, з приблизно однаковим рівнем економічного і політичного розвитку. Такий механізм розроблений в рамках держав, котрі входять до Ради Європи, яка на сьогодні є найважливішою інституцією захисту прав людини в Європі. Принцип дотримання прав людини закріплено у ст. 3 Статуту Ради Європи, де вказано, що "кожен Член Ради Європи визнає принцип верховенства закону і принцип, згідно з яким будь-яка особа, котра знаходиться під її юрисдикцією, повинна користуватися правами людини і основними свободами". Серйозні порушення прав людини і основних свобод можуть стати підставою для призупинення членства чи навіть виключення з Ради Європи.

На саміті у Відні 1993 року черговий раз було підкреслено внесок Ради Європи у розвиток безпеки демократії в Європі. Концепція безпеки демократії має два аспекти: по-перше, абсолютна вимога плюралістичної та парламентської демократії, неподільності та універсальності прав людини та верховенства права і спільної культурної спадщини, збагаченої різноманітністю як основних передумов безпеки; по-друге, серйозний наголос на європейській співпраці на ґрунті цих цінностей як на методі зміцнення довіри на всьому континенті, які допомагатимуть запобігати конфліктам і водночас знаходити вирішення спільних проблем. Поширення безпеки демократії допомагає долати численні ризики для європейської безпеки. Окрім зменшення ризику повернення до тоталітарного правління, вона є відповіддю на серйозні масові порушення свобод і прав людини, до яких належать і дискримінація якоїсь частини населення, серйозні недоліки у забезпеченні верховенства права, агресивний націоналізм, расизм і нетерпимість, а також міжетнічне напруження і конфлікти, тероризм й організована злочинність, соціальна дезінтеграція, розшарування і напруження на місцевому і регіональному рівнях.

Рада Європи прийняла понад 100 конвенції й угод, серед яких чільне місце займає Європейська конвенція про захист прав людини і основних свобод (04.11.1950). Будучи у міжнародному контексті одним з перших документів з прав людини, вона базується на принципі об'єктивних стандартів і прав осіб на захист від зловживань з боку державної влади. Весь правовий режим Конвенції ґрунтується на тому, що держава бере на себе зобов'язання забезпечити права кожній особі. Європейська конвенція стала першим кроком для забезпечення колективного здійснення деяких із прав, проголошених в Загальній декларації. Держави, що підписали Конвенцію, знову підтверджуючи свою глибоку віру в ті основні свободи, які складають підвалини справедливості і миру в усьому світі і які найкращим чином забезпечуються, з одного боку, завдяки дієвій політичній демократії, а з іншого боку, завдяки загальному розумінню і дотриманню прав людини, від яких вони залежать; сповнені рішучості, як уряди європейських країн, що є однодумцями і мають спільну спадщину політичних традицій, ідеалів, свободи та верховенства права, зобов'язалися гарантувати кожному, хто знаходиться під їх юрисдикцією, права і свободи, визнані в Конвенції.

Для деталізації положень Європейської конвенції було прийнято низку конвенцій та угод, які присвячені тим чи іншим правам людини. Багато з них містять звернення до людської гідності. У цих актах поняття "людська гідність" застосовується залежно від конкретних обставин.

1. Філософська основа, елемент антропологічної концепції. У преамбулі Конвенції про права людини і біомедицину (04.04.1997) вказується, що держави, котрі прийняли цю Конвенцію, переконані у необхідності поважати людину одночасно як індивіда і як представника людського роду, визнають важливість забезпечення її гідності. Предметом і метою цієї Конвенції визнано захист гідності і індивідуальної цілісності людини і гарантування кожному без винятку дотримання недоторканості особи та інших прав та свобод у зв'язку із застосуванням досягнень біології та

© Грищук О., 2006

медицини. У пояснювальній доповіді до Конвенції зазначається, що Конвенція в цілому передбачає загальні рамки захисту прав людини і людської гідності як у давно напрацьованих, так і в галузях, що розвиваються і стосуються застосування біології і медицини. У п.8 преамбули пояснювальної доповіді підкреслено, що термін «права людини» стосується принципів, викладених в Конвенції про захист прав людини і основних свобод, котра гарантує захист таких прав. Вказано, що в основі обох Конвенцій лежить не лише один і той же підхід, але й багато етичних принципів і правових концепцій. В силу свого загального характеру використовується концепція людини. Концепція людської гідності, котра тут висвітлюється, представляє собою головну цінність, котру слід підтримувати всіма засобами. Вона лежить в основі більшості цінностей, підкреслених у Конвенції.

П.19 ст.1 цього документа вказує, що термін "людина" застосовується, щоб вказати на необхідність захисту гідності і особистості всіх людей. Як загальновизнаний принцип встановлюється, що людську гідність і особистість людини потрібно поважати з самого початку життя. Ст. 2, в якій йдеться про пріоритет людини, у п.22 зазначає, що вся Конвенція, ціллю якої є захист прав і гідності людини, побудована на принципі верховенства людини, і всі її статті необхідно тлумачити власне у цьому світлі.

2. Морально-правовий стандарт. У п.17 ст.1 пояснювальної доповіді до Конвенції про права людини і біомедицину зазначено, що основною метою Конвенції є гарантування прав і свобод кожного, зокрема, недоторканність, забезпечення людської гідності і особистості людини в цій сфері. У преамбулі Європейської соціальної хартії (03.05.1996) підкреслюється, що сторони визнають за мету своєї політики, котру вони будуть здійснювати за допомогою всіх належних засобів як національного, так і міжнародного характеру, створення умов, що забезпечують ефективне здійснення прав і принципів, а зокрема право усіх трудящих на захист своєї гідності на робочому місці. Виділено окремо ст. 26, котра передбачає право працівника на захист своєї гідності за місцем роботи.

У преамбулі Європейської конвенції про незастосування строку давності до злочинів проти людства та військових злочинів (25.01.1974) вказується на необхідність захисту людської гідності в час війни і у мирний час. У преамбулі Рекомендації № R(92)б Комітету міністрів державам-учасницям про послідовну політику щодо інвалідів (09.04.1992) зазначено, що реабілітація інвалідів, в результаті якої досягається їх економічна і соціальна інтеграція, є обов'язком суспільства і гарантією їх людської гідності та вирішення проблем, що виникають в цьому суспільстві перед інвалідами, і її необхідно включити в першочергові завдання будь-якої соціальної політики.

У Рекомендації № R(85)11 Комітету міністрів державам-учасницям щодо положення потерпілого в рамках кримінального права і кримінального процесу (28.06.1985) підкреслено, що на всіх етапах розгляду справи допит потерпілого повинен вестись з урахуванням його особистого становища і з врахуванням його прав і гідності.

3. Стандарт, з яким вступає в суперечність явище, що засуджене відповідним міжнародним правовим актом. У ст. 3 Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод (04.11.1950) міститься заборона катувань. Зокрема вказано, що ніхто не повинен підлягати тортурам, нелюдському чи такому, що принижує гідність поводженню або покаранню.

Згідно з Європейською конвенцією про попередження тортур, нелюдського чи такого, що принижує гідність поводження або покарання, (27.11.1987) створено Європейський комітет по попередженню тортур, нелюдського чи такого, що принижує гідність поводження або покарання. Цей комітет вивчає в якому становищі перебувають особи, позбавлені волі, з метою посилення, якщо це необхідно, захисту від тортур, нелюдського чи такого, що принижує гідність поводження або покарання.

Європейська соціальна хартія (03.05.1996) містить ст. 26, котра передбачає право працівника на захист своєї гідності за місцем роботи. В цілях забезпечення ефективного здійснення реалізації права всіх трудящих на захист гідності за місцем роботи, Сторони зобов'язуються:

Сприяти роз'яснювальній роботі і інформуванню з питань сексуальних домагань на робочому місці чи в зв'язку з роботою і їх запобіганню та вживати всі необхідні заходи для захисту трудящих від такої поведінки.

Сприяти роз'яснювальній роботі та інформуванню щодо знущань, явно ворожих дій проти окремих трудящих на робочому місці чи у зв'язку з роботою і їх запобіганню та вживати всі необхідні заходи для захисту трудящих від такої поведінки.

4. Об'єкт можливих протиправних порушень, з одночасною вказівкою таких порушень. Конвенція про захист прав і гідності людини у зв'язку із застосуванням досягнень біології і медицини:

Конвенція про права людини і біомедицину (04.04.1997) у преамбулі вказує, що використання біології і медицини може призвести до дій, котрі поставили б під загрозу людську гідність.

Європейська конвенція про незастосування строку давності до злочинів проти людства та військових злочинів (25.01.1974) у преамбулі вказує, що злочини проти людства і найбільш грубі порушення законів та звичаїв війни є серйозним посяганням на людську гідність.

Рекомендація № R(91)11 Комітету міністрів державам-учасницям щодо експлуатації сексу з метою наживи, порнографії, проституції, торгівлі дітьми і неповнолітніми (09.09.1991) рекомендує забезпечення особливих умов при судових слуханнях з дітьми, котрі були потерпілими чи свідками сексуальної експлуатації, щоб знизити травматичний вплив таких слухань і підвищити достовірність їх заяв, поважаючи при цьому їх гідність.

Рекомендація № R(92)б Комітету міністрів державам-учасницям про послідовну політику щодо інвалідів (09.04.1992) у преамбулі зазначає, що незахищеність прав громадян-інвалідів і нерозширення їх можливостей є порушенням людської гідності і причиною тяжкого фінансового становища, в результаті чого:

багато людей без будь-якої необхідності стають залежними від інших і нездатними до будь-якої економічної чи соціально корисної діяльності;

засоби полегшення такої залежності часто є лише фінансовими, в той час, як грошові виплати інвалідам – це лише один аспект будь-якої політики в допомогу інвалідам.

Рекомендація № R(85)11 Комітету міністрів державам-учасницям щодо положення потерпілого в рамках кримінального права і кримінального процесу (28.06.1985) наголошує на необхідності уникати розголошення будь-яких фактів, котрі можуть невиправдано торкатися приватного життя чи образити гідність потерпілого.

5. Об’єкт державно-правового захисту. Конвенція про захист прав і гідності людини у зв’язку із застосуванням досягнень біології і медицини: Конвенція про права людини і біомедицину (04.04.1997) у преамбулі вказує, що держави-учасниці сповнені рішучості прийняти в галузі застосування біології та медицини заходи, спроможні гарантувати людську гідність та основні права і свободи особи.

Рекомендація № R(91)11 Комітету міністрів державам-учасницям щодо експлуатації сексу з метою наживи, порнографії, проституції, торгівлі дітьми і неповнолітніми (09.09.1991) рекомендує державам-учасницям переглянути своє законодавство і практику з метою забезпечення особливих умов при судових слуханнях з дітьми, котрі були потерпілими чи свідками сексуальної експлуатації, щоб знизити травматичний вплив таких слухань і підвищити достовірність їх заяв, поважаючи при цьому їх гідність.

Рекомендація № R(85)11 Комітету міністрів державам-учасницям щодо положення потерпілого в рамках кримінального права і кримінального процесу (28.06.1985) зазначає, що в інформації і політиці стосовно зв’язків з громадськістю, що стосуються розслідування і судового розгляду злочинів, повинна враховуватись необхідність захисту потерпілого від розголошення будь-яких фактів, котрі можуть невиправдано торкатися приватного життя чи образити гідність потерпілого.

Підсумовуючи вищевикладене, можна стверджувати, що розширення плідної співпраці держав в рамках Ради Європи можливе лише на такій правовій базі, основою якої є принципи людської гідності та прав і свобод людини. Про це свідчить ціла низка проаналізованих міжнародних правових актів. Поряд з цим, слід відмітити, що хоча ці акти безпосередньо звертаються до людської гідності і визнають її соціальним підґрунтям, джерелом прав і свобод людини, проте жоден з них не містить загального визначення поняття “людська гідність”. Немає такого визначення і серед рішень Європейського суду з прав людини, що зумовлює неоднозначне розуміння вказаного поняття і може призвести до його невиправдано звуженого тлумачення. Чітке ж визначення змісту поняття “людська гідність” як онтологічної основи прав і свобод людини могло б виступати формальною підставою для розширення можливостей використання таких прав і свобод.

ДО ПИТАННЯ ПРО РОЛЬ ФІЛОСОФСЬКО-АНТРОПОЛОГІЧНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ У ПРАВОДЕРЖАВОЗНАВСТВІ

Гудима Д.

Львівський національний університет ім. І. Франка

На межі XIX – XX ст. відбувся певний перехід від спроб класичної антропології звести сутність людини до одного основного принципу чи субстанції (зазвичай, розуму) до некласичних уявлень про складність та різноманіття феноменів людського буття. І вже для філософських (некласичних) вчень XX століття показовим є різке розширення антропологічної проблематики й прояв інтересу вчених до таких феноменів буття, як мова, текст, розуміння, сексуальність, тілесність, злочин. Ці зрушення потребували зміни методології, котру забезпечили, зокрема, лінгвістичний аналіз, герменевтика, психоаналіз, феноменологія, екзистенціалізм, структуралізм, постмодернізм.

На думку О. Генісаретського, за останні двадцять п’ять років XX століття склалася нова парадигма розуміння людини, яка характеризується поворотом від позитивістського, натуралістичного проекту – до гуманітарного проекту наук про суспільство та людину. З цим пов’язується інтенсивний розвиток різних гуманітарних практик (комунікативних, навчаючих, розвиваючих, терапевтичних), що свідчить про появу так званого „гуманітарного ренесансу”, об’єктом якого є феномен особистості (Смирнов С.А. Современная антропология. Аналитический обзор // Человек. – 2003. – №5. – С. 90). Проте, стверджував М. Шелер, нарощування знань про біосоціального індивіда та їх спеціалізація все більше затемнюють сутність людини, а не прояснюють її (Шелер М. Положение человека в космосе // Мир философии: Книга для чтения. Ч. 2. Человек. Общество. Культура. – М.: Политиздат, 1991. – С. 81), що можна пояснити, зокрема, обмеженістю евристичних дослідницьких підходів, кожен з яких не дозволяє обґрунтувати цілісно те чи інше соціальне явище, призвести до єдино правильного твердження, розкриваючи лише окремі сторони, аспекти, ознаки, грані цих явищ.

На таку обмеженість свого часу вказував В. Леонтьєв, зазначаючи, що кожна наука розвинула свій власний аналітичний апарат і досягла певних успіхів у поясненні досліджуваних нею явищ, проте є науки, котрі розвиваються незалежно одна від одної, незважаючи на те, що власні методологічні підходи цих наук, застосовувані без взаємодії між собою і з підходами інших наук, не дають змоги розкрити сутність досліджуваних явищ. З огляду на це, В. Леонтьєв рекомендував застосовувати так званий плюралістичний методологічний підхід, який полягає у „готовності переходити від одного типу інтерпретації до іншого”, не застосовуючи одночасно суттєво різних типів аналізу (Леонтьев В. Экономические эссе: Теории, исследования, факты и политика. – М.: Политиздат, 1990. – С. 28-29).

Перетворення людини на найбільш загадковий об’єкт науки, активізація досліджень з антропологічної проблематики (виникнення декількох десятків антропологічних наукових дисциплін) і формування системи людинознавства (яка покликана забезпечити цілісне знання про біосоціального індивіда) зумовлюють необхідність з’ясування ролі антропологічних (зокрема, філософсько-антропологічних) досліджень у загальнотеоретичній правовій науці. Така потреба тісно пов’язана з трансформаційними перетвореннями у методології вітчизняного праводержавознавства, зумовленими відмовою від методологічного монізму, побудовою альтернативних марксизму-ленінізму методологій, антропологізацією предмета правничих досліджень, що знайшла вияв, зокрема, у розвитку в Україні юридичної та філософсько-правової антропологій (антропології права з юридичним і філософським її „вимірами” відповідно). Вказана антропологізація – закономірний результат укоріненості права у бутті людини. Й оскільки у праві втілюються сутнісні сили людини, то, з однієї сторони, в ньому можуть бути виділені ті властивості, без яких біосоціальний індивід жити не може, а з іншої сторони, у структурі людського буття можуть бути виявлені ті моменти, котрі у зовнішньому прояві породжують правові відносини, право. У цьому, на думку С. Максимова, і полягає сутність антропологічного підходу до права (Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления: Монография. – Харьков: Право, 2002. – С. 192).

Філософсько-методологічну основу сучасної юридичної антропології (як окремої наукової дисципліни) складають висновки соціокультурної антропології, проте вона взаємодіє і з психологічною, політичною, педагогічною та іншими видами антропологій, а також використовує

© Гудима Д., 2006

філософські, юридичні, психологічні, історичні, соціологічні, етнографічні, етнологічні, лінгвістичні й інші знання для виявлення антропологічних основ правових явищ.

В основу юридичної антропології закладено етнолого-антропологічний дослідницький підхід, що зосереджений на виявленні того, яким чином, за допомогою яких якостей і здібностей людина створює таке нормативно-ціннісне середовище, котре одночасно відповідає її природі та суперечить цілому ряду її параметрів, насамперед тих із них, що визначають деструктивно-кримінальні форми соціальної поведінки. Заради об'єктивності слід зазначити, що методологія сучасної юридичної антропології не обмежується винятково названим підходом.

Стосовно філософсько-правової антропології слід зазначити, що її методологія базується на філософсько-антропологічному дослідницькому підході (детальніше див.: Гудима Д.А. Філософсько-антропологічний підхід – методологічний фундамент сучасної юридичної науки // Проблеми філософії права. – 2003. – Том 1. – С.122-125), проте, як і методологія юридичної антропології, ним не обмежується. Філософська антропологія, висновки якої становлять основу філософсько-антропологічного підходу, є особливим типом філософування – антропологізмом, – який задає конкретним наукам вихідні положення, навчаючи здійснювати наукові пошуки не від множинності проекцій (образів) людини до її багатомірності й цілісності, а навпаки, від багатомірної єдності людини до ситуацій, де ця єдність проявляється, актуалізується, розширюючи діалог між усіма контекстами буття, в які потрапив сучасний біосоціальний індивід.

Варто зазначити, що у тих випадках, коли філософську антропологію розглядають у найбільш широкому розумінні – як галузь філософії, що охоплює соціокультурну, психологічну, етнічну, расову й інші антропології, – можливим є віднесення до філософії права одночасно і філософського, і юридичного вимірів антропології права, хоча, на нашу думку, з огляду на завантаженість юридичної антропології емпіричним матеріалом, таке поєднання в межах філософії права юридичної та філософсько-правової антропологій на сьогодні недоцільне. Тому вважаємо, що розділ у структурі філософії права більш коректно було би називати саме філософсько-правовою антропологією (в українській філософсько-правовій навчальній літературі вже є приклади такого підходу. Див., напр.: Бачинін В.А., Панов М.І. Філософія права: Підручник для юрид. спец-тей вищих навч. закладів освіти. – К.: Видавничий Дім „Ін Юре", 2002. – С. 273-354), адже розвиваючись у межах філософсько-антропологічного різновиду антропологічної парадигми (котрий співіснує з різновидом етно-антропологічним цієї парадигми), філософсько-правова антропологія має саме філософське (а не етнологічне, історичне чи будь-яке інше) підґрунтя. Звичайно, це не виключає проникнення на її „територію" соціологічного, або того ж етнологічного, етнографічного чи іншого знання, проте тільки з метою розкриття проблеми, вирішення якої лежить, насамперед, у площині філософії, а точніше – філософської антропології (філософії людини).

Таким чином, ми виходимо з того, що філософсько-правова антропологія – це розділ філософії права, який за допомогою методології, заснованої на філософсько-антропологічному та деяких інших дослідницьких підходах, вивчає людину, її потреби, інтереси, специфічні юридичні властивості як правової істоти, з'ясовує сутність, природу біосоціального індивіда з метою встановлення зв'язків між розумінням людини, її прав і правом як соціальним явищем, розкриваючи у такий спосіб (з позицій природного права) деякі закономірності, що входять у предмет філософії права.

Як стверджує П. Рікер, філософська антропологія є фундаментом сучасної моральної і правової філософії (Рикер П. Торжество языка над насилием. Герменевтический подход к философии права // Вопросы философии. – 1996. – №4. – С. 28). За своєю суттю ця антропологія, зазначає С. Максимов, є альтернативою сцієнтистського, функціонально-інструментального підходу до права, котра через вчення про природу та сутність людини долає односторонність класичних концепцій природного права. І якщо з погляду структурно-функціонального підходу соціальні (у тому числі юридичні) норми – це продукт лише суспільного устрою і жодних інших нормоутворюючих джерел бути не може, то вказаний розділ філософії права „вирішує проблему альтернативного джерела згаданих норм, котрий дає опору критичній здатності судження щодо земної влади, обмежує її монополію у смислоутворюючій і ціннісній сферах (Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления: Монография. – Харьков: Право, 2002. – С. 195). Саме такий підхід закладений у багатьох міжнародних документах про права людини. Його висвітлення може бути предметом окремої доповіді.

Висновки філософсько-правової антропології мають неабияке значення для юридичної науки, правотворчої, правозастосовчої та правотлумачної діяльності, оскільки правникові необхідно мати уявлення про ті критерії правового впливу на індивідів, котрі він використовує у ході своєї діяльності,

про людину як вихідне начало юридичної активності. Юрист-практик має, зокрема, орієнтуватися у людських станах (психологічних, душевних тощо), індивідуальних особливостях сприйняття юридичних норм, їх застосування, інтерпретації, причинах, умовах певної поведінки особи, „потребовому механізмі" людської життєдіяльності, функціях принципу відповідальності (що дозволить будувати роботу на раціональній основі з урахуванням „людського чинника", сприятиме гуманізації правотворчої, правозастосувальної та правотлумачної діяльності). При цьому перед правниками-науковцями постає завдання, використовуючи, зокрема, філософсько-антропологічний дослідницький підхід, збирати, систематизовувати науковий матеріал, виробляти нові ідеї, за допомогою яких можна „створювати" цінності, вводити їх у модель ціннісних орієнтацій юриста та утверджувати антропоцентричну систему його світогляду.

Цінність антропологічного знання загалом і для праводержавознавства зокрема полягає й у тому, що воно виступає своєрідною противагою як раціоналізації, так й ідеологізації культури, її феноменів (у тому числі права), будучи продуктом діяльності людини, яка освоює буття не лише теоретично, але і духовно-практично. Звичайно, не можна гіперболізувати чи навіть абсолютизувати роль антропологічного „мейнстріму" для розкриття закономірностей, які стосуються такого явища, як право (незалежно від того, як ми його розуміємо), оскільки антропологічна наукова парадигма дозволяє розкрити лише його окремі сутнісні характеристики, аспекти, грані. Саме ж припущення про можливість створення універсального вчення про людину та „створені" нею явища на сьогодні є утопічним, з огляду на те, що людська проблематика хоч і наскрізна для багатьох наук, проте не завжди провідна (навіть у філософії не всі її сучасні напрямки ставлять проблему людини в якості вихідної). До того ж, ті чи інші образи людини найчастіше формуються у конкретній науці не самостійно, а завдяки засобам, виробленим іншими науками.

ПРАВА ЛЮДИНИ ЯК ПЕВНИМ ЧИНОМ ВНОРМОВАНА СВОБОДА (ДО ХАРАКТЕРИСТИКИ ПОНЯТТЯ ПРАВ ЛЮДИНИ)

Добрянський С.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Права та свободи людини – один із найбільш цікавих та складних феноменів сучасного суспільствознавства. І, очевидно, є підстави, погодитися з висловленим у літературі баченням, за яким "права та свободи людини – це, перш за все, система філософських, світоглядних уявлень про призначення людини, її місце та роль у спільноті інших людей".

У зв'язку з багатоаспектним характером прав людини вряд чи можна подати єдину дефініцію цього явища, втім цілком можливим, та й доцільним з наукової точки зору, є аналіз окремих підходів до дослідження цього феномена.

Звернемося до характеристики підходу до з'ясування сутності прав людини, (який, до речі, цілком обґрунтовано іменується класичним), згідно з яким права людини є нічим іншим, як виявом *свободи*.

Як зазначається в одному з найавторитетніших світових енциклопедичних видань – "Британіці", *права людини* – це словосполучення, що увійшло у мовний лексикон лише після Другої світової війни, ознаменувавши народження *сучасної концепції* прав людини, яка прийшла на зміну доктрині *природного права*. Головним чинником формування зазначеної концепції було становлення нового міжнародного правопорядку, запровадженого ООН: саме з діяльністю цієї організації пов'язується розробка документів, котрі згодом утворили фундамент міжнародної нормативної системи прав людини.

Однак зрозуміло й те, що *сучасна* концепція прав людини не з'явилася та й не могла з'явитися, так би мовити, на порожньому місці. Адже найперші документи, в яких було закріплено права людини, були результатом саме *внутрішньодержавної*, а не міжнародної правотворчості.

Поняття прав людини як *окрема категорія* з'явилося лише в епоху Просвітництва (XVIII ст.), хоч окремі положення, дотичні до ідеї прав людини, можна виявити вже задовго до того у творах грецьких філософів та й у деяких релігіях світу. Згадаймо, наприклад, деякі країни Європи, де було ухвалено кілька хартій, що кодифікували певні свободи людини. Приміром, такі документи, як Magna Charta Libertatum 1215 р., датська Erik Klippings Handfaestinung 1282 р., не стільки проголошували права людини, які можна було відстоювати за тих чи інших обставин, скільки визначали *межі* втручання державної влади у життєдіяльність певної, кількісно обмеженої групи осіб. Відтак, вони ще не містили всеосяжної філософської концепції свободи – концепції, в котрій права людини виступали б як *самостійне правове начало*, а не лише критерій легітимності державної влади.

В епоху Просвітництва набула поширення думка про те, що саме *природа* наділяє людину певними фундаментальними правами, які можуть бути протиставлені урядові, але разом з тим мають ним охоронятися. З того часу права людини, їх здійснення стали розглядатися як елементарні передумови гідного людського існування.

Загальновизнано, що взаємовідносини людини й держави складають один із аспектів свободи. Власне у цих відносинах і проявляється ступінь демократизму відповідної держави. Зауважимо, що такий підхід до з'ясування сутності прав людини має глибоке історичне підґрунтя. Перші документи, в яких було закріплено права людини, за своїм походженням були результатом внутрішньодержавної правотворчості. І, як уже зазначалося раніше, права тоді іменувалися свободами – тобто окреслювали певну сферу правомочностей індивіда, які визначали межі його особистої автономії. Специфіка такого розуміння феномена прав людини полягала у певній *відстороненості* держави від людини (заборона втручання у сферу особистої автономії).

Іншою характерною ознакою цього підходу виступало використання щодо таких прав ("свобод") людини поняття меж у формі загальної заборони "посягати" на рівну свободу іншого та завдавати йому шкоди. Отже, можна зробити висновок, що вже у перших документах із прав людини спостерігається імпліцитне включення до визначення прав людини категорій *відповідальна свобода*. Погоджуючись у цілому з даним підходом, слід зауважити, що, на нашу думку, на сучасному етапі

© Добрянський С., 2006

розвитку знань про права людини він набув дещо іншого *відтінку, характеру*. Розглянемо такі нові риси на прикладі деяких міжнародно-правових актів із прав людини.

З цією метою проаналізуємо деякі законодавчі акти Європейського Союзу (далі – ЄС), зокрема, Хартію Європейського Союзу про основні права (далі – Хартія ЄС). Автори цього документа для позначення окремих можливостей (правомочностей) індивіда використовують як термін "свободи" так і термін "права". Однак це, гадаємо, не свідчить про те, що ідею "негативної свободи", притаманну класичній доктрині прав людини, не застосовано у цьому документі. У багатьох, перш за все філософсько-світоглядних, аспектах він є синтезом декількох підходів щодо розуміння прав людини та відображає сучасну інтерпретацію цього феномена. У структурному відношенні Хартія ЄС складається з наступних розділів: "Гідність людини", "Свободи", "Рівність", "Солідарність", "Громадянське право", "Юридичні права".

Аналіз цього документа є цікавим перш за все з огляду на нетрадиційне групування прав людини. У цьому ракурсі інтерес викликає розділ "Свободи" Хартії ЄС, куди віднесено, окрім традиційних прав класичної доктрини природного права (так званих "негативних", зокрема, право на вільне вираження думки, свободу совісті та зібрань тощо), і такі права, котрі у літературі відносять до прав "другого покоління" (зокрема, право на працю, право на житло).

Наведені положення свідчать про помітну трансформацію розуміння прав людини в *аспекті свободи*. Так, якщо традиційна доктрина вважає свободами можливості, реалізація яких не потребує "зовнішньої" допомоги (втручання держави чи суспільства), то у випадку Хартії ЄС має місце включення до розуміння свободи і таких прав, реалізація котрих вимагає суттєвого сприяння, "позитивної" дії з боку суспільства в цілому.

Ідея "свободи" як одна з інтерпретацій поняття прав людини отримує своє відображення і у сфері міжнародно-судового захисту прав людини.

Це отримало прояв у формі Протоколу № 12 до Європейської конвенції з прав людини (далі – Євроконвенція), що його Україна, поряд з іншими державами – членами, підписала 4 листопада 2000 р.

Цей документ передбачає включення до сфери міжнародно-судового захисту на індивідуальному рівні – з огляду на принцип рівності – й тих прав, які, навіть не будучи закріпленими Євроконвенцією, отримали фіксацію у національних законах держав-членів Ради Європи (ст. 2 Протоколу № 12).

Відтак, можна стверджувати, що закріплений раніше у Євроконвенції принцип недискримінації у реалізації захищених нею прав (ст. 14) трансформувався нині у право на недискримінацію й у тих суспільних відносинах**,** що належать до сфери внутрішньо-нормативного регулювання та захисту в кожній державі-члені РЄ, хоча й не відображені у Євроконвенції. Такий підхід дозволив, так би мовити, "одним пострілом убити двох зайців": з одного боку, *зміцнити* та *розширити* правову основу згаданого захисту прав людини на основі принципу рівності та включити до сфери такого захисту права людини, гарантовані відповідним внутрішньодержавним правопорядком (у тому числі і права соціально-економічні), а з другого – уникнути надлишкової, зайвої формалізації, зведення до глобального знаменника саме тих специфічних можливостей людини, котрі визнані цим суспільством та забезпечені усім його суспільним ладом і визначаються специфічно-культурними ("інтимними") особливостями життєдіяльності суспільства, що склалися об'єктивно-історично.

Узагальнюючи вищенаведене, можна дійти таких висновків: є підстави констатувати трансформацію традиційного розуміння прав людини як сфери "негативної" свободи (автономії особистості). Ця трансформація, у свою чергу, сприяє консолідації усіх прав людини навколо суб'єкта прав – людини – незалежно від видової належності цих прав.

Отже, ведучи мову про свободу, слід мати на увазі, що така свобода за своєю суттю, проявом та формами забезпечення завжди є соціально зумовленою, тобто такою, яка забезпечується як шляхом невтручання держави у певні сфери відносин, так і шляхом активних цілеспрямованих державних (загальносуспільних) дій з її забезпечення.

З вищесказаного випливає й те, що права людини є за своєю суттю *соціально збалансованою мірою свободи, соціально збалансованими можливостями*. Тобто, з одного боку, права людини є тими первинними умовами, за яких особа може безперешкодно розвивати свій потенціал, а з другого – права людини імпліцитно визнають та враховують і загальносуспільні цінності, забезпечуючи, таким чином, стабільність суспільних відносин, а також поступальність розвитку як самого суспільства, так і людини.

ТОРГОВЛЯ ЖЕНЩИНАМИ: МИРОВОЗЗРЕНЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ

Калинин С.

Белорусский государственный университет

Современный «свободный мир», идеализировавшийся в СССР, в реальной жизни таит значительное количество проблем, рассматриваемых его идеологами в качестве своеобразной «платы за демократию», одной из которых выступает торговля женщинами. Для предотвращения данного явления в настоящее время принято значительное количество международных актов, осуществляется международное сотрудничество компетентных национальных органов, проводится соответствующая пропаганда, принимаются различные, в том числе, и правовые меры. Однако, вышеназванная проблема в большей степени лежит в мировоззренческой плоскости, поэтому без выявления аспектов, легитимирующих само явление в общественном сознании, правовые меры не будут иметь должной эффективности. Фактически следует проанализировать причины существования *потребности* в таком «товаре», чтобы правильно определить вектор, способы и механизмы правового воздействия.

В качестве исходной аксиомы отметим, что свобода, права человека, равноправие полов как правовые и этические принципы, а также легальный запрет рабства выступают продуктом Западной цивилизации, возникшей и развивавшейся на христианских корнях. Иным же цивилизациям мировоззренческий запрет рабства не свойственен, для них оно является естественным атрибутом (ислам, индуизм). Иное дело, что в результате колониализма и процессов его ликвидации традиционные цивилизации были поставлены перед выбором капиталистического либо социалистического (то есть западных концепций) путей развития, которые рабство исключали. Так в исламских государствах рабство было отменено законом, но не доктриной.

Таким образом, именно Западная цивилизация впервые в истории прекратила существование рабства как института, однако на определенном историческом этапе эта цивилизация является самым крупным потребителем данного «товара» и участником работорговли. Исторически «второе дыхание» работорговли совпадает с эпохой Нового времени, с которой догматическое христианство (Католичество) постепенно утрачивает свои позиции. Это позволяет предположить то, что именно Христианство сдерживало превращение человека в товар, поэтому для противодействия современной работорговле следует выяснить причины первоначального уничтожения рабства в христианской Ойкумене.

Римская империя, на территории которой возникла данная религия, рассматривала рабов в качестве «говорящего орудия», господин мог поступать с рабом по своему усмотрению. К I в. н.э. изначальное патриархальное рабство трансформируется именно в основную производственную силу, более эффективную нежели труд свободных крестьян. Ветхозаветный иудаизм, исполнением которого себя рассматривает Христианство, также воспринимал рабство в качестве естественного социального института. Поэтому рабство как юридический принцип в Новом Завете не отвергалось, апостол Павел, исполняя римские законы, возвращает беглого раба Онисима, обращенного им в Христианство, его хозяину – Филимону, возвращение происходит «не как уже раба, но выше раба, брата возлюбленного, особенно мне, а тем больше тебе, и по плоти и в Господе. Итак, если ты имеешь общение со мною, то прими его, как меня. … я написал к тебе, зная, что ты сделаешь и более, нежели говорю». (Флм 1, 15-21). Таким образом, юридическая норма, соблюдаемая апостолом Павлом, приобретает новое, нравственное содержание, так как ибо во Христе нет ни раба, ни свободного (Кол 3, 10).

Также апостол Павел формулирует правила отношения рабов и их хозяев: «Рабы, повинуйтесь господам своим по плоти со страхом и трепетом, в простоте сердца вашего, как Христу, не с видимою только услужливостью, как человекоугодники, но как рабы Христовы, исполняя волю Божию от души, служа с усердием, как Господу, а не как человекам, зная, что каждый получит от Господа по мере добра, которое он сделал, раб ли, или свободный. И вы, господа, поступайте с ними так же, умеряя строгость, зная, что и над вами самими и над ними есть на небесах Господь, у Которого нет лицеприятия» (Еф 6, 5-6).

Таким образом, духовная свобода и равенство во Христе как принцип взаимоотношения людей, дополняемый принципом «кому больше дано, с того больше спросится», обуславливает определенное критическое отношение к юридической принадлежности человека человеку. Но Христианство не

© Калинин С., 2006

содержит требования к быстрому освобождению рабов: «Каждый оставайся в том звании, в котором призван. Рабом ли ты призван, не смущайся; но если и можешь сделаться свободным, то лучшим воспользуйся. Ибо раб, призванный в Господе, есть свободный Господа; равно и призванный свободным есть раб Христов. … В каком *звании* кто призван, братия, в том каждый и оставайся пред Богом (1 Кор 20-24).

Первоначально смягчение рабства осуществляется в форме колоната, экономические предпосылки которого весьма туманны и не исследованы. Можно предположить, что истоки колоната были заложены в ветхозаветном праве, которое определяет отношения хозяина и раба следующим образом: «Если продастся тебе брат твой, Еврей, или Евреянка, то шесть лет должен он быть рабом тебе, а в седьмой год отпусти его от себя на свободу; когда же будешь отпускать его от себя на свободу, не отпусти его с пустыми *руками,* но снабди его от стад твоих, от гумна твоего и от точила твоего: дай ему, чем благословил тебя Господь, Бог твой: помни, что [и] ты был рабом в земле Египетской и избавил тебя Господь, Бог твой, потому я сегодня и заповедую тебе сие. Если же он скажет тебе: "не пойду я от тебя, потому что я люблю тебя и дом твой", потому что хорошо ему у тебя, возьми шило и проколи ухо его к двери; и будет он рабом твоим на век. Так поступай и с рабою твоею. Не считай этого для себя тяжким, что ты должен отпустить его от себя на свободу, ибо он в шесть лет заработал тебе вдвое против платы наемника; и благословит тебя Господь, Бог твой, во всем, что ни будешь делать. (Втор 15, 12-18). «Если он пришел один, пусть один и выйдет; а если он женатый, пусть выйдет с ним и жена его; если же господин его дал ему жену и она родила ему сынов, или дочерей, то жена и дети ее пусть останутся у господина ее, а он выйдет один; но если раб скажет: люблю господина моего, жену мою и детей моих, не пойду на волю, - то пусть господин его приведет его … и поставит его к двери, или к косяку, и проколет ему господин его ухо шилом, и он останется рабом его вечно (Исх 21, 2-6). Также Ветхий Завет налагает запрет на жестокое обращение с рабами, признавая в них человеческое достоинство: «Если кто раба своего ударит в глаз, или служанку свою в глаз, и повредит его, пусть отпустит их на волю за глаз; и если выбьет зуб рабу своему, или рабе своей, пусть отпустит их на волю за зуб» (Исх 21 26-27).

После официального принятия христианства рабство очень быстро начинает смягчаться эдиктами Константина Великого о преследовании пыток и убийств рабов их хозяевами (11 мая 319 г.), запрете разделения семей рабов при продаже (19 апр. 325). К эпохе Средневековья римское промышленное рабство в Христианском мире практически исчезло, но осталось патриархальное рабство, но как следствие бытовых особенностей германо-славянских племен.

Рабство же сохранилось на межцивилизационном уровне. Рабами активно торговали Хазарский каганат и Арабский халифат. В позднейшее время целые государства жили за счет работорговли. Так экономика Крымского ханства основывалась на, продаже славянских рабов, в том числе, и в Западную Европу (слово «раб» в русском языке образовано от глагола «работать», в английском языке же «Slave» происходит от названия племени, из которого рабов было больше всего). В Новое Время европейцы сами начинают санкционировать работорговлю черными рабами, необходимыми для обработки земель в американских колониях. На уровне мировоззрения это было обусловлено библейским буквализмом протестантизма: «Ной … сказал: проклят Ханаан; раб рабов будет он у братьев своих. Потом сказал: благословен Господь Бог Симов; Ханаан же будет рабом ему; да распространит Бог Иафета, и да вселится он в шатрах Симовых; Ханаан же будет рабом ему» (Быт 9, 24-27).

Англичане обращали в рабство своих соплеменников, что достаточно красочно описано Д. Дефо («История полковника Джека»), а Дж. Локк вкладывает свои деньги в компанию, занимающуюся торговлей рабами. Франция в 1685 году принимает Черный кодекс для своих колоний, который считался более мягким и гуманным, чем акты, применяемые в английских колониях (работорговля во Франции запрещается в 1815 году, а отменяется только в 1848 годах). Таким образом, европейская идеология Нового времени не отрицала рабства иных наций, используя принцип двойных стандартов, то, что запрещалось для себя, могло применяться в отношениях с другими. Следует отметить, что западное христианство того периода во многом пыталось смягчить рабство. Так, при Людовике XIII считалось, что «дикие народы», принимающие христианство, должны признаваться натурализованными французами и получать свободу. Вторичное уничтожение рабства в Западном мире было вызвано развитием капиталистических отношений, требовавших личной свободы работников.

Современный постиндустриальный мир базируется на атеистических либеральных доктринах, его основой выступает общество потребления, необходимое промышленным корпорациям для сбыта

собственных товаров. При этом основным позитивным критерием социума с позиций техноструктуры (термин Дж. Гелбрейта) выступает способность потреблять наибольшее количество продукции, что и является объектом управления. Стремление к максимизации и планировании прибыли обуславливает стремление к сокращению издержек, приглашению в наиболее низкооплачиваемые и трудоемкие отрасли населения из иных стран, для обеспечения максимального социального уровня собственных граждан. Реклама же как средство управления социумом способствует повышению уровня потребления путем эксплуатации человеческих страстей, из которых сексуальная является одной из наиболее сильных. Таким образом, природная привлекательность и сексуальность женщины при отсутствии мировоззренческих сдержек превращается в товар, востребованный на рынке. В этом случае наличие легализованной проституции в некоторых странах Европы проституция проблемой остается только регулярное плановое поступление «товара». Однако такое «планирование» и «бизнес» возможны лишь при предполагаемом мировоззренческом согласии женщин, что возможно только при низком уровне нравственности и социальной защищенности населения в странах-«экспортерах». Следовательно, решение данных проблем может устранить подлинные причины торговли женщинами, усилив эффективность правовых средств.

Таким образом, решение проблем торговли женщинами является комплексной проблемой и нуждается в комплексном решении. Приоритет исключительно правовых карательных мер будет не достаточно действенным, если они не будут подкреплены мерами мировоззренческого характера, направленными на искоренение побудительных мотивов у потенциального «товара» к самопродаже. Во-первых, целесообразно принять ряд мер, направленных на усиление традиционных моральных ценностей, противодействие позитивному образу проституции и свободной отношений между полами, которые достаточно усиленно эксплуатируются средствами массовой информации. Это требует более детальной регламентации деятельности по распространению продукции эротического характера, на наш взгляд, необходимы жесткие ограничения свободной демонстрации вышеназванной продукции (показ телепередач и телефильмов, демонстрирующих насилие и эротику только после 20^{00} и т. д.). Во-вторых, это дальнейшая реализация концепции социального правового эффективного государства при оптимальном соотношении государственного управления, самоуправления и личной инициативы. Это позволит гражданам инициативно обеспечивать собственные потребности, пользуясь разумной и адресной поддержкой государства, что может ослабить экономическую составляющую торговли женщинами.

ДЕЯКІ МІРКУВАННЯ ЩОДО КОНКРЕТНО-ІСТОРИЧНОГО ПОХОДЖЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ ПРАВ ЛЮДИНИ.

Гуцуляк В.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Протягом останнього часу у науковій літературі та засобах масової інформації все частіше вживається термінологічний вираз "міжнародні стандарти прав людини". Більше того, майже всі держави світу здійснюють процес приведення свого внутрішнього законодавства у відповідність з їхніми вимогами. З огляду на викладене, закономірно виникає необхідність визначення поняття міжнародних стандартів прав людини а також дослідження історичного процесу їх становлення.

В ході розвитку міжнародного співробітництва в сфері прав людини викристалізувались його цілі і специфічні особливості. Основним завданням стало створення міжнародно-правових основ сприяння і захисту прав людини (у вигляді відповідних принципів і норм), а також міжнародних гарантій їх дотримання. Тобто взаємозалежність і цілісність світового співтовариства, єдність людства виражається в появі, розширенні і поглибленні змісту загальнолюдських прав і свобод людини, що мають силу як міжнародної моралі так і міжнародного права. Будь-яка держава, бажаючи бути повноправним членом світового співтовариства, повинна втілювати вимоги міжнародних стандартів з прав людини у свою національну юридичну практику. Це означає, що права і свободи людини в значній мірі вийшли за межі чисто внутрішньої компетенції держави, стали предметом міжнародного захисту. Розвиток цивілізації та супроводжуючі його зміни в сфері міжнародного права призводять до того, що все більша кількість питань, що традиційно входили у сферу внутрішніх справ держав, стають предметом міжнародного регулювання, тобто права людини вже не можуть обумовлюватися виключно характером та рівнем розвитку даного конкретного суспільства, оскільки все більший вплив на них здійснює людська цивілізація. Сьогодні обсяг прав і свобод людини визначається не тільки конкретними особливостями того чи іншого суспільства, але й "розвитком людської цивілізації в цілому, рівнем і ступінню інтегрованості міжнародного співтовариства. Чим ціліснішим стає світ, тим більший вплив на права і свободи людини мають міжнародні фактори".

Вищенаведене, однак, не свідчить про те, що в даній сфері міжнародного співробітництва права і свободи людини регулюються виключно міжнародним правом, і що вони перестали входити у внутрішню компетенцію держав. Так, ще в ході створення на Конференції в Сан-Франциско (1945 р.) тексту Статуту Організації Об'єднаних Націй (далі ООН) в доповіді Підготовчого комітету відзначалось, що міжнародному співтовариству необхідно співпрацювати з метою розвитку поваги до прав людини. Разом з тим підкреслювалось, що забезпечення і безпосередній захист прав людини і основних свобод - внутрішня справа кожної держави. Це положення, включене пізніше в Статут ООН (п.1 ст. 3), стало основоположною, фундаментальною нормою, що визначила в загальних рисах мету та характерні особливості міжнародної співпраці в сфері прав людини.

Отож, як видається, дефініцію, сентенцію міжнародних стандартів прав людини можна сформулювати так: міжнародні стандарти прав людини - це закріплені у міжнародних актах та інших міжнародних документах певні показники цих прав, до досягнення яких заохочуються або ж зобов'язуються держави.

До змісту прав людини необхідно підходити конкретно - історично, оскільки зафіксований в міжнародно-правових документах сучасний каталог згаданих прав - результат тривалого історичного становлення еталонів, шаблонів, стандартів, які стали нормою сучасного суспільства.

Найважливішим історичним етапом становлення та розвитку прав людини стали буржуазію - демократичні революції XVII – XVIII століть, які висунули не тільки широкий спектр, набір прав людини, але й принцип формальної рівності, що придав їм істинно демократичне звучання. Права людини, засновані на формальній рівності, стали одним із головних ціннісних орієнтирів суспільного розвитку, сприяли встановленню демократичних взаємовідносин між державною владою та індивідом. У становленні загальнолюдських прав і свобод людини та громадянина величезну роль відіграло також ідеологічне, доктринальне вчення про природні, вроджені права людини, які не залежать від волі державної влади; мета останньої - забезпечення прав, наданих людині природою або Творцем.

© Гуцуляк В., 2006

Фоном розвитку ідеї прав людини стали принципи свободи та рівноправності, Ф. Енгельс писав: "Повинні були пройти і насправді пройшли цілі тисячоліття, перш ніж із початкового уявлення про відносну рівність був зроблений висновок про рівноправність всіх людей в державі та суспільстві і цей висновок став видаватися природнім, саме собою зрозумілим". Тобто прогрес суспільства неможливий, якщо він не вносить принципово нового в становище конкретної особи в суспільстві, якщо людина з кожною новою сходинкою розвитку не одержує хоча б мінімум прав. Хай ці права історично обмежені, однак все ж таки розширюються від однієї конкретно-історичної формації до іншої. Так, середньовічний кріпак вільніший від античного раба, а найманий робітник ранньобуржуазного суспільства вільніший від середньовічного кріпака. І хоча розвиток суспільства на шляху здобуття загальнолюдських прав і свобод не був поступальним нарощуванням виключно прогресивних начал, проте історичний прогрес в цьому відношенні без сумніву явище об'єктивно детерміноване, що пробиває собі шлях через всі випадковості і хаотичні нагромадження соціального розвитку.

Проте, конкретно-історичне походження загальнолюдських прав і свобод людини і громадянина визначає неоднаковість їх змісту та обсягу в різних умовах та в різні часи існування людства. Вже тому уявлення про реально здійсненні права не можуть бути змістовно універсальними та незмінними. Крім того, "різночитання" у тлумаченні основних прав людини коріниться в тому, що їх розуміння залежить від своєрідних, специфічних інтересів різних народів, націй, етнічних груп та інших соціальних утворень. А такі інтереси є вже не загальнолюдськими, не всесвітніми, а особливими, "частковими".

Наслідком такої ситуації стає те, що цінності, котрі *у* міжнародних документах вважаються загальнолюдськими (основні, невід'ємні права людини), є такими за їх назвами, найменуваннями, термінами, проте при їх реальному втіленні у життя вони наповнюються цілком конкретним, неоднозначним змістом, а тому функціонують не як загальні, а як окремо-людські.

Окрім цього, слід відзначити, що певні історичні зміни в ході взаємовідносин держав з приводу міжнародних стандартів прав людини не могли не позначитись також і на наукових підходах стосовно механізмів їх захисту та забезпечення. Так, доволі тривалий час, опираючись на теорію природних та невід'ємних прав індивіда, що захищаються незалежно від державних кордонів, деякі вчені доволі одностайно виправдовували застосування сили із зовні у випадку порушення таких прав конкретною державою (причому незалежно від того, носять такі порушення масовий і грубий характер чи ні). Зокрема, американський юрист Р. Кессін ще в 1947 р. висловив думку про можливість домінуючої ролі ООН щодо захисту особи від будь – яких зазіхань на її права. Пізніше, в 60 - х роках вивчались можливості застосування сили для цих цілей – зокрема в працях відомого англійського юриста Я. Броунлі. В користь крайніх методів захисту прав індивіда – аж до "гуманітарної інтервенції" – висловлювався в спеціальному дослідженні американський професор Р. Лілліх. Правомірність "гуманітарної" інтервенції доводилась посиланнями на Статут ООН.

На противагу описаним позиціям в ряді наукових робіт висловлюються думки щодо повного зняття питання захисту прав людини з сфери міжнародно-правового регулювання як такого, що підриває основи багатосторонньої співпраці держав та посягає на основи світового правопорядку. Інші ж вчені, такі як Б. Вукас, Гест, та ін. синтезуючи два вищевказаних погляди небезпідставно вважають, що міжнародні органи (в тому числі і судові) все ж таки могли б взяти на себе деякі функції державних політичних і юридичних установ по захисту прав людини.

ПРОБЛЕМИ МЕТОДОЛОГІЇ ДОСЛІДЖЕННЯ СОЦІАЛЬНОЇ ФУНКЦІЇ ДЕРЖАВИ

Кузьмінський О.

Національний педагогічний університет ім. М. Драгоманова

Проблеми функцій держави в науковій літературі досліджені на належному рівні, але в науковців виникає дуже багато суперечностей, які потребують негайного теоретико-методологічного обґрунтування. Разом з тим потребують нових досліджень проблеми соціальної функції держави. Вченими правознавцями навіть не вироблений єдиний підхід до розуміння поняття соціальної функції держави. Деякі дослідники такі як В.В. Копєйчиков, А.Ю. Олійник, В.М. Корєльський, А.Б. Венгеров взагалі не виділяють соціальну функцію держави в системі функцій держави. М.І. Байтін, І.Н. Сєнякін, В.В. Лазарєва хоч і виділяють соціальну функцію як окрему функцію держави, але не приділяють її вивченню достатньої уваги.

Соціальна функція є явищем динамічним. У різні періоди цивілізаційного розвитку вона мала свій особливий яскраво виражений характер. Від виникнення історично-перших держав в Стародавньому Єгипті, де суспільна праця носила загальнодержавний характер, і до сучасних постіндустріальних країн, де забезпечення права особи на працю, відпочинок, соціальний захист є одним з найважливіших напрямків діяльності державного механізму, соціальна функція перебувала в постійному розвитку.

У правовій науці вироблений комплексний методологічний підхід для дослідження соціальної функції держави. Він базується на: системному підході, діяльнісному, синергетичному підході та структурно-функціональному аналізі.

Варто звернути увагу на те, що соціальна функція є системною категорією. Вона як елемент входить в більш складнішу систему, таку як „функції держави". Система „функції держави" є елементом системи „держава". А в свою чергу система „держава" є невід'ємною частиною мегасистеми – „суспільство". Всі ці системи знаходяться в постійному динамічному русі. Вони розвиваються, взаємодіють, доповнюють одна одну. Тому є необхідність у цілісному вивченні всіх вищезазначених категорій для більш детального дослідження соціальної функції держави.

Соціальна функція держави повинна досліджуватись в контексті діяльнісного підходу. При цьому повинна бути проаналізована діяльність держави по здійсненню соціальної функції в наступних сферах суспільного життя: в сфері праці та відпочинку (гарантування кожному права на належні, безпечні і здорові умови праці; гарантування рівних можливостей у виборі професії; захист від незаконного звільнення; гарантування права на страйк тощо); в сфері соціального захисту різних верств населення (інвалідів, людей похилого віку, безробітних, багатодітних сімей, сиріт, дітей в неповних сім'ях тощо); в сфері житлового забезпечення (гарантування права на житло малозабезпеченим громадянам, молодим сім'ям; іпотечне кредитування; реформування житлово-комунального комплексу); в сфері охорони здоров'я (поліпшення умов праці у медичних установах; впровадження медичного страхування населення; поліпшення послуг, які надаються медичними закладами; забезпечення права громадянам на чисте довкілля та ін.); в сфері фізичної культури, спорту, туризму (розвиток сільського туризму; відновлення дитячих оздоровчих таборів; збільшення кількості спортивних клубів, секцій тощо).

Синергетичний підхід припускає, що соціальна функція є самодостатньою та здатна саморозвиватися за рахунок притаманних їй суперечностей. Необхідно зазначити, що синергетичний метод обумовлений діалектичною методологією в цілому. Соціальна функція як системна категорія має свою межу сталості, яка обумовлена: сукупністю елементів даної системи, сукупністю взаємовідносин між елементами, прагненням до стабілізації та найбільш сталого стану. У той же час нестійкість є необхідною якістю будь-якої самоорганізованої системи, в тому числі і системи соціальної функції держави. Процес самоорганізації можна охарактеризувати – як пошук найбільш сталого стану соціальної функції держави в умовах об'єктивної дійсності.

Функціональний аналіз соціальної функції є певною систематизацією тих понять і проблем, які вже існують в теорії держави і права, та є визначеними при їх критичному аналізі. Нам необхідно

© Кузьмінський О., 2006

юридично точно сформулювати визначення самих понять „функція держави" та „соціальна функція держави", оскільки деякі сучасні дослідники об'єктивну категорію – функції держави (соціальні функції), ототожнюють із суб'єктивною категорією, тобто цілями або мотивами соціальної функції держави. Наприклад, Р. Мертон визначає функцію держави як очевидні наслідки, які сприяють адаптації держави як системного утворення.

Більшість російських авторів таких як В.В. Лазарєва, М.В. Корєльський визначають функцію держави як основні напрямки її діяльності, що виражають сутність і соціальне значення, цілі та завдання держави по управлінню суспільством в певних притаманних тільки йому формах та методах. А.Б. Венгеров визначає функції держави як діяльність держави в своїй цілісності з єдиною політичною, структурною та територіальною організацією. М.І. Байтін відстоює поняття сформульоване ще за часів радянської системи права. Він визначає функцію держави як основну внутрішню та зовнішню діяльність держави, в якій виражається і конкретизується її класова та загальнолюдська сутність і соціальне значення.

Вітчизняні науковці такі як А.М. Колодій, А.Ю. Олійник, В.В. Копєйчиков відстоюють думку, що функції держави – це основні напрямки діяльності держави, у яких відображаються та конкретизуються їх завдання та методи, виявляється її сутність, зміст та соціальне призначення у соціально неоднорідному суспільстві. Отже вітчизняна та російська школи права розуміють під функціями держави – основні напрямки діяльності (тобто цілі, мотиви діяльності держави), а не наслідки даної діяльності. Таким чином ми спостерігаємо серйозну теоретичну проблему, яка потребує негайного вирішення.

Функціональний аналіз потребує детального пояснення соціальних механізмів, за допомогою яких виконується соціальна функція державою. Виникає питання ким повинна здійснюватись соціальна функція: представниками державної влади чи представниками громадянського суспільства? Чи тими і іншими разом? Якщо разом, то в якій мірі це функції державної влади та її посадових осіб, а в якій – структур громадянського суспільства?

На нашу думку, в сучасних соціальних правових державах необхідно зміщувати акценти саме в бік різноманітних структур громадянського суспільства. Це викликано, перш за все, кризовими моментами в розвитку соціальної функції в таких країнах як Франція, Швеція, Німеччина та ін., де на практиці довгий час спостерігався перерозподіл діяльності по здійсненню соціальної функції на користь державно-владних структур. Це призвело до серйозних проблем в соціальній та економічній сферах. У вищезазначених країнах вже сьогодні розмірковують про реформування соціальної політики. Не можна відкидати і той факт, що зміщення акцентів - відбувається під безпосереднім впливом високорозвиненого громадянського суспільства, яке в останній час відіграє значну роль в реалізації соціальної політики державою.

Комплексне використання вищезазначених методів вивчення соціальної функції держави і визначає методологію її дослідження, що надає змогу розглянути дані соціальні явища в різних аспектах.

ІНСТИТУТ ЗАКОНОДАВСТВА : ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ

Левицька Н.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Концепція розвитку законодавства України на 1997-2005 рр. передбачала конкретні напрямки вдосконалення системи законодавства, зокрема, шляхом створення нових галузей та інститутів.

Проблеми створення та функціонування системи законодавства не залишилися поза увагою як в зарубіжній, так і у вітчизняній юридичній літературі. Ця проблематика висвітлювалася у працях: С.С. Алексеева, Д.А. Керімова, М.Н. Марченка, А.В. Міцкевича, П.М. Рабіновича, С.В. Полєніної, Н.В. Сільченка, Ю.О. Тіхомірова, Г.Г. Шмельової, О.Ф. Скакун. Поряд з цим, недостатньо висвітлювалися проблеми становлення та розвитку структурних частин в цілому, та інститут законодавства, зокрема.

У юридичній літературі існують різні підходи до самого поняття системи законодавства: широкий (сукупність всіх нормативно-правових актів) та вузький (сукупність законів). В основі нашого дослідження буде розуміння системи законодавства як комплексу взаємопов'язаних нормативно-правових приписів, що містяться у чинних законах певної держави (Шмельова Г.Г.).

Таке поняття системи законодавства дозволяє визначити її горизонтальну структуру, до якої належать: інститути законодавства, міжгалузеві інститути законодавства, галузі законодавства та інші групи законодавства.

Важливу роль в цій структурі відіграє інститут законодавства. У юридичній літературі по різному тлумачать зміст поняття інститут законодавства. Насамперед, зазначається, що інститут законодавства є важливим підрозділом галузі законодавства, який об'єднує певну групу нормативно-правових приписів і є вужчим за об'ємом ніж галузь чи підгалузь законодавства і забезпечує регулювання відносин певного виду (Ноздрачова А.Ф.).

Одні автори тлумачать інститут законодавства як сукупність нормативно-правових приписів, що утворює елемент головного підрозділу системи законодавства (Алексєєв С.С.), інші – як сукупність взаємодоповнюючих нормативно-правових приписів, спрямованих на регулювання відносно відокремленого виду, групи суспільних відносин (Самощенко І.С., Цвік М.В.). Але, як правило, визначення поняття "інститут законодавства" суттєво не відрізняються.

Уточнюючи поняття "інститут законодавства" можна зазначити, що це сукупність нормативно-правових приписів, що містяться у чинних законах певної держави і регулюють певний вид однорідних суспільних відносин.

Водночас, необхідно вділити ряд ознак, які характеризують інститут законодавства: 1) однорідність змісту; 2) єдність нормативно-правових приписів, яка забезпечується основними принципами права; 3) нормативна впорядкованість; 4) безпрогальність; 5) цілісність, завершеність регулювання певного виду відносин.

В кожній галузі можна виділити множину інститутів. Так, до галузі трудового законодавство входять інститути охорони праці, дисципліни праці тощо. Інститути законодавства можна класифікувати, як інститути права за різними критеріями. Часто класифікаційні види інститутів законодавства та інститутів права співпадають. Так, в залежності від характеру норми вони поділяються на: матеріальні та процесуальні; за сферою поширення: на галузеві (інститут спадкування) і міжгалузеві (інститут екологічної відповідальності); за функціями у правовому регулюванні: регулятивні (інститут міни) та охоронні (інститут притягнення до кримінальної відповідальності); за складом: прості (необхідна оборона) і складні (інститут власності). У межах інститутів законодавства можуть утворюватися субінститути.

Кожний інститут займає своє місце у галузі законодавства, або у структурі системи права в цілому. Інколи інститути об'єктивується в окремому законі, але більшість інститутів фіксуються у вигляді структурних підрозділів кодифікаційного акту (глави, розділу). В деяких випадках, інститут може бути закріплений в одній чи декількох статтях. Часто норми одного інституту містяться у різних галузях законодавства.

© Левицька Н., 2006

Інститут законодавства – є складовою частиною, ланцюгом галузі.

Розглядаючи питання про інституту законодавства В.С. Якушев справедливо зазначав, що нормативні приписи групуються не випадково, а за їх юридичним змістом, який обумовлених змістом конкретних суспільних відносин. В результаті утворюється стрункa система угрупованих, пов'язаних між собою внутрішнім змістом нормативних приписів , які забезпечують досягнення бажаного результату .

Разом з тим інститут законодавства є частиною галузі законодавства.

Відмінність інституту від галузі законодавства полягає в тому, що він регулює не всю сукупність відповідних суспільних відносин, а лише деякі сторони, особливості одних типових суспільних відносин. Але в деяких випадках одні і ті ж суспільні відносини регулюються нормативними приписами різних галузей законодавства. Тоді відповідні нормативні приписи утворюють так звані міжгалузеві (комплексні) інститути.

Комплексні інститути входять в комплексні галузі законодавства і фіксуються у комплексних актах, тобто тих, що включають в себе норми кількох галузей.

Комплексний інститут, хоча і включає нормативні приписи різних галузей законодавства характеризується єдиним предметом регулювання.

Нормативно-правові приписи, які включені в міжгалузеві кодекси (Повітряний кодекс і ін.) складають комплексні інститути законодавства. Міжгалузеві (комплексні) кодекси відповідають потребам практики.

Суттєве значення у формуванні інститутів має кодифікація законодавства. Кодифікація здійснюється шляхом широкого використання нормативних узагальнень, а це є можливим лише тоді, коли кодифікація відповідає структурі законодавства. Після того, як комплекс норм виділений в самостійний підрозділ закону чи кодексу, всі компоненти інституту отримують достатньо повний розвиток і інститут з позиції структурної характеристики набуває закінченого виду.

Інституту законодавства є необхідною структурною частиною системи законодавства, так як:

по-перше, звернення до цієї категорії полегшує пошук законів, в яких містяться потрібні для конкретної справи нормативні приписи;

по-друге, використання поняття „інститут законодавства" сприяє виявленню тих фактів, в яких розвиваються і конкретизуються положення даного закону;

по-третє, наявність в структурі законодавства певного інституту полегшує об'єктивацію нормативно-правових положень.

ОБ'ЄКТИ ТА ПРЕДМЕТ ЗАГАЛЬНОЇ ТЕОРІЇ ПРАВА

Луць Л.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Трансформація юридичної науки у сучасних умовах має безпосереднє відношення й до загальної теорії права. Вітчизняна теорія права, на даному етапі її розвитку звільняється від наукових конструкцій, що не дозволяють пояснити дійсність, а також від міфологічності, утопізму, антиантропологізму, ортодоксальності та інших негативних рис. Водночас, переглядається низка правових ідей, створюються нові підходи, трансформується методологія.

До актуальних проблем загальної теорії права відносяться питання співвідношення об'єктів та предмету цієї галузі юридичної науки.

У вітчизняній та зарубіжній літературі питання про об'єкти та предмет загальної теорії права вирішується неоднозначно. Хоча безспірною є теза, що об'єкт науки це те, на що спрямоване пізнання, а предмет – сукупність знань про об'єкт, яка отримана під певним кутом зору його дослідження.

Що стосується предмету загальної теорії права, то дискусії ведуться значною мірою щодо його поняття та змісту. Проте, позиції стосовно об'єктів загальної теорії права є досить різноманітними: від повного заперечення до недостатнього розмежування чи повного ототожнення. Досить часто у науковій чи навчальній літературі проблеми об'єктів загальної теорії права залишаються поза увагою авторів. Хоча саме від того, наскільки чітко вирішується питання про розмежування предмета та об'єктів дослідження залежить теоретична та практична значимість загальної теорії права.

Під об'єктом загальної теорії права деякі автори розуміють право, правову практику, а також соціально-політичну та ін. (неюридичну практику у тій частині, що обумовлює формування та розвиток правових явищ і процесів – Сирих В.М.); інші – буття права, а саме: правову форму, правові норми та інститути, правову культуру та свідомість і юридичну науку (Шабалін В.А.). Існують також уявлення щодо об'єктів загальної теорії права, як всіх політико-правових феноменів. Але необхідно зазначити, що головним у відмінності об'єкта від предмета є не питома вага явищ, які утворюють його зміст, а його природа та характер.

У філософії об'єктом (від лат. objectum) називають те, що протиставляється суб'єкту, тобто свідомості, внутрішньому світу як дійсне, як частина зовнішнього світу (Філософський енциклопедичний словник) – так званий реальний об'єкт, об'єктивна реальність.

Беручи за основу цю філософську категорію, можна зазначити, що об'єктом теорії є правова реальність, яка є тісно пов'язана з іншими сферами соціальної дійсності. А тому видається вірною думка Сирих В.М., що аналіз правової реальності без аналізу інших соціальних явищ і процесів буде аналізом форми без змісту. Проте, не бажаним є і віднесення до об'єктів загальної теорії права будь-яких неюридичних об'єктів, бо це не дозволить встановити чіткі межі між різними сферами суспільного життя та правовими явищами, які існують в них, призведе до підміни досліджуваних явищ. Тобто до об'єкту загальної теорії права можна включити, поряд з правовими явищами та процесами, лише ті неюридичні явища, які прямо впливають на процес їх формування та функціонування.

При цьому необхідно зазначити, що об'єкт загальної теорії права може бути об'єктом і інших юридичних та неюридичних наук, в залежності від того, які зв'язки, сторони цього об'єкта досліджуються.

Таким чином, категорія "об'єкт загальної теорії права" охоплює широке коло юридичних та неюридичних явищ, процесів тощо і є основою для формування предмета загальної теорії права, при цьому, уточнюючим критерієм виступає його зміст.

Чітке ж розмежування об'єктів та предмету загальної теорії права сприяє визнанню відповідної сукупності наукових знань самостійною галуззю юридичної науки.

У юридичній літературі відсутнє також, і уподібнене розуміння предмету загальної теорії права. І це пояснюється, насамперед, тим, що правова дійсність є складною, багатоаспектною і часто внутрішньосуперечливою.

© Луць Л., 2006

Під предметом загальної теорії права у вітчизняній літературі, як правило, розуміють: “об’єктивні властивості права, основні та загальні закономірності виникнення, функціонування та розвитку правових явищ” (Скакун О.Ф.); “загальні закономірності правових явищ” (Кельман М.С., Мурашин О.Г.); “загальні та специфічні закономірності правових явищ” (Копєйчиков В.В., Колодій А.М. та ін.); “генетичні, структурні та функціональні закономірності правових явищ” (Шмельова Г.Г.) тощо.

Незважаючи на різні підходи як у вітчизняній, так і зарубіжній літературі щодо визначення предмету загальної теорії права у позиціях авторів прослідковується більше подібного, ніж відмінного. Як правило, автори визначають предмет через загальні закономірності виникнення, функціонування та розвитку правових явищ.

Як відомо, правові закономірності – це стійкі об’єктивні зв’язки між правовими явищами, між ними та іншими соціальними явищами, що проявляється в їх юридичних властивостях. При цьому, у літературі визначають різні види закономірностей, які складають зміст предмету загальної теорії права. Визначаючи предмет загальної теорії права необхідно зазначити, що предметом загальної теорії права є основні загальні закономірності виникнення, функціонування та розвитку правових явищ і процесів. Розширення предметної сфери загальної теорії права за рахунок дослідження неюридичних факторів з одного боку, дозволяє з’ясувати і зовнішні закономірності функціонування цих явищ, а з іншого – “розмиває” межу між предметом загальної теорії права та предметами неюридичних наук. При цьому необхідно зауважити, що об’єкт є ширше предмету науки.

З’ясування проблем співвідношення об’єктів та предмету загальної теорії права, розкриття змісту останнього є важливим теоретичним та методологічним завданням, яке має пряме значення для подальшого розвитку цієї галузі юридичної науки і безпосереднє відношення до питання визначення меж та предметної сфери загальної теорії права. Це у свою чергу породжує питання про можливість розподілу предметної сфери на теорію держави та теорію права, а також – виокремлення відносно самостійних сфер: філософії та соціології права.

У юридичній літературі існують різні точки зору щодо можливих варіантів розв’язання цих проблем. Деякі автори аргументують необхідність виокремлення таких галузей юридичної науки.

На даний час, у вузах виокремленні та викладаються такі навчальні курси як філософія та соціологія права. Інші автори обґрунтовують штучність такого поділу й доцільність їх об’єднання у межах загальної теорії права.

Проте, безсумнівним залишається те, що таке об’єднання предметних сфер ще у XIX ст. дозволило поглибити знання про право та його закономірності, сприяло успішному розвиткові юридичної науки.

Водночас, необхідно звернути увагу на те, що зміст загальної теорії права, як і будь-якої іншої науки, її предмет не є застиглими. Зміни у суспільному житті, у розвитку людства в цілому впливають на предметну сферу будь-яких суспільних наук, в тому числі і загальної теорії права. А тому при незмінності предмету загальної теорії права ми можемо говорити про зміну меж предметної сфери. Хоча при цьому залишаються дискусійними питання щодо встановлення чітких меж між новими галузями юридичної науки, зокрема, філософії права, соціології права, а також загальної теорії права. Видається, що з’ясуванню цих питань сприятиме розв’язання проблеми співвідношення об’єктів та предмету загальної теорії права.

Б.О. КІСТЯКІВСЬКИЙ ЯК МЕТОДОЛОГ І ТЕОРЕТИК ПРАВА (ДО ПОСТАНОВКИ ПРОБЛЕМИ)

Меленко О.

Буковинська державна фінансова академія України

Сьогодні в Україні здійснюються великомасштабні перетворення, спрямовані на зміцнення демократії і створення правової держави. Відбувається переоцінка цінностей в економічній, соціальній, духовній й інших сферах життя суспільства. На перший план висуваються задачі забезпечення законності, захисту прав і свобод громадян, верховенства права. Зміни в усіх областях громадського життя і нові задачі викликали значну інтенсифікацію розвитку сучасної вітчизняної правової науки й удосконалення, відновлення її концептуальних основ і науково-методологічної бази. У цьому зв'язку істотно посилився інтерес до історії самої правової науки взагалі, правової думки зокрема, до інтелектуального досвіду вітчизняних учених-правознавців, особливо другої половини XIX – початку XX ст. Актуальним завданням сучасної вітчизняної правової науки стало глибоке вивчення їхнього внеску в дослідження державно-правових явищ.

У цьому контексті великий інтерес представляє життя і наукова діяльність одного з найвизначніших представників вітчизняної науки кінця XIX – початку XX ст. Богдана Олександровича Кістяківського (1868-1920) – правознавця, філософа, історика, академіка Української Академії Наук, доктора державного права, надзвичайно різнобічного вченого, який зробив значний внесок у розробку багатьох проблем теоретичного правознавства.

Актуальність вивчення його праць обумовлена також відсутністю систематичних досліджень, присвячених науково-правовій спадщині Б.О. Кістяківського. В українській і закордонній юридичній науці розглядалися лише окремі аспекти поставленої проблеми (у роботах вітчизняних учених Л. Депенчука і В. Тимошенко, а також американського вченого С. Хьюман), тоді як багато питань наукової творчості талановитого вченого залишаються недослідженими.

У рамках даних тез зроблена спроба – в порядку постановки проблеми – схарактеризувати основні можливі напрямки дослідження науково-правової спадщини Б.О. Кістяківського.

Б.О. Кістяківський належить до блискучої плеяди дореволюційних вітчизняних юристів. Він вважається активним прихильником правової держави, ліберальних цінностей і визначним методологом правових досліджень. Основні ідеї ученого викладені у таких його працях, як «Русская социологическая школа» и категории возможности при решении социально-этических проблем» (М., 1902), «В защиту права (Интеллигенция и правосознание» (М., 1909), «Право как социальное явление» (М., 1911), «Наши задачи» (М., 1913), «Сущность государственной власти» (Ярославль, 1913), «Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права» (М., 1916).

Навіть попереднє ознайомлення з зазначеними працями вченого дозволяє відзначити два важливих напрямки його науково-теоретичних пошуків:

1) глибока розробка методологічних проблем дослідження права і

2) оригінальне трактування важливих загальнотеоретичних проблем права.

Отже, Б.О. Кістяківського можна характеризувати як методолога і теоретика права, і при дослідженні його наукової спадщини варто виходити з цієї характеристики.

У центрі наукових пошуків Б.О. Кістяківського як методолога права знаходилися такі важливі проблеми методології дослідження права, як: а) криза соціально-наукового пізнання і стан пізнання права; б) проблеми логіки і методології соціальних наук; в) співвідношення природно-наукового і соціально-наукового типів мислення; г) категорії необхідності і справедливості при дослідженні соціальних явищ; ґ) методологічна природа науки про право: співвідношення і взаємодія в пізнанні права соціальних наук і правознавства; д) методологічні особливості загальної теорії права; е) співвідношення між філософією і наукою права; є) методологічні труднощі в науці про державу; ж) необхідність методологічного плюралізму і синтетичний підхід до пізнання права; з) задачі науки про право.

© Меленко О., 2006

Загальнотеоретичні погляди Б.О. Кістяківського як теоретика права охоплюють наступні питання: а) поняття права: множинність понять права і єдність права; б) право як соціальне явище; в) соціальні функції і соціальне призначення права; г) реальність об'єктивного права; ґ) об'єктивне і суб'єктивне, раціональне й ірраціональне в праві; д) держава й особистість: проблеми усунення протиріч між їхніми інтересами; е) проблеми теоретичного обґрунтування прав людини і громадянина; є) сутність державної влади; ж) співвідношення права і держави; з) конституційна або правова держава.

Це, безсумнівно, неповний перелік тих питань, пошуками відповідей на які займався вчений. Неважко також помітити, що перераховані проблеми є актуальними й у даний час і в цій якості вони знаходяться в центрі уваги теоретико-методологічних пошуків сучасних вітчизняних учених.

Таким чином, дослідження науково-правової спадщини Б.О. Кістяківського включає: аналіз основних аспектів методології дослідження права, запропонованої Б.О. Кістяківським; визначення внеску вченого в розробку важливих загальнотеоретичних проблем права; встановлення місця теорії Б.О. Кістяківського у системі теоретико-правових знань початку XX ст. і сучасності; виявлення значення і конструктивної ролі ідей Б.О. Кістяківського при розв'язанні сучасних проблем права і правової науки в Україні.

СТРОИТЕЛЬСТВО ГОСУДАРСТВА, ПРАВА ЧЕЛОВЕКА И КОНСТИТУЦИЯ. ПРАВА ЧЕЛОВЕКА В КОНСТИТУЦИИ ЛИТОВСКОЙ РЕСПУБЛИКИ

Миляускайте К.

Університет Миколаса Ромериса

Строительство государства немыслимо без идеи охраны прав и свобод человека. За этими правами признается статус конституционной ценности. В основном государственном документе высшей силы – конституции закреплены основные права, вытекающие из природы человека. Анализ развития прав человека в Литовской Республике и проблем их охраны позволяет утверждать, что путем решения вопросов защиты конституционных прав человека закладывается основа для дальнейшей деятельности. Любой способ интерпретации основных прав, или толкование права в каждом отдельном случае, связывается с особой конституционной сферой – охраной прав человека и их осуществлением.

Уже более 200 лет как в практике государств мира сложился обычай основные права и свободы человека провозглашать в важнейших документах государства, обычно в конституции. L. Favoreu анализируя функции конституционной юстиции, называет и «функцию распространения и закрепления основных прав», а также, обязанность «охранять основные права». Государство обязано гарантировать права человека, должно создать механизмы осуществления этих прав, обеспечить человеку возможность их претворения в жизнь и осуществлять эффективную защиту нарушенных прав человека.

В конституции государства имеется много и очень разнообразных способов обеспечения прав и свобод человека. Первый способ – это провозглашение самих прав и свобод человека в конституции. В конституциях разных стран перечни основных прав и свобод различны. Это обусловливается эпохой принятия конституции и особенностями конкретной правовой системы. В Конституции Литовской Республики, как и в других конституциях «новых демократий», принятых в странах Европы в конце XX века, детально излагаются основные права и свободы человека. Следовательно, имеем четко сформулированный, Конституцией закрепленный, перечень прав и свобод человека, своеобразный их каталог.

Вторым способом обеспечения прав и свобод человека в конституции государства является конкретизация конституционных норм, которыми закрепляются основные права человека. В конституции приведены лишь самые характерные признаки, определенные рамки. Окончательные границы подчас устанавливаются законодателем или конституционной юстицией. Без подобной конкретизации сама конституционная норма стала бы больше походить на идею, нежели на правило, обусловливающее и регулирующее поведение людей. Обязанность законодателя – принять одного или другого рода закон, т.е. придать основному праву явную форму, выразить его более конкретно, четко определить его границы. Нередко такая конкретизация является конституционным императивом для парламента. Вот часть 2 статьи 39 Конституции Литовской Республики вменяет в обязанность Сейму принять закон об оплачиваемом дородовом и послеродовом отпуске работающих матерей, благоприятных условиях труда и других льготах. Таких императивов для Сейма имеется и больше.

В-третьих, в конституции имеются положения, носящие обязательный характер, отчетливо и обоснованно запрещающие какие-либо действия. Подобный способ обеспечения конституционных прав и свобод сводит до минимума возможность их несоблюдения, так как исключения также имеют конституционное происхождение и обычно бывают конкретными. Абсолютные (запрет на цензуру массовых средств информации) и условные (неприкосновенность частной жизни, случаи, связанные со свободой, частной собственностью человека) запреты имеются и в Конституции Литовской Республики.

В-четвертых, конституция государства предоставляет возможность для непосредственного обеспечения самими гражданами своих прав и свобод. В Литве это путем референдума решаемые важнейшие вопросы государства и народа (также прав и свобод человека). Граждане также обладают правом инициативы издания законов.

© Миляускайте К., 2006

В-пятых, конституционными правилами предусматриваются правовые способы защиты прав и свобод человека. Конституцией государства вменяется в обязанность определенным институциям и должностным лицам защищать права и свободы человека. Такая защита может быть как непосредственной, так и косвенной, столь окончательной или неокончательной. Общим учреждением защиты конституционных прав и свобод человека является суд. В Литве судебной защите прав и свобод человека присущи следующие конституционные характеристики: i) в Конституции Литвы утверждается, что «Конституция является целостным и непосредственно применяемым актом», поэтому каждый человек может обосновывать свои требования или защищать нарушенное право на основании Конституции; ii) лицо может обращаться в суд по поводу восстановления или защиты права в любое время – для этого не требуются никакие специальные пропуска или процедуры; iii) все суды образуют единую судебную систему, для них и судей гарантирована конституционная независимость. Конституцией Литовской Республики защита прав и свобод человека косвенно и неокончательно также вменяется в обязанность контролерам Сейма, рассматривающим жалобы граждан о злоупотреблении и бюрократизме различных должностных лиц (за исключением судей), Конституционному Суду, прокуратуре.

ІДЕЯ СОЦІАЛЬНОЇ ДЕРЖАВИ В СУЧАСНІЙ ЗАХІДНІЙ ТЕОРІЇ І ПРАКТИЦІ

Мудролюбова Н.

Національний педагогічний університет ім. М.П. Драгоманова

У першій статті Конституції 1996 року Україна серед іншого визначена як «соціальна держава». Таке визначення вперше було використано в німецькій Конституції 1949 р., а також зустрічається в конституціях Франції 1958 р. та Іспанії 1978 р., міститься в програмних документах багатьох політичних партій. Зрозуміло, що західна філософська та політично-правова традиція застосування цієї термінологічної конструкції є більш тривалою, тому звернемось перш за все до цієї традиції, щоб точніше зрозуміти сенс та генезу цього поняття та його змісту.

Концепція соціальної політики і соціальної держави викристалізувалась в першу чергу в німецькому правознавстві на підставі політичних дискусій другої половини XIX ст. У центрі цієї дискусії знаходились два питання: яким чином можлива інтеграція промислового пролетаріату в буржуазне суспільство з його інституційними структурами політичної влади, і як поєднати капіталізм і гегемонію класу буржуазії з широкою демократією для мас промислового пролетаріату. Намагаючись послабити вплив соціал-демократів, уряд О. фон Бісмарка у 80-х роках підготував серію законів про страхування робітників промислових підприємств. Соціальна політика була піднесена на рівень офіційної доктрини. Вона була закріплена у Веймарській конституції 1919 р. – першій європейській конституції, яка надала громадянам соціальні права (права на об'єднання у профспілки, захист від безробіття, охорону здоров'я і працездатності).

У 1929 р. німецький державознавець Х. Хеллер висунув поняття соціальної правової держави як альтернативи економічній і політичній диктатурі буржуазії. Соціальна правова держава, згідно Хеллеру, є інституційним засобом обмеження капіталістичного ринкового суспільства політичними принципами, які поєднують формально-юридичну рівність з демократичним самовизначенням у сферах виробництва і розподілу благ.

Теорія і практика соціальної держави набули значного поширення в 60-90-х рр. насамперед у розвинутих країнах Західної Європи. Її ідеологи (Т. Ріттер, К. Хессе, А. Браун, Дж. Роулс, М. Годе, Д. Янкелович) спиралися на досвід соціального розвитку європейського суспільства в повоєнний період, прагнули врахувати досягнення і проблеми «держави загального благоденства», критику концепції соціальної держави з боку її опонентів (Р. Дарендорф, Ф.А. Хайєк).

Одним із творців сучасної теорії соціальної держави був шведський економіст і державний діяч К.Г. Мюрдаль, автор відомої книги «За межі держави добробуту». Він відстоює тезу про те, що на відміну від держав минулого сторіччя, сучасна західна демократія передбачає задоволення інтересів усіх прошарків суспільства, а також їх участь в розподілі соціальних благ. Окремі аспекти цієї теорії розвиваються в працях Дж. Роулса (компенсаторна та розподільча справедливість), Р. Дворкіна (право громадян на рівну частку соціального добробуту) та ін.

У сучасній науці соціальна держава розглядається як тип організації державного і громадського життя, заснованого на пріоритеті соціальних цінностей, насамперед права людини на «гідне життя». Концептуальне ядро теорії соціальної держави утворюють положення про зростаючу відповідальність держави за добробут, розвиток і безпеку її громадян, а конституційну основу складають закони (соціальні кодекси), які визначають правові гарантії кожного на достатній життєвий рівень для нього самого і його сім'ї, визначають механізм і заходи державного управління, планування, розподілу, контролю, що мають забезпечити цивілізоване як загальне, так і індивідуальне благо людини. Економічну базу соціальної держави утворює «змішана економіка», котра має поєднувати вимоги ринкової раціональності з правом будь-якого індивіда на участь у виробничому житті та достатнє матеріальне забезпечення («солідарні ринкові відносини»). Важливим компонентом соціальної держави є «соціальна етика», система моральних норм і імперативів, що забезпечує оптимізацію стосунків між громадянином і державою, подолання соціальних конфліктів, прагне поєднати принцип індивідуальної свободи з нормативами «плюралістичної солідарності».

© Мудролюбова Н., 2006

Отже, соціальна держава не обмежується захистом прав людини, вона бере на себе відповідальність за створення соціальних гарантій, протидіє узурпації політичної влади владою економічною. Основними принципами соціальної держави є соціальна справедливість, соціальна безпека, соціальні гарантії прав людини і гуманних умов життя. Такій державі притаманні широко розгалужена система соціальних послуг, безкоштовної освіти та охорони здоров'я, доступ до різних сфер культури, спорту, допомога держави незахищеним верствам населення.

Ідея соціальної держави концептуально пов'язується з правом на гідне існування. Це право можна розуміти як інтегративне або відокремлене. Інтегративно воно практично співпадає із «третім рівнем» природних прав – соціальними правами людини, – тобто недиференційовано охоплює усю відповідну сферу, відрізняючи її від сфер особистих та політичних прав. Історично першим виникло саме таке розуміння цього права. Але згодом воно диференціюється, розпадається на окремі права. Залишається – тепер вже окремо поруч з іншими з цієї групи – право на гідне існування. Власне, це право перетворюється скоріше на мету, і визначаються лише засоби досягнення цієї мети (див. в Загальній декларації прав людини: «право на справедливу і задовільну винагороду, яка забезпечує гідне людини існування» – ст.23, або «право на життєвий рівень, який є необхідним для підтримання здоров'я і добробуту самої людини та її сім'ї» – ст.25), сама ж мета, як і раніше, залишається досить аморфною.

Безсумнівним сьогодні є відносний характер групи соціальних прав. Сучасний німецький філософ права Р.Циппеліус справедливо відзначає, що вимозі дбати про матеріальні умови розвитку особистості та про соціальну справедливість, яка висувається стосовно держави у сучасному праворозумінні, не можна надати форми усталеного переліку «головних соціальних прав». «Головні правові норми можуть ставити більш чи менш точні цілі, надавати мінімальні гарантії та обмежувати. Але в деталях соціальна політика завжди залишається соціально зумовленою: різновид та масштаб обов'язків, які пропонує держава, залежать від відповідного стану суспільного та економічного розвитку, від зміни потреб та від мінливих засобів, якими розпоряджається держава».

Поняття «соціальна держава» було перенесено на вітчизняний інтелектуальний простір спочатку в образі так званих західних «соціалізмів» (австрійського, шведського та ін.), котрі повинні були ідеологічно виправдати проект «демократизації соціалізму» в епоху горбачовської перебудови. Цей образ вигадали скоріше письменники (наприклад, Ч.Айтматов), ніж теоретики, а потім він дуже сподобався ідеологам компартії, які вбачали в цьому образі доказ впливу радянської соціалістичної практики на розвиток західного капіталізму. Зрозуміло, що теоретичні обґрунтування принципових розбіжностей між соціальною і соціалістичною державою при цьому не брались до уваги, тим більше, що майже повний збіг термінів налаштовував на спрощену та комфортну (або заспокоюючу) перцепцію. Втім, в такому змішанні понять була (і є) певна логіка. Якщо насправді можна знайти дуже мало доказів прямого впливу соціалістичної практики на розвиток західної демократії в напрямку її «полівіння», то немає сумніву, що парадигми соціально орієнтованої економіки, соціальної відповідальності держави та соціальної справедливості як принципу суспільної організації, що значною мірою скорегували західний суспільно-політичний проект в другій половині XX століття, мають коріння в соціалістичній ідейно-теоретичній традиції, і в цьому розумінні дійсно споріднені соціалізму радянсько-комуністичного зразка. Але наскільки «близькою» є ця спорідненість можна судити, наприклад, порівнюючи сьогодні А. Блера та Г. Шрьодера з одного боку та Г. Зюганова і П. Симоненка з іншого (не кажучи вже про В. Анпілова або Н. Андреєву). Принципова відмінність західних «соціалізмів» (власне, мова йде саме про соціальну державу, і далі ми будемо використовувати виключно цей термін) від радянського випливає з того, що поруч з соціалістичною (тобто соціал-демократичною, а не комуністичною) вони ґрунтуються на ліберальній традиції, ідеях природного права, суспільної угоди та правової держави. Саме ця традиція є тут висхідною (поруч, між іншим, з традицією консервативною), а елементи соціалізму є вже залученими та похідними.

Трансформація ідеї соціальної держави складає зміст сучасних ідеологічних пошуків західної соціал-демократії. Лівоцентристи, наприклад, лідер французьких соціалістів Л. Жоспен, вітають «ринкову економіку», але критикують «ринкове суспільство», вважаючи, що має існувати «громадянський домен» із власною етикою обслуговування, захищений від вторгнення ринкових сил. Цей «соціальний простір» не обмежується родиною чи вузьким колом близьких людей, а простягається всередину життєдіяльності соціуму, охоплюючи сфери культури, освіти, охорони здоров'я, систему соціального забезпечення і економічну інфраструктуру. У цьому просторі реалізуються колективні форми взаємодії, в тому числі профспілок та інших організацій громадянського суспільства. У «громадянському домені» головною цінністю є соціальний, людський,

а не грошовий капітал». На XXI конгресі Соцінтерна (Париж, листопад 1999 р.) в цілому переважали ліві соціал-демократи. Основна теза декларації конгресу зводиться до ключової ролі держави у боротьбі з «ринковим фундаменталізмом», який веде до «небезпечного посилення індивідуалізму, котрий підточує сферу суспільних цінностей».

Інша лінія сучасних трансформацій соціал-демократичної ідеології більше нагадує певне пом'якшення ідеї соціальної держави, посилення в комбінації «держава – індивід» індивідуалістичних начал. Саме так виглядає концепція «Третього шляху» прем'єра Великобританії А. Блера. Фактично Блер виступає за суттєву переорієнтацію лейбористської партії на традиції класичного лібералізму. Він трактує ідею рівності як «рівність можливостей». За Блером, держава повинна займатись не «віджилим корпоратизмом», а питаннями освіти, підвищенням кваліфікації, технологічного розвитку, підтримкою малого бізнесу і підприємництва – у цьому полягає цінність «рівності можливостей» (скорочення програм соціального захисту). Концепція громадянського суспільства при цьому повинна ґрунтуватись на цінності відповідальності. Третя цінність – активної спільноти – має на увазі диверсифікацію колективних форм взаємодії в суспільстві – від державних структур до добровільних організацій. Відзначимо, що в даній шерензі цінностей відсутні соціальна справедливість і солідарність.

ВІДЧУЖЕННЯ В НОРМАТИВНОМУ ПОЛІ

Невельська-Гордєєва О.

Національна юридична академія України ім. Я. Мудрого

Різноманітні підходи до проблеми відчуження: філософський, психологічний, патопсихологічний (психоаналітичний), соціальний, історичний, антропологічний, економічний, політичний – описують сам феномен, але не з'ясовують його природу. Дана робота присвячена саме цьому питанню – вивченню природи відчуження в контексті нормативного поля. Мета дослідження – не тільки з'ясувати сучасні прояви феномену, а й зробити філософсько-правовий аналіз природи відчуження, знайти підгрунтя цього процесу.

Питання відчуження у філософії права ставилося й вирішувалося по-різному: у Т. Гоббса, Ж.-Ж. Руссо, Д. Локка відчуження розглядається як досвід передачі людиною своїх політичних прав державі, у філософії Г. Гегеля воно пов'язано із втіленням у природу й суспільство Абсолютного Духа, у Л. Фейербаха відчуження досліджується з антропологічних позицій. У марксизмі воно виступало результатом економічних відносин – як відчуження (а) від продукту праці, (б) від самої праці, (в) людей один від одного, (г) людини від самої себе. Сучасна філософія права знов повертається до проблеми відчуження й шукає шляхів його подолання людиною. Специфіка загальносвітового виміру феномену відчуження для сучасної доктрини зумовлюється диверсифікацією й індивідуалізацією суспільства. Ось чому з'ясування природи відчуження є актуальним завданням науки.

Поняття "відчуження" уперше з'явилося в німецькій класичній філософії. Природа й історія, за Гегелем, виступають результатом відчуження Духу. Якщо розглядати людину не як популярну з часів марксизму біосоціальну єдність, не як арістотелевську animal rationale (розумну тварину), і не як психосоматичну істоту або animal sociale, а як забуту тріаду тіла, душі й духу, то тут Г. Гегель абсолютно має рацію: відчуження духовної сторони від людини призводить до кризи історії й культури, що неминуче позначається на природі. Антропологічну інтерпретацію феномену відчуження вперше запропонував Л. Фейєрбах, який джерела останнього бачив у психологічних станах людини – почутті залежності, страху тощо. Насправді психологічний складник феномена відчуження є лише наслідком процесу, але не його причиною. К. Маркс розкривав соціальний характер відчуження, вважаючи його джерелом панування приватної власності, тобто товарно-грошові відносини. На думку Т. Адорно, причина відчуження полягає не в соціальних умовах, як у К. Маркса, а в самому житті, яке перекручено, знівечено настільки, що жодна людина вже не здатна самостійно жити правильно, не в змозі правильно реалізувати своє власне призначення: світ налаштований тепер так, що навіть проста вимога чесності, порядності неминуче викликає в людини почуття протесту. Дійсно, сама по собі наявність товарно-грошових відносин не може змусити індивіда стати осторонь людської сутності, якщо його духовне життя не ушкоджується, а реалізується нормально.

Вивчаючи психічно хворих людей, відірваних від нормального духовного життя, З. Фрейд зв'язав феномен відчуження з патологією особистості. Розвиток цивілізації, на його думку, відбувається як процес відчуження від безпосередніх життєвих потягів людини. Для засновника психоаналізу центр особистості знаходиться у фізіологічному шарі, однак сьогодні, коли фізіологічні потреби людини акцентовані (як ніколи протягом усього XX ст.), особистісна криза не тільки не переборена, а, навпаки, відчутно збільшена. М. Каддафі стверджує, що воля людини неповна, якщо її потребами управляють інші. Це керування потребами індивіда, утвердження його як біосоціальної істоти призводять до витіснення цілого прошарку суто людських запитів: суспільство прагне задовольняти тілесні й душевні потреби особистості, зовсім ігноруючи духовні. Утративши розуміння духовного життя, суспільство втрачає справжню сутність людини. Є. Фромм намагається поєднати соціальну теорію К. Маркса і психоаналіз З. Фрейда, вважаючи, що під відчуженням мається на увазі такий спосіб сприйняття, при якому індивід відчуває себе як щось далеке, нереальне і стає як би відстороненим від самого себе, не почуваючи себе центром свого світу, рушієм своїх власних дій, а, навпаки, перебуває під владою власних вчинків та їх наслідків, підкорюючись або навіть поклоняючись їм. Відчужена людина втрачає зв'язок із самою собою і всіма іншими. Пошуки соціальних коренів відчуження також не розв'язують проблеми: погляд на соціум як на відчуження від

© Невельська-Гордєєва О., 2006

природи, розрив первинних зв'язків, заміщення знаковою системою природних інстинктів, – усе це штовхає людину у сферу тваринного життя, протиставляє цивілізацію біологічному існуванню на тваринному рівні.

Протягом усієї історії людства релігія була тим морально-організуючим, кріпильним, цементуючим началом, що поєднувало народи навколо ідеалів, додавало міцності національним державам і схожість національному характеру. Розходження в побуті, психології, сімейному укладі й історичній долі народів і країн кореняться насамперед в царині релігійній, духовній. Національна самосвідомість нерозривно пов'язана з релігійною. Розвиваючись, суспільство формувало в людині прагнення до досягнення незалежності й матеріального благополуччя, що призвело до деградації її соціальної й особистісної сутності, тому зняття головного соціального протиріччя між усезростаючим індивідуалізмом і потребою у зміцненні людської солідарності повинні стати головною турботою сучасних філософів права.

Моральність прийнято розуміти як сукупність у суспільстві загальних принципів і норм поведінки людей стосовно одне одного. Важливо те, що індивідум, покладаючи на себе обов'язок жити за моральними законами, прийнятими в суспільстві на підставі згоди суспільного й особистого світорозуміння, робить цей вільний акт не тільки релігійним, а й соціальним. Отже, аморальна людина асоціальна. Сьогодні спостерігається масова підміна моральних цінностей: замість альтруїзму маємо егоїзм, замість некористолюбства (нездирництва) – ощадливість, взаємодопомоги – конкуренцію, замість цнотливості – розбещеність і свободу, а гроші стали не засобом для життя, а його метою. Людина відчужується моральності, а цей процес призводить до руйнування цивілізації.

У сучасній філософській ситуації постмодернізму немає єдиної загальнообов'язкової конкретної парадигми ні в мистецтві, ні у філософії, ні в гуманітарному знанні, ні в особистій повсякденності, а поряд із цим її не існує ні в релігійних віруваннях, ні в моральних принципах, ні в моральних підвалинах. Будь-які точки зору рівноправні й рівноякісні незалежно від історичного періоду, культурної традиції, економічної ситуації. У філософії тепер виявляється не криза, якою вже нікого не здивуєш, а виникає парадокс: виникає „криза кризи". Суть останньої – у втраті орієнтації на істину; істини немає за принципом, обов'язковості підвалин моральності немає, антиномія добра-зла втрачена, критерії дозволеного-недозволеного, схвалюваного-несхвалюваного зникли, вони майже витравлені із суспільної свідомості. Сьогодні ми є свідками того, як "криза кризи" викликає до життя моральні перекручення: правило, обґрунтоване абсолютними моральними цінностями, засуджується, а ненормальність затверджується нормою. У наші дні постмодерністська парадигма тріумфує в мистецтві, політиці, бізнесі. Йдеться про втрату системообразуючих чинників. А це, у свою чергу, з неминучістю породжує необов'язковість філософського і філософсько-правового тексту: у будь-який момент можна поставити крапку і в будь-який момент можна продовжити. А необов'язковість написання тексту тягне необов'язковість і читання необов'язково породжуваних текстів. Як бачимо, постмодернізм позбавив людину стійких змістів, популяризував і впровадив у масову свідомість свободу значень, що не тотожна свободі вибору. Останній здійснюється, коли є з чого вибирати: із пред'явлених зразків, сформульованих значень тощо. Вільний вибір – це вибір без тиску зовні, але вибір обмежений уже існуючими, наявними альтернативами. Свобода значень дозволяє жонглювати змістами, що призводить до зруйнування усіх табу.

Постмодернізм – ворог правової свідомості, тому що вона припускає наявність стійких моральних цінностей у масовій свідомості. І якщо ще недавно основним завданням була боротьба з конформістською мораллю й корпоративною свідомістю, яка представлялась одночасно й боротьбою за новий стиль мислення, то зараз у ситуації постмодернізму можна діагностувати вже не низку корпоративних свідомостей, а повна відсутність взагалі будь-якої свідомості. Перетворення суспільства розпочинається зі зміни на краще кожної людини індивідуально. Але для цього потрібен моральний компас, сенс життя. Нормативне поле має можливість представити сітку смислів-ідеалів – абсолютну й незалежну від суб'єкта норми, за якою особа може судити про правильність свого вибору. Саме в цьому нами бачиться зняття "кризи кризовості" в ситуації постмодернізму.

Нормативне поле – це метафізичний простір буття норм. Нормативна мережа є ієрархизованою нормативною структурою. Індивідуальне нормативне поле – це ієрархія норм, привласнених суб'єктом. На даний час нормативне поле має тенденцію до розширення. Терпимість до насильства, фактична відмова від традиційних моральних засад – сучасні тенденції в нормативному полі, які пояснюються (а) ідеологічно: (необхідно зруйнувати нормативний фундамент комуністичної моралі), (б) науково (колишні норми й табу сьогоднішні вже не відповідають стилю і способу життя, що змінилося), (в) прецедентно (в усьому світі поняття „норма" як таке вважається застарілим),

(г) прагматично (відсутність норми дозволяє покращати людське життя), (д) гуманістично (моральні заборони обмежують і гублять самобутність особистості).

Однак у підґрунті нормативного поля завжди присутні два полюси – належного й полюс існуючого. Полюс належного – моральний закон як категоричний імператив (за І. Кантом); полюс існуючого – система табу, стереотипів, ритуалів, звичаїв тощо, найчастіше укорінена в суспільстві, яка підтримує норми для збереження й відтворення життя у формі звичаєвого права. Норми, що виходять від обох полюсів, завжди перетинаються, а сфера перетинання нормативних полів фіксується у зводах писаних законів (цивільне й державне право).

З точки зору сучасної психології дуже серйозною психологічною помилкою є погляд на сьогодення лише як на перехід від одного типу соціального устрою до іншого (неважливо, від поганого до гарного чи від гарного до поганого), тому що цей стан тимчасовості перехідного періоду робить виконання соціальних норм необов'язковим. Екстремальність, тимчасовість обставин "списує" і брехню, і жорстокість. Ось чому дуже важливо розглядати сьогодення як саме життя, а не як перехідний період.

Спираючись на викладене, є сенс зробити наступні висновки:

1. Відчуження в нормативному полі пов'язано з позбавленням масової свідомості моральних норм, із запереченням існування абсолютних моральних цінностей.

2. Природа відчуження полягає в ігноруванні духовних потреб людини.

3. На сучасні тенденції в нормативному полі впливає загальнофілософська ситуація постмодернізму.

4. У підґрунті нормативного поля завжди присутні два полюси – належного й існуючого. Досліджувана проблема відчуження пов'язана із сучасними спробами подолати історично укорінене співвідношення належного й існуючого через розширення допустимості норми і впровадження та популяризацію норм, не схвалюваних у традиційній свідомості.

СТРУКТУРА СИСТЕМИ ЗАКОНОДАВСТВА: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА

Онишко Є.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Характерною ознакою нинішнього етапу розвитку людства є процеси глобалізації, які викликають суттєві зміни у всіх сферах суспільного життя, зокрема, в правовій. Не стоїть осторонь цих процесів і сучасна правова система України. В ній відбуваються суттєві зміни в цілому, і в системі законодавства, зокрема.

Проблемам функціонування системи законодавства завжди приділялася достатня увага, оскільки вони мають важливе практичне значення. Зокрема, вказана проблематика висвітлювалася у працях: С.С. Алексєєва, Б.К. Бабаєва, А.Б. Венгерова, Д.А. Керімова, В.В. Лазарєва, М.П. Марченка, А.В. Міцкевича, С.В. Полєніної, П.М. Рабіновича, Н.В. Сільченка, Ю.О. Тіхомірова, Г.Г. Шмельової та інших.

Проте, зміни, що відбуваються у системах законодавства, в сучасних європейських державах, зокрема, це стосується розширення внутрішнього кола джерел права за рахунок відповідних міжнародно-правових джерел, зростання питомої ваги норм, рецептованих чи імплементованих способом впровадження у національну систему законодавства, зумовлюють потребу у дослідженні системи законодавства під дещо іншим кутом зору. При цьому, такий аналіз має враховувати як попередні напрацювання юридичної науки, так і новітні досягнення, а також стан юридичної практики та тенденції розвитку цього правового явища.

Трансформаційні процеси як у сучасній системі законодавства України, так і в системах законодавства інших держав вимагають розмежування таких понять як система джерел права, система нормативно-правових актів, система законодавства. У межах досліджуваної теми зупинимося на понятті система законодавства.

У сучасній юридичній науці відсутній єдиний підхід до розуміння системи законодавства. Прихильники ширшого підходу тлумачать систему законодавства як сукупність всіх нормативно-правових актів (законів і підзаконних актів), а представники вузького – як сукупність законів.

Саме розуміння системи законодавства як комплексу взаємопов'язаних нормативно-правових приписів, що містяться у чинних законах певної держави (Шмельова Г.Г.), у нашому дослідженні буде базовим для аналізу внутрішньої будови системи законодавства.

Незаперечними ознаками системи законодавства є те, що вона є формою об'єктивації юридичних норм і співвідноситься із системою права як форма і зміст; у значній мірі має суб'єктивний характер бо є результатом цілеспрямованої діяльності суб'єкта законотворення, її первинним елементом є нормативно-правовий (законодавчий) припис; вона має поліструктурну будову, яка визначається різними факторами.

Отже, система законодавства є цілісним, але водночас і структурованим утворенням. Таким чином, під структурою системи законодавства (у межах обраного нами поняття), слід розуміти зумовлену потребами правового регулювання внутрішню організацію законодавства певної держави, впорядкування законодавчих приписів, що виражається в їх єдності та узгодженості, а також розподілі на певні групи законодавства.

Первинним елементом системи законодавства є нормативно-правові приписи, що містяться у статтях законів. Класифікаційні види таких приписів, як правило, співпадають із видами юридичних норм, наприклад, за предметом регулювання – цивільні, конституційні, нормативно-правові приписи тощо. Хоча є законодавчі приписи, які не співпадають із видами юридичних норм, наприклад, дефінітивні, декларативні, оперативні приписи. Законодавчі приписи об'єднуються та утворюють за певними критеріями, відповідні структурні частини – групи законодавства.

Ці групи законодавства і характеризують структуру системи законодавства. До них належать: інститути законодавства, міжгалузеві інститути законодавства; підгалузі законодавства; галузі законодавства (зокрема, комплексі галузі). Між цими структурними частинами існують складні зв'язки, що забезпечують цілісність системи законодавства: генетичні, структурні, функційні.

© Онишко Є., 2006

Генетичні зв'язки є похідними від факторів об'єктивного характеру (наприклад, система права є основою для системи законодавства) та суб'єктивного характеру (наприклад, професіоналізм законодавця). Функційні зв'язки є системонабутими і поділяються на предметно-функційні та організаційні (зв'язки управління). Структурні зв'язки проявляються в ієрархічній (вертикальній) галузевій (горизонтальній) та в інших структурних проявах системи законодавства.

У галузевій структурі системи законодавства найбільше проявляється вплив на неї системи права. Критеріями виокремлення горизонтальних структурних частин виступають предмет та метод правового регулювання. І хоча система законодавства є об'єктивною формою виразу системи права її предметна (горизонтальна) структура завжди співпадає із структурою системи права.

Так, в горизонтальній структурі можуть існувати декілька площин: 1) галузі законодавства співпадають із галузями права (цивільне законодавства – цивільне право); 2) галузі законодавства не співпадають із галузями права (господарське законодавство); 3) комплексні галузі законодавства (законодавства про освіту, культуру); 4) галузі законодавства, яким в системі права немає аналогів (вони відсутні) – наприклад, повітряне, водне законодавство.

Горизонтальна структура системи законодавства може відображати і поділ її на публічні та приватні галузі та інститути законодавства. Так, до приватного права може відноситися цивільне, сімейне, торговельне законодавства, а до публічного –конституційне, кримінальне, адміністративне, фінансове та ін.

Вертикальна структура системи законодавства відображає розміщення законів за юридичною силою. У континентальному праві за юридичною силою закони поділяються на: конституції, конституційні закони, органічні та звичайні. Досить часто така структура складається із Конституції та звичайних законів, інколи – конституційних та звичайних, чи органічних та звичайних (або Конституція, органічні та звичайні закони).

Така структура відображає ієрархію законів у системі законодавства, що базується на принципі верховенства Конституції та конституційних законів.

Звичайно, як горизонтальна, так і вертикальна структури відображають внутрішню будову системи законодавства насамперед континентального права. Для англо-американського типу правової системи така структура буде відмінною: адже і система законодавства складається, у значній мірі із інститутів законодавства, а лише інколи із галузей права.

За суб'єктами (або ж, вірніше, за їх законодавчими повноваженнями) у англійському праві існує так зване "статутне законодавство" – акти парламентського походження (які за юридичною силою можуть утворювати ієрархічну структуру). Американська система законодавства є більш подібною до континентальної системи, хоча має і низку не властивих романо-германському праву інститутів.

Крім того, структура системи законодавства може мати рівневий (багатоступеневий характер). Такий структурний зріз залежить від устрою конкретної держави. Якщо держава федеративна, то вона може мати систему законодавства дворівневого характеру: загальнофедеральне законодавство і законодавство суб'єктів федерації (наприклад, Російської Федерації, США, ФРН).

Що стосується системи законодавства України, то вона має як горизонтальну, так і вертикальну структуру. Горизонтальну структуру утворюють відповідні інститути, галузі та інші групи законодавства, а вертикальну – Конституція та закони. Проте, сучасна система законодавства не відповідає критеріям ефективності, оскільки не завжди в ній простежується узгодженість елементів, несуперечливість.

Досить часто зустрічаються дублювання, конкуренція приписів та інші деформації. Концепція розвитку законодавства України на 1997-2005 рр. передбачала необхідність створення стратегії розвитку законодавства, перегляду діючого законодавства з метою очищення його від застарілих законодавчих приписів чи законів, досягнення оптимального балансу у межах структурних частин системи законодавства, удосконалення законодавчої техніки. Проте, ціла низка проблем залишилася не розв'язаною, зокрема, не всі питання гармонізації чи уніфікації українського законодавства до європейських правових стандартів вирішені сьогодні.

Проте, ті елементи європейського міжнародного права, що вже сьогодні впроваджені у національну систему законодавства спричинили її суттєву трансформацію. Зокрема, подоланий антиатнропологізм – особливо за рахунок створення юрисдикційного механізму захисту прав та свобод людини. Але основні зміни у системі законодавства пов'язані із підготовкою України до вступу у Європейський Союз.

СУЧАСНЕ ЄВРОПЕЙСЬКЕ ПРАВОРОЗУМІННЯ (З ПОГЛЯДУ СТРАСБУРЗЬКОГО СУДУ)

Рабінович П.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Яке явище відображається терміно-поняттям “право”?

Це питання належить до, так би мовити, вічнозелених у всій всесвітній історії юриспруденції – з давніх давен і донині...

У новітній час одним із перспективних шляхів пошуку відповідей на означені два питання може слугувати дослідження практики застосування Конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 р. (далі - Конвенція). Європейським судом з прав людини (далі – Суд). Адже усі її норми – за визнанням самого Суду – підпорядковані верховенству *права*, слугують його втіленням. Невипадково Суд у численних своїх рішеннях не тільки безпосередньо посилається на верховенство *права*, але й нерідко конкретизує, як він висловлюється, окремі „елементи” або ж „аспекти” цього принципу.

Дослідження практики Суду (відображеної, зокрема, у його рішеннях, опрацьованих Львівською лабораторією прав людини Академії правових наук України, а також опублікованих у вітчизняних та зарубіжних джерелах) дозволяє сформувати більш-менш адекватне уявлення про його праворозуміння. Останнє ж можна – з деякою умовністю – назвати „європейським”, оскільки до складу цього Суду входять фахівці-юристи найвищого ґатунку майже з усіх держав Європи.

Таке дослідження дає підстави констатувати, що до онтичних («онтологічних») властивостей того явища, яке відображається зазначеним праворозумінням, належать наступні:

- здатність, можливість задовольняти певні потреби та інтереси насамперед людини, а також окремих людських спільнот, об’єднань та й, зрештою, суспільства в цілому (рішення у справах „Backley”, „Bouchelkia”, „Camenrind”, „Ceylan”, „Chapman”, „Dudgeon”, „Handysise”, „Iankowski”, „Jonstone”, „Khalfaoui”, „Lingens”, „Olsson”, „Rees”, „Rekvenyi”, „Serif”, „Vogt”, „Wingrove”, „Games”, „Gaskin”. Майже у всіх рішеннях Суду йде мова про інтереси особи, приватні інтереси; зокрема інтереси дитини, батьків; про інтереси групи, про інтереси суспільства. А інтереси, як відомо, є так чи інакше, усвідомленням, відображенням потреб.
- зазначена можливість зумовлюється як біологічними властивостями індивіда (його віком, станом здоров’я, рівнем фізичного розвитку), так і соціальними (зокрема, рівнем зрілості, інтелектуального розвитку) (рішення у справах „Costello Roberts”, „Crus Varac”, „Kulda”, „Nsona”, „Soering”, „Tekin”, „Vilvarajah”);
- згадані можливості мають бути конкретними і справжніми (реальними), практично здійсненними (рішення у справах „Airey”, „Allenet de Ribemont”, „Coéme”, „Vasilescu”, „Waite and Kennedy”);
- вони мають з’ясовуватись стосовно саме тієї унікальної ситуації, в якій опинилась дана людина (заявник). Суд постійно наголошує на необхідності зважати на специфіку, неповторність конкретної ситуації у різних державах, якщо вирішується питання про те, дотримано певне право або порушено, чи у даній ситуації „поведінка” держави-відповідача є правомірною або, навпаки, неправомірною (рішення у справах „B. C.France”, „Cossey”, „Lopes Ostra”, „Ozgür Günden”, „Rees”);
- - необхідними показниками, характеристиками такої ситуації мають бути, зокрема, власне суб’єктивні, суто індивідуальні психічні особливості людини, – скажімо, такі як здатність розуміти зміст і вимоги закону, рівень психічного розвитку, характер психічної реакції на поводження інших (рішення у справі „Campbell and Cosans”);
- окрім останньої, Суд вважає за потрібне зважати також і на *ситуативність соціальну*. Найбільш рельєфно це виявляється тоді, коли він наголошує на необхідності тлумачити і застосовувати Конвенцію обов’язково у світлі *актуальних умов сьогодення*, тобто таких умов, які існують на момент розгляду справи (рішення у справах „Cossey”, „Stafford”);

© Рабінович П., 2006

– як наслідок, оскільки будь-які ситуації постійно трансформуються, „рухаються”, *конкретна* інтерпретація зазначеного поняття не може бути застиглою, незмінно формалізованою; навпаки: вона – у певному сенсі – здатна набувати певної релятивності. Звідси час від часу виникає потреба вдаватись – використовуючи „динамічний та еволюційний підходи” (рішення у справах „Christine Goodwine”, „Stafford”), – до *розвитку* праворозуміння шляхом переінтерпретації положень Конвенції, а іноді навіть і до їх, так би мовити, „добудови”. Суд виходить із того, що „завжди буде існувати необхідність у пристосуванні загальних положень Конвенції до змінюваних обставин” (рішення у справі „Streletz, Kessler and Krenz”) навіть шляхом формулювання права, текстуально не закріпленого у Конвенції” (рішення у справі „John Murray”);
– нарешті, здатність задовольняти потреби та інтереси людини має бути „справедливо збалансованою” із можливостями задоволення потреб інших осіб, інших суб’єктів соціуму, суспільства в цілому. При цьому, співставляючи, „співвимірюючи” різноманітні інтереси, Суд свідомий того, що вони часто-густо відрізняються, не співпадають, навіть суперечать, конфліктують між собою (рішення у справах „Beyeler”, „Cardoso Coca”, „Chapman”, „Chassagnou”). І він нерідко відверто мотивує, з яких підстав „схиляє баланс” на користь *певних* суб’єктів, чому інтереси *певних* осіб мають „отримати гору”, „дістати перевагу” (рішення у справах „Boujlifa”, „Buckley”, „Elsholz”, „Scozzariet Giunta”).

Фіксуючи усі відзначені властивості досліджувального явища у дефініції відповідного терміно-поняття, можна резюмувати наступне. Відповідно до європейського праворозуміння, ***право – це об’єктивно зумовлені біологічними та соціальними факторами конкретні й реальні можливості задоволення потреб (інтересів) людини, справедливо збалансовані з можливостями задоволення потреб (інтересів) інших суб’єктів та й усього суспільства.***

Якщо зважати на той соціально-філософський концептуальний підхід, що на ньому ґрунтується наведена інтерпретація, то таке праворозуміння можна вважати *„інструментально-потребовим”*. Воно є змістовно інтегрованим, оскільки:

по-перше, об’єднує в єдиний комплекс різноманітні властивості тих чи інших явищ, а саме – потреби (інтереси) людини та інших суб’єктів; особистісні та соціальні особливості ситуації, в якій „задіяні” учасники відносин; конкретність, реальність та ефективність можливостей задоволення їхніх потреб (інтересів); певна співвіднесеність, зрівноваженість тих можливостей, що ними володіють відповідні суб’єкти. З огляду на це, таке праворозуміння є, можна сказати, *онтологічно-інтегративним*;

по-друге, у такому праворозумінні, так чи інакше, одночасно спостерігаються, "відлунюються" прояви декількох відомих теорій („шкіл”) права: передусім соціологічної, реалістичної, екзістенціалістської. З цього боку, інструментально-потребове праворозуміння можна вважати й *гносеологічно-інтегративним.*

Чи не втрачається нормативність, стандартизованість права у тому праворозумінні, що його демонструє Суд? Якщо взяти до уваги, що настанови Суду про необхідність враховувати особливості ситуації безвинятково поширюються на *усі* конкретні випадки, справи, тоді, гадаю, відповідь на це питання буде ствердною. **Всезагальність унікалізації –** ось у чому можна вбачати внутрішньо суперечливу, діалектичну стандартизацію тих явищ, які у даному випадку відображаються терміно-поняттям „право”.

Принагідно зауважу, що мабуть, однотипний різновид праворозуміння підтримується й обстоюється мною протягом п’ятнадцяти років. Адже правом **загальносоціальним** (тобто не державно-владним, не „юридичним”) пропоную визнавати певні можливості учасників суспільного життя, необхідні для їх існування й розвитку, які (можливості) об’єктивно зумовлюються досягнутим рівнем розвитку суспільства і мають бути загальними та рівними для всіх однойменних суб’єктів; а таким різновидом загальносоціального права як **права людини** – певні можливості, які необхідні для задоволення потреб її існування й розвитку в конкретно-історичних ситуаціях, об’єктивно зумовлені досягнутим рівнем розвитку суспільства і мають бути загальними та рівними для всіх людей („Основы общей теории права и государства”. Изд.7-ое.-Х.,2005. – С.15,16).

Як розуміти означене явище, у чому воно полягає – певну відповідь на це питання теж можна віднайти у низці рішень Суду. Серед властивостей, характеристик цього явища він вирізняє наступні:

– визнання пріоритетності, домінування, визначальної ролі прав людини у діяльності держави, оскільки –за висловом Суду – принцип верховенства права втілено в усіх статтях

Конвенції, якої зобов'язались дотримуватись держави-члени Ради Європи (рішення у справах „Carbonare and Venture", „Hassan and Thaouch");

- поширюваність цієї пріоритетності, цього принципу на діяльність усіх без винятку органів держави, включаючи, зокрема, й органи прокуратури (рішення у справі „Новосєлєцкій проти України");
- правова певність, визначеність (legal certainty) положення людини у тій ситуації, в якій вона перебуває (рішення у справах „Baranowski", „Brumarescu", „Свєтлана Науменко проти України", „Рябих проти Росії");
- неприпустимість затримання особи на невизначений і непередбачуваний термін, якщо воно не грунтується на законі чи судовому рішенні (рішення у справі „Ассанідзе проти Грузії);
- обсяг будь-якого правового розсуду й спосіб його здійснення мають бути з достатньою ясністю визначені законом (рішення у справах „Ahmet Özkan and oth.", „Maestry");
- наявність громадської довіри до судів як до гарантів справедливості (рішення у справі „Nikula");
- майже безвиняткова можливість доступу до Суду (рішення у справах „Fayed", "Kutic", "Golder");
- наявність судового контролю за втручанням виконавчих органів у права людини (рішення у справах „Ассанідзе проти Грузії", „Brannigan and McBride", „Frelin", „Talat Tape");
- підпорядкованість судовому рішенню усіх органів держави, безвиняткова обов'язковість його виконання будь-якими органами і посадовцями (рішення у справах „Вассерман проти Росії", „Гіззатова проти Росії", „Деркач та Палек проти України", „Маліновскій проти Росії", „Тімофєєв проти Росії", „Ромашов проти України", „Шмалько проти України", „Hassen and Tchaouch", „Iatridis");
- можливість скасування вищим судом рішення нижчого суду, яке не набрало чинності (рішення у справі „Krone Verlag GmbH and CoKG");
- незмінність, неоспорюваність остаточного судового рішення, яке набрало чинності (рішення у справах „Pullar", "Рябих проти Росії", "Полтораченко проти України", "Правєдная проти Росії", "Ромашов проти України", "Совтрансавто проти України");
- невтручання законодавчої влади у відправлення правосуддя (рішення у справі „Raffiineries grecgues");
- секулярність (світський характер) держави (рішення у справі „Refah Partisi (the Welfare Party) and oth.");
- забезпечення державою, у разі застосування смертельної зброї, швидкого й ефективного розслідування справи її органами, „аби підтримувати громадську довіру у дотримання ними верховенства права" (рішення у справах „Huhh Jordan", „McKerr", „Гонгадзе проти України").

На закінчення варто відзначити, що Суд вважає наявність верховенства права хіба що не визначальною ознакою правової держави. В одному зі своїх рішень він прямо констатував, що правовою є така держава, котра керується принципом верховенства права (рішення у справі „Streletz, Kessler and Krenz").

Хотілося б сподіватись, що викладені тут міркування сприятимуть результативній дискусії наших юристів стосовно інтерпретації верховенства права і, врешті решт, впровадженню його в життя.

СУБСИДІАРНА ВЗАЄМОДІЯ ПРИВАТНОГО Й ПУБЛІЧНОГО У СУСПІЛЬНОМУ ЖИТТІ

Рабінович С.

Львівський юридичний інститут МВС України

У кожному суспільстві існує сфера приватного як сутнісно необхідної, органічної соціальної саморегуляції, та сфера публічного як необхідної централізовано-організаційної регуляції. Нижче буде представлено спробу розглянути проблему взаємодії цих сфер суспільного життя, «спроектувавши» на неї природно-правовий принцип субсидіарності.

Субсидіарність є засадою, яка призначена функціонально впорядковувати відносини між різнорівневими елементами соціальної ієрархії шляхом визначення меж свободи та автономії у діяльності окремих суб'єктів соціального цілого. Зміст цього принципу може бути зведено до наступних положень:

1. Соціальні функції та завдання, що їх здатні виконувати самостійно окремі особи та їхні об'єднання - з власної ініціативи і власними засобами, не можуть бути передані будь-яким іншим спільнотам, які посідають більш високе становище у соціальній ієрархії.

2. Ті ж соціальні функції та завдання, що їх не здатні виконувати самостійно окремі особи чи їхні об'єднання, повинні здійснюватись тими спільнотами, які займають вище щодо них становище у соціальній ієрархії. Останні мають виконувати лише ті функції та завдання, котрі приватні особи та їх об'єднання не здатні виконувати самостійно. Здійснення саме цих функцій є природним обов'язком «вищих» спільнот.

Отже, субсидіарність окреслює межі приватної регуляції суспільного життя, які об'єктивно задаються тими потребами й можливостями функціонування і розвитку суспільства, котрі можуть бути забезпечені власними зусиллями окремих осіб та їх об'єднань. Імпліцитно субсидіарність спирається на ідею суверенітету будь якої приватної влади і виявляє механізм узгодження останнього з суверенітетом влади публічної.

Принцип субсидіарності логічно сполучається з концепцією *правового плюралізму*, яка відображає множинність центрів та рівнів соціонормативної регуляції. На первинному, базовому рівні така регуляція здійснюється, зокрема, в актах індивідуальної та локальної правотворчості окремих осіб та приватних об'єднань – договорах та односторонніх правочинах, в установчих документах, у правилах внутрішнього розпорядку тощо. На наступному щаблі соціальної регуляції здійснюється правотворчість органів публічної влади; найвищим щаблем соціальної регуляції є законотворчість. Саме на цьому рівні законодавець встановлює єдині правила, покликані уніфікувати деякі типові та суспільно легітимні соціальні зв'язки, а також задати зовнішні межі «легітимної нетиповості» для індивідуально-правових зв'язків.

У зазначеному контексті виникає проблема визначення оптимального ступеня одержавлення (етатизації) соціального регулювання у конкретному суспільстві. Адже для різних суспільств необхідна міра етатизації не може бути однаковою. «Більш стабільні суспільства, які мають достатній потенціал самоуправління й збалансовану систему владних відносин, потребують найменшої етатизації. Натомість, значно більший або й дуже високий ступінь етатизації потрібен у суспільствах, які з величезними зусиллями вибираються з кризи й хаосу, де відсутні або деформовані соціальні структури, а владні організації відносно слабкі й стурбовані не стільки організаційними проблемами, скільки боротьбою за владу». Видається, що вищенаведені характеристики значною мірою справедливі й для сучасної України. Не викликає сумнівів, що гарантії проти надмірної концентрації влади на будь-якому рівні мають бути зафіксовані на законодавчому рівні. Однак для цього, насамперед, необхідно точно визначити міру владних повноважень, на яку може претендувати та чи інша організація з огляду на її соціальні функції та завдання. Як видається, відповідь на зазначене питання можна дати, спираючись на дані комплексного соціологічного, економічного політологічного та соціолого-правового аналізу.

Принцип субсидіарності дозволяє визначити загальні межі компетенції держави та інших публічно-правових об'єднань щодо регулювання приватних відносин. *Стільки приватного, скільки*

© Рабінович С., 2006

можливо, стільки публічного, скільки конче необхідно, – так може бути сформульовано принцип субсидіарності стосовно меж державно-юридичного регулювання суспільного життя.

Г.Мальцев слушно вказує на необхідність «істотної стратегічної переорієнтації юридичного регулювання у майбутньому суспільстві, про розвиток саморегулятивних засад всередині права. Такий розвиток має торкнутись насамперед зміни цілей права як нормативно-регулятивної системи; в майбутньому правом буде здійснюватись не стільки «пряме регулювання самих соціальних структур (хоча ця мета повністю ніколи не втратить свого значення), скільки супровід і забезпечення саморегуляції соціальних структур». Це положення є співзвучним із твердженням Л.Фуллера: «право, на відміну від менеджменту, не вказує людям, як виконувати завдання, поставлені начальником; його суттю є забезпечення громадян розумною та сталою основою їхньої взаємодії один з одним, а роль державної влади при цьому – стояти на варті цілісності цієї системи».

Відповідно, у перспективі приватно-правове регулювання означатиме не стільки зовнішній владно-політичний вплив на суспільні відносини, скільки мікрорівневе саморегулювання, що здійснюється в рамках цих відносин.

Принцип субсидіарності дозволяє сформулювати деякі більш конкретні вимоги до юридичного регулювання приватних відносин. Зокрема, «приватне» законодавство має реально набути субсидіарного значення щодо інших форм позитивного приватного права. У майбутньому ним повинні регулюватись: а) ті відносини, які залишилися неврегульованими у договорі (диспозитивні норми); б) особливо важливі, з точки зору забезпечення соціальної справедливості та інших публічних інтересів, договірні відносини (імперативні норми) - захист економічно слабшої сторони за договором, недопущення недобросовісної конкуренції тощо. У зазначених випадках імперативні правила є не лише допустимими, але й необхідними; їхнє запровадження є обов'язком публічної влади.

Такими вбачаються деякі позитивно-правові аспекти субсидіарного соціального регулювання. Проте не слід забувати, що закон є лише додатковим засобом вирішення соціальних проблем, котрі можуть бути успішно подолані лише завдяки творчій активності, самостійності та ініціативі саморегулятивних структур суспільства. Не слід забувати, що субсидіарність (зрештою, як і розумність, справедливість та інші природно-правові засади) є своєрідним суспільно-правовим ідеалом, який повною мірою навряд чи може бути втіленим у соціальну реальність. Однак у будь-якому разі саме ідея субсидіарності може й повинна слугувати важливим доровказом при вирішенні проблеми співвідношення централізованого й децентралізованого державно-юридичного регулювання у суспільстві.

ЗАХИСТ ПРАВА НА НЕДОТОРКАННІСТЬ ПРИВАТНОГО ЖИТТЯ В ЕПОХУ ІНФОРМАЦІЙНОЇ РЕВОЛЮЦІЇ: ДОСВІД РАДИ ЄВРОПИ

Серьогін В.

Харківський національний університет внутрішніх справ

Дедалі ширше використання автоматизованої обробки особистих даних, що відбулося за останні кілька десятиліть, посилило ризик незаконного використання особистих даних і полегшило їх передачу через кордони між країнами з різними рівнями захисту, що надаються особистим даним.

Європейська Конвенція про захист прав та основних свобод людини 1950 р. гарантує багато громадянських і політичних прав, серед яких і право на недоторканність приватного життя (ст.8) та право на інформацію (ст.10), – два права, які потенційно перебувають у суперечності між собою.

Стикнувшись із необхідністю врегулювати два означених основних права і гарантувати аналогічний рівень захисту цих прав поза національними кордонами, Рада Європи розробила Конвенцію про захист особи у зв'язку з автоматичною обробкою персональних даних, котра була відкрита для підписання 28 січня 1981 р. На сьогодні вона залишається загальнообов'язковим міжнародно-правовим документом, відкритим для підписання будь-якою країною, навіть включаючи ті, що не є членами Ради Європи.

Конвенція визначає багато принципів для обґрунтованого й законного збирання та використання даних. Важливо, що відомості можуть бути зібрані тільки з певною метою і не повинні використовуватися в інших цілях. Відомості мають бути точними, адекватними обраній меті й зберігатися тільки до тих пір, поки в них є потреба. Конвенція також встановлює право доступу до виправлення даних для зацікавлених осіб (суб'єктів цих даних), і вимагає спеціального захисту для відомостей „чутливого характеру", як-то даних про релігійні чи політичні переконання, генетичні дані чи медичні дані.

Щоб стати учасником Конвенції, держави мають гарантувати, що їхнє національне законодавство містить ці основні принципи стосовно персональних даних кожної особи на своїй території. Таким чином створено звичайний, мінімальний рівень захисту і вільний потік персональних даних між державами – учасницями Конвенції. Водночас було передбачено два виключення: 1) якщо сторона (держава-учасниця Конвенції) походження інформації передбачає більш високий рівень захисту персональних даних, ніж сторона отримання цієї інформації; 2) якщо передача (переміщення) даних відбувається до третьої держави, яка не є учасником Конвенції.

Щоб полегшити потоки транскордонної інформації між державами, котрі не гарантують еквівалентний захист даних, у 1992 р. Консультативний Комітет Конвенції розробив Типовий контракт, який екстенсивно використовується приватними операторами.

Конвенція була складена майже 25 років тому; за цей час захист персональних даних став значно більшою і складною проблемою. Цифрова революція зробила персональний комп'ютер такою ж звичайною річчю, як авторучка чи телефон. У підсумку особа стала дедалі більш залежною від інформаційних технологій у сфері надання цілої низки публічних і приватних послуг, наприклад у банківсько-кредитній справі, у сфері соціального забезпечення і соціального страхування, зайнятості, статистики, телефонного зв'язку, забезпечення громадського порядку тощо, пов'язаних з автоматизованим управлінням.

В недалекому майбутньому електронні шляхи сполучення будуть здатні до передачі величезної кількості персональних даних в усьому світі в режимі реального часу з надзвичайно високою швидкістю. Як ми в цьому випадку зможемо гарантувати, що право на недоторканність приватного життя загалом, і захист персональних даних зокрема, будуть поважатися?

Захист інформації таким чином стає гостро актуальною проблемою з дедалі більшою кількістю суто практичних питань. З метою пристосування загальних принципів, викладених у Конвенції, до конкретних вимог різних секторів суспільної діяльності, пов'язаних з використанням персональних даних, Радою Європи було прийнято низку рекомендацій щодо: медичних даних (1981 р.); наукових та інших статистичних досліджень (1983 р.); прямого маркетингу (1985 р.); соціального забезпечення (1986 р.); поліцейських звітів (1987 р.); даних зайнятості (1989 р.); фінансових платежів і пов'язаних з

© Серьогін В., 2006

ними угод (1990 р.); передачі даних третім особам громадськими установами (1991 р.); захисту персональних даних у галузі телефонного зв'язку та особливих телефонних послуг (1995 р.); захисту медичних і генетичних даних (1997 р.); захисту персональних даних під час збирання й обробки даних для статистичних цілей (1997 р.). Низка інших рекомендацій щодо захисту персональних даних в умовах запровадження нових технологій перебувають на стадії розробки і погодження тексту.

Інформаційна революція, що виникла в результаті поєднання комп'ютерних методів та телефонного зв'язку і призвела до появи мультимедіа і розвитку мережі Інтернет, вказує на появу гігантських „шляхів сполучення" майбутнього – так званих інформаційних магістралей. Це зробило свій внесок у подальшу глобалізацію та віртуалізацію суспільства.

Питання про нові інформаційні технології досі розглядалися переважно з точки зору розвитку комунікацій, електронної торгівлі й вільного обігу інформації. Однак названі події призвели до появи занепокоєння щодо небезпеки для основних прав і свобод людини і громадянина, зокрема права на недоторканність приватного життя. Зберігання досьє на осіб для різних потреб і ризики порушення недоторканності приватного життя з боку публічних і приватних установ за допомогою комплексного використання новітніх технологій ніколи не було настільки проблематичним і небезпечним. У цьому контексті Рада Європи у рекомендації R (99) 5 уточнила зміст Керівних принципів для захисту недоторканності приватного життя в Інтернеті. Масштаби діяльності Ради Європи у цій сфері мали істотний вплив на розвиток національного законодавства. У підсумку переважна більшість держав-членів цієї організації або вже прийняли законодавство щодо захисту персональних даних, або перебуває на стадії їх розробки.

Своєю діяльністю в галузі захисту персональних даних Рада Європи зробила значний внесок і продемонструвала унікальну роль у розбудові нової Європи та підготовці до викликів майбутнього.

РОЗВИТОК ФОРМ ПРАВЛІННЯ: ДІАЛЕКТИКО-ФОРМАЦІЙНИЙ ПІДХІД

Серьогіна С.

Національна юридична академія України ім. Я. Мудрого

Незважаючи на критичне ставлення сучасної державознавчої науки до марксистсько-ленінського підходу до вивчення політико-правових явищ, класифікація форм правління продовжує здійснюватися на основі формаційної типологізації. Скорегована шляхом відкидання вульгарного економізму і винятково класового підходу відповідно до сучасних досягнень науки формаційна теорія залишається найпоширенішою у вітчизняній літературі. Така класифікація використовує в якості основоположного критерію поняття суспільно-економічних формацій, під якими розуміють найбільш значні етапи розвитку суспільства, що розрізняються за своїм економічним базисом та політичною надбудовою.

Відповідно до загальних особливостей суспільно-економічних формацій розрізняються й типи держав, оскільки держава є елементом надбудови. Такий підхід не викликає суттєвих заперечень, оскільки доводить свою правильність фактичними даними, отриманими іншими науками – економікою, історією, археологією, політологією тощо. Цілком обґрунтованим є й класифікація форм правління з урахуванням типу держави, оскільки в кожній суспільно-економічній формації форма держави набуває особливих рис. Однак вважаємо принципово невірним створення штучних кордонів між подібними формами правління за різних типів держави, оскільки такий підхід страждає ідеалізмом і метафізичністю. У результаті його застосування створюється хибне уявлення, нібито з кожною новою формацією держава формувалася заново, „з чистого листа", що суперечить історичним фактам.

Розвиток державності не можна розглядати як сукупність ізольованих у просторі й часі форм, що слідують одна за одною разом зі зміною суспільно-економічних формацій. Еволюція людської цивілізації, у тому числі й зміна суспільно-економічних формацій, відбувається поступово і не завжди поступально, залежить від багатьох внутрішніх і зовнішніх, об'єктивних і суб'єктивних факторів. Як правило, формації і, відповідно, типи держави „переростають" одна в одну. При цьому неминучими є періоди співіснування суспільних відносин і суспільних інститутів, притаманних різним формаціям. Протиріччя між старим і новим і є головною рушійною силою суспільного прогресу. До того ж суспільний розвиток характеризується поліваріативністю.

Слід мати на увазі, що суспільна надбудова (а, відповідно, держава і право) мають відносну самостійність стосовно базису і здійснюють на нього зворотний вплив, який може бути позитивним, негативним чи нейтральним. Іншими словами, люди самі створюють власну історію, але тільки в тих формах і тих межах, які об'єктивно існують на конкретному етапі історичного процесу і задані його економічною основою. Зміна формацій може розпочинатися не тільки зі змін в економіці, а й зі змін у формі держави та правовій системі. Яскравим прикладом саме таких змін є соціальні революції в республіках колишнього СРСР та країнах Східної Європи, де зміна суспільно-економічної формації й повернення до капіталістичного (буржуазного) ладу розпочалося зі зміни форми держави і правової системи, які були потім використані для запровадження радикальних змін в економіці. Переважна більшість з них набули цілком буржуазних форм: стали напівпрезидентськими (Польща, Болгарія, Росія, Україна та ін.) чи парламентарними (Чехія, Словакія, Естонія та ін.) республіками.

Як відомо, процес розвитку передбачає якісне ускладнення структури і якісну зміну об'єкта, перехід від одного стану до іншого, більш складного, причому це цілісна зміна об'єкта, завдяки якій він перестає бути тим, чим був раніше, і набуває нового характеру. Характерною рисою процесу розвитку є й наступництво. Старе в ході розвитку заперечується не повністю. У процесі діалектичного заперечення зберігається зв'язок між минулим і теперішнім; окремі якості й риси минулого зберігаються й у подальших стадіях розвитку. Цей діалектичний постулат повною мірою стосується й розвитку суспільства, у тому числі й такого суспільного інституту, як держава.

Не дарма розвиток суспільства традиційно зображають у вигляді спіралі, а не прямої висхідної лінії. Адже поряд із загальною тенденцією до розвитку має місце відтворення явищ і процесів, що вже

© Серьогіна С., 2006

існували раніше; вони відтворюються на новому, більш високому рівні суспільного розвитку, чим підтверджується дія закону заперечення заперечення.

На жаль, при характеристиці форм правління за різних типів держави про цю аксіому суспільного розвитку доволі часто забувають. У підсумку еволюція форм правління подається як їх повна зміна разом з типом держави. Яскравий приклад такого підходу дають сучасні підручники із загальної теорії держави і права, де зазначається, що рабовласницькій державі притаманні такі форми правління, як східна деспотія, аристократична республіка, рабовласницька демократія, феодальній державі – абсолютна монархія, станово-представницька монархія, феодальна республіка, буржуазній державі – конституційна монархія, а також президентська, напівпрезидентська і парламентська республіка.

За такого підходу робиться висновок, що між формами правління різних типів держави жодного зв'язку нема і бути не може. Однак це суперечить фактичним даним з історії держави і права, коли одні форми правління „переростали" в інші або еволюціонували. Наприклад, неможливо чітко назвати дату встановлення абсолютизму у Франції чи парламентської монархії в Англії, парламентської республіки в Австрії чи напівпрезидентської республіки в Україні. Можна назвати дату прийняття відповідного правового акту, яким закріплювалася та чи інша форма правління, однак такий акт або фіксує вже наявний стан речей, або стає юридичним підґрунтям для певних політико-правових перетворень.

Історія знає чимало прикладів, коли одна й та сама особа була главою держави, главою уряду чи спікером парламенту за різних форм правління, або коли одні й ті ж органи державної влади продовжували існувати (зі зміною статусу чи ні) після зміни форми правління. Додавши до цього той факт, що між деклараціями і фактичною формою правління можуть існувати суттєві розбіжності, маємо констатувати, що навіть у випадку революційної зміни типу держави її форма протягом певного часу продовжує зберігати риси своєї попередниці та водночас отримувати риси як нових форм, так і тих, що мали місце у віддаленому минулому. Інакше неможливо з наукової точки зору обґрунтувати наявність абсолютних монархій у сучасному світі або повернення колишніх соціалістичних країн до буржуазних форм правління.

Кожна з моделей монархічної чи республіканської форми правління має певний „запас міцності" і водночас здатність до видозміни в залежності від конкретно-історичних умов. Тому не можна пов'язувати певну модель з якоюсь однією суспільно-економічною формацією. Абсолютна монархія існувала і в рабовласницьких державах (східна деспотія, римський принципат), і в феодальних (Французька монархія за Людовіка XIV чи Російська імперія за Катерини II); продовжує існувати в сучасних буржуазних країнах (Саудівська Аравія, Султанат Оман).

Сучасний парламентаризм теж виник не на пустому місці, а як продовження демократичних традицій античності, зокрема римського Сенату (свідченням цього є навіть збереження даної назви щодо верхніх палат багатьох сучасних парламентів). Сучасні парламентські республіки мають багато спільних рис і з давньоримською республікою, і з феодальними республіками (порядок обрання глави держави, розподіл повноважень між ним і представницьким вищими органами державної влади тощо).

Багато державно-правових інститутів „пережили" ті форми правління, в яких виникли. Наприклад, контрасигнатура та право вето виникли ще за феодалізму, в період формування конституційної монархії, а сьогодні застосовуються для характеристики майже всіх сучасних форм правління. Процедура імпічменту, започаткована в США, де на час встановлення президентської республіки зберігалося рабовласництво, у подальшому була перейнята усіма президентськими республіками, а тепер широко використовується і в буржуазних напівпрезидентських республіках. Перехід до обрання глави держави шляхом зальних, рівних і прямих виборів відбувся завдяки соціалістичному рухові, а зараз такий порядок притаманний не тільки державам, що продовжують будувати комунізм, а й багатьом буржуазним республікам.

Проведене дослідження дає підстави для що розвиток форм правління має діалектичний характер, що виявляється в наступному:

1. Цей розвиток має в цілому висхідний характер, що не відкидає окремих періодів регресу; він має не лінійний, а спіральний характер, є безперервним і поліваріативним.
2. Він передбачає періоди співіснування елементів, що належать різним формаціям і різним формам правління.
3. Кількісне збільшення нових рис неодмінно призводить до якісного „стрибка" у формі правління.
4. Зміни у формі правління можуть не тільки слідувати за змінами в економіці, але й передувати їм.

5. Існування форм правління не обмежується однією суспільно-економічною формацією.
6. Кожна з форм правління має „критичні межі" свого існування, в рамках яких здана еволюціонувати і призвичаюватися до нових суспільно-політичних та соціально-економічних умов.
7. Окремі державно-правові інститути здатні „пережити" ті форми правління і ті формації, в яких вони виникли.

Означені риси мають принципове, вихідне значення для характеристики форм правління як у конституційно-правовому, так і в історично-правовому та загальнотеоретичному аспектах. Завдяки своїй універсальності вони можуть слугувати методологічною базою подальших наукових пошуків у сфері державознавства для тих авторів, які поділяють діалектичний підхід до розгляду державно-правових явищ.

ПРОБЛЕМИ НАРОДОВЛАДДЯ В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ

Тодика О.

Національна юридична академія України ім. Я. Мудрого

Глобалізація – об'єктивний процес, що охоплює все більше держав і народів. Вона знаменує собою новий етап людської історії, пронизує кожну державу, націю, сім'ю, окремого громадянина. Глобалізація – це об'єднання головних регіональних, локальних, національних проблем в єдине ціле, злитті окремих господарських структур світу в єдиний техногенний простір. Глобалізація – це й уніфікація правових систем, зближення національних традицій, звичаїв, менталітетів окремих народів, націй, поступова уніфікація всіх сторін життя людей. Її результатом є передача досвіду передових країн в сфері демократії, охорони і захисту прав і свобод людини і громадянина, широке розповсюдження новітніх наукових, технологічних і юридичних ідей. Процес глобалізації – це універсалізація позитивного світового досвіду у всіх сферах суспільного життя: в економіці, політиці, культурі, в державно-правових відносинах. Глобалізація базується на усвідомленні взаємозалежності інтересів державних і загально планетарних, регіональних структур і всієї світової цивілізації. Вона виходить з принципової єдності долі всього людства. Глобалізація в своїй основі – це позитивний процес, спрямований на прогрес людства оскільки призвана забезпечити загальний мир і безпеку, ліквідувати розповсюдження ядерної, біологічної і хімічної зброї, раціональне використання природних багатств, збереження оточуючого середовища як необхідної умови виживання людства.

Разом з цим глобалізація неоднозначно сприймається в світі різними прошарками населення, оскільки вона веде до зниження ролі держави, її суверенітету. Йде процес послаблення національних бюджетів, внаслідок чого знижується господарська функція держави, оскільки головними фінансовими і промисловими ресурсами володіють не уряди, а вузькі групи олігархічних кланів, що створює загрозу для розвитку демократії, механізму реалізації народовладдя. В політико-правових дослідженнях вчених Заходу все частіше пропагується ідея зникнення державного суверенітету, виникнення світової держави. Вони вважають, що така держава могла би бути базою для встановлення миру і безпеки на всій планеті, панування реальної демократії, піклування про особу захист природного середовища. Така держава буде знаменувати, на їх думку, новий етап світової цивілізації.

Такий підхід ми вважаємо несприятливим. Україна всього 14 років функціонує як незалежна, суверенна держава. Відповідно, не може бути й мови про те, щоб знижувати можливості держави, особливо коли суспільство знаходиться на перехідному етапі свого розвитку. При слабкій державі не може бути й реального народовладдя, оскільки саме держава, яка уособлює інтереси всіх, повинна створювати умови для розвитку демократичних процесів. Насамперед з допомогою правової регламентації суспільних відносин в сфері народовладдя. Так, в останні роки прийняті виборчі закони, які спрямовані забезпечити волевиявлення громадян під час виборів, закон про політичні партії, про об'єднання громадян, про статус народних депутатів тощо. Реалізується ідея конституційної реформи. В політико-правову практику України впроваджується політична і ідеологічна багатоманітність, багатопартійність. Все це насамперед пов'язано з законодавчою діяльністю Верховної Ради України.

В умовах глобалізації посилюються різні ризики. Відповідно, ніяка транснаціональна корпорація не буде думати про проблеми населення, як це робить держава. Тому ні в якому разі неприпустима реалізація в Україні теоретичної ідеї „слабкої держави". Прихильники транснаціональних корпорацій стверджують, що демократія можлива і без держави. Така позиція більш ніж сумнівна, оскільки завдання держави враховувати інтереси всіх, принаймні більшості населення країни. Ніяка корпорація не може і не має права брати на себе функції держави. Ті політичні сили, які лобіюють інтереси ТНК завжди в основі своїх програмних вимог будуть мати слабку державу. Але нам потрібна сильна українська держава, як інструмент виявлення волі населення і втілення її в життя в інтересах всіх і кожного.

© Тодика О., 2006

ПРАВОВА ГРОМАДЯНСЬКА КУЛЬТУРА ЯК ФАКТОР СТАНОВЛЕННЯ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА В УКРАЇНІ

Філик Н.

Інститут повітряного і космічного права НАУ

В останні роки питання становлення і розвитку громадянського суспільства в Україні стало більш активно вивчатися вченими різних галузей соціальних знань. Безпосередня актуальність теми дослідження зумовлена сучасними процесами реформування в Україні всіх суспільних відносин та окремих суспільних інститутів, таких як правосуддя, вибори, освіта, інше. Громадянське суспільство неможливе без належного рівня правової культури, правосвідомості, громадянської культури, стан якої сьогодні викликає велике занепокоєння. Дійсно, сьогодні правова культура тісно пов'язано з новим видом культури – з громадянською. Отже тому вона заслуговує сьогодні особливої уваги, адже лише така культура в стані забезпечити процес переходу від однієї формації до іншої, від "закритого суспільства" до відкритого, від тоталітарного до правового громадянського суспільства. Громадянська культура повинна бути, і є, справою не лише держави, а й в першу чергу самого суспільства.

Через тривала існування тоталітарного режиму в Україні, та через ряд інших політичних обставин та той тиск, який здійснювався на гуманітарні науки питання громадянського суспільства та процесу його становлення стали активно дискутувати і розроблятись лише з кінця 80-х — початку 90-х років.

Актуальність запропонованої тематики обумовлюється підвищенням ролі механізмів захисту прав людини і громадянина, створення системи гарантій прав і свобод, необхідністю суспільного контролю за дотриманням з боку держави прав людини, інше. Проте, Україна має певні традиції в питанні правової і громадянської освіти. Доцільно виглядає лише згадати такі відомі імена, як Григорій Сковорода, Петро Могила, Пилип Орлик, Іван Франко, Тарас Шевченко, Михайло Грушевський, Володимир Винниченко, інші не менш відомі постаті, якщо ще згадати шістедесятників-десидентів – Івана Кандибу, В'ячеслава Чорновола. Їх активна громадянська позиція сприяла підвищення рівня правосвідомості, громадянської активності, патріотизму, поваги до права.

А як може впливати на державу і суспільство пересічний громадянин коли він є політично та громадянсько несвідомий, коли йому не присутнє почуття патріотизму, коли він ігнорує норми права, коли він не бажає впливати на суспільне і державне життя. Отже напрошується єдиний висновок, що лише активний громадянсько зрілий член суспільства є ключовою фігурою громадянського суспільства і правової держави.

Дійсно, на перехідному етапі становлення основ правової держави та формування основ громадянського суспільства значно підвищується значимість правової і громадянської культури. Слід сказати, що її формування здійснюється як хаотично незалежно від волі держави, так і шляхом конкретних державних дій та цілеспрямованої діяльності окремих інституції і органів. Так стихійне формування Майдану у грудні 2004 року продемонструвало не лише активну громадянську позиції членів суспільства, але і повагу до таких суспільних цінностей як право, мораль, людяність, патріотизм, що є свідченням зміни суспільства у вищевказаних напрямках.

Проте основними чинниками, що забезпечують формування правової і громадянської культури суспільства є правова освіта, правове виховання, формування активної громадянської позиції, політична освіта, інше.

Сьогодні, в суспільстві вже не викликає заперечення теза про те, що громадянська і правова культура тісно пов'язані між собою. Так, на думку окремих вчених, "головне призначення громадянської культури є формування ціннісних орієнтирів членів суспільства", яка в свою чергу відображаючи зрілість суспільних відносин об'єктивно сприяє політико-правовій консолідації громадян і є фактором соціальної стабільності у суспільстві. Поряд з тим, інші дослідники вказують на громадянську культуру, як на спосіб саморозвитку людей і як на "фільтр" громадянського суспільства з допомогою якого проходить відбір і вибракування соціальнонеприпустимих взірців". Згідно із подібним підходом постає запитання, а куди дівати в разі вибракування "соціально-неприпустимі взірці"?

© Філик Н., 2006

Питання видається не лише несправедливим, але й доволі нелогічним. Дійсно, за допомогою шкали цінності громадянської культури можна провести певний аналіз на її наявність чи відсутність, проте це не означає, що особи, які мають низький рівень правової громадянської культури, які є прихильниками абсентеїзму, або в яких відсутнє почуття патріотизму залишаються за рамками громадянського суспільства, адже останнє є цариною свободи, плюралізму, демократизму. В свою чергу громадянське суспільство через мережу громадських організації сприяти підвищенню рівня їх громадянської культури. Проблемним моментом в діяльності громадських організацій є їх розпорошеність як в системі однієї організації, тобто регіональний і центральний рівень, так і між організаціями різного виду діяльності майже не існує співпраці. А якщо торкнутися питання співпраці між громадськими організаціями і партіями, то можемо констатувати, що її як такої майже немає. Питання про співпрацю між ними піднімається в період передвиборчої компанії, і лише з тими сегментами громадянського суспільства, які в стані здійснити вагомий вплив на членів суспільства. Це як правило церкви, благодійні, екологічні організації. За подібну співпрацю політичні партії як правило обіцяють просувати законопроекти, які б розширили повноваження громадських організацій і сприяли належній їх діяльності. Проте з приходом до влади, вони часто забувають свої обіцянки до кращих часів. Тому громадські структури майже і не в стані привернути увагу владних установ до питань, які хвилюють їх членів, як правило відносини між ними часто носять ситуативний характер. Лише тісна співпраця різних сегментів громадянського суспільства сприятиме твердості, чіткості і активності їх позиції, що в свою чергу забезпечить співпрацю між ними і органами державної влади на взаємовигідних умовах із врахуванням інтересів обох сторін та в кінцевому результаті призведе до підвищення рівня правової громадянської культури членів суспільства.

Можна без перебільшення сказати, що за відсутності громадянської культури неможливе існування громадянського суспільства в цілому. Від її рівня залежить моральне сприйняття громадянами існуючого механізму державної влади, права, держави в цілому. В умовах недорозвинутості інститутів громадянського суспільства, низького рівня громадянської культури і тривалої відсутності у населення можливості відігравати вирішальну роль у суспільному житті при різкому переході до безмежної демократії неминуче призведе нашу державу до негативних явищ.

Одним із найбільш дієвих шляхів формування правової громадянської культури є громадянська освіта, під якою ми розуміємо процес набуття знань, діяльність громадських інституцій по формуванню знань щодо правового становища особи, виховання поваги до держави, її символіки, історії і сучасності, системи переконань і громадянських чеснот, в основі яких лежить принцип дій до інших так, як би ти хотів, щоб діяли до тебе. В усі часи існували проблеми із формування громадянської свідомості, тобто із підвищенням рівня громадянської освіти. Так, ще Робертом Далем були окреслені наступні шляхи підвищення рівня громадянської освіти, серед яких наступні – шкільна освіта, доступність джерел масової інформації, дані, які повідомляють про себе партії в період парламентської боротьби за місце в парламенті, так як і про своїх конкурентів. Список далеко невичерпний, його можна було б продовжити враховуючи сучасні можливості науки і техніки.

Безумовно, громадянська освіта не повинна бути формальним здобуттям знань, а ґрунтуватися на принципах справедливості, гуманізму, толерантності, свободи і верховенства права, патріотизму. Важливими етапами на шляху українського до громадянського є виховання толерантності, поваги до прав людини, вміння долати стереотипи, знаходити компроміси. Хоча суспільство в Україні ще не є громадянським, однак воно може стати таким, якщо громадяни усвідомлять себе у якості основної автономної одиниці суспільства, які самовідтворюючись, відтворюють і суспільство, що все залежить тільки від особи, а держава у цьому процесі виконує лише допоміжні функції, хоча досить часто доволі вагомі і значимі. Тому необхідно усвідомити як на усіх рівнях державної влади, так і на побутовому рівні, що особа в громадянському суспільстві є не тільки основною цінністю, але й рушійною силою, яка забезпечує нормальне функціонування суспільства через свою правомірну та високоморальну поведінку. Високоморальність та високий рівень правосвідомості досягаються через такі якості як індивідуальність і свобода. Слід розуміти, що особа і суспільство гармонійно співіснують, “доповнюють” один одного, вони не можуть існувати окремо, оскільки їх поєднують тисячі ланцюжків взаємних потреб.

Однак перелом у суспільній свідомості вже відбувся і події осені 2004 року це продемонстрували. Громадяни України утвердилися у думці, що їх голос вирішальний у прийнятті важливих державних рішень, що вони в стані відстояти свої ідеї і принципи, побороти прояви несправедливості. Отже, ми можемо зробити висновок, що громадянське суспільство починається з кожної конкретної людини, її свободи, благополуччя, активної позиції в сфері політико-правових

відносин. У такому суспільстві утверджується атмосфера свободи, яка, у свою чергу, формує вільну людину. Залишаючись вільними, громадяни такого суспільства шанують закони, усвідомлюючи, що вони йдуть від них самих, від їхнього суспільства, відбивають і захищають їх права, свободи та інтереси. Відповідно завдання конституційного регулювання полягає в тому, щоб за допомогою конституційних приписів забезпечити умови для реалізації прав і свобод людини і громадянина, їх честі і гідності. Отже тому я пропоную у зв'язку із недостатнім рівнем громадянської освіти необхідно ввести новий навчальний курс "Основи правової громадянської культури", який би дав можливість підняти рівень громадянської освіти і забезпечив би формування активної громадянської позиції і сприяв би розбудові громадянського суспільства в Україні.

Враховуючи великий обсяг досліджуваної проблеми ми охопили лише певну частину дослідження, адже ще К. Поппер колись говорив, що "всі наукові описи фактів надзвичайно вибіркові й що всі вони залежать від теорій.....від нашої точки зору, наших інтересів, що як правило пов'язані з теорією чи гіпотезою, які ми бажаємо перевірити, хоч він і залежатиме від описаних фактів".

ПОГЛЯДИ В. ГУМБОЛЬТА НА ПРИНЦИПИ ІНСТИТУТУ ПОКАРАННЯ

Яремко О.

Київський національний університет внутрішніх справ

Проблема співвідношення злочину і покарання завжди цікавила передових людей різних епох, оскільки є складною і важковирішуваною. На зламі XVIII-XIX ст.ст. інтерес до неї проявляли такі мислителі як Ч. Беккаріа, Ж.-Ж. Руссо, І. Кант тощо. Гуманістичні погляди даних мислителів досліджували В. Бачінін, Г Демиденко, Л. Гармаш, М. Патей-Братасюк, Н. Хамітов та ін. Метою ж нашого дослідження є філософсько-правові погляди на людину та інститут В. Гумбольдта, який є представником німецької класичної філософської думки. Його погляди є малодослідженими, проте, на нашу думку, заслуговують на увагу, так як можуть бути використані в ході реформування правової системи України.

Феодальна Німеччина XVIII-XIX ст.ст. була охоплена чварами майже двохсот дрібних князівств. Дворяни повернули собі попередню владу над селянами, феодальними судами і барщину, а у деяких областях поміщики втримали за собою феодальне право безкарного безсудного вбивства селянина. В країні існував тотальний терор: таємні суди, всесильна поліція, будь-яка свобода слова переслідувалася цензурою, тюрмою, каторгою. Існувала міждержавна слідча комісія, завданням якої було – переслідувати будь-які прояви "лібералізму". Проте, саме у тодішній Німеччині під впливом Французької революції відбувається небачений злет філософської думки, сформувався принципово новий тип мислення, що пропагує гуманістичне ставлення до людини, привертає увагу до проблеми її гідності та свободи тощо.

В. Гумбольдт зневажав усю складну машину пруської бюрократії. Вважав своїм обов'язком у праці "Про межі державної діяльності" змалювати картину держави, яка б задовольнялась найвужчими межами своєї діяльності. Мислитель зводить до мінімуму мету і предмет діяльності держави – збереження безпеки людей як від зовнішнього ворога, так від внутрішніх чвар. Адже зрозуміло, що в умовах відсутності безпеки людина немає свободи. Досягнення безпеки – єдине, чого вона не може досягнути винятково за допомогою своїх особистих сил. При чварах одна боротьба веде за собою іншу. Образа вимагає помсти, а помста – нова образа. Тому необхідно віднайти таку помсту, яка б не допускала нової. Саме такою є державна кара. Або ж необхідне таке рішення, яке б заспокоївшись, застосовували сторони, що спорять – саме судове рішення.

Злочинами, вважав Гумбольдт, слід вважати дії, які шкодять безпеці громадян. Вони заслуговують сурозмірного їм покарання. Дієвість покарань залежить від вражень, які вони чинять на душу злочинця. Кара буде досконалою тоді, коли буде максимально м'якшою. І не лише тому, що м'які покарання уже самі по собі менше зло, але і тому, що вони найбільш гідним чином стримують людину від злочинів. Чим менш болючі покарання, тим вони моральніші, і, навпаки, жорстоке тілесне ушкодження зменшує у самого страждаючого почуття сорому, а у глядача несхвалення. Тому найсуворіше покарання має бути по можливості м'яким.

Обов'язок засудженого понести покарання випливає, по суті, із того, що кожен повинен погодитись на те, щоб його права зневажалися іншими настільки ж, наскільки він сам порушив права іншого. Злочинцю не личить судити про правильність покарання, він повинен визнати його законність. Проте він не позбавлений права *законно чинити спротив* будь-якому покаранню.

Німецький мислитель виступив із вимогою скасування такого виду *покарання як суд безчестям*. Суть даного покарання полягає у тому, що держава може позбавити злочинця знаків своєї поваги, відняти у нього свою довіру і дозволити іншим безкарно чинити з ним аналогічне. Наскільки антигуманне дане покарання підказує не чуже жодній людині відчуття усвідомлення, того, що без людської довіри саме життя перестає бути бажаним. Тому честь людини, гарна думка про неї її громадянами знаходиться поза межами державної влади. Як бачимо, у В. Гумбольдта звучать цілком сучасні ідеї. Адже згідно з концепцією природного права честь, гідність та репутація є природніми невід'ємними правами, то нелегітимними зі сторони держави буде обмеження реалізації даних прав людини, або ж, загалом позбавлення їх.

© Яремко О., 2006

Реалізація такого виду покарання, викликає запитання: за які злочинні діяння слід карати безчестям по суду? Протягом якого часу злочинця можна позбавляти честі? Недовіра до честі повинна, по суті, наставати там, де проявилася нестача чесності. З цього випливає велика кількість випадків на які поширюється дане покарання. "Хіба суддя в стані зробити так, щоб той, хто протягом певного часу був позбавлений довіри своїх співгромадян, зразу ж набув її після закінчення карального терміну?". Дбати про безпеку своїх громадян, захищати їх від "підозрілих осіб" – обов'язок держави. Тому вона на підставі закону протягом чітко визначеного часу може позбавити злочинця конкретних прав (наприклад, займати певні посади). В той же час, держава повинна бути позбавлена загального вираження недовіри або навіть оголошення позбавлення честі. Мислитель акцентує, що *не можна впливати на почуття честі за допомогою безчесних покарань.*

Функцію правосуддя у державі повинні здійснювати від імені усього суспільства лише судді. Тому право помилування і навіть пом'якшення покарання правителем повинно бути повністю знищене. Суддя повинен застосовувати усі законні засоби, необхідні для досягнення істини, і, навпаки, не використовувати тих, які лежать поза межами права. Він повинен ретельно відрізняти просто підозрюваного у злочині від викритого злочинця і ніколи не чинити з першим, як з останнім. Більше того, ніколи не можна позбавляти до суду навіть викритого у злочині користування його людськими і громадянськими правами: перші він втрачає разом із життям, другі – тільки внаслідок законного рішення суду про виключення із державного союзу. Гумбольдт вважає застосування засобів, що ґрунтуються на обмані, як і тортури, діями, що не роблять честі державі (хоч злочинець уже своїми вчинками дає на це право). Відкрите і пряме поводження із злочинцями благотворно вплине на характер усієї нації.

Прогресивною для тодішньої Німеччини була ідея, що кожен каральний закон може застосовуватися лише до осіб, які із власної вини і умисно переступають його. При цьому міра покарання повинна відповідати ступеню проявленої неповаги до чужого права. Не можна допустити жодного покарання, яке б поширювалось окрім злочинця на його дітей і рідних.

Усі кримінальні закони, як ті, які призначають покарання, так і ті, які визначають порядок судового провадження, повинні бути відомі усім громадянам без винятку – про це повинна подбати також держава.

Німецький мислитель виступає супроти тотального контролю з боку держави, перевищення нею своїх прав, шляхом застосування засобів, котрі порушували б свободу і безпеку громадян у їх приватному житті. Як відомо із історії уряд Германського союзу із задоволенням користувався послугами платних і добровільних донощиків. Для громадських місць, на думку Гумбольдта, держава може призначати спостерігачів і також встановлювати фіскалів (тих осіб, котрі виконували б державні доручення), які на підставі своїх службових обов'язків повинні застосовувати засоби супроти підозрюваних осіб. Держава може на законних підставах зобов'язати усіх громадян допомагати їй у даному випадку і вказувати як на вчинені, так і на ті, що готуються, злочини, а також і на самих злочинців. Проте вона повинна вимагати виконання вказаних дій як державного обов'язку і ніколи не робити його привабливим, призначаючи за це нагороди або певні переваги.

Підсумовуючи погляди на проблеми покарання німецького мислителя В. Гумбольдта, потрібно зазначити, що вони є гуманістичними, антифеодальними, спрямовані на захист людини від насильства з боку держави. Мислитель виступив проти механістичного сприйняття людини. Він дивиться на злочинця *не просто як на суб'єкта злочину, а як на людину,* яка носить в собі моральний закон (І. Кант) і не може існувати без свободи. Злочинця не можна зобов'язати ні до чого більшого, ніж до законного покарання. Покарання повинно відповідати ступеню зневаги злочинцем права, на яке він посягнув. В іншому випадку особа, що вчинила злочин вправі законно чинити спротив будь-якому покаранню, котре перевищує кількісно його злочин. Що стосується держави, то вона не має права застосовувати до своїх громадян безчесні покарання. Більше того, вона повинна перешкоджати вчиненню злочинів шляхом хороших і продуманих законів, призначення покарань сурозмірних злочинним діянням, по можливості ретельно розслідувати випадки порушення законів, а також усунути можливість пом'якшення призначеного судом покарання (як у багатьох країнах це чинить правитель).

ZASADA POMOCNICZOŚCI (SUBSYDIARNOŚCI) JAKO ZASADA USTROJOWA.

Aldona Domańska

Uniwersytet Łódzki

Wyższa Szkoła Administracji i Zarządzania w Przemyślu

Idea pomocniczości sięga swymi korzeniami starożytnej Grecji. Jej założenia opisywali między innymi Arystoteles, Św. Tomasz z Akwinu, a następnie w XVII w. prawnik Althusius i inni. Jednakże jako zasada pojawiła się dopiero w XIX w.

Termin pomocniczość - subsydiarność pochodzi od łacińskiego słowa s*ubsidium ferre* co oznacza pomoc, dawać wsparcie, siły rezerwowe.

Współcześnie zasada pomocniczości jest jedną z podstawowych zasad ustrojowych. Zasada ta jest także jedną z podstawowych zasad ustrojowych w polskim porządku prawnym. I choć opiera się na niej cały system prawny państwa to wymieniona została jedynie we Wstępie do Konstytucji RP i nie znajdujemy rozwinięcia jej treści w dalszej części Ustawy Zasadniczej.

U podstaw zasady pomocniczości leży chrześcijańska koncepcja człowieka koncentrująca się na pojęciu osoby ludzkiej. Punktem wyjścia do rozważań nad treścią zasady pomocniczości jest założenie, że człowiek jest źródłem, podmiotem i celem społeczeństwa. W następstwie zasada ta konstytuuje odrębność osoby i jej pierwszeństwo jako podmiotu życia gospodarczego przed społeczeństwem. Ma ona zapewnić jednostce możliwość własnej inicjatywy i działania z państwem i poprzez państwo, a nawet wbrew niemu.

Według klasycznej definicji zasady pomocniczości zawartej w encyklice *„Quadragesimo anno”* jest rzeczą niegodziwą odbierać jednostkom to, czego zdolne są dokonać własnymi siłami i pomysłem, i powierzać to wspólnocie czy społeczności, tak samo jak niesprawiedliwe jest nakładać na większą i wyższego rzędu społeczność to, co mogłoby być wykonywane przez wspólnoty mniejsze i niższego rzędu. Naturalnym przedmiotem jakiegokolwiek działania społeczeństwa jest udzielanie pomocy, nie zaś niszczenie ich i wchłanianie.

Zasadę subsydiarności sformułował Gustaw Gundlach, przedstawiciel katolickiej nauki społecznej. Jej istota polega na realizacji zasady, według której: zadania, które mogą być wykonywane przez jednostki (społeczności) niższego rzędu nie powinny być powierzane społecznościom wyższego rzędu. Dopuszczalne to jest jedynie wówczas, gdy jednostki rzędu wyższego wykonują te zadania efektywniej.

Zasada pomocniczości jest strukturalną zasadą porządku wolnego i godnego człowieka. Jej adresatem są wszystkie twory społeczne: państwo, samorządy, ale także instytucje niezależne: Kościoły, organizacje charytatywne, przedsiębiorstwa. Obowiązuje w równej mierze rządzących i rządzonych. W ogólnych założeniach reguluje ona napięcia jakie zachodzą między jednostką a różnymi formami społeczeństwa. Wskazuje ona na niedopuszczalność przejmowania przez wspólnotę nadrzędną zadań, które mogą być wypełnione przez mniejsze grupy lub wspólnoty. Rozstrzyga ona kwestię kiedy i w jakich warunkach powinna zostać udzielona pomoc i kto jest odpowiedzialny za jej udzielenie.

Ma charakter zasady formalnej. W swej treści nie zawiera wypowiedzi o zadaniach poszczególnych tworów społecznych, a jedynie o podziale odpowiedzialności wewnątrz pojedynczego tworu lub kompleksu. Wyznacza także funkcję państwa w zakresie gospodarczym – winno się ono koncentrować na głównych zadaniach w gospodarce narodowej. Wymaga takiego porządku gospodarczego, w którym współdziałający w procesie gospodarczym ludzie mają kształtujący wpływ na rozwój gospodarczy. Zakłada ona aktywność jednostek. Państwo zaś jest zobowiązane do stosowania takich środków, które wspierają gospodarkę w wymiarze niezbędnego minimum.

Zgodnie z zasadą pomocniczości ani państwo, ani żadna inna społeczność nie może zastępować inicjatywy i odpowiedzialności osób oraz instytucji pośrednich. Istota zasady pomocniczości sprowadza się do udzielania pomocy aktywnym jednostkom lub grupom jednostek w sytuacji gdy nie są one w stanie zrealizować określonych zadań. Przy czym pomoc ta polegać ma jedynie na wspieraniu jednostek lub ich społeczności w samodzielnej ich realizacji.

© Aldona Domańska, 2006

Na pomocniczość składają się dwa hasła:

1. tyle wolności, ile można, tyle uspołecznienia, ile koniecznie potrzeba;
2. tyle społeczeństwa, ile można, tyle państwa, ile koniecznie trzeba. Oznacza to, że ani państwo, ani żadna inna społeczność nie może zastępować inicjatywy i odpowiedzialności osób oraz instytucji pośrednich. Jej istota w związku z tym sprowadza się do udzielania pomocy aktywnym jednostkom lub grupom jednostek w sytuacji gdy nie są one w stanie zrealizować określonych zadań. Przy czym pomoc ta polegać ma jedynie na wspieraniu jednostek lub ich społeczności w samodzielnej ich realizacji.

Zasada subsydiarności jest decydującą w koncepcji socjalnego państwa prawnego zapewniając równowagę między wolnością i równością. Jej podstawy stanowią: zasada solidarności, a przede wszystkim dobra wspólnego. W Konstytucji RP zasada dobra wspólnego *expressi verbis* wyrażona została w art. 1. Jest to nadrzędna wartość, ponadjednostkowa ukierunkowana na działania i cele jednostki. Istota dobra wspólnego ma zarówno charakter instrumentalny jak i immanentny.

Miejsce zasady subsydiarności w prawie konstytucyjnym uwarunkowane jest wyprowadzonymi z niej zasadami życia społeczno-politycznego. Jako podstawowe w doktrynie wskazuje się zasadę pluralizmu państwowego oraz decentralizacji władzy państwowej.

Podsumowując powyższe rozważania należy podkreślić, że zasada ta ma charakter normatywny. Jako zasada prawna wskazuje bowiem, że prawa i wolności jednostki są źródłem wszystkich praw i obowiązków społeczności. Jej znaczenie we współczesnym państwie demokratycznym jest bardzo duże gdyż zakłada, że źródłem prawa powinna być subiektywna wolność jednostki przy realizacji zasady równości wobec prawa. Zapewnia więc nie tylko równowagę między wolności i równością, ale daje także podstawę do realizacji zasad sprawiedliwości społecznej oraz poszanowania godności osobistej każdej jednostki.

STOSOWANIE TORTUR WE WSPÓŁCZESNYM ŚWIECIE – ROZWAŻANIA TEORETYCZNE ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM SYTUACJI W CHIŃSKIEJ REPUBLICE LUDOWEJ.

Dorota Ferenc-Kopeć

Wyższa Szkoła Administracji i Zarządzania w Przemyślu

Zakaz stosowania tortur jest jednym z podstawowych praw o charakterze osobistym, związanym bezpośrednio z życiem i zdrowiem jednostki ludzkiej. Oficjalnym uzasadnieniem stosowania tortur był od wieków zamiar pozyskania informacji. Przez niemal trzy tysiąclecia tortury były zalegalizowane w większości kodeksów prawnych Europy i Dalekiego Wschodu[1]. Cezary Beccaria w słynnym osiemnastowiecznym dziele „Dei delitti e delle pene"[2] nie znajduje usprawiedliwienia dla tak okrutnego naruszenia podstawowych praw człowieka. Wpływ myślicieli[3] i wzrost świadomości społecznej sprawiły, że na przełomie XVIII i XIX wieku wiele państw derogowało ze swoich systemów prawnych przepisy dotyczące tortur.

Nie ma wątpliwości, że poprzez stosowanie tortur następuje naruszenie fundamentalnego schronienia człowieka – zaufania do demokracji, a co za tym idzie pokoju i wolności. Odebranie ofiarom statusu równoprawnych istot i postawienie znaku zapytania nad godnością ludzką prowadzi do zachwiania wiary w wartości współczesnej cywilizacji. Istniejące fakty potwierdzają stosowanie tortur fizycznych i psychicznych, najczęściej nielegalnie, w wielu częściach świata. Szczególnie do drastycznych naruszeń życia i zdrowia ofiar dochodzi podczas działań wojennych, mimo przyjęcia przez wiele państw ustaleń Konwencji Genewskiej[4].

O łamanie praw człowieka posądzane są głównie państwa totalitarne, jak Korea Północna, Kuba, Iran, Syria i państwa z tzw. trzeciego świata. Amnesty International[5] ogłosiła w czerwcu 1996 r. raport, w którym oskarża wiele państw demokratycznych o przyczynianie się do łamania praw człowieka w innych krajach poprzez produkcje na eksport narzędzi tortur, takich jak pałki elektryczne, elektrody, specjalne kajdany i inne. Wśród wyliczanych państw znalazły się między innymi Anglia, Francja, Belgia, Holandia i Stany Zjednoczone. Według danych tej organizacji w ostatnich latach zanotowano przypadki stosowania tortur w ponad 150 krajach. Do najczęściej stosowanych metod należy obecnie bicie, zgwałcenia, stosowanie wstrząsów elektrycznych i pozbawianie snu. Wśród ofiar znajdują się mężczyźni, kobiety i dzieci. W niemal 30. krajach nadal legalna jest kara chłosty i kary mutylacyjne (Arabia Saudyjska, Sudan, Nigeria). Sprawcami najczęściej są ci, na których spoczywa prawny obowiązek dbania o ład i bezpieczeństwo publiczne. Stosowanie tortur jest obecnie zabronione zarówno przez prawo międzynarodowe, jak i wewnętrzne systemy prawne wielu państw.

Chińska Republika Ludowa, jako kraj członkowski ONZ, zobligowana jest ratyfikowanymi konwencjami do przestrzegania praw człowieka. W dniu 5. września 1988 roku Chiny podpisały Międzynarodową Konwencję w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania[6]. Jako stały członek Rady Bezpieczeństwa ONZ, ratyfikowały również Powszechną

[1] W starożytnej Grecji i Rzymie prawo cywilne zbaraniało torturowania wolnych obywateli, nie chroniło jednak niewolników i cudzoziemców. Za stosowaniem podwójnych standardów prawnych opowiadał się Platon w koncepcji państwa idealnego. W 1252 r. papież Innocenty IV wydał oficjalną zgodę na stosowanie tortur przez Inkwizycję. Z czasem stosowanie tortur zostało zalegalizowane także w sprawach niemających religijnej natury. Ok. 1000 lat p.n.e. tortury zostały zalegalizowane w chińskim kodeksie prawnym *Chou li* opracowanym za panowania dynastii Chou. Szerzej vide: B. Innes, *Historia Tortur*, Warszawa 2000.

[2] Dzieło wydane w 1764 r., polskie wydanie: C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, Warszawa 1959.

[3] Zob. K.L.Monteskiusz, *O duchu praw*, Kety 1997; dzieła Woltera (François'a Marie Arouet'a).

[4] IV Konwencje Genewskie uchwalone 12 sierpnia 1949 r. wraz z protokołami dodatkowymi z 1977 r. stały się głównymi dokumentami międzynarodowego prawa humanitarnego.

[5] Oficjalna strona Amnesty International (AI) http://www.amnesty.org. Podobnie jak AI działają też inne organizacje pozarządowe: Association for the Prevention of Torture (APT), World Organisation against Torture (OMCT), Inetrantional Rehabilitation Council for Torture Victims (IRCT).

[6] Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 10 grudnia 1984 r. (Publikacja w RP: Dz. U. z 1989 r. nr 63, poz. 378; załącznik). Art. 1 definiuje tortury jako „każde działanie, którym jakiejkolwiek osobie umyślnie zadaje się ostry ból lub cierpienie, fizyczne bądź psychiczne, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, w celu ukarania jej za czyn popełniony przez nią lub osobę trzecią, albo o którego dokonanie jest ona podejrzana, a także w celu zastraszenia lub wywarcia nacisku na nią lub trzecią osobę, albo w jakimkolwiek innym celu wynikającym z wszelkiej formy dyskryminacji, gdy taki ból lub cierpienie są powodowane przez funkcjonariusza państwowego lub inną osobę występującą w charakterze urzędowym lub z ich polecenia albo za wyraźną lub milczącą zgodą". Określenie to nie obejmuje bólu lub cierpienia wynikających jedynie ze zgodnych z prawem sankcji, nieodłącznie związanych z tymi sankcjami lub wywołanych przez nie przypadkowo.

© Dorota Ferenc-Kopeć, 2006

Deklarację Praw Człowieka z 10 grudnia 1948 roku oraz Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturowych oraz Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP)[1].

Chiny od stuleci miały opinię kraju, w którym stosowanie tortur jest nieodzownym elementem porządku prawnego i ładu społecznego. Do XX wieku nieograniczoną i arbitralną władzę nad jednostką miał cesarz. Zgodnie z doktryną konfucjańską rolą państwa było wpajanie społeczeństwu zasad moralnych i prowadzeniu działalności wychowawczej. Nie istniały kategorie indywidualnych praw człowieka. W Chińskiej Republice Ludowej stosowanie tortur na szeroką skalę towarzyszyło okresom „wielkiego skoku" i „rewolucji kulturalnej"[2]. Procesy reformatorskie lat 70. zapoczątkowały proces legalizacji swobód osobistych. Prawa człowieka pojawiły się w chińskim dyskursie politycznym dopiero po 1989 roku[3] i trafny wydaję się pogląd, że społeczeństwu chińskiemu wciąż brakuje pełnej świadomości tych praw[4].

Przepisy gwarantujące ochronę praw człowieka znalazły się w Konstytucji ChRL z 1982 roku[5]. Jest to niewątpliwie najbardziej liberalna konstytucja w historii Chin. Jednak wydarzenia z 4 czerwca 1989 roku i brutalne stłumienie manifestacji Tybetańczyków w Lhasie w marcu 1989 roku, uwiarygodniły brak praworządności w Chinach. Parlament Europejski podczas głosowania w dniu 16 marca 1989 roku wyraził ubolewanie z powodu „krwawych represji" w Chinach, w tym samym roku genewska Podkomisja Praw Człowieka pierwszy raz w historii ONZ przyjęła rezolucję, w której potępiła barbarzyńskie represje armii chińskiej.

Władze chińskie postanowiły zmienić dotychczasową politykę państwa. Znowelizowały przepisy wewnętrzne, między innymi: w 1994 r. Ustawę o odszkodowaniach państwowych i Ustawę o więzieniach, a w 1997 r. Ustawę kodeks postępowania karnego. Art. 14. Ustawy o służbie więziennej, zakazuje wymuszania zeznań, stosowania kar cielesnych i maltretowania, bicia, poniżania i bierności, gdy robią to inni[6]. Artykuł 247. Kodeksu karnego ChRL stanowi, że „przedstawiciele władzy sądowniczej, którzy wymuszają przyznanie się do winy torturami lub siłą zmuszają świadków do składania zeznań, podlegają karze do trzech lat pozbawienia wolności"[7]. Przepisy te nie mają jednak zastosowania, gdy sprawa dotyczy kwestii politycznych. Tortury stosowane są w celu „przyznania się do winy", wydobycia danych „wspólników" bądź „wrogich organizacji" lub „zagranicznych podżegaczy".

Po zmianach w ustawodawstwie i podpisaniem umów międzynarodowych, nastąpiły aresztowania funkcjonariuszy służby bezpieczeństwa za nadużywanie władzy, zakończone nawet wyrokami śmierci[8]. Mimo zachodzących zmian Chiny wciąż zajmują jedno z czołowych miejsc wśród państw łamiących prawa człowieka, zwłaszcza mniejszości narodowych. W 1996 r. AI ogłosiła światową kampanię przeciwko łamaniu praw człowieka w ChRL.

Jak wynika z raportów organizacji międzynarodowych tortury są nadal codziennością więzień, aresztów i komisariatów Tybetu. Bicie, rażenie i gwałty elektrycznymi pałkami, krępowanie, skuwanie, zawieszanie za wykręcone kończyny, pozbawianie snu, głodzenie, szczucie psami, zamykanie w karcerach, wystawianie na ekstremalne temperatury czy zmuszanie do wycieńczających ćwiczeń powodują poważne urazy fizyczne i psychiczne oraz zgony. Niemal wszyscy zatrzymani są maltretowani czy to przez funkcjonariuszy Biura Bezpieczeństwa Publicznego i Ludowej Policji Zbrojnej, czy to przez strażników.

---

[1] Otwarty do podpisu w Nowym Yorku w 19 grudnia 1966 w art. 7 stanowi: „Nikt nie będzie poddawany torturom lub okrutnemu, nieludzkiemu albo poniżającemu traktowaniu lub karaniu. W szczególności nikt nie będzie poddawany, bez swej zgody swobodnie wyrażonej, doświadczeniom lekarskim lub naukowym".

[2] N temat ówczesnej sytuacji w ChRL vide: Fairbank J., Historia Chin: nowe spojrzenie, Gdańsk 1996.

[3] M. Svensson, Stuletnia debata: 1898-1998, Praca doktorska Katedry Języków Wschodnioazjatyckich Uniwersytetu Lund, China Rights Forum 1999. Za: Human Rights in China.

[4] Tak: W. Yu, Y. Ping, doradca prawny Human Rights in China (HRIC) w Powolna, bolesna ewolucja: Prawa człowieka w Chinach od 1949 roku, China Rights Forum 1999.

[5]Konstytucja Chińskiej Republiki Ludowej z 4 grudnia 1982 r., uchwalona na piątej sesji piątej kadencji Ogólnochińskiego Zgromadzenia Przedstawicieli Ludowych Chińskiej Republiki Ludowej. Tekst opublikowany między innymi w „Beijing Review" 1982, nr 52.

[6] J. Caple, Tortury w tybetańskich więzieniach i aresztach, (w:) Torture in Tibet 1949-1999, Medical aspects, consequences, and treatment approaches, Supplementum No. 1, International Rehabilitation Council for Torture Victims 1999.

[7] Kodeks przyjęto na drugim posiedzeniu V Ogólnochińskiego Zgromadzenia Przedstawicieli Ludowych, 1 lipca 1979. Znowelizowano go na piątym posiedzeniu VIII Zgromadzenia 14 marca 1997.

[8] W marcu 1995 roku skazano na śmierć pięciu funkcjonariuszy Biura Bezpieczeństwa Publicznego, w tym byłego zastępcę komendanta BBP w Changzi (prowincja Shanxi), za stosowanie tortur podczas przesłuchań. W lipcu 1998 hongkoński dziennik Ming Pao informował o zwolnieniu około 50 tys. funkcjonariuszy służb bezpieczeństwa publicznego za, między innymi, wymuszanie zeznań i nadużywanie władzy.

Wielu dowodów dostarczają zeznania skazanych - najczęściej więźniów politycznych[1]. W październiku 2002 roku, na skutek konsekwentnych nacisków Stanów Zjednoczonych i innych państw na rząd Chin, z chińskiego więzienia Drapczi została zwolniona warunkowo Ngałang Sangdrol, skazana w wieku 12 lat na łączną karę 21 lat pozbawienia wolności za „podżeganie do działalności wywrotowej i separatystycznej". Z jej zeznania złożonego w dniu 10 marca 2004 r. przed Komisją Spraw Zagranicznych Kongresu USA[2] wynika, iż przez 11 lat była torturowana i systematycznie maltretowana w więzieniu i podczas przesłuchań. Była także świadkiem torturowania wszystkich innych więźniów politycznych. Jej uwięzienie zostało uznane za bezprawne w 1995 roku przez Grupę Roboczą ONZ ds. Arbitralnych Uwięzień. Podobnych dowodów dostarczają zeznania innych skazanych lub aresztowanych.

Więzienie Drapczi uważane jest za najsurowsze więzienie chińskie. W maju 1998 roku doszło w nim do protestów zdeterminowanych więźniów politycznych i kryminalnych. Tortury, co wynika z raportów, towarzyszą niemal każdemu etapowi procedury karnej: chwili zatrzymania, pierwszemu okresowi uwięzienia, transportowi, przesłuchaniu, pobytowi w areszcie śledczym i więzieniu. Jeden z uchodźców ze wschodniego Tybetu, były pracownik chińskiego Biura Bezpieczeństwa Publicznego, opisał trzydzieści trzy sposoby torturowania więźniów[3]. Jak wynika z jednego z chińskich dokumentów w Tybetańskim Regionie Autonomicznym przez szereg lat „opracowywano" nowe metody torturowania[4]. Więźniowie zmuszani są do ciężkiej pracy, która szkodzi zdrowiu, a nawet zagraża życiu. Tybetańczyków zmusza się do pracy w więzieniach, aresztach i obozach reedukacji przez pracę (laogai).

W 2004 roku władze chińskie uznały Drapczi za wzorowy zakład karny[5]. Do tej pory ministerstwo sprawiedliwości i władze sądownicze szczebla prowincji przyznały ten tytuł 148. więzieniom w ChRL. Zdaniem rządu Chin tortury w tym kraju są nielegalne a osoby, które się ich dopuszczają podlegają surowym karom.

Najważniejszym rezultatem międzynarodowych nacisków na Chiny jest zmniejszenie liczby egzekucji więźniów politycznych i wcześniejsze warunkowe zwolnienia. Unia Europejska podczas spotkania ministerialnego UE – Chiny w maju 2005 roku, ponownie wyraziła zaniepokojenie czterema aspektami praw człowieka, w tym: reedukacją przez pracę, nadmiernemu stosowaniu kary śmierci, tortur i innych form znęcania się.

Pojawiają się także głosy zarzucające opinii międzynarodowej ignorowanie informacji o przeprowadzonych w Chinach reformach demokratycznych, budowie państwa prawa (m. in. przy pomocy i zaangażowaniu UE) a lansowaniu „stereotypów negatywnych, że kraj ten jest szczególnym 'więzieniem narodów', z którego chcą się wyrwać przede wszystkim nieszczęśni Tybetańczycy, a heroiczni studenci i dysydenci walczą uparcie o wolność i demokrację"[6]. Postępów w dziedzinie praw człowieka gratulowali ostatnio Chinom – przywódcy jak Tony Blair czy Jacques Panter.

Przywiązanie do zwyczajowych wartości konfucjańskich nie czyni niemożliwym wprowadzenie w ChRL prawdziwej demokracji i poszanowania dla praw człowieka. Dyskurs dotyczący tych praw nie jest obcy chińskim myślicielom. Około stu lat temu Kang Youwei (1858-1927) uczynił z praw człowieka fundament swojej myśli politycznej. W latach pierwszej Republiki[7] ruch praw człowieka był wyrazem protestu przeciwko terrorowi kuomintangu. W 1932 roku powołano słynną Chińską Ligę Praw Obywatelskich. Żywię nadzieję, że tortury będą w przyszłości jedynie tematem wspomnień o niechlubnej przeszłości systemu prawa.

---

[1] Vide: biografia P. Giaco, Ogień pod śniegiem, Warszawa 1998; raporty Tibet Information Network (TIN); Tybetańskiego Centrum Praw Człowieka i Demokracji; raporty za ostatnie lata Helsińskiej Fundacjji Praw Człowieka (HFPC); raport Departament Stanu USA o przestrzeganiu praw człowieka na świecie za rok 1996; raporty IRCT, OMCT; raporty International Commision of Jurists.

[2]Ngałang Sangdrol w maju b.r. odwiedziła Polskę na zaproszenie HFPC, wzięła udział w kilku spotkaniach otwartych z publicznością w Szczecinie oraz Warszawie. Spotkała się także z wicemarszałkiem Sejmu RP Kazimierzem M. Ujazdowskim, minister Labudą oraz Parlamentarną Grupą Kobiet. Otrzymała azyl w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Obecnie pracuje dla International Campaign for Tybet.

[3] Departament Informacji i Stosunków Zagranicznych (DIIR) Tybet. Fakty mówią za siebie (biała księga), Polskie Stowarzyszenie Przyjaciół Tybetu (PSPT), Warszawa 1993, s. 341.

[4] Zawarte są one w dokumencie poufnym: By panować nad innymi, najpierw panuj nad sobą, „H'o Phan w TRA" 1989, nr 2, s. 21 i n.

[5] Ministerstwo Sprawiedliwości ChRL ustaliło normy „wzorowych zakładów karnych" w 2001. Ocenie komisji podlegają „nie tylko warunki bytowe i system opieki zdrowotnej, ale także styl pracy strażników oraz dostęp do informacji – osadzonych i ich krewnych". Dane opublikowane w raporcie HFPC z dnia 6 sierpnia 2004, na podstawie chińskiego Dziennika Ludowego; tekst dostępny na stornie http://www,.hfhrpol.waw.pl/Tybet/HFPC060804.htm.

[6] Vide: K. Gawlikowski, Procesy transformacji w Chińskiej Republice Ludowej, (w:) Azja Wschodnia na przełomie XX i XXI wieku. Przemiany polityczne i społeczne, Warszawa 2004, s. 133.

[7] Republikę Chińską proklamowano w Nankinie 1 stycznia 1912 roku, tymczasowym prezydentem został Sun Jat-sen (lub Yatsen), wiceprezydentem Li Jüan-hung, utworzono również rząd tymczasowy.

PUBLICZNE I NIEPUBLICZNE, CZYLI SŁÓW KILKA O PODMIOTOWYM PRAWIE CZŁOWIEKA DO TWORZENIA UCZELNI NIEPUBLICZNEJ W RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ.

Bronisław Majgier

WSAiZ Przemyśl

Od roku 1990 w systemie polskiej nauki zaobserwować można nowe zjawisko prawne – pluralizm podmiotów uprawnionych do zakładania wyższych uczelni. Oznacza to, że nowy system szkolnictwa wyższego nie jest już monopolem państwa, co wcale nie zwalnia państwa z realizacji jednej z podstawowych i konstytucyjnych funkcji – troski o upowszechnianie oświaty, kultury i nauki oraz tworzenia warunków, aby ta funkcja nie pozostała tylko martwą, deklaracją[1]. Jednym z instrumentów, przy pomocy, którego państwo stara się osiągać zamierzone cele jest prawo powszechnie obowiązujące. Stąd też interesującej nas problematyki możemy doszukiwać się zarówno w Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.[2] jak też w przepisach prawa materialnego, którymi w latach 1990 – 2005 była ustawa z dnia 12 września 1990 r. o szkolnictwie wyższym[3], a w latach 1997 – 2005 ustawa z dnia 26 czerwca 1997r o wyższych szkołach zawodowych[4] oraz od 2005 r. nowe prawo o szkolnictwie wyższym, które weszło w życie 1 września 2005 r.[5]. Ta ostatnio przywołana ustawa podtrzymuje prawo podmiotowe osoby fizycznej (a więc nie zawężonej tylko do „obywatelstwa") do tworzenia uczelni w Polsce.

Nowe prawo o szkolnictwie wyższym w ograniczonym, (ale jednak) zakresie kodyfikuje problematykę szkolnictwa wyższego, dotychczas rozproszoną w trzech ustawach; w ustawie z dnia 31 marca 1965 r. o wyższym szkolnictwie wojskowym[6] oraz przywoływanych już ustawach o szkolnictwie wyższym z 1990 r. i o wyższych szkołach zawodowych z 1997 r.

W swoich rozważaniach ograniczę się do dwóch problemów; podmiotowego prawa osoby fizycznej do tworzenia uczelni oraz charakteru uczelni, pod rządami przywoływanych ustaw dotyczących tylko szkolnictwa świeckiego, gdyż nowe prawo nie ma zastosowania do szkół wyższych i wyższych seminariów duchownych prowadzonych przez kościoły i związki wyznaniowe z wyjątkiem Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, ale też z odwołaniem się do innych regulacji przewidzianych ustawą lub umowami zawartymi między rządem RP a władzami kościołów lub związków wyznaniowych[7].

Podmiotowość osoby fizycznej przy ubieganiu się o tworzenie uczelni (pod rządami uchylonych ustaw były to „uczelnie niepaństwowe" lub „wyższe szkoły zawodowe niepaństwowe" i praktycznie te określenia oddawały w ocenie autora w pełni charakter tworzonej placówki naukowej, będącej częścią „systemu nauki polskiej i systemu edukacji narodowej[8]) została ustawowo określona dość lapidarnie. Podkreślić należy, że zmianie uległa też terminologia, nawiązująca do klasycznego podziału administracji na „publiczną i prywatną", zastępując dotychczasowe „państwową i niepaństwową". W odniesieniu do osoby fizycznej, artykuł 20 ust. 1 nowego prawa o szkolnictwie wyższym stanowi, że „z wnioskiem o pozwolenie na utworzenie uczelni niepublicznej może wystąpić do właściwego ministra właściwego do spraw szkolnictwa wyższego **osoba fizyczna** albo osoba prawna niebędąca państwową ani samorządową osobą prawną". Z kolei art. 15 ust. 1 ustawy o szkolnictwie wyższym z 1990 r. stanowił, że „uczelnię niepaństwową może założyć osoba fizyczna lub osoba prawna, zwana dalej „**założycielem**" na podstawie zezwolenia udzielonego przez Ministra Edukacji Narodowej, po zasięgnięciu opinii Rady Głównej Szkolnictwa Wyższego". Analiza porównawcza tych przepisów pozwala za uprawniony przyjąć pogląd o „zawężaniu" praw podmiotowych osoby fizycznej w nowym prawie o szkolnictwie wyższym. To zawężenie prawa podmiotowego osoby

[1] Szerzej na ten temat Dorota Majgier-Dąbek w art. „Państwowe, prywatne czy normalne?" (w) Edukator Nr 3; PODN/O Przemyśl, 2003 s. 1

[2] Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 78, poz. 483)

[3] Ustawa z dnia 12 września 1990 r. o szkolnictwie wyższym (Dz.U. Nr 65, poz. 385 z późn. zm.; a dodać trzeba, że tych zmian w okresie jej funkcjonowania było tylko …35)

[4] Ustawa z dnia 26 czerwca 1997 r. o wyższych szkołach zawodowych (Dz.U. Nr 95, poz. 590 z późn. zm. Ustawa ta była nowelizowana …16 razy)

[5] Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U. Nr 164, poz. 1365)

[6] Ustawa z dnia 31 marca 1965 r. o wyższym szkolnictwie wojskowym (Dz.U. z 1992 r. nr 10, poz. 40 z późn. zm. Ta ustawa nowelizowana była w porównaniu do w/w tylko… 9 razy)

[7] Art. 1 ust.1 i 2 ustawy z 2005 r. op. cit.

[8] Patrz art.3 ust. 1 i ust.2 ustawy z 1990 r. op. cit.

© Bronisław Majgier, 2006

fizycznej przejawia się w ustawowo (a nie jak dotychczas określanych przez Ministra) określonych warunkach, z których na uwagę zasługują; 1/ skazanie prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne; 2/ wpisanie do rejestru dłużników niewypłacalnych Krajowego Rejestru sądowego; 3/ posiadanie wymagalnych zobowiązań wobec Skarbu Państwa; 4/ przeznaczenie na utworzenie i funkcjonowanie uczelni, co najmniej 500.000 zł.[1]; 5/ obligatoryjność czasokresu ważności pierwszego pozwolenia do lat 5; (wg przepisów uchylonych minister mógł wydać zezwolenie osobie fizycznej, której wniosek odpowiadał warunkom określonym ustawowo i przepisami wykonawczymi, **mógł też** określać termin ważności zezwolenia, co oznacza, że nie musiał tego terminu określać; 6/ brak ustawowego wymogu zasięgania opinii organu społecznego przy tworzeniu uczelni, z obowiązkiem ustawowym zasięgania opinii przy przedłużaniu pozwolenia. (Pod rządami starych ustaw była to Rada Główna Szkolnictwa Wyższego i od 1997 r. Państwowa Komisja Akredytacyjna, a od 2005 r. Państwowa Komisja Akredytacyjna). Nowe regulacje sprawy uspołecznienia procesu tworzenia uczelni niepaństwowych ustawowo pomijają, odsyłając do przepisów wykonawczych, wydanych na podstawie ustawy, w której takiej delegacji brak. Brak jest też ustawowo określonych kryteriów, które musi spełniać „osoba fizyczna", zamierzająca utworzyć uczelnię, (w starym stanie prawnym to określenie brzmiało „może założyć"), co prowadzić może do dość swobodnie realizowanej praktyki stosowania prawa przez organ administracji rządowej. Rodzi to też niebezpieczeństwo „upolitycznia" procesu kreowania nowych uczelni, co potwierdza praktyka tworzenia uczelni pod rządami starych ustaw, w latach 1995 – 2004. Wątpliwości w tym zakresie (dotyczących osoby fizycznej) nie rozwiewa też „słowniczek terminów i określeń" zawarty w treści pktu 3 i 4 ust.1 art. 2 ustawy. W ich rozumieniu „osoba fizyczna" jest pojęciem tożsamym z „założycielem uczelni niepublicznej", chociaż to drugie pojęcie obejmuje także „osobę prawną niebedącą państwową ani samorządową osobą prawną".

Zmiany nazewnictwa dotyczące charakteru uczelni, chociaż zgodne ze stosowanymi w publikacjach prasowych (a często i w literaturze oraz oficjalnych wystąpieniach b. Ministra Edukacji Narodowej) nie rozwiewają jednak powstałych na tym tle wątpliwości. Aby je rozwiać należy dokonać analizy cech uczelni.

We wszystkich przytaczanych przepisach rangi ustawowej dotyczących szkolnictwa wyższego mamy stwierdzenie dotyczące kręgu podmiotów, które mogą zakładać uczelnie.

W ustawie o szkolnictwie wyższym i ustawie o wyższych szkołach zawodowych a także w nowym prawie o szkolnictwie wyższym tymi podmiotami były i są;

1. **Państwo** (uczelnie akademickie, obecnie publiczne uczelnie akademickie tworzy Sejm w drodze ustawy, państwowe wyższe szkoły zawodowe (obecnie publiczne uczelnie zawodowe) tworzy Rada Ministrów w drodze rozporządzenia).
2. **Osoba prawna** (obecnie niebędąca państwową ani samorządową osobą prawną). Ustawa nie wyłącza z kręgu podmiotów żadnej szczególnej osoby prawne, poza państwowymi i samorządowymi, chociaż w odniesieniu do tych ostatnich brak jest precyzyjniejszego sformułowania, co może skutkować w praktyce dość swobodną interpretacją tego pojęcia.
3. **Osoba fizyczna** i to bez bliższego określenia, że chodzi o osoby fizyczne posiadające pełną zdolność do czynności prawnych. Wprowadzone w 2005 r. kryteria też zostały mocno zawężone, bo tylko do karalności za przestępstwo z winy umyślnej, ujęcia tej osoby w rejestrze dłużników niewypłacalnych oraz posiadającej wymagalne i nie zrealizowane zobowiązania wobec Skarbu Państwa. W tym określeniu mamy kolejny w prawie polskim przykład „nierównego traktowania podmiotów administracji publicznej" z uprzywilejowaniem Skarbu Państwa, a przecież od 1990 systematycznie rosną zadania i kompetencje jednostek samorządu terytorialnego, które z woli państwa (konstytucyjnie i ustawowo) przejęły te zadania w ramach procesu decentralizacji. Do tego czasu były to zadania władz państwowych.

Dla określenia tych podmiotów (2 i 3) ustawa używa dodatkowo określenia „**założyciel**"[2], a nowe prawo „**założyciel uczelni niepublicznej**"[3]

W tym miejscu warto przypomnieć, że polskie prawo określa, które podmioty są „osobami prawnymi". Przykładowo w naszym systemie prawnym osobowość prawną mają; jednostki samorządu terytorialnego tj. gmina, powiat i województwo; związki gmin, związki powiatów; stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego; szkoły wyższe, partie polityczne; stowarzyszenia, fundacje, oraz spółki prawa handlowego i organizacje społeczne, jeżeli prawo wyposaża je w przymiot „osobowości prawnej". W odniesieniu do osoby

[1] Patrz; art. 15 ust. 3 i art. 16 ust.1 ustawy z 1990 r. oraz art. 20 ust.3, ust. 5 i ust.8 ustawy z 2005 r.
[2] Szerzej; art. 10 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy o szkolnictwie wyższym op. cit. oraz art. 10 ust. 1 i art. 11 ust. 1 ustawy o wyższych szkołach zawodowych op. cit.
[3] Art.2 ust.1 pkt.4 ustawy z 2005 r. op. cit.

fizycznej raz jeszcze podkreślić należy, że chodzi o osobę fizyczną o pełnej zdolności do czynności prawnych, co precyzują szczegółowo przepisy kodeksu cywilnego, milczą zaś na ten temat przepisy przywoływanych ustaw.

Założyciel uczelni (czy też założyciel uczelni niepublicznej) nie jest jej „właścicielem" w rozumieniu prawa i nie staje się nim po utworzeniu tej placówki[1]. Jego prawa i obowiązki jako założyciela określają przepisy prawa, podobnie jak prawa i obowiązki uczelni, jako nowej osoby prawnej[2]. Uczelnia ma swoje zadania określone ustawowo, ma swoje obowiązki też ustawowo określone, ma swoje organy, za pośrednictwem których realizuje swoje zadania (też ustawowo oraz statutowo określone, łącznie z trybem ich powoływania). **Utożsamianie „założyciela uczelni" z „właścicielem uczelni" nawet tej jak ustawa stanowi „niepublicznej" uznać można za prawne nieporozumienie**. Uczelnia ma swoje organy decyzyjne, z tym, że po wpisie do rejestru uczelni niepaństwowych (teraz niepublicznych) uczelnia staje się „osobą prawną", a więc nowym podmiotem, który w świetle prawa ma też możliwości „bycia założycielem" nowej, dodatkowej (innej) uczelni. Warto o tym pamiętać rozpatrując problem „prywatności" w systemie szkolnictwa wyższego, którego to terminu nadużywa się w życiu codziennym.

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. dla określenia charakteru szkoły lub uczelni przyjmuje określenie „**publiczna szkoła wyższa**" – bez zdefiniowania tego określenia. Z treści art. 70 konstytucji wynika jednak, że ustrojodawca miał pod tym pojęciem na myśli tylko **„uczelnię, w której nauka jest bezpłatna"**, z pewnym wyjątkiem dotyczącym niektórych usług pedagogicznych świadczonych przez szkoły wyższe za odpłatnością[3]. Analiza treści przepisów konstytucji pozwala zdefiniować obydwa te pojęcia. **Wyższą uczelnią (szkołą) będzie zatem placówka w której studiowanie jest bezpłatne a podmiotem tworzącym uczelnię jest organ władzy publicznej.** Być może to konstytucyjne zróżnicowanie terminologiczne przesądza o tym, że powszechnie uczelnie utworzone przez inny niż państwo czy jednostki samorządu terytorialnego organ (osoba prawna czy osoba fizyczna) są traktowane jako niepubliczne – a więc powszechnie określane jako prywatne. Jest to jednak wykładnia błędna, gdyż **nie ma nauki państwowej czy prywatnej" jest „nauka" albo jej nie ma.** W nie tak dalekiej przeszłości mieliśmy już np. ekonomię polityczną kapitalizmu oraz odrębnbie socjalizmu. Historia i życie te pojęcia zweryfikowały.

W ustawie o szkolnictwie wyższym (uchwalona po transformacji ustrojowej, ale przed uchwaleniem konstytucji) **terminologia była inna**. Szkoły wyższe zwane uczelniami dzieliły się na **państwowe i niepaństwowe**.[4] W świetle przepisów tej ustawy **o „państwowym charakterze uczelni decydują dwa elementy; założyciel (twórca) uczelni – a jest nim tylko organ państwa oraz „bezpłatność" i to tylko na studiach stacjonarnych z pewnymi ustawowo określonymi wyjątkami**. Uczelnią niepaństwową była z kolei uczelnia, której założycielem była osoba fizyczna lub osoba prawna, która uzyskała zezwolenie na jej utworzenie po spełnieniu prawnie określonych warunków i po zasięgnięciu opinii Rady Głównej Szkolnictwa Wyższego. Warunki merytoryczne i formalne dla tworzenia państwowej uczelni określała ustawa, a dla niepaństwowej ustawa oraz uchwała Rady Głównej Szkolnictwa Wyższego z dnia 28 listopada 1991 r.[5]

Drugim wyróżnikiem uczelni niepaństwowej było i jest to, że uczelnia niepaństwowa także na studiach dziennych mogła pobierać czesne. Zaznaczyć jednak należy fakt podstawowy; **uczelnie państwowe są finansowane z budżetu państwa zaś niepaństwowe ze środków własnych, chociaż zmiany, jakie w prawie następują zaczynają w ograniczonym zakresie, (ale jednak) zrównywać status uczelni i państwowych i niepaństwowych (a obecnie publicznych i niepublicznych), chociaż daleko jeszcze do normalności.**

Dla pełnej przejrzystości omawianego zagadnienia istotne znaczenie mają jeszcze dwa, używane w ustawie określenia; „publiczna i niepubliczna". W czym tkwi istota publicznego charakteru określają przepisy rangi ustawowej.

Reasumując stwierdzić można, że publiczny charakter mają zarówno uczelnie publiczne jak i niepubliczne spełniające następujące warunki;

1. Rekrutacja jest otwarta podmiotowo dla wszystkich, którzy spełniają prawnie określone warunki – dla uczelni – świadectwo dojrzałości, chociaż uczelnie mogą autonomicznie decydować o zasadach rekrutacji (np., konkurs świadectw, egzaminy, rozmowy kwalifikacyjne itp.).

[1] Szerzej - z uwzględnieniem systemu oświaty powszechnej Dorota Majgier-Dąbek op. cit. s. 2.
[2] Art. 12 ustawy z 2005 r; a także art.8 ustawy z 1990 r. op. cit.
[3] patrz; art. 70 ust. 2 ustawy z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja RP op. cit.
[4] art. 1 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 12 września 1990 r. o szkolnictwie wyższym op. cit.
[5] Szerzej – uchwała RGSzW z dnia 28 listopada 1991 r. w sprawie określenia warunków, jakim powinna odpowiadać uczelnia, aby utworzyć i prowadzić kierunek studiów (Dz.Urz. MEN nr 8, poz. 41 z późn. zm.)

2. Programy i plany nauczania uwzględniają obowiązkowe minimum dla placówki tego samego typu.
3. Kadrę stanowić mogą w zakresie przedmiotów obowiązkowych tylko osoby o ustawowo określonych kwalifikacjach.
4. Ocenianie, klasyfikowanie, promowanie, egzaminowanie odbywa się wg prawnie określonych zasad.
5. Świadectwa (dyplomy) mają charakter dokumentów państwowych gwarantujących drożność edukacyjną.

Bezpłatność nauczania czy też pobieranie czesnego nie jest przesłanką „publicznego czy też niepublicznego" charakteru placówki.

Rozważania te sygnalizują znany już od szeregu lat problem jakości prawa i potrzeby „rozwiewania mgieł" powstałych w wyniku szybkiego uchwalania ustaw i stosowania języka pozwalającego na dość swobodną interpretację uchwalonego prawa. Jest to wynikiem braku tzw. „meta ustawy" albo inaczej ustawy o tworzeniu prawa, postulowanej do uchwalenia blisko trzydzieści lat przed transformacją ustrojową. Uprawnionym zatem będzie pogląd o dalszej aktualności tego historycznego wniosku *de lege ferenda*, którego realizacja może przyczynić się do poprawy jakości prawa w „demokratycznym państwie prawnym" A takim mianem Rzeczpospolitą określa Konstytucja z 2 kwietnia 1997 r.

СЕКЦІЯ ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ НАУК

ІСТОРИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ПРИЄДНАННЯ ГАЛИЧИНИ ДО СКЛАДУ СЕРЕДНЬОВІЧНОЇ ПОЛЬЩІ У XIV СТ.

Бойко І.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Встановлення демократії та проголошення незалежності України надали можливість дослідникам історичного минулого переоцінити та переосмислити історичні події, по-новому висвітлити та показати захоплення Галичини Польщею у 1349 р. та його політико-правове оформлення.

Татаро-монгольське нашестя, князівські міжусобиці, сваволя боярства послабили Галицько-Волинську державу, яка існувала з 1199 р. і була могутньою середньовічною державою, що здійснювало вплив на політичне життя держав Центральної Європи. Існування сильної Галицько-Волинської держави врятувало багатьох європейських держав від нападу кочових орд, що надавало їм можливість мирно розвиватися.

Однак спустошливі татарські набіги вкрай ослабили могутність Галицько-Волинської держави. Цим скористались сусідні держави, які незрівнянно менше постраждали від татарського лихоліття. Зручний момент для здійснення давніх агресивних планів польської та угорської феодальної верхівки настав після смерті галицько-волинського князя Юрія-Болеслава II. Проте їм не вдалося захопити владу у Галицько-Волинській державі.

Після смерті Юрія-Болеслава II вища державна влада перейшла до перемишльського боярина Дмитра Детька, його однодумця Данила Острівського та інших бояр. Новим правителям краю довелося діяти в дуже складній міжнародній обстановці. Відразу ж після смерті Юрія-Болеслава II на територію Галицько-Волинської держави рушили польські війська під керівництвом польського короля Казимира III, а також угорські загони. Щоб виправдати цей похід, деякі зарубіжні історики і публіцисти висловлювали припущення, що Казимира призначив своїм спадкоємцем сам галицько-волинський князь Юрій-Болеслав II, інші дослідники твердили, що польський король отримав права на спадщину останнього галицько-волинського князя шляхом обміну від брата Юрія Земовита III. Ці твердження цілком безпідставні, як і висловлюваний періодично погляд, що середньовічна Польща вже в 1340 р. оволоділа Галичиною. В кінці 30-х років XX ст. польська держава навіть планувала провести у 1940 р. святкування 600-річчя "польського панування" у Галичині. Проте насправді військовий похід польського короля Казимира III у 1340 р. на землі Галицько-Волинської держави був загарбницьким, окупаційним.

В кінці квітня 1340 р. польські і угорські війська вторглися на українську Галичину і почали облогу Львова, яка тривала два тижні. В оточеному з усіх боків місті почався голод. Але захисники Львова не здавалися. І лише після того, як польський король Казимир III гарантував недоторканність віри і звичаїв, львів'яни припинили опір. Поляки не виконали своїх обіцянок. Вступивши в місто, вони пограбували князівську скарбницю (зокрема Казимир III привласнив дві дорогоцінні корони прикрашені золотом та трон).

Українці не покорилися владі польських феодалів. В тому ж 1340 р. вони повстали проти польських загарбників. Казимир змушений був залишити Львів і поспішно повернутися до Кракова.

Керівником повстання у Галичині був Дмитро Детько. На відміну від інших бояр, він дбав про незалежність рідної землі, намагався проводити дипломатичну політику між сусідніми державами (Польщею, Угорщиною, Литвою, татарами).

Після смерті Д. Детька у Галичині правив князь Любарт (Дмитро) Гедимінович, який ще раніше укріпився на Волині. Любарт був сином литовського князя Гедиміна, проте він був православним, прийняв мову і звичаї місцевого населення. Тому в Галичині і особливо на Волині, підтримали Любарта, влада якого була меншим "злом" в порівнянні з навалою поляків.

Політичним конкурентом Любарта та інших литовських князів була Польща. Заможна шляхта з південної Польщі спонукали короля до загарбницької політики на сході, прагнучи захопити на

© Бойко І., 2006

українських землях нові земельні володіння, через які проходили торговельні шляхи з Західної Європи до генуезьких колоній на чорноморському узбережжі.

Тривалий час в історичній літературі існувало твердження, що агресія середньовічної Польщі на сході була викликана потребою самозахисту і "оборони західної цивілізації". Так, західнонімецький історик Готтольд Роде визнавав, що південно-польські магнати в своєму прагненні захопити Галицько-Волинську державу керувались власними матеріальними інтересами. Однак головне місце в східній політиці Казимира III він відводив ідеологічним мотивам, прагненню стати "захисником західнохристиянського світу". Єдиними справжніми, хоч і неусвідомленими його союзниками у цьому, за словами Г. Роде, були німецькі хрестоносці з Тевтонського ордену. Справді, пишномовні слова про "захист християнства" зустрічаються у заявах і листах як Казимира, так і тевтонських рицарів. Однак в той час Русь не лише не становила загрози для Польщі і країн Західної Європи, але й відігравала важливу роль у захисті їх від татаро-монгольських завойовників. Тому твердження про "небезпеку з боку схизматиків" були декларацією, що прикривала справжні агресивні плани східної політики польських магнатів і Тевтонського ордену.

Польський король Казимир III після подій 1340 р. не відмовлявся від намірів загарбати Галичину і для цього створював сприятливі умови. Так, у 1343 р. він добивається від папи римського Климента VI матеріальну допомогу для боротьби з "русинами", а протягом 1344–1345 рр. насильно приєднує до Галичини Сянокську землю, уклавши перед тим з Любартом угоду про ненапад.

Восени 1349 р., заручившись нейтралітетом татар, польська шляхта здійснила новий похід у Галичину й Волинь. Подолавши опір залог пограничних оборонних замків, польське військо оволоділо українськими містами Львовом, Белзом, Берестям, Володимиром. Захоплений зненацька, Любарт потрапив у облогу в Луцьку, але втримав місто. Наступного року волинське військо з допомогою Литви повернуло більшу частину Волині, Галичина ж залишалася під владою Польщі.

Однак хитке становище польської шляхти у Галичині й ворожі відносини з Литвою змусили їх шукати підтримки в Угорщині. 1350 р. Казимир III підписав союзну угоду з угорським королем Людовіком. Останній і його брат Стефан поступилися на користь Казимира III "дідичими правами" на "Руське королівство" з тим, що коли у польського короля не буде сина, то разом з Польщею Галичина перейде до Людовіка, а якщо Казимир III матиме спадкоємця, то угорський король і його наступники зможуть викупити у нього Галицьку землю за сто тисяч флоринів.

Наслідком цієї угоди була допомога Людовіка Польщі у війні проти Литви в 1351-1352 рр. Війна закінчилася перемир'ям, укладеним восени 1352 р. Галичина залишилася за Казимиром III, а литовські князі закріпили за собою Волинь і Берестейську землю. Кременецька волость вважалася нейтральною.

Наступні роки боротьба між Казимиром, який захопив Галичину, і литовськими князями, що укріпилися на Волині, велась із змінним успіхом. На ведення війни проти "руських і литовських робеліянтів" Казимирові доводилось позичати гроші від вищого католицького духовенства. Одночасно, щоб зламати опір місцевого населення, конфіскувались землі тих феодалів, які не хотіли миритись з втратою незалежності. З давніми традиціями самостійного існування Галицько-Волинської держави мусив рахуватися і сам Казимир. В 1350–1358 рр. в деяких документах він згадує "королівство Русь" (regnum Russiae), титулуючи себе не лише королем Польщі, але й королем Русі. Крім того, він карбував окрему монету для Руського королівства. Все це свідчить, що питання про державно-правову форму експансії Галицько-Волинського князівства, яке в Західній Європі прирівнювали до королівства, ще не було вирішеним. Як відзначив польський історик Ю.Сорадзький, сам Казимир вважав більш доцільною унію двох рівноправних королівств (Польщі і Галицько-Волинської держави), об'єднаних особою одного монарха, однак пізніше перемогла тенденція до інкорпорації, беззастережного включення "Руської землі" (terra Russiac) до Польського королівства як його складової частини. В усякому разі, вживаний не лише в угорських, але й в польських актах і хроніках термін "Руське королівство" свідчить, що в той час добре усвідомлювали, що повільно і нелегко завойовані Польщею галицькі волості – не частина Польського королівства, а цілком відмінні від нього в етнічному і культурному відношенні. В польській хроніці Янка з Чарикова читаємо, що після нападу на "Руське королівство" Казимир "повернувся до себе" (ad propria), до Польського королівства. В другій половині XV ст. український вчений Юрій з Дрогобича вважав Русь (тобто Галичину) не частиною Польщі, а рівноправним з нею краєм.

Після смерті Казимира (1370) Галичина, згідно з угодою 1350 року, перейшла під владу угорського короля Людовика Анжуйського. Правда, Людовик одночасно став королем Польщі, проте "Руське королівство" він вважав окремим державним утворенням, сполученим персональною унією з

іншими володіннями угорської династії. В 1372 р. Людовик передав Галичину своєму родичеві Володиславові, онімеченому князеві Опольського князівства в Сілезії, який раніше був на службі в імператора Карла IV. Володислав Опольський вважався васалом угорського короля, проте титулував себе "господарем Руської землі, вічним дідичем і самодержцем", карбував власну монету. В 1377 р. в результаті походу Людовика на холмсько-белзького князя Юрія Наримунтовича влада Володислава поширилась також на територію Холмщини. Однак незабаром, призначивши Володислава Опольського своїм намісником в Польщі, Людовик був змушений замінити йому Галичину на Добржинську землю в Польщі, щоб уникнути об'єднання в одних руках правління Польщею і Галичиною. Тому з 1379 до 1385 р. Галицька земля і Холмщина управлялися безпосередньо угорськими урядовцями. Лише в 1385 р., вже після смерті Людовика, ці землі знову перейшли в "довічне володіння" Володислава Опольського.

Одруження в 1385 р. нової польської королеви Ядвіги з литовським князем Йогайлою (Ягайлом) привело до династичної унії Польщі з Литвою. Це, як і загострення боротьби між прихильниками різних династій в Угорщині, створило сприятливі умови для відновлення експансії польських феодалів на схід. Володислав Опольський звернувся до місцевого населення з закликом чинити опір Ядвізі і зобов'язався, що не призначатиме угорських урядовців для управління на Русі. Але, не отримавши допомоги в Угорщини, він передав Галичину чеському королю Вацлавові IV. Останній, однак, не мав змоги протидіяти окупації Галичини Польщею. В лютому 1387 р. польські війська рушили на Галицьку землю. В Перемишлі та Галичі на бік загарбників перейшли багаті німецькі купці. Правда, польському війську, незважаючи па допомогу литовських загонів, не вдалось здобути штурмом старовинної столиці краю – Галича. Проте в ході переговорів воєвода Бенедикт віддав місто полякам, отримавши за це підтвердження своїх прав на земельні маєтки в Галичині. Місцеве населення не було організоване, не мало власного політичного керівництва, тому його опір загарбникам не міг підвернути окупації краю. Таким чином, восени 1387 р. Галичина, а також західна частина колишнього Володимирського князівства (Холмщина) знову були загарбані Польщею. Під владою Польщі Галичина перебувала до 1772 р.

Ослаблена Угорщина обмежилась лише дипломатичними протестами. За польсько-угорськими угодами 1412, 1415 і 1423 рр. остаточне вирішення питання про Галичину відкладалось на майбутнє. В одному з листів Ягайло заявляв, що вважає обов'язком повернути спірні землі Угорщині у встановлений угодами термін, однак згодом ці обіцянки були забуті. Галицька земля залишилась під польською окупацією, хоч угорські королі продовжували титулувати себе "королями Галичини і Володимирі".

В перші роки після загарбання Галичини польська шляхта зберігала ті державні органи влади і управління, які були створені і діяли Галицько-Волинській державі. З 1387 до 1430 рр. окремими округами Галичини керували королівські намісники – старости, які підпорядковувалися генеральному старості. Старости мали адміністративну, судову і військову владу.

Крім старост, які здійснювали керівництво в Галичині, старости були призначені в містах Перемишлі і Сянок. В інших українських містах – Белзі, Ярославі, Галичі, Любачеві і Львові замість воєвод було введено посаду каштеляна.

Привілеями польського короля 1425, 1430, 1433 рр. на шляхту Галичини було поширено чинність польського права. Остаточно галицька шляхта була зрівняна з польською привілеєм польського короля Владислава II у 1434 р., який ввів у Галичині польське право і звільнив галицьку шляхту від всіх повинностей.

Одночасно з введенням польського права у Галичині змінюється і система управління. В адміністративному відношенні Галичина була поділена на 4 області-землі: Львівську, Галицьку, Перемишльську і Сянокську, які входили в одне Руське воєводство. Воєводства і староства поділялися на повіти. З окремим статусом існувала Холмська земля, яка тільки у XVI ст. була приєднана до складу Руського воєводства.

Таким чином, споконвічна українська Галичина з 1349 по 1772 рр. була захоплена і повністю інкорпорована до складу Польщі, яка проводила на цих землях відкриту колонізаційну політику. Українське населення зазнавало порушення соціально-економічних, політичних, культурних прав, змушено було застосовувати чуже польське право, використовувати чужу польську мову.

РОЗВИТОК КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ДУМКИ В УКРАЇНІ НА ПРИКЛАДІ „НАЧЕРКА ПРОЕКТУ ДЕРЖАВНОГО ЗАКОНОЛАДУ ДЛЯ УКРАЇНСЬКОЇ ТРУДОВОЇ РЕСПУБЛІКИ" КОПЦЮХА О.

Єфремова Н.

Одеська національна юридична академія

1. На сучасному етапі розвитку української державності важливого значення набуває аналіз сутності та змісту українського конституціоналізму, особливостей процесу його формування та перспектив подальшого розвитку. Як відоме, конституціоналізм як політико-правова категорія та доктринальне вчення появляється після виникнення політико-правових ідей конституційного характеру, перших конституцій та утвердження конституційної держави. Він є нерозривним і прямо похідним від конституції держави та пануючих у ній конституційних ідей. Сьогодні він обіймає теорію конституції взагалі, історію і практику конституційного розвитку тієї або іншої країни, групи країн.

З відновленням у 1991 р. державної незалежності України, дослідження українського конституціоналізму непросто пожвавились, а перейшли на якісно новий рівень. Особливо це відчувається у дослідженнях історико-правового спадку залишеного нам з часів національно-визвольних змагань в Україні у 1917-1922 рр. Нагадаємо, що з 90-х років XX ст. українські науковці лише почали активно досліджувати документальні масиви з історії вітчизняної конституції та конституційно-правової думки.

Слід також відзначити, що з позицій загальної теорії конституційного права, розвиток конституційно-правової думки взагалі, в тому числі і європейської, розглядається останнім часом вченими-конституціоналістами крізь призму еволюції змісту самої конституції як такої. У спеціальній літературі є різні підходи щодо періодизації еволюції змісту конституцій, але при цьому, логічним і найбільш аргументованим, на думку професора П.Б. Стецюка, є підхід, за яким в історії конституціоналізму виділяють три періоди еволюції змісту конституцій, змісту конституційно-правових доктрин взагалі, а саме: перший період – кінець XVIII – початок XX ст.; другий період – 1918-1939 рр.; третій період – від 1945 року (так звані періоди – "старих", "нових" і "новітніх" конституцій. Для кожної із цих трьох груп конституцій, а відповідно, і конституційно-правових доктрин, характерними є свої особливості у змісті та структурі текстів конституцій, сутності їхніх положень, методів викладення і т. д.

2. Щодо аналізу української конституційно-правової думки, слід відзначити, що як невід'ємна складова частина європейської правової та політичної культури, у своєму розвитку вона знає всі три етапи еволюції змісту конституцій. Але такий висновок був обґрунтований лише з кінця 90-х років XX ст., і досить велика заслуга у цьому належить вітчизняним історикам права. Саме завдяки їхній роботі з'явилися наукові розвідки з історії української конституції часів революційної боротьби за відродження української державності в 1917-1922 рр.

Дослідження тривають і сьогодні, завдяки чому поступово заповнюється штучно створений радянською владою вакуум навколо становлення и розвитку конституційного права України першої чверті XX ст.

Історіографія даного питання показує, що на відміну від офіційних проектів конституцій УНР, Української Держави, ЗУНР та УНР доби Директорії, ще і сьогодні лишаються маловідомими так звані „приватні" або неурядові розробки. І серед них одним з найменш відомих є „Начерк проекту державного законладу для Української Трудової Республіки", підготовлений у червні 1919 р. доктором права Остапом Копцюхом.

3. Друкована чернетка документу зберігається у Державному архіві вищих органів влади і управління в Україні, у м. Києві, фонд 1092, опис 2, справа 101 і має інформацію щодо авторства, місця та дати появи документа. Отже виходячи із зазначених у документі даних, він з'явився у Холодному Яру на Чигиринщині, в червні 1919 р., а його автором був полковий командир і організатор партизанських загонів на Чигиринщині, доктор права – Остап Копцюх. На жаль особистого підпису автора чернетка не містить.

© Єфремова Н., 2006

4. Щодо оцінки історичних умов написання даного проекту, то тут слід нагадати, що з 2 червня 1919 р. польські війська захопили м. Тернопіль і успішно просувалися далі. Отже уряд УНР терміново перебрався на ст. Богданівну, де фактично опинився між поляками та більшовиками, які контролювали Волочиськ. Передові загони цих таборів розділяла смуга завширшки 10-20 км., де і знайшли порятунок уряд і армія УНР. 9 червня 1919 р. у Проскурові отаман Болбочан спробував оволодіти Запорозьким корпусом і з його допомогою вчинити заколот проти Петлюри, але наступного дня його заарештували, а 28 червня розстріляли.

Разом з тим, у червні 1919 р. уряд УНР досягнув помітного успіху, так відпадала необхідність боротися на два фронти і створювалася можливість зосередити всі збройні сили на більшовицькому фронті, де на початку червня розпочався успішний наступ. В цей же час свого вирішення чекала ціла низка важливих проблем. Урядові Б. Мартоса так і не вдалося подолати бар'єр, що роз'єднував демократичні й ліберальні українські політичні кола. 29 червня 20 українських політиків, в основному представники партії соціалістів-федералістів, опублікували в пресі „Меморандум громадських діячів Поділля до Директорії УНР", в якому викривали помилки державної влади, вимагали реформувати Директорію, в „тимчасове одноособове президентство з певною тимчасовою конституцією", сформувати кабінет міністрів за професійною, а не партійною ознакою, скасувати постанову про трудові ради й вирішити земельне питання шляхом викупу землі селянами. Однак вони заявили, що не вестимуть політичної боротьби проти уряду.

Напруженими залишалися стосунки з галицьким урядом. 9 червня Виділ Української національної ради проголосив Є. Петрушевича диктатором, що не могло не викликати негативної реакції з боку демократично зорієнтованої Директорії. У названому документі Директорія і уряд побачили проголошення диктатури і державний переворот. Отже поява чернетки проекту припадає на надзвичайно важкий час політичної та військової боротьби в історії „другої" УНР.

Щодо аналізу проекту конституції для Української Трудової Республіки, перше що вражає у документі, це його обсяг – 24 аркуша, але разом з тим, проект не має чіткого розподілу на розділи, підрозділи та статті, що вірогідно свідчить про незавершеність роботи автора. Порядок викладення матеріалів є нетиповим для німецької, австрійської чи української моделей конституції, що вірогідно свідчить про брак досвіду автора відносно знань традицій в галузі конструювання конституції. Стосовно ж оцінки термінології якою користувався автор, вона явно свідчить про Наддніпрянські юридичну освіту автора. Між іншим, цей висновок також пов'язаний із великою кількістю русизмів у тексті.

Одним з основних принципів, використаних у проектів без усяких сумнівів є „трудовий" принцип, що виходить з самої назви держави „Українська Трудова Республіка", де згідно розділу „А. – Державний лад", підрозділ 4, „Українське трудове суспільство розпадається на три верстви: хліборобсько-творчу, промислово-творчу і державну службову". І хоча де-юре встановлювалась рівність всіх громадян держави перед законом, де-факто, права окремих приватних осіб подекуди грубо порушувались на користь „трудової громади". Наприклад, впроваджуючи більшовицькі гасла, автор встановлював, що: „Всі приватні крамниці, склади і магазини закриваються без відшкодування для їх власників".

О. Копцюх відстоював ідею розподілу влади в державі та встановлення республіканської форми правління, де вся влада походила лише від народу незалежно від його національності, походження чи заможності. Розподіл влади передбачався автором на репрезентаційну, законодавчу, виконуючу і судову. тобто не на класичні три, а на чотири гілки. Тут слід нагадати, що схожий розподіл пропонував у своїх роботах декан юридичного факультету Київського університету О. Ейхельман, де між іншим він відстоював три принципових положення майбутньої Конституції України – суверенітет народу, федеративно-державний устрій України та обмеження влади голови держави. Всі три названі принципи ми можемо зустріти і в проекті О. Копцюха, що підштовхує до висновку стосовно місця навчання автора – Київський університет.

6. Але на відміну від О. Ейхельмана, Копцюх більш активно використовував в своєму проекті більшовицькі гасла. Це особливо яскраво помітно у розділі „Б. – Суспільний лад" „Дотеперішній капіталістичний лад, опертий на визискові трудящихся мас через це, що капіталісти власники захопили на власність землю, фабрики і мешкальні дома, а капіталісти спекулянти забрали в свої руки торгівлю продуктами і оборот грішмами касується і наступає: а) регуляція земельної власності; б) соціалізація фабрик; в) оппідація мешкальних домів; г) кооперація торгівлі; є) новоорганізація продукції, фінансів, ощадності, податків і закордонної торгівлі."

7. Питання щодо прав та обов'язків громадян автором встановлюється у розділі „В. – Політичний лад.", який має 15 артикулів. Багато у чому зміст цього розділу перегукується з Конституцією УНР 1918 р., не припускаючи тут обмеження прав громадян згідно „трудового принципу". Однакові права гарантуються всім громадянам Української Трудової Республіки, яким виповнилося 20 років. Власне авторським здобутком, на наш погляд, стало закріплення обов'язкової безкоштовної освіти в державі та гарантії соціального забезпечення у вигляді сплати пенсій та грошової виплати на випадок хвороби, каліцтва або безробіття, а також - гарантії безкоштовної медичної допомоги.

8. Вірогідно орієнтуючись на російсько-більшовицький експеримент, автор частково намагається відобразити у проекті ставлення до інституту „Церкви" (с.19). Але враховуючи соціальне значення цього питання в Україні О. Копцюх хоч і відокремлює церкву від держави, але не позбавляє її повністю права на існування (с. 19-20, § 8 – 11).

9. Отже наведені матеріали дозволяють прийти до висновків, що проект конституції Української Трудової Республіки з'явився підчас гострих політичних змагань в УНР у 1919 р., коли уряд намагався розв'язати внутрішні суперечки між ліберально-демократичними та соціалістичними колами країни за умов ведення запеклих боїв з зовнішніми загарбниками.

Проект, виходячи з аналізу термінології та концептуальних позицій автора, розроблений під впливом Київської школи права, але має досить вагоме „соціалістичне забарвлення". Домінуючою ідеєю проекту стала ідея суверенітету народу та соціальної справедливості. Також досить очевидним вимальовується намагання автора обмежити владу голови держави та протистояти створенню режиму диктатури, на чому наполягали певні політичні кола в Україні.

„Трудовий принцип" в проекті автор використовує трохи в іншому варіанті ніж В. Винниченко, і хоча розподіл суспільства теж передбачався на окремі працюючи групи, інша – непрацююча категорія громадян "колишні" не вважалась напівправоздатною. Отже російський варіант з закріпленням диктатури працюючих мас тут реалізується лише частково.

Втілюючи ідею самостійності і соборності України, автор, між іншим, дотримується концепції розбудови багатонаціональної, соціальної та правової держави, де влада зобов'язана опікуватися своїми громадянами з дня їхнього народження до смерті. Щодо ідеї правової держави, то у даному проекті вона втілюється у розумінні зверхності народного закону, а не права.

Досить нетиповим для конституційної практики України тих часів є відсутність розділу про „перехідні положення" на випадок військового або іншого надзвичайного часу. В цілому ж чернетка проекту „Державного законоладу для Української Трудової Республіки" є цікавою пам'яткою в історії вітчизняної конституції та конституційно-правової думки.

ПРО СПІЛЬНУ КОМПЕТЕНЦІЮ АВСТРО-УГОРСЬКОЇ МОНАРХІЇ

Качур В.

Національний аграрний університет

Після утворення дуалістичної Австро-Угорської держави у суспільстві ще тривалий час її називали "Австрією", а Угорщину розглядали лише як придаток до неї, що користувався деякими привілеями. Таке уявлення було далеким від істини і сильно суперечило їй. Угорщина в 1867 р. була абсолютно самостійною державою, яка не допускала і тіні втручання Австрії у свою внутрішню політику. Лише у сфері спільних питань, визначених "Прагматичною санкцією" і умовами дуалістичного договору 1867 р., Австрія та Угорщина повинні були координувати своє законодавство і дії.

Вирішення спільних справ Австрії та Угорщини на підставі ст. XII угорських законів від 1865-1867 рр. "Про спільні справи країв угорської корони та інших країв, що залишаються під управлінням Вельмишановного Пана і про способи їх трактування", а також австрійського закону від 21 грудня 1867 р. № 146 "Про спільні справи усіх країв австрійської монархії і про способи їхнього тлумачення". Ці два закони були повністю узгоджені між собою і визначали устрій та функції спільного уряду. Водночас вони не були конституційними законами, оскільки, незважаючи на подібність положень, вони різнилися за формою. Розкриваючи це питання, ми будемо посилатися лише на австрійське законодавство.

Згідно § 15 вказаного закону від 21 грудня 1867 р. управління спільними справами виконувало спільне відповідальне міністерство за допомогою делегацій. Кожна делегація, як австрійська, так і угорська, складалися з 60 членів. З них: 20 припадало на палату панів, 40 – на палату депутатів. З 20 членів, яких обирала угорська палата магнатів, одна особа припадала на Хорватію, так само з 40 депутатів – 4 обиралися хорватськими депутатами, а інших вибирала решта членів сейму з-поміж себе (§ 7).

Суть законотворчої роботи делегацій зводилася до того, що вони лише схвалювали бюджет видатків на спільні справи, визначали спосіб їх використання і виплати загальних позик, а також здійснювали парламентський контроль над спільними міністерствами. Постанови делегацій з питань бюджету чи позик підписувалися цісарем.

До спільної компетенції Австро-Угорської монархії належали такі питання: 1) закордонні відносини; 2) військовий флот; 3) фінансові питання. Відтак було запроваджено три посади спільних міністрів: міністр закордонних справ (п. А) § 1), міністр військових справ (п. Б) § 1), міністр спільних фінансів (п. С) § 1).

Закон від 1867 р. визначив категорії спільних справ, які вирішувалися окремо Радою Міністрів Австрії і окремо кожним із парламентів. Однак ці справи повинні були мати одинакові механізми їх вирішення в обох частинах монархії. Закон у § 2 нараховує п'ять питань, які вимагали злагоджених дій: 1) встановлення системи збройних сил; 2) торговельні справи (митне законодавство); 3) законодавство щодо податків посередників, що мали тісний зв'язок з промисловістю (наприклад, податок від горілки, пива, цукру, нафти, тютюну, солі); 4) встановлення спільної монети; 5) розпорядження щодо залізниць, які сполучали між собою обидві частини монархії, тобто проходили через обидві території.

Встановлення системи збройних сил, на перший погляд, мало би належати до компетенції спільного міністра. Однак спільний міністр відав лише військовим флотом, а все інше військове законодавство належало до безпосереднього відання Австрії чи Угорщини.

Оскільки Австрія та Угорщина утворювали єдину дуалістичну монархію, тому їх торговельні зв'язки були дуже тісними. Усі питання, що стосувалися податків, монетної політики, транспортних сполучень, управління морськими портами, спільного прапора для торговельних кораблів, морського і річкового судноплавства, системи мір і ваг, вільного пересування підданих однієї держави на території іншої, охорони винаходів та авторських прав, пошти, телеграфу тощо, впорядковувалися за допомогою так званого митно-торговельного союзу між Австрією та Угорщиною Такий митно-

© Качур В., 2006

торговельний союз вимагав схвалення австрійського Рейхсрату і угорського Сейму, підписувався цісарем і публікувався в зводі законів держави кожні 10 років.

Перший такий союз був укладений у 1863 р., наступні – в 1878 р., 1887 р. У 1897 р. через суперечливі погляди наступний митно-торговельний союз не був схвалений. Це змусило імператора ввести тимчасове розпорядження від 30 грудня 1897 р. № 309 зводу державних законів для ефективного врегулювання торговельних зв'язків. Відтоді такі союзи більше не укладалися. Навчена гірким досвідом, Угорщина розуміла, що відновлення абсолютизму в Австрії буде шкідливим для неї, оскільки призведе до ліквідації її як окремої держави. Саме тому угорська сторона зберегла чинність § 25 угорського закону про спільні справи (ст.XII угорських законів від 1867 р.), згідно якого у випадку відновлення в Австрії абсолютизму, угорці мали право ухилитися від подальшого спільного ведення справ монархії, від обрання своїх делегацій і від поновлення митно-торговельного союзу. Однак, наприкінці XIX – на початку XX ст. видавалося неправдоподібним, що Угорщина коли-небудь зможе розірвати митний союз з Австрією, адже цей союз був вигідним для неї, а особливо для угорського сільського господарства. Вирішення проблеми прийшло зовсім з іншого боку – з початком І світової війни.

ПОШИРЕННЯ МАГДЕБУРЗЬКОГО ПРАВА В УКРАЇНІ У XIV СТ.

Кобилецький М.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Німецьке право почало поширюватись на українських землях разом з німецькими колоністами. Перші німецькі колоністи з'явились на території України ще у XII ст. У 1234-1244 рр. німецькі сільські колонії були засновані за Дунайцем та Попрадом на Лемківщині. Значно зросла кількість німецьких переселенців на території Галицько-Волинської держави, коли король Данило Галицький після навали кілька сот тисячної кінноти хана Батия, у боротьбі з монголо-татарами, поляками, литовцями і угорцями робить ставку на будівництво добре укріплених міст. Король Данило Галицький заохочував переселення німецьких колоністів різними привілеями, бажаючи також підвищити торгівлю та економічне питання держави. Тогочасний літописець писав: "Німці з Сілезії, Саксонії та Рейну були основними переселенцями до руських міст, які відбудовувались або будувались заново. Німці йшли вдень і вночі, купці і ремісники, бо власне їх найбільше бракувало". У 1287 р. Мстислав Данилович, отримавши Волинське князівство, наказав зачитати грамоту Володимира Васильковича про відмову від князювання. При цьому були присутні русини (українці) та німці . Слід зауважити, що у літописі під назвою "міщани" вживається слово "містичі", а не "гражани". Літописець термін "містичі" використовував при позначенні мешканців міста Кракова. Це дає підставу стверджувати, що у Володимирі-Волинському у кінці XIII ст. Існувало міське самоврядування на основі німецького права. У 1320 р. волинський князь надав грамоту німецьким купцям з Торуня на право вільної торгівлі на своїй території. Дорошенко стверджував, що у 1324 р. Володимир - Волинський володів магдебурзьким правом. Даний висновок історик зробив на основі листа до громади міста Стрельзунда, написаного на латинській мові, де є згадка про радників "Consules ac universitas civitalis Ladimiriensis...consulibus ac universitati in Stralsundis…eines Bertramus Ruthenus et Nikolaus".

Перше українське місто, яке отримало магдебурзьке право на основі існуючого привілею, стало місто Новий Санч на Лемківщині. У 1339 р. останній галицько-волинський князь Болеслав Юрій II Гройденович надає магдебурзьке право місту Сяноку. Даний привілей вперше опублікував професор Бреславського університету Р. Роепель. У привілеї князь Юрій II Тройденович надав місту магдебурзьке право та дозволив провести локацію міста війту Бартку. Привілей написаний латинською мовою і за змістом та структурою відповідає документам, що видавались керівникам інших європейських держав при наданні магдебурзького права. Це також свідчить про відповідну правову освіту писаря галицько-волинської держави. Серед міщан згадувались українці, угорці, поляки і німці. Наступним документальним підтвердженням існування магдебурзького права в період галицько-волинської держави став привілей Казимира III Великого 1352 р. про надання онукам колишнього львівського війта Бергольда млина у селі Винники. Посада війта була надана Бергольду "великим володарем блаженної пам'яті Львом, князем Русі, за його вірну службу". Війтом був і син Бергольда Маркер. Серед науковців триває дискусія про якого князя Лева йде мова, Лева Даниловича чи Лева Юрійовича. Р. Роепель стверджував, що йдеться про Лева Даниловича, оскільки Лев Юрійович княжив разом із своїм братом Андрієм. Вчений наводить приклад: у листі до великого гофмейстера тевтонського ордену вони підписувались спільно. Польський дослідник А.Фенчак дотримується точки зору, що мова йшла про Лева Юрійовича і магдебурзьке право місто Львів могло отримати у 20 роках XIV ст. Можливість надання місту Львову магдебурзького права саме у цей період підтверджують більшість українських дослідників. Такої ж точки зору дотримувався і Р.Роепель, вказуючи про наявність у місті не лише війта, але й радників Генріха Планера, Йогана фон Метеля, Куно фон Степанау, до повноважень яких входили й функції бургомістра. Серед інших аргументів, на які посилався Р.Роепель, це те що не могло магдебурзьке право бути надане невеликому місту Сяноку, а столиці держави – ні. На підтвердження цих фактів свідчить і те, що при повторному наданні місту Сяноку магдебурзького права у 1366 р. не згадувався привілей 1339 р. Можна навести ще один аргумент. Більшість населення тогочасного Львова складали німці, які були зацікавлені у самоврядуванні міста за німецьким зразком. На думку польського дослідника Янечека вони становили понад 70 відсотків за даними міських книг. Німецькі дослідники оцінювали кількість німецького населення у Львові та Перемишлі у 80 відсотків від загальної кількості міщан до середини XV ст.

© Кобилецький М., 2006

Протягом XIV ст. у більшості нормативно-правових актах вживається німецька назва міста Львова – Лемберг (Lemberg).

Усе це дає підстави стверджувати, що у Львові в останні роки діяльності Галицько-Волинської держави існувало самоврядування на основі магдебурзького права з війтом і радниками, яке, можливо, поширювало свою юрисдикцію на всіх мешканців міста. М.Грушевський писав, що у першій половині XIV ст. німецьке право було загальновідомим на території Галицької України.

Після смерті останнього галицько-волинського князя Болеслава-Юрія II Тройденовича Галичину захопив польський король Казимир III Великий. Остаточно Галичина була завойована Польщею у 1349 р. Волинь відійшла до Великого князівства Литовського.

У 1356 р. король Казимир III Великий надає місту Львову привілей про надання місту Львову магдебурзького права. За цим привілеєм місто виводилось з-під влади каштелянів, воєвод, суддів, підсудків та інших службовців. Мешканці були відповідальні лише перед своїм війтом. Війт у свою чергу відповідав перед королем або старостою, якого призначав король. Магдебурзьке право поширювалось на усіх міщан, включаючи "вірмен, русинів, євреїв, татар та сарацинів". Для покращення матеріального стану міста йому передавалось 70 фраконських ланів у лісах, виноградниках, ланах та пасовиськах. Українські дослідники Т.Гошко, М.Капраль та ін. вважають привілей 1356 р. повторним релокаційним документом.

Наступним привілеєм Казимира Великого територія міста була розширена до 100 ланів. Львову було надано магдебурзько-бреславське право 1261 і 1295 рр., що включало магдебурзьке міське право і магдебурзько-бреславське систематизоване лавниче право. Ряд важливих привілеїв у 1372, 1373 та 1378 рр. надав місту опольський князь Владислав Опольчик, який діяв від імені угорського короля Людовика, вони стосувались права торгівлі та вибору війта. Угорський король Людовик у 1379 р. надав Львову "право складу" щодо товарів, які перевозились на схід відомим торгівельним шляхом, що йшов з Німеччини через Краків, Львів та до італійських (генуезьких) колоній у Криму. Після Львова король Казимир III Великий надає магдебурзьке право ще цілому ряду міст і сіл Галичини у новоутворених Руському та Белзькому воєводствах Польського королівства. Окрім того, сюди можна віднести й українські міста, особливо села Лемківщини, Холмщини та інших українських етнчних територій, що знаходились за межами інших польських воєводств.

У 1348 р. Казимир III Великий надає магдебурзьке право місту Кросно (територія Республіки Польща), а у 1420 р. новий привілей Владислава Ягайла повторно надає місту магдебурзьке право не узгоджуючи його з попереднім привілеєм. Наступним став привілей, за яким відбулась локація міста Ряшева (тепер Жешув, Республіка Польща) у 1354 р. "locatios et locandis inre Theutonico, quod Magdeburgense dicitur". У 1366 р. Казимир III Великий надає вищезгаданому місту Ся ноку магдебурзьке право, у якому не міститься жодних згадок про привілей Юрія II Тройденовича 1339 р. У 1468 р. магдебурзьке право отримує містечко Тучин біля Ряшева та місто Судова Вишня "Konig Kazimirz verleiht dem Jakann von Debica advocacium nostram in Visnya… in intermedium Premisl et Lemburgem tumbare consueverunt. Привілей Судової Вишні був підтверджений королем Казимиром Ягелончиком у 1484 р. Перед 1370 р. Казимир III Великий надає магдебурзьке право місту Коломия та селу Виннички. У 1424 р. король Владислав Ягайло своїм привілеєм підтверджує магдебурзьке право місту "міщанам Коломиї їхнє тевтонське магдебурзьке право". Аналогічний випадок мав місце у Винниках або Малих Винниках, що належали місту Львову. У 1378 р. було підтверджено привілей Казимира III Великого про надання селу магдебурзького права та передачу його у власність львівському міщанину Георгу Штекеру.

Із смертю Казимира III Великого завершився своєрідний перший етап локації українських міст і сіл за магдебурзьким правом у складі Польщі. Польські дослідники зображають Казимира III як особу, що принесла для українських міст культуру та європейське міське самоврядування, з чим можна радикально не погодитись. Розвиток міського права та його поширення на українських землях був об'єктивним процесом, а Казимир III Великий лише надав йому певної спрямованості. Це явище було тісно пов'язане з німецькими колоністами, а вони з'явились на території Галицько-Волинської держави значно раніше від Казимира III Великого. Навпаки, його дії були спрямовані на обмеження права українського населення у галузі місцевого самоврядування. Така політика продовжувалась також його наступниками і спричинила багатовікову боротьбу українських міщан за свої національні, політичні, релігійні та соціальні права.

СУЧАСНІ МЕТОДИ ТА ПІДХОДИ В ДОСЛІДЖЕННІ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Кольбенко А.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Жодна сучасна наука не може існувати та розвиватися без належно підібраних засобів (у широкому розумінні) для вирішення різноманітних наукових завдань. Не може без цього обійтися і наука історія держави і права. Такими засобами є, насамперед, наукові методи та підходи.

Під науковим методом найчастіше розуміють сукупність шляхів і принципів, вимог і норм, правил і процедур, знарядь та інструментів, які забезпечують взаємодію суб'єкта з об'єктом пізнання для вирішення дослідницького завдання.

Будь-який метод має складну структуру, він застосовується в сукупності з іншими методами і може відігравати різну роль на різних стадіях дослідження. Щоб з'ясувати питання місця методу в системі пізнавальної діяльності, слід насамперед, розглянути його у співвідношенні з іншими елементами цієї діяльності. До них зокрема, можна віднести знаряддя та інструменти пізнання, різні знакові системи, логічні операції, процедури та ін.

В історико-правових дослідженнях важливу роль займають емпіричний та теоретичний рівні наукового пізнання, які знаходяться у нерозривному зв'язку. Емпіричний рівень пов'язаний з накопиченням фактичного матеріалу, який відноситься до досліджуваної теми, а також з їх описом. Збір і вивчення фактів є першим і необхідним етапом в розвитку історико-правової науки, який готує можливість переходу до теоретичного осмислення та узагальнення.

Обов'язковою умовою переходу до наступного етапу є систематизація емпіричних знань, які виражаються в історичних фактах. За допомогою цієї процедури впорядковуються суттєві і несуттєві ознаки, які найбільш повно і точно розкривають явище, котре досліджується. Тільки після, як правило, декількох групувань можна виділити систему суттєвих факторів, які найбільш повно здійснюють цілісний опис досліджуваної події.

На теоретичному рівні дослідження відбувається оцінка, осмислення, пояснення історичних факторів, розкривається сутність досліджуваної події, а також закономірності і тенденції її розвитку. Саме на цьому рівні і проявляється фаховість історика держави і права. Збираючи необхідний емпіричний матеріал, науковець ніби готує формалізовану оболонку своїх наукових результатів (висновків) і тільки на теоретичному рівні він намагається осягнути причинно-наслідкові зв'язки, які є змістовним наповненням його наукового результату і дають ключ до відкриття наукових закономірностей та особливостей.

Тому, надзвичайно необхідним і актуальним є вміння науковця використовувати саме такі методи, які будуть найбільш повно і точно розривати таємниці державно-правових процесів як на емпіричному рівні дослідження, так і на теоретичному.

Серед багатьох сучасних класифікацій наукових методів, яких притримуються фахівці з історії держави і права, найчастіше застосовується поділ на загальні, особливі і спеціальні методи. Поряд з цією класифікацією варто було б провести також умовний поділ методів на ті, які найчастіше використовуються на емпіричному рівні, і на ті, які у переважній більшості використовуються на теоретичному рівні. Абсолютної чіткості в такому поділі досягти досить важко, тому що методи, як правило, використовуються у нерозривній взаємодії та поєднанні. Але він би міг краще впорядкувати процедурність проведення саме історично-правового дослідження. Оскільки досить складно навести повний список існуючих методів дослідження державно-правових явищ, то, як правило, можна навести, деякі з них у запропоновану класифікацію.

До методів, котрі найчастіше застосовуються на емпіричному рівні можна віднести наступні: системний, історичний, статистичний, порівняльно-правовий, порівняльно-історичний, метод аналізу джерел, біографічний, хронологічний та інші. А на теоретичному рівні – логічний, метод гіпотез, аналізу і синтезу, метод абстрагування та ін.

© Кольбенко А., 2006

Щоб бути правильними та ефективними, методи повинні опиратися не тільки на істинне знання про об'єкт пізнання, але і на знання про риси , закономірності і сутність науково-пізнавального процесу.

Будь-який метод складається з системи різних компонентів і має свою структуру. Одним із головних елементів, які утворюють його основу є підхід, котрий визначає основний шлях вирішення поставленого дослідницького завдання. Він розкриває загальну стратегію (платформу) цього вирішення.

В сучасній історико-правовій науці найчастіше застосовуються такі наукові підходи як системний, структурний, функціональний, а також звичайно хронологічний, предметний та інші. Кожен вказаний підхід характеризується одним із можливих шляхів проведення дослідження. Підхід, визначаючи основний ракурс дослідження об'єкту та предмету, вказує лише на найзагальнішу особливість кожного методу.

Досить часто, поряд з підходами, велике значення мають такі структурні елементи методу як принципи. Принципи становлять важливе начало у вигляді ідей для вирішення тієї чи іншої проблеми. За своїм місцем в методі принцип є гносеологічно-методологічним засобом реалізації відповідного підходу. Підхід і принципи в конкретному науковому дослідженні тісно переплетені і можуть мінятися місцями.

Важлива особливість сучасної історико-правової науки полягає в тому, що до неї все частіше застосовуються нові підходи щодо періодизації державно-правового розвитку окремих країн, застосовуються нові наукові методи і підходи завдяки досягненням не тільки суспільних, але і точних наук.

Приділяється також увага таким питанням як альтернативна та теоретична історія. Робляться перші спроби щодо можливості використання історичних знань для визначення і пояснення не тільки минулого, але і майбутнього за допомогою використання законів нелінійної динаміки.

Така можливість зумовлена тим, що державно-правові явища раніше сприймалися майже виключно як лінійний розвиток від чогось нижчого до вищого, від гіршого до кращого, від нерозвинутого до більш розвинутого і т.д. Але такий підхід не завжди міг врахувати широкі спектри різних факторів та шляхів можливого розвитку державно-правових явищ. Тому нелінійне сприйняття і аналіз цих явищ є більш багатогранним, а значить більш об'єктивним.

Ще однією методологічною проблемою сучасної науки історії держави і права є врахування співвідношення закономірностей та випадковостей, які є її основним предметом дослідження.

Закономірності, як правило, проявляються в державно-правових явищах у конкретно-визначених умовах, і тому повторити для експерименту суспільні явища практично неможливо. Це зумовлено тим, що суспільні закони мають справу з постійно змінними категоріями, як і внутрішньому, так і зовнішньому напрямку. Часто суб'єкти суспільних відносин діють на підставі ірраціональної поведінки, що не піддається збагненності та аналізу з точки зору раціоналізму.

Якщо притримуватися розуміння закономірностей як законів, що відображають причинно-наслідкові зв'язки між явищами, характеризують перебіг певних процесів у природі або суспільстві, то виникають деякі запитання стосовно випадковостей. Під випадковостями сучасна наука розуміє явища, факти, що виникають без будь-якого внутрішнього зв'язку з чим-небудь, нічим не обумовлені. Але якщо вони присутні в дійсності, то без них не будуть досягнуті істинні знання, які правильно відображають реальну дійсність у свідомості людей.

Нерозробленими і недостатньо дослідженими є також такі питання, як: структура закономірності та її елементи; між однотипними чи різнотипними елементами можуть проявлятися сталі зв'язки, тривалість, періодичність, напрям дії цих зв'язків та інше.

А якщо врахувати, що під випадковістю розуміється явища, факти, що виникають без будь-якого внутрішнього зв'язку з чим-небудь, нічим не обумовлені, але які присутні в дійсності, то не будуть досягнуті ті істинні та достовірні знання, що правильно відображають реальну дійсність у свідомості людей.

Тому, в сучасній науці історії держави і права необхідно враховувати новітні методологічні засоби для досягнення істинних знань і виведення історико-правової науки на якісно новий рівень, який дасть змогу не тільки освоїти історичну дійсність на підставі не тільки емпіричних знань, але і на високому теоретичному рівні.

БЮДЖЕТНЕ ПРАВО УКРАЇНИ ЗА ІСНУВАННЯ УКРАЇНСЬКОЇ НАРОДНОЇ РЕСПУБЛІКИ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ.

Коцюруба О.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Актуальність історико-правових досліджень в роки незалежності України значно зросла, через те, що в радянський період майже зовсім не досліджувалися нормативно-правові акти, в тому числі і в сфері бюджетних відносин УНР, Гетьманату, Директорії, ЗУНР.

Високий рівень правового регулювання бюджетних відносин впливає на всі без виключення сфери економічного і суспільного життя будь-якої держави в тому числі і Україні.

Все це обумовлює злободенність проблематики пов'язаної з дослідженням історико-правових аспектів бюджетних відносин в Україні за часів існування Української Народної Республіки.

Українська державність на початку XX ст. зароджувалася та розвивалися в умовах революційних подій у Росії 1917 року. В березні 1917 року була створена Українська Центральна Рада, а згодом і її виконавчий орган – Генеральний Секретаріат, як уряд автономної республіки. Тимчасовий російський уряд змушений був визнати Центральну Раду державним органом тогочасної України.

В якості автономії Україна спочатку не проводила своєї незалежної фінансової політики, в тому числі і з формування власного бюджету. На її території продовжували діяти фінансово-правові акти, котрі були введені за царського самоврядування. На початку липня 1917 року Центральна Рада прийняла II Універсал, що передбачав створення Генерального секретаріату та заходи по розробці закону про автономний устрій України.

25 жовтня 1917 року після повалення Тимчасового уряду Росії III Універсалом Центральної ради проголошено створення Української Народної Республіки.

Всі російські державні органи, в тому числі і ті, які займалися формуванням кошторисів та здійсненням фіскальної політики припинили своє існування, але Центральна рада не проводила своєї незалежної фінансової політики, незважаючи на створення Генерального Секретаріату фінансових справ.

Лише після наступу радянських військ керівництво Центральної Ради в ніч на 22 січня 1918 року оприлюднило, IV Універсал, в якому Україна проголошувалася незалежною республікою. Власне з цього моменту, як зазначає в своїй книзі „Бюджетові право" директор Департаменту Державної скарбниці Міністерства фінансів Х. Лебідь-Юрчик, і можна вести мову про власне фінансове господарство відродженої Української держави.

Жодного проекту бюджету на 1 січня 1918 року в Україні не існувало. Причиною було те, що всі підготовлені матеріали були надіслані місцевими органами в Петроград ще з початку другої половини 1917 року. У зв'язку з цим Секретар фінансів звернувся в кінці грудня 1917 року до всіх відомств з пропозицією негайного складання власних кошторисів.

Умови складання відомчих кошторисів на той час були надзвичайно складними внаслідок відсутності кваліфікованих спеціалістів у даній сфері, зруйнованої залізничної комунікація і постійних збройних сутичок, що перешкоджали зв'язку з губерніальними і повітовими органами влади. Міністерство фінансів багато часу приділяло узгодженню і внесенню поправок до кошторисів, і це вимагало великих затрат техніки і часу.

На жаль, закон про Державний бюджет у 1918 році так і не був прийнятий. До нормативно-правових актів, що врегульовували тогочасні бюджетні відносини слід віднести, зокрема, закон від 11 квітня 1918 року „Про тимчасові розписи видатків на 1918 р.", розпорядження Міністерства Фінансів про проведення з 1 січня всіма фінансовими палатами і скарбницями видатків на утримання місцевих органів влади та інші державні потреби в межах місячних кошторисів попереднього 1917 року та про збирання всіх державних прибутків.

Центральною Радою було прийнято рішення про виділення Міністерству фінансів десяти мільйонів на видатки центральних установ та інші потреби. В свою чергу, міністерство видало

© Коцюруба О., 2006

рекомендацію провінційним відділам державного банку і скарбницям про передачу частини готівкових коштів на потреби центральної влади.

Обрахування і проектування окремих категорій державних прибутків та видатків на центральні і місцеві органи влади велося відповідно до закону Центральної Ради від 25 листопада 1917 року(за ст.ст.), за законами і постановами, що мали силу на території Української Народної Республіки, оскільки вони не були змінені універсалами, законами та постановами Української Центральної Ради, та розпорядженнями російського уряду, поки вони не змінені Українською Центральною Радою або Генеральним секретаріатом. Отже всі без винятку закони про податки, оплати, різні види державних прибутків, видатки і інші нормативно-правові акти, що мали відношення до бюджетного права колишньої Російської імперії та Тимчасового уряду Росії залишилися в силі на території України.

Видатки в межах кошторисів 1917 року не покривали всіх потреб у бюджетному фінансуванні, оскільки були урізані і розраховані на воєнний час. Додаткові асигнування надавалися безсистемно, без проведення конкурсів і врахування потреб, які мають найбільше значення. На отримання бюджетного призначення відігравав роль лише час звернення і наявність готівкових коштів. Така ситуація зумовлювалася відсутністю єдиного фінансово-планового акту держави – державного бюджету.

Значно вплинула на якісний рівень правового регулювання бюджетних відносин відсутність колегіального органу при міністерстві фінансів, який аналізував би потреби на нові асигнування та подавав свої висновки до Ради міністрів і центральної Ради. Утворити такий орган в той час було неможливо через відсутність професіоналів, які бажали б в ньому працювати. Висновки до законопроектів подавалися департаментом державної скарбниці, переобтяженим поточною роботою. Фінансова комісія Центральної Ради, що розглядала законопроекти, про асигнування діяла професійно. Проте внаслідок поміркованості її членів не мала, на жаль, значного впливу на рішення Центральної Ради, яка керувалася політичною а не економічною доцільністю.

За часів Центральної Ради не було прийнято самостійного бюджету держави та спеціальних нормативно-правових актів, які б регламентували бюджетний процес, проте своїми діями фінансове управління заклало міцний фундамент побудови самостійної бюджетної системи Української держави. В перші місяці існування Української державності було забезпечено існування і функціонування державного апарату, це призвело, в подальшому, до затвердження 24 січня 1919 року бюджету на 1918 рік(в якому було санкціоновано всі прибутки і видатки, які проведено за часів Центральної Ради, Гетьманату й Директорії і ця законодавча підстава для ведення фінансового господарства в 1919 році, в межах бюджетних асигнувань 1918). Для прикладу, в Польській Республіці перший бюджет було прийнято лише у 1924 році, отже з другої половини 1918 році на протязі шести років було затверджено лише один фінансово-плановий акт держави.

Отже Центральній Раді, на жаль, не вдалося створити самостійних нормативно-правових актів, що регулювали б бюджетний устрій і бюджетний процес в Україні, через відсутність професіоналів в даній сфері та важку політичну ситуацію. Проте саме в цей період сформувався штат працівників, які в подальшому ефективно працювали в часи Гетьманату та Директорії над розробкою проекту державного бюджету та масиву підзаконних нормативно-правових актів в сфері бюджетного права. Було проведено вдалу спробу формування самостійних кошторисів органів центральної і місцевої влади. Без роботи проведеної по становленню бюджетного права самостійної України за існування Української Народної республіки часів Центральної Ради, були б неможливими успіхи майбутніх періодів в даному напрямку.

ЗАГАЛЬНОДЕРЖАВНА КОНСТИТУЦІЯ АВСТРІЇ 1849 РОКУ ТА КРАЙОВА КОНСТИТУЦІЯ ГАЛИЧИНИ 1850 РОКУ

Кульчицький В., Присташ Л.

Львівський національний університет ім. І. Франка

1848 року в багатонаціональній Австрії, як і в інших країнах Західної Європи, відбулась буржуазна революція. На боротьбу за своє соціальне і національне визволення піднялися слов'янські народи (чехи, словаки, поляки, українці, серби, хорвати, словенці), які становили основну масу населення Австрійської імперії Габсбургів.

Під тиском зростаючого революційного руху в країні австрійський уряд видав 25 квітня 1848 р. першу австрійську конституцію (за прізвищем автора – конституцію Піллерсдорфа), яка проголошувала монархічно-конституційні порядки та деякі буржуазно-демократичні права і свободи громадян, встановлювала гласність суду, відповідальність міністрів перед парламентом, надавала парламенту виключне право видавати і скасовувати закони. Однак уже 16 травня того ж року вона була припинена в своїй чинності.

4 березня 1849 р. молодий австрійський імператор Франц-Йосиф "дарував" імперії нову антидемократичну так звану "откройовану" конституцію. Ця конституція створювала централізовану державу, в якій вся повнота виконавчої влади була зосереджена в руках імператора і його міністрів.

Законодавча влада належала імператору разом з рейхстагом, який складався з двох палат. До верхньої палати (Oberhaus) входили обрані на строк п'ять років делегати від крайових сеймів, а нижня палата (Unterhaus) обиралася прямими виборами повнолітніми, які сплачували не менше 5 гульденів безпосередніх податків у рік за нормою один депутат на 100 тис. населення. Прийнятий обома палатами законопроект вимагав обов'язкової санкції імператора.

Для управління окремими коронними краями імператор призначав наділених широкими повноваженнями намісників (дотепер вони іменувалася губернаторами). Крім того, при імператорі створювалася на правах дорадчого органу призначена ним Державна рада, яка була єдиним реалізованим на практиці заходом откройованої березневої конституції.

29 вересня 1850 р. патентом імператора була видана крайова конституція для Галичини. Того ж самого дня була надана крайова конституція і для Буковини. Крайова конституція для Галичини налічувала 82 статті і ділила її територію на три округи (Краківський, Львівський і Станіславський), тобто чисто польський, змішаний польсько-український і чисто український. Крайове представництво за конституцією повинно було складатися з трьох сеймових курій: Львівська – 50 депутатів, Краківська – 58 депутатів, Станіславський – 42 депутати. Депутати обиралися прямими виборами на строк шість років при наявності майнового цензу. Компетенція курій зводилася до питань господарського характеру і їх рішення вимагали санкції імператора.

Виконавчим органом всіх трьох курій був спільний Крайовий виділ (комітет) в складі 15 членів, обраних порівно куріями. Спільним законодавчим органом усіх трьох округів Галичини був Центральний виділ у складі 33 членів (15 членів Крайового виділу і по шість депутатів від кожної курії). Компетенція Центрального виділу зводилася до розгляду питань, які крайова конституція вважала спільними для всього коронного краю. Намісник краю (Staathalter), а також президенти округів і призначені ними комісари контролювали діяльністю сеймових курій і Центрального виділу, беручи в обов'язковому порядку участь у їх засіданнях.

Одночасно з крайовою конституцією для Галичини було опубліковано крайову виборчу ординацію, яка детально регулювала порядок утворення виборчих округів, складення списків виборців, порядок голосування і підрахунку голосів, видання посвідчення про обрання депутатом.

"Дарована" в березні 1849 р. загальнодержавна конституція Австрії і крайова конституція для Галичини, а також для Буковини 1850 р. так і не були введені в дію. Пізніше цісарським патентом від 31 грудня 1851 р. вони були офіційно скасовані. Австрія знову перетворилася в самодержавну монархію, в якій і мови не могло бути про автономію окремих народів. І тільки пізніше, в кінці 60-х років XIX ст., ставши двоцентровою (дуалістичною) державою, Австрія вступила на шлях конституціоналізму. Однак і тут державна влада перебувала в руках земельної аристократії, а пригнічення окремих народів, зокрема слов'янських, продовжувалося аж до розпаду імперії Габсбургів у жовтні 1918 р.

© Кульчицький В., Присташ Л., 2006

СОЦІОЛОГІЧНІ ДОСЛІДЖЕННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ: ДОСВІД ПОЛЬСЬКИХ ВЧЕНИХ МІЖВОЄННОГО ПЕРІОДУ

Липитчук О.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Справедливе покарання тих, хто вчинив злочин, та судовий захист прав громадян є важливим завданням, яке вирішується як в теорії, так і в практиці кримінального судочинства. Ще більшої актуальності це набуває в сучасних умовах державотворення, коли судова система потребує значних змін, суть яких полягає у створенні незалежного, неупередженого та справедливого суду. Це вимагає, передусім, значного покращення професійного рівня суддівського корпусу, створення сучасного законодавства, яке б відповідало європейським стандартам, розвитку науки кримінального права і процесу. У цьому контексті важливим є звернення до досвіду польських вчених-юристів міжвоєнного періоду, які впроваджували різні методи поєднання науки і практики кримінального судочинства. Заслуговує на увагу започаткований вченими Університету імені Стефана Баторія в Вільно метод соціологічних досліджень в кримінальному праві. Цей досвід залишається майже недослідженим як в Польщі, так і в Україні.

Новоутворена у 1918 р. Польська держава дістала у спадщину кримінальне законодавство держав-окупантів, яке залишалося чинним протягом тривалого часу у міжвоєнний період. Зміни та доповнення до старих, непольських кримінальних кодексів, які вносилися польською владою у перші роки незалежності, перетворювали кримінальне право у складну та заплутану систему норм. Тому уніфікація та кодифікація кримінального права були вкрай необхідною справою. У 1932 р. в Польщі був прийнятий новий польський кримінальний кодекс та закон про правопорушення, які набрали чинності 1 вересня цього ж року. У польському кримінальному кодексі були реалізовані найважливіші засади тогочасного кримінального права – "Без закону немає ні злочину, ні покарання" (nullum crimen, nulla poena sine lege"), формальна рівність перед законом і гуманізм. Кримінальна відповідальність набувала суб'єктивного характеру і була індивідуалізована. Крім покарання, передбачалися запобіжні заходи (лікувальні заклади для психічно хворих, наркоманів, алкоголіків та примусові для тих, хто уникає роботи, рецидивістів, професійних злочинців), - нові сучасні засоби захисту суспільства від тяжких злочинів.

Злочином вважалася дія, заборонена законом. Закон не мав зворотної дії (lex retro non agit). Злочини поділялися на дві категорії: тяжкі злочини – "zbrodnie" (ув'язнення понад 5 років або смертна кара) та проступки – "wystąpki" (ув'язнення стоком до 5 років, арешт понад 3 місяці або штраф понад 2 тис. злотих).

Покарання поділяли на основні (смерть, ув'язнення, арешт, штраф від 5 до 200 тис. злотих) та додаткові (позбавлення громадянських, почесних, професійних, батьківських, опікунських прав, письмові вироки, конфіскація майна та зброї). Кодекс надавав судді свободу у визначенні міри покарання, окреслюючи її мінімум та максимум. У визначених випадках допускалося пом'якшення або обтяжування покарання. З французького права була запозичена сучасна засада щодо давності переслідування та запроваджена інституція припинення кримінального переслідування за строком давності. За основною ідеєю кодекс відповідав концепції соціологічної школи, яка трактувала злочин як соціальне явище, що виникає з умов життя особистості. Отже, новий кримінальний кодекс перейняв найсучасніші положення тогочасних аналогічних європейських кодексів і водночас став справжнім творчим доробком польських юристів.

Однак політичні авторитарні сили в польському суспільстві намагалися змінити деякі важливі положення кримінального кодексу та обмежити демократичні засади у польському кримінальному судочинстві. Вимогами застосування більш жорсткого покарання, перегляду засад та норм кримінального кодексу, поширення принципу колективної вини.

Водночас застосування норм польського кримінального кодексу в судовій практиці було пов'язано з певними труднощами, передусім недостатньою професійною підготовкою суддівського корпусу. Найбільше занепокоєння у суддів викликало "безладдя" у визначенні міри покарання за злочин одного й того ж виду в різних судах. З цього приводу були нарікання на надмірну "загальність" норм кодексу та широкий діапазон кримінальних санкцій за певні злочини. Це пов'язано з тяжінням до традицій кодексів, які були більш казуїстичними і дріб'язковими та легшими у застосуванні на практиці. Відтепер суддя мав самостійно індивідуалізувати факти, що раніше за нього це робив

© Липитчук О., 2006

законодавець. Отже, судді вже не могли тільки механічно застосовувати норми кодексу. Кожен суддя повинен був не тільки знати норми кримінального права, а й мати знання з різних галузей науки.

Викликала сумніви тенденція в судовій практиці непропорційного застосування покарань щодо різних видів злочинів. Занадто м'які покарання виносили суди за злочини проти життя і здоров'я особи, більше захищаючи "гаманці", ніж здоров'я і навіть життя людей. Вироки по таких справах складали у 1937 р. 8% усіх вироків. Поблажливо каралися крадіжки, шахрайство – найпоширеніші в Польщі види злочинів: тільки у 1937 р. вироки по таких справах становили 50%. У 1933 р. кількість таких злочинів, як вбивство, крадіжки, шахрайство, порівняно з 1924 р. зросла на 77%. У 1934 р. майже 80% усіх злочинів становили злочини щодо майна. До того ж, в різних регіонах Польської держави домінували різні види злочинів, що було наслідком їхнього специфічного соціального, економічного та культурного розвитку.

Загалом злочинність у міжвоєнній Польщі була досить високою. Зокрема, протягом 1924-1925 рр. у середньому за рік було вчинено 347,9 тис. злочинів. У 1931-1932 рр. злочинність зросла у зв'язку з економічною кризою і зупинилася у 1934 р. на рівні 650,8 тис. злочинів. У 1934 р. на 100 тис. осіб припадало 5,8 вбивств, 84 шахрайства, 75 розтрат, 1432 крадіжок, 1997 інших злочинів. За деякими видами злочинів, особливо майновими і кількістю вбивств, Польща посідала перше місце серед європейських країн. Кількість вбивств за 1924-1934 рр. зросла на 60%. Щоправда, наприкінці міжвоєнного періоду злочинність дещо зменшилася.

Більшість злочинів належало до легких, оскільки у 1934 р. виконання 27% вироків було умовними, а у 1937 р. – 47%. У всіх цих випадках покарання не перевищувало двох років ув'язнення. Серед винесених вироків домінували арешт 57% та ув'язнення – 28%. Однак за тяжкі злочини суди застосовували смертну кару: у 1931 р. – 38 разів, у 1933 р. – 88, у 1937 р. – 14; довічне ув'язнення отримували щорічно кількасот осіб.

Враховуючи вищесказане, можна стверджувати, що проблема визначення суддями міри покарання за злочини набула в міжвоєнній Польщі особливої гостроти і потребувала дослідження. Тому відділом кримінального права Університету імені Стефана Баторія в Вільно була організована анкета серед всіх суддів Польської Республіки, присвячена даній проблемі. Ініціатива проведення анкети виникла на кримінологічному семінарі проф. Б. Врублевського. Така анкета розроблялася вперше, оскільки до цього часу анкетування такого роду ніде не проводилося і жодних зразків не було. Щоб зміст та редакція питань були якнайбільше наближені до практики до опрацювання питань анкети були залучені всі члени семінару, серед яких були не тільки вчені-юристи, а й практики: судді, прокурори, адвокати.

Вирішено було провести анкетування серед всіх працюючих суддів, окрім судових асесорів (практикантів), які здійснювали обов'язки гродських суддів або були включені до складу колегії суддів окружного суду. До участі в анкеті запрошено не тільки суддів, які на момент проведення анкетування здійснювали судочинство в кримінальних справах, але й тих, які попередньо стикалися з практикою визначення міри покарання у таких справах. Запитальники були розіслані всім суддям, які працювали на цей час в Польщі згідно списку, складеного на підставі суддівського календаря на 1937 р. із змінами у службовому русі, вміщеному у Віснику міністра юстиції за 1937 р. У вересні 1937 р. було розіслано 2892 запитальника: 80 – суддям Найвищого суду, 192 – апеляційним суддям, 1061 – окружним суддям, 1559 – гродським суддям. У зверненні до суддів, яке надсилалося разом з анкетою, йшлося про конфіденційність опитування, а також було прохання поряд з лаконічними відповідями порушувати проблеми, які не містяться в запитальнику, але пов'язані як із визначенням міри покарання, так і з цікавими випадками із власної практики суддів, що може стати цінним матеріалом для дослідження.

Автори анкети виходили з того, що проблема визначення суддями міри покарання є складною для дослідження. Статистичні матеріали, які видавалися в Польщі про діяльність судів подавали лише загальну інформацію про вироки, а саме: наскільки вони в певний період і на певній території були суворими чи поблажливими щодо визначених злочинів, чи застосовувалися інші інституції кримінального права, яка позиція апеляційних судів щодо визначення міри покарання судами першої інстанції (як часто змінюються вироки судів першої інстанції). Проте такі відомості з пізнавальної точки зору є досить обмеженими. Адже йдеться про важливу і складну справу, коли особисті якості судді відіграють важливу роль у визначенні міри покарання. Тому у цьому контексті важливим є дослідження проблеми: чим керується суддя, визначаючи міру покарання за злочин. Оскільки в таких випадках безпосереднє спостереження неможливе, то зі всіх відомих методів дослідження людського фактору найбільш достовірною є анкета.

Безумовно, анкета теж викликала певні застереження. Судді у відповідях часто надавали різне значення висловленням (виразам), вживали багатозначні слова, одне й те саме витлумачували по-

різному. Однак в анкеті відповідали юристи-практики, які, згідно виконання своїх функцій, належали до однолітної групи суддів, пов'язаних одним законодавством. Крім того, анкета мала анонімний характер і не викликала сумніву щодо щирості суддівських відповідей. Інший недолік анкети полягав у певній схематичності питань, вміщених в анкеті, що викликало у суддів труднощі з відповідями, оскільки на деякі питання важко було стисло викласти всі аспекти проблеми. Однак багато суддів знайшли вихід і залучили до анкети додаткові листи і тим самим вийшли поза межі анкети, піднімаючи нові проблеми, а також, скористалися рубрикою "Власні зауваження". Завдяки цьому анкета містила цінний матеріал, який був використаний при опрацюванні. Отже, анкета досягла своєї мети, що дозволило, як сказав один із суддів, "пізнати дійсний стан в цій царині кримінального права для упередження випадковостей у визначенні покарання в судовій практиці".

Методика опрацювання анкет полягала у наступному. Питання, сформульовані у запитальнику, були співставлені з тим, як вони трактувалися в кримінальному кодексі 1932 р. та відповідями на них суддями. Такий метод дозволив використати результати анкетування не тільки в соціології визначення суддями міри покарання, а й водночас проаналізувати статті кримінального кодексу з точки зору практики і запропонувати, що необхідно було б змінити в діючому законодавстві, а що мають виправити судді, які застосовують статті кримінального кодексу.

В першій частині запитальника (1-10 питання) автори поставили мету отримати інформацію, яка характеризує з одного боку, суддю під кутом зору його досвіду у визначенні міри покарання, з іншого – регіон, де він набув цей досвід. Зміст цих питань передбачав відповіді: коли і як довго суддя у своїй практиці виносив вироки по кримінальним справам; в якому апеляційному суді, до якого воєводства належить округ, в якому суддя здійснює судочинство; яку посаду займає суддя (гродський, окружний, апеляційний); в суді якої інстанції працює суддя; який загальний стаж роботи судді і, зокрема, в кримінальному судочинстві; яке населення (міське чи сільське) переважає в окрузі, де працює суддя. Як виявилося, за анкетними даними із всіх опитаних суддів – 285 (93,1%) з них у своїй практиці застосовували новий польський кримінальний кодекс 1932 р., 21(6,9%) – суддя у своїй практиці керувалися кримінальними кодексами колишніх країн-окупантів.

В другій частині запитальника (11-20 питання) були сформульовані так, щоб отримати інформацію про те, яка практика визначення суддями міри покарання, якими мотивами керується суддя при її визначенні та з якими труднощами або недоліками в польському кримінальному кодексі 1932 р. стикається. Натомість зміст питань зводився до наступного: 1) яку мету ставить перед собою суддя, визначаючи міру покарання (запобігання можливого здійснення злочину, попередження обвинуваченого, ізоляція злочинця від суспільства, встановлення розміру відшкодування, мета, не окреслена в запитальнику); 2) яку спеціальну мету ставить перед собою суддя, визначаючи міру покарання а) за політичний злочин; б) за злочин проти життя і здоров'я; в) за майнові злочини; г) за проституцію; д) за образу; 3) чи суддя бере до уваги суспільне становище злочинця; 4) чи суддя приймає до уваги ідейні мотиви злочину; 5) при визначенні міри покарання якими мотивами керується суддя а) своїми особистими спостереженнями про вплив кари на злочинців і злочинність; б) визначення іншими суддями кари в подібних випадках; в) думка відомих авторитетів в галузі науки і практики; г) позиція апеляційної інстанції до визначеної суддею міри покарання; д) інші мотиви; 6) чи застосовував суддя найвищу законодавчу міру покарання на підставі ст. 60 кримінального кодексу; 7) чи не відчував суддя в окремих випадках брак відповідного кримінального засобу, непередбаченого в кримінальному кодексі; 8) чи в окремих випадках не відчував суддя потреби застосування міри покарання нижче мінімуму, передбаченого за даний злочин; 9) чи застосовував суддя припинення виконання кари; 10) власні зауваження.

Відповіді, вміщені в анкетах, були опрацьовані вченими Університету імені Стефана Баторія в Вільно – проф. В. Врублевським та його учнем доц. В. Свідою. Детальний аналіз відповідей зроблено по кожному питанню. Він включає характеристику відповідних статей кримінального кодексу 1932 р., класифікацію відповідей, встановлення правильної відповіді, співставлення відповіді із питанням в запитальнику, опрацювання позитивних відповідей, кількісне співставлення відповідей, пропозицій суддів щодо вдосконалення кримінального права. Особливий інтерес викликає аналіз матеріалу, який вміщено у "Власних зауваженнях". В ньому наводяться власні думки, спостереження, пропозиції суддів, піднімаються питання, які не передбачені в запитальнику. В них міститься цінний матеріал, який характеризує загальний стан кримінального судочинства в міжвоєнній Польщі. Самостійне значення мають численні таблиці, які дають наочну уяву щодо відповідей суддів на запитальник.

Отже, опрацьована на підставі анкети книга Б. Врублевського та В. Свіди є цінним джерелом для історії права, яка є ще недостатньо використана. Досвід польських вчених надає приклад ефективного поєднання соціологічних методів досліджень з практикою судочинства, що, безумовно, може сприяти оптимальному процесу реформування судової системи.

СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ПРОКУРАТУРИ В ГАЛИЧИНІ У СКЛАДІ АВСТРІЇ ТА АВСТРО-УГОРЩИНИ

Мисяковський М.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Сучасний механізм будь-якої держави важко уявити без органів прокуратури. З переходом України до системи демократичних стандартів функції прокуратури повинні трансформуватися. Розвиток в Україні демократичної правової соціальної держави з необхідністю ставить питання уточнення місця і ролі прокуратури в державному механізмі. Саме тому актуальним є звернення не тільки до міжнародного, але і національного досвіду. Певний інтерес представляє науковий аналіз процесу становлення та розвитку інституту прокуратури у Галичині, яка з 1772 р. перебувала у складі Австрії, а з 1867 р. – у складі Австро-Угорщини.

Внутрішня ситуація в Австрійській імперії першої половини XIX ст.. характеризувалася, як і в багатьох інших європейських країнах, боротьбою двох основних тенденцій. З одного боку, це боротьба широких верств населення за втілення у життя визвольних демократичних ідей, проголошених Великою французькою революцією. З іншого – намагання абсолютиських чи напівабсолютиських реакційних державно-політичних режимів, зберегти попередні державно-політичні порядки і феодальні чи напівфеодальні соціально-економічні відносини.

В цьому напрямі діяв австрійський імператор Франц-Йосиф, який заснував інститут прокуратури. 8 червня 1849 р. ним було затверджено „Основні риси нового судового порядку", які передбачали введення при кожному земельному суді посади прокурора, а при вищих крайових судах, Верховному суді, Касаційному трибуналі - посади генерального прокурора. Прокурорська служба при повітових судах покладалась на заступників прокурорів.

Основним нормативно-правовим актом, який регулював діяльність прокуратури, був Органічний закон про прокуратуру, прийнятий 10 липня 1850 року. Згідно закону завдання прокуратури полягало в тому, що діяльність прокуратури частково стосується безпосереднього нагляду за справедливістю як у цивільних, так і кримінальних справах, а частково - адміністративного керівництва юстицією та правильного застосування законів. Участь прокурора передбачалася при розгляді цивільних справ, зокрема справ про розірвання шлюбу і оголошення його недійсним, у справах про втрату громадянства імперії, при підтвердженні усиновлення, у справах про встановлення і припинення опікунства, у справах про компетенцію судів, про допустимість відводу суду, при розгляді справ, у яких зачіпались інтереси сиріт чи осіб, що знаходились під опікою, як тільки вони шляхом апеляції досягли другої чи третьої інстанції, та ін. Компетенція прокуратури у кримінальних справах визначалася нормами кримінально-процесуального законодавства (при заснуванні прокуратури – тимчасовим порядком карного процесу від 17 січня 1850 року). У Галичині прокуратура здійснювала нагляд за правильним застосуванням законів через участь прокурорів у проведенні державних іспитів для суддів, адвокатів і нотаріусів, у посадових призначеннях в судах, у судових засіданнях. З 1863 року прокуратура здійснювала нагляд за діяльністю судових чиновників, з 1865 року – за роботою тюрем.

Генерального прокурора призначав австрійський імператор, а всі інші призначалися міністром юстиції. Канцелярських працівників органів прокуратури призначав Генеральний прокурор. Прокурор суду другої інстанції підпорядковувався безпосередньо міністерству юстиції, прокуратура суду першої інстанції підпорядковувалась прокурору суду другої інстанції, причому як у плані нагляду, так і в тому, що прокурор вищого суду завжди мав право виступити особисто чи через свого заступника у розгляді справи нижчої інстанції.

29 червня 1855 р. постановою Міністерства юстиції була організована Львівська вища крайова державна прокуратура, яка почала діяти з 18 вересня 1855 року. На чолі стояв старший прокурор, компетенція якого поширювалась на округ Львівського вищого крайового суду. На старшого прокурора покладалось здійснення нагляду за діяльністю прокурорів нижчих інстанцій, розгляд повідомлень прокурорів нижчих інстанцій про збройні виступи і революційні рухи, інформації по справах проти революціонерів і учасників національно-визвольного руху, по справах про приниження честі та гідності імператора і членів його дому, а також місячні звіти прокурорів по справах про

© Мисяковський М., 2006

підробку цінних паперів, про вбивства, підпали і грабежі. В ролі обвинувача на дисциплінарних процесах проти суддів, нотаріусів і адвокатів також виступав старший прокурор, а постановою від 16 жовтня 1865 р. старшому прокурору було доручено нагляд за тюрмами. В зв'язку з цим повноваження старшого прокурора поширилися і на справи тюремної охорони.

Відповідно до австрійського кримінально-процесуального кодексу від 23 травня 1873 року прокуратура мала право звертатись до органів державної безпеки та жандармерії за допомогою та контролювати їх діяльність, а останні були зобов'язані виконувати розпорядження прокуратури. Вища державна прокуратура була ліквідована в 1918 році.

Ще 16 червня 1773 року у Львові було створено державне управління, яке у 1775 році було перетворене у державну фінансову колегію, а 31 січня 1852 року реорганізовано у фінансову палату. В період судової реформи на базі фінансової палати 1 червня 1852 року організовано Галицьку фінансову прокуратуру, що безпосередньо підпорядковувалася Міністерству фінансів Австрії. Фінансова прокуратура виконувала наступні функції: захист майнових інтересів держави, справи про стягнення податків, установлення боргів, відкриття обвинувачень по судових спорах, що стосувались державного майна, незалежно від того, якому відомству чи установі належало керування цим майном, надавання юридичної допомоги установам, їх консультування при укладанні договорів, складанні юридичних актів і т.п. Загалом фінансова прокуратура представляла права й інтереси держави, захищаючи державне майно. Вона мала право втручатися в усі суди та установи королівств і земель, причому місцева компетенція фінансової прокуратури в судових спорах залишалася недоторканою. Фінансова прокуратура виступала також в справах, що стосувалися нафтової промисловості, гірничої справи, заводів по виробництву скла, установ зв'язку, державних монополій, штрафів, що накладались судами при вирішенні спорів великих монополій.

Керував Фінансовою прокуратурою фінансовий прокурор. На нього покладалось загальне управління службовими справами прокуратури, розподіл справ серед підлеглих чиновників, контроль за правильністю ведення справ, документації, контроль за дотриманням термінів розгляду справ. При наявності великої кількості складних завдань фінансовий прокурор міг доручити частину роботи заступникам, а для заміщення посади прокурора під час відпустки чи хвороби призначався вищий за рангом чиновник прокуратури. Її апарат складався з старших радників, радників, секретарів, ад'юнктів, конципістів і допоміжних службовців.

Діяльність фінансової прокуратури поширювалась на всю територію Галичини, крім Краківського і Хшонтівського повітів, для яких встановлювалась експозитура (відділення) в Кракові, а з 1867 року території Буковини, для якої була створена особлива Фінансова прокуратура в Чернівцях.

В другій половині XIX ст. Галицька фінансова прокуратура складалась з президіуму, канцелярії, 15 департаментів, кожен з яких займався конкретною групою питань, і Представництва Галицької фінансової прокуратури в Кракові.

Для тих, хто бажав вступити на службу до фінансової прокуратури, встановлювався ряд вимог. Необхідною умовою було успішне складання трьох державних іспитів, визначених міністерством фінансів. Для остаточного зарахування на службу і складання присяги обов'язково було пройти річну практику. Для здобуття вищих посад у фінансовій прокуратурі складались адвокатські іспити. Діяльність Галицької фінансової прокуратури остаточно припинилася у 1918 році.

НАМІСНИК ГАЛИЧИНИ І ЙОГО ПОВНОВАЖЕННЯ

Моряк-Протопопова Х.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Згідно акту від 17 вересня 1772 р. ослаблена війнами та внутрішніми суперечками Річ Посполита була поділена між Австрійською, Пруською та Російською імперіями. Галичина (з 1349 р. захоплена Польщею) потрапила до складу Австрійської монархії.

Австрійський уряд об'єднав українські і польські землі в один адміністративний край під назвою Королівство Галичини і Володимерії з князівствами Освенцімським та Заторським і великим князівством Краківським. Всі ці землі дістали скорочену назву Галіція (Галичина), яку умовно поділяли на східну (українську) і західну (польську).

Після поразки Австрії в австро-пруській війні 1866 р. Габсбурги (правляча династія) пішли на угоду з угорським дворянством і буржуазною верхівкою і погодились на створення дуалістичної монархії – Австро-Угорщини. Вона проіснувала до 1918 р. і була другою за територією і третьою за населенням державою Європи.

У 1848 році відбулась реформа політичних установ монархії (політичними в австрійському законодавстві традиційно називали ті державні установи, які здійснювали управління державою.

До 1848 р. управління Галичиною здійснювалось губернатором, якого призначав і заміщував імператор з числа австрійської знаті. З 1848 Галичина (одне з 9 австрійських намісництв (Statthalterei), управляється імператорсько-королівським намісником (Kaiserlich-Königlicher Statthalter), який призначається імператором за поданням ради міністрів (керівники областей в Зальцбургу, Крайнії, Карінтії, Нижньої Сілезії і Буковини мали звання „обласний президент" (Landespräsident). На чолі повітів стояли повітові начальники, на чолі округів – окружні начальники.

Діяльність галицького намісника регламентувалась постановами „Про заснування і межі влади намісницьких правлінь (Statthalterein)" та „Про створення і порядок діяльності окружних установ (Bezirksämter)" затверджених імператором 14 серпня 1852 р. і законом від 19 травня 1868 р. „Про створення урядових (політичних) установ".

Намісник приносив встановлену службову присягу особисто імператору. З того часу йому належало вище керівництво поліцією в коронному краї. На нього покладався обов'язок неухильно слідкувати за всім, що відноситься до підтримання спокою, порядку і безпеки в намісництві. На виконання цього завдання він міг використовувати той спосіб, який вважав за необхідний аж до застосування військової сили.

Намісництво підпорядковувалось міністерству внутрішніх справ, а у питаннях, які належали до його відання, але входили до компетенції інших міністерств – цим міністерствам.

Намісники самостійно призначали і звільняли з посад усіх службових осіб області крім керівників округів, які призначались міністром внутрішніх справ.

Згідно вищевказаного закону найбільш важливі справи, як то суперечки між станами чи общинами, видача дозволів на промисел, розгляд скарг на дії нижчих інстанцій, роз'яснення положень діючих чи прийняття нових, витрати значних коштів чи коштів не передбачених річним кошторисом намісництва, вирішувались на засіданні правління намісництва. До нього входили радники намісництва (Statthaltereigierungsrat), що одночасно очолювали певні департаменти і їх заступники, віце-президенти намісництва (Vizepräsidenten der Statthalterei). Однак, рішення правління намісництва не були обов'язковими для намісника. Стосовно справ, які належали до його компетенції він міг „вчиняти згідно того рішення, яке він вважав правильним і яке знаходив можливим прийняти, хоча б на користь такого і не проголосувала більшість (Х.М.-П. – правління намісництва)". Стосовно справ, які належали намісницькому правлінню він міг зупинити виконання рішення і передати справу на розгляд належного міністерства або ж у випадку коли очікування є небезпечним, вчинити так як вважає за потрібне і повідомити про прийняте рішення і результати його виконання належне міністерство.

© Моряк-Протопопова Х., 2006

На намісника покладалась відповідальність за стан ведення справ у намісницькому правлінні, підлеглих йому установах та службовцях, „за доцільне і неухильне керівництво справами, на нього покладеними, і за ревне і належне користування ввіреною йому службовою владою", за всі рішення і розпорядження які він прийняв і вчинення яких ним допущено. „Ця відповідальність не змінюється від того, що справа була предметом обговорення в присутності правління і якщо прийняте рішення, чи яке-небудь інше розпорядження було наслідком постанови правління, однак за таке відповідають, разом з намісником, доповідачі і особи, що проголосували за прийняття такого рішення".

Намісник наглядав за пресою, торгівлею, промислами, об'єднаннями, театрами і видовищами, дозволами на проживання та іноземцями.

Досить важливими повноваженнями був наділений намісник у справах духовних. Так він за погодженням з єпархіальною владою призначав на посади парафіяльних священників і створював нові парафії. Самостійно визначав розмір утримання парафіяльних і місцевих священників, надавав допомогу призначену для монастирів жебракуючих монарших орденів замість збору милостині, розглядав скарги з приводу релігійних перешкод вступу у шлюб і т. ін.

Намісник був представником імператора у крайовому сеймі. Він мав право у будь-який час вимагати слова, але в голосуванні приймав участь лише в тому випадку, якщо сам був членом сейму.

Фінансовими справами у намісництві керувала крайова фінансова дирекція (Finanzlandesdirektion), „заснована відповідно з перетворенням політичних установ і у зв'язку з утворенням в окремих областях однакового порядку ведення справ фінансового управління в різноманітних його галузях, а також з метою можливого об'єднання порядку стягування прямих податків з іншими фінансовими заходами". Президентом дирекції вважався намісник.

Широкими були повноваження намісника у виборчій системі Галичини. Ним оголошувались виборчі списки, складались і оголошувались списки виборчих листів великих землевласників, провірялись списків виборців, він встановлював кількість членів виборчої комісії по виборам від великих землевласників, зрештою видавав виборчі свідоцтв для депутатів, чим мав можливість здійснювати значний тиск на вибори, їх результати. За свідченням С. Покровського, такою можливістю особливо часто користувалися намісники Галичини. Також намісник мав право розпускати представницькі органи общини і призначати нові вибори.

На намісника покладався обов'язок головувати у фінансовому правлінні області та у лікарській раді.

Маючи у своїх руках усю повноту влади виконавчої, намісник прямо майже не впливав на владу судову. Однак у кожному намісництві під головуванням і керівництвом намісника створювалась постійна змішана комісія (до неї входила однакова кількість представників з радників намісницького правління і членів вищого судового органу краю). Комісія розглядала питання пов'язані службовцями намісництва, у тому числі накладання дисциплінарних стягнень за вчинення службових проступків. Рішення прийняте більшістю голосів негайно вводилось в дію. У випадку коли рішення запропоноване намісником не набирало необхідної кількості голосів, то його передавали на спільний розгляд Головуючого вищого судового органу і намісника. У випадку неможливості досягнути згоди справа передавалась на розгляд міністерства внутрішніх справ і міністра юстиції. Дана комісія проіснувала в Галичині до 19 травня 1868 року.

У невідкладних випадках намісник мав право, під свою відповідальність, видавати для чиновників окружного правління розпорядження обов'язкові для виконання про що він негайно повідомляв змішану комісію та міністерство внутрішніх справ.

Намісник головував у крайовій шкільній раді. Вона управляла учбовою і господарською частинами (призначення на посади завідуючих і вчителів народних училищ і вчителів середньої школи, подання імператору кандидатів (трьох) на посади директорів середніх шкіл, розробку проектів законів, що стосувалися шкільних справ, програм викладання і учбових планів, які затверджувались міністром народної просвіти і т. ін.).

Станом на 1890 р в Галичині проживало 4,7 млн. осіб, з яких близько 63% становили українці, котрі були тут корінним населенням, 23% поляки, 13% євреї. Незважаючи на те, що українці становили в Галичині значну більшість, управління краєм було передано полякам.

Майже всі Галицькі намісники (11 з 17) були польськими магнатами, які вороже ставилися до українського населення. Так одного з найбільш жорстоких утискувачів галичан графа Андрія Потоцького з політичних мотивів у 1908 році убив студент Львівського університету М. Січинський,

який вбачав у цій акції справедливу помсту за вчинену кривду галицьким українцям. „Я дійшов до переконання, - говорив він на суді, - що граф Потоцький вороже відноситься до трудящих класів кожного народу в Галичині, а мого народу зокрема". 30 червня 1908 р. львівський крайовий суд у складі 12 присяжних суддів, серед яких не було жодного українця, засудив М. Січинського до страти через повішання. Під тиском громадськості Верховний суд і касаційний трибунал у Відні скасував смертний вирок і вирішив передати справу на розгляд суду в новому його складі. Новий вирок 17 квітня 1909 р. відрізнявся від попереднього лише тим, що дозволяв засудженому просити помилування у цісаря. Верховний суд і касаційний трибунал залишив це рішення у силі. Своїм правом на помилування скористався імператор Франц-Йосиф і замінив смертну кару 20-річним ув'язненням. Втекти за кордон М. Січинському вдалося за кошти зібрані головним чином серед української діаспори.

ПРИЧИНИ ТА СУТЬ КОНСТИТУЦІЙНОЇ КРИЗИ ПОЛЬЩІ (1921-1926 РР.)

Паславська О.

Тернопільський державний економічний університет

Як тільки Березнева конституція Польщі була прийнята Установчим Сеймом 21 березня 1921 р., її основні положення викликали у польському суспільстві гостру дискусію і, навіть, критику. Тому що вже сам аналіз конституційних норм привів до думки про їх односторонню будову, а це могло привести до песимістичних пропозицій стосовно її застосування в практиці. В середовищі політиків, науковців, публіцистів жваво обговорювалися такі питання, як спосіб обрання президента (народом чи парламентом), структура парламенту (одно - або двопалатна), відношення держави до церкви, національне питання. Причому виявилося кілька тенденцій. До першої належали ті, які вважали, що парламентська система для молодої Польської держави є непридатною і на цьому етапі підійшла б американська система виборів Президента. З іншого боку, певна частина польського суспільства схилялася до думки, що внаслідок недосконалої структури вищого законодавчого органу, він за такий короткий період не зумів себе проявити належним чином і завоювати довір'я громадськості.

Не можемо не відзначити, що існувала ще й третя тенденція. Суть якої зводилася до того, що всі проблеми навколо Березневої конституції є продуктом молодої Польської держави, з одного боку; з іншого, йшлося, і небезпідставно, про невдоволення Ю. Пілсудським і його оточенням змістом Конституції і початком боротьби проти певних конституційних засад, особливо в тій частині, де йшлося про вибори президента і компетенцію і прерогативи парламенту.

Мусимо зазначити, що Сейм свідомо обмежив компетенцію президента в Березневій конституції. Адже малося на увазі, що цю посаду може зайняти Ю. Пілсудський. На той час більшість польського політикуму була переконана, що він, як загальновизнаний військовий авторитет, вже виконав свою роль, захистивши Польщу від революції, що могла б відібрати владу з рук Сейму.

Ефективне функціонування прийнятої Березневої конституції, реалізація в повній мірі її засад залежали від виконання Сеймом його завдань в галузі законодавства, при формуванні уряду, оскільки при існуючій державній системі уряд вважався представником політичної більшості Сейму. Але політичне тло обраного у 1922 р. Сейму першого скликання було досить строкатим, як і склад Сенату

Природно, що на практиці для законодавчої політики держави стали характерними компромісні угоди, що були результатом взаємних уступок і торгів між політичними угрупуваннями. Тому багато важливих для розвитку країни проблем не були вирішені через неможливість порозуміння.

Відсутність постійної більшості у Сеймі заважала процесам формування урядів, а тим більше перебування урядових кабінетів при владі тривалий час. Як наслідок, вісім кабінетів міністрів були позапарламентськими. Вони створювались тоді, коли провалювалися спроби створення політичної коаліції. Прем'єр і міністри таких урядів не належали ні до одного із угрупувань Сейму, у якому кількість депутатських клубів доходила до 20. Уряди і міністри змінювалися дуже часто, інколи через кілька місяців, а депутати переважно займалися своїми справами.

Слабкість виконавчої влади призводила до запровадження надзвичайного стану, розширення повноважень вищих посадових осіб, поліційних органів, що негативно впливало на формування демократичних принципів в країні.

Все це, а також зростаюча поляризація сил і політичних настроїв, загострення політичних суперечностей у керівництві держави, претензії і амбіції політичних партій стосовно реалізації власних політичних програм мали негативний вплив на функціонування державно-політичної системи. Не сприяло політичній стабільності загострення національного питання. Обмеження прав національних меншин у галузі освіти, мови, культури, здійснення осадницької колонізації у західноукраїнських і західнобілоруських землях спричинило численні акції непокори проти політики польського уряду.

Польща як державний організм складалася з трьох частин, де спільними були тільки мова і церква. І то лише для 70 відсотків населення (поляків), оскільки 14 відсотків становили українці, 8 – євреї, 4 – білоруси і 4 – німці. З політичної, культурної, економічної точок зору всі три складові

© Паславська О., 2006

частини (регіони) дуже різнилися між собою. Найбільш відсталими були східні території – Львівське, Тернопільське, Станіславівське і Волинське воєводства.

Криза державно-політичного устрою породжувала тенденції до запровадження змін, які б зміцнили його функціонування. В цих умовах активізували політичну діяльність прибічники Ю. Пілсудського (пілсудчики), які мали чималий авторитет серед військових і частини інтелігенції. Підчас різних кабінетних перетасовувань Ю. Пілсудського не раз запрошували стати членом уряду, а двічі навіть пропонували пост прем'єра.

У 1925 р. Економічна ситуація в Польщі різко погіршилася. До цього призвели неврожай та зростаюче безробіття. Почали банкротувати невеликі підприємства. До того ж спалахнула економічна війна з Німеччиною, яка відмовилася купувати польське вугілля. Ця ситуація була на руку пілсудчикам. Вони доводили, що причиною всіх негараздів є виключення Ю. Пілсудського з політичного життя.

Це була прелюдія до травневого перевороту в 1926 р. і приходу до влади Ю.Пілсудського. Війська Ю.Пілсудського захопили Варшаву, де під час боїв загинуло 400 осіб, а 1000 осіб було поранено. Внаслідок цих подій скинуто уряд В.Вітоса, та пішов у відставку тодішній президент Польщі С.Войцеховський.

Державний переворот, здійснений Ю. Пілсудським, ввійшов в історію не як заколот, а як „травневий переворот", що стосувалося різних галузей соціального і політичного життя. З цього погляду людей, які допомагали Ю.Пілсудському, почали називати „санація" або „санаційним (оздоровчим) табором". Провідну роль у політичному житті новоутвореної Польської держави відігравали два табори – народні демократи (ендеки) та пілсудчики.

Треба зазначити, що початковий період „санаційної" диктатури сприяв розвитку держави, яку в минулому можна було порівняти з возом, що його різні партії тягнули в різні боки. В державі почалася політична й господарська стабілізація, відбулася значна інтеграція різних її регіонів, були уніфіковані органи влади на місцях. До того ж поліпшилося економічне становище країни, що було пов'язане з торгівлею вугіллям і зерном, ціна якого зросла (експорт вугілля на продаж на світовому ринку став причиною страйку англійських шахтарів). Економічне пожвавлення в країні сприяло зменшенню кількості безробітних і стабілізації польського злотого.

Після державного перевороту, здійсненого Ю. Пілсудським 12-15 травня 1926 р., питання про реформу політичного устрою стало особливо актуальним. Новий уряд К. Бартеля виступив з проектом змін і доповнень до Березневої конституції. Такий проект був затверджений Радою Міністрів 16 червня 1926 р. поданий маршалку Сейму для розгляду. Суть цього проекту стосувалася в першу чергу відносин між виконавчою і законодавчою владою, не змінюючи законної конструкції керівних влад: Президент, Сейм, Сенат і Уряд. Не торкаючись глибоких змін і загального перегляду Березневої Конституції, урядовий проект обмежився пропозиціями щодо деяких найнеобхідніших пропозицій, які мали на меті:

1. гарантування державі бюджету, ухваленого у визначений строк, що було б необхідним для нормального функціонування економіки країни і для упорядкування фінансового стану підприємств;
2. врегулювання взаємовідносин органів виконавчої і законодавчої влади, що буде основою їх подальшої співпраці;
3. упорядкування правового становища в державі, що буде основою дотримання законності і гарантування прав і свобод громадянам.

САМОВРЯДУВАННЯ ВІРМЕНСЬКОЇ ГРОМАДИ КАМ'ЯНЦЯ-ПОДІЛЬСЬКОГО (XIV–XVIII СТ.)

Попович О.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Місцеве самоврядування в Україні має давню історію. Управління в українських містах і регіонах традиційно базувалося на використанні різниць форм місцевого самоврядування (вічового права, магдебурзького права, козацького самоврядування, вірменського самоврядування тощо), що відповідало загальним тенденціям розвитку європейської цивілізації.

Певний інтерес викликає аналіз організації самоврядування вірменської громади у Кам'янець-Подільському (XIV–XVIII ст.).

У історико-правовій науці час виникнення вірменської громади у Кам'янці-Подільському не встановлено. Однак можна припустити, що перші вірменські поселенці з'явилися з виникненням міста, а саме у 1196 р. На думку М.Ю.Брайчевського вірмени проживали у Кам'янця-Подільському ще до монгольського нападу, а в період князів Коріатовичів (племінники литовського князя Ольгерда), коли почалося зростання економічного розвитку міста, вірмени відігравали значну роль у торгівельній діяльності. Можна припустити, що у XIII ст. частина вірмен переселилась з Києва, а частина з Криму, Молдавії. Приблизно у цей час великі групи вірмен, крім Кам'янця-Подільського, переселилися в інші місцевості Поділля (Язловець, Золочів, Бар, Умань, Бучач, Підгайці, Бережани та ін.) та Галичини (Львів, Кути, Самбір, Снятин та ін.). Вірмени охоче поселялись у Кам'янці-Подільському, оскільки ця територія була розміщена на перехресті важливих торгівельних шляхів, що з'єднували схід із заходом, північ з півднем. Завдяки вірменам, Кам'янець-Подільський став центром торгівлі між Литвою, Польщею з одного боку і східними країнами – з іншого.

В середині XIV ст. у Кам'янці-Подільському постійно проживало багато вірменських ремісників і купців. Литовські князі дозволяли їм будувати в місті свої будинки, магазини, склади товарів і вести обширну торгівлю. У 1388 р. у Кам'янці-Подільському була заснована вірменська церква Св. Миколи, яка вважалася центром вірменської громади. Тоді вірмени мали привілеї, надані у 1344 р. королем Казимиром Великим і 1443 р. королем Ягайло. У 1434 р., коли Поділля було приєднане до Польщі і створене Подільське воєводство, Кам'янець-Подільський став його центром. У 1463 р. він був оголошений королівським містом. Міське населення добивалось від короля підтвердження права міста на самоврядування за магдебурзьким правом, наданим у 1432 р. Міське самоврядування не було новизною для вірменських громад. Ще в XI–XIII ст. в деяких містах Вірменії існували "начальники міста", "ради старійшин", які вважалися основними органами міського самоврядування. Подібні ради існували в містах Ани, Двина, Харберді, Нахичавана та ін. Рада старійшин, яка складалася із заможних міщан, вирішувала найбільш важливі питання, пов'язані з життям міста.

Надаючи вірменам права на самоврядування, польські королі спочатку затверджували привілеї, даровані вірменам своїми попередниками. У 1496 р. польський король Я.Ольбрехт затвердив привілей, яким дозволив вірменам Кам'янець-Подільського здійснювати судочинство на основі вірменського права через свого війта. Це означало, що вірмени отримали право юридичної автономії і власного самоврядування. Саме з цього часу починається інтенсивний розвиток вірменської громади, який охопив XVI–XVIII ст. Кам'янець-Подільський був найбільшим містом на Поділлі, де жили заможні вірмени. У 1502 р. права на самоврядування вірмен затвердив Олександр І., в 1507 р. – Сигізмунд І., а в 1548 р. – Сигізмунд-Август. Останній на прохання вірмен дозволив їм випікати хліб, варити пиво, а також виготовляти інші напої та продавати їх. У 1567 р. той же польський король Сигізмунд-Август на прохання польської шляхти видав привілей, який приписував не поселяти офіцерів і солдат в будинки вірмен у мирний час. Це вважалося виключним привілеєм вірмен. У 1574 р. інший польський король Генріх Валуа підтвердив право вірмен і наказав каменецькому старості, бургомістру і радникам не підпорядковувати вірмен своїй владі, а дозволити їм здійснювати правосуддя у своєму суді. У 1576 р. король Стефан Баторій узаконив порядок виборів вірменського війта і суддів. У 1604 р. король Сигізмунд III дозволив вірменам побудувати новий будинок ратуші, оскільки попередній згорів від

© Попович О., 2006

пожежі. Згодом право кам'янецьких вірмен підтверджували королі Владислав IV (у 1633 р.), Ян Казимир (у 1649, 1652 і 1658 рр.), Август II (в 1697 р.), Станіслав-Август (в 1766 р.).

Вірмени у Кам'янець-Подільському мали свою громаду, керівником якої став війт і рада старійшин. Вірменська громада мала свій суд, який складався з 12 "добрих мужів, знаючих вірменське право". Головою вірменського суду був вірменський війт. У Кам'янець-Подільському діяли світські і духовні суди. До відання духовного суду відносилися вирішення церковних справ, релігійних конфліктів, а також питань, пов'язаних з шлюбом і сім'єю. Суддя-війт не мав права здійснювати суд одноособово. Число суддів, присутніх під час розгляду справи, переважно коливалося в межах від п'яти до дев'яти. Засідання кам'янець-подільського вірменського суду відбувалися в збудованому для нього спеціально кам'яному приміщенні, яке знаходилося у центрі міста. Терміни розгляду справ не регулювалися законом, за винятком справ приїжджих осіб, для них був встановлений строк – 4 дні. Духовні вірменські суди збиралися в міру потреби по понеділках, четвергах і суботах кожного тижня. Для них існували певні винятки, зокрема, не можна було розглядати суперечки в дні релігійних свят, дні виїзду вірменського єпископа, а також у день народження і коронації польського короля.

Посада вірменського війта була виборною. Порядок виборів війта затверджувався польським королем. Згідно королівської грамоти, вибори війта відбувалися щорічно, напередодні свята Св. Матвія. Виборцями були "сорок братів" на чолі з своїм маршалком і 50 представників від "простого люду". Останніх вибирали "сорок братів" і їх маршалок за 2–3 дні до виборів з числа "добрих, чесних і місцевих" членів вірменської громади, з умовою, щоб вони були пристойно одягнуті. До виборів список 50 представників передавався війту і членам вірменського магістрату. Війт і члени магістрату мали право запросити до себе цих осіб до виборів і мати з ними бесіду. У випадку, коли війт посилав цих осіб на вибори, то вони зобов'язані були поводитися скромно і з повагою до членів магістрату. Після того, як війт складав свої повноваження, виборці висловлювали йому вдячність за виконану ним роботу. Після того вибирали війтом одного з суддів, який ще не займав цієї посади. Із числа суддів вибирали і заступника війта, нотаріуса (секретаря суду), у обов'язки якого входило тлумачення і роз'яснення правових норм, судового виконавця, на якого покладалися поліцейські функцій.

Вибирали також керівника ради старійшини "сорока братів". У вірменській громаді Кам'янець-Подільського ця посада називалася маршалок. Маршалок як староста сорока братів відповідав за порядок у громаді, збирав податки і передавав війту, на вимогу війта давав йому інформацію про доходи і видатки.

На думку вірменського дослідника В.Григоряна, суд фактично був органом, який здійснював самоврядування кам'янецьких вірмен. Іноді цей суд називався магістратом, хоч останнє поняття більш ширше і включає раду "сорока братів", членам і керівнику якого – маршалку було надано право контролювати діяльність суду і війта.

Вірменська громада Кам'янця-Подільського мала свою печатку, виготовлену у 1550 р., яка на думку українського дослідника Я.Дашкевича, використовувалася до ліквідації вірменського суду.

Вірменська громада у Кам'янець-Подільському зберігала свої вікові звичаї і застосовувала на практиці своє право. Вірмени Кам'янця-Подільського судилися спочатку за своїм національним правом, тобто за Судебником Мхітара Гоша, який був укладений у 1184 р. і перевезений з Вірменії, зокрема і в Кам'янець-Подільський. Нові економічні відносини змушували вірменську старшину вносити зміни у свої закони. Для кам'янець-подільських вірмен у 1567 р. був затверджений окремий статут, який фактично був повторенням Вірменського статуту 1519 р. Процесуальні питання регулював складений у XVI ст. "Порядок судів і справ вірменського права".

Значну роль у самоврядуванні вірменської громади Кам'янця-Подільського відігравали братства. Вірмени створювали ремісничі, духовні та молодіжні братства. Ремісничі братства організовувалися за релігійними засадами. Особа невірменської нації не приймалася до братства. Вірменські ремісники Кам'янця-Подільського організовувались в ремісничі цехи, починаючи з 1537 р. Ремісничі братства Кам'янця-Подільського діяли на основі статуту, який визначав порядок його організації, прийняття і звільнення учнів, виборів "старших братів" тощо. Ремісничі братства фіксували окремі події своєї історії у спеціальній книзі.

У Кам'янці-Подільському посада вірменського війта існувала до кінця XVIII ст. Польський уряд поступово обмежував національне самоврядування в Кам'янці-Подільському, як і в інших вірменських громадах на українських землях.

МІСЬКЕ ПРАВО В УКРАЇНІ: ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ

Семків В.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Блащак Л.

Львівська національна академія ветеринарної медицини ім. С. Гжицького

Дослідження багатоманітних аспектів міського права в Європі показує формування на певному історичному етапі специфічних міських правових систем. У рамках таких правових систем спільними для міст були не тільки норми права, а й органи самоврядування, правова культура, правосвідомість, юридична техніка тощо. Однією з найбільш поширених і значних для Європи була німецька міська правова система. Саме її аналіз і дослідження застосування на українських землях підштовхнув до постановки проблеми міського права в Україні. Ця проблема не є абсолютно новою для української історико-правової науки. Ідея про особливості міського права в окремих містах України започаткована М. Владимирським-Будановим, у якого знаходимо термін "Львівське міське право". Історико-правовий підхід, який прямо пов'язує правовий статус міста з міським правом, формували Ф. Тарановський, С. Іваницький-Василенко. Такий підхід відповідає одній із фундаментальних європейських наукових традицій, вплив якої на історію права в Україні можна показати через методологію дослідження історії німецького міського права.

Німецьке міське право в Україні тривалий час ототожнювали з його різновидом – магдебурзьким правом. Наукові дослідження дозволили створити "карту німецького міського права", де окреслено територіально й описано поширення різних його систем: магдебурзької (м. Магдебург, Лейпціг, Галлє, області та землі Бранденбург, Сілезія, Богемія, Моравія, Польща, Україна), південно – німецької (м. Нюрнберг, Вормс, Франкфурт, Фрайбург), любекської (м. Любек, Кіль, Росток, Нарва, Новгород), віденсько-празької (м. Відень, Прага, Брюн, Кремніц). При цьому, на півночі та на заході Європейського континенту ці системи тісно співіснували, переплітались, "вклинювалися" в різні географічні регіони. Наприклад, Кенісберг та Данціг правувалися за магдебурзьким правом, а міста Ельбінг та Браунберг, які знаходилися географічно між ними, за любекським. У той же час схід тогочасної Європи (не у географічному розумінні) став територією панування магдебурзького права (не тільки великі міста, а й містечка сучасних Польщі, України, Білорусі). Природа та масштаби поширення магдебурзького права спонукають сучасних дослідників виділити його в особливе історико-правове явище, що поєднує як "чисте", "справжнє" магдебурзьке право (те, яке первинно використовувалось у Магдебурзі), так і розвинене, збагачене місцевими правовими звичаями на сході, а також те, що видавалося як магдебурзьке. Про раннє магдебурзьке право, що вже в 12 ст. виявило відмінності від діючого в Остфалії, збереглося небагато свідчень і майже не збереглося письмових документів. Частина дослідників європейського права (В. фон Брюнек) вважають, що магдебурзьці не записали свого міського права.

На думку інших (Роланд Піч) документи раннього магдебурзького права згоріли 10 травня 1631 року під час руйнування Магдебурга за Тридцятилітньої війни. Однак дослідження заснованого у 1941 році у Магдебурзі інституту дослідження магдебурзького права дозволяє узагальнити знання про найважливіші джерела магдебурзького права.

Найдавніший документ магдебурзького права – привілей магдебурзького архієпископа Віхмана від 1188 року, що містить норми кримінального та процесуального права. З початку XIII ст. найважливішими джерелами магдебурзького права стали правничі повідомлення й правничі листи магдебурзьких лавників (шеффенів) до інших міст. У правничих повідомленнях роз'яснювалися абстрактні правові питання з допомогою абстрактних положень, а в листах були конкретні відповіді – тлумачення для судів, суддів, знаті по конкретних справах.

Першим значним правничим повідомленням було так зване "Halle-Neumarkter Recht" ("Галле – Ноймарктське право") 1235 року, в якому місто Галле повідомляє про існування свого міського права. Правничими повідомленнями є повідомлення міста Магдебург Бреслау 1261 і 1265 рр., Кульму 1338 року, Швайдніцові 1363 року, Галле 1356 року, Гьорліцу 1304 року.

© Семків В., Блащак Л., 2006

Правничі повідомлення заклали основу “Sachsische Wleichbilg” (“Саксонського містоврядування, або інакше “Магдебурзького містоврядування”).

“Саксонське містоврядування” формувалося між 1235 і 1270 роками як приватна збірка, згодом об’єднана у “Weichbuchrulgata” (“Врядувальна книга міської людности”). Ця інкорпорація була перекладена декількома мовами (латинською, польською, чеською) і містила: “Wichbildchronik” (“Хроніка міської округи”), “Weichbildrecht” (“Право міської округи”), “Rechtsbuch von der Ferichts verfascutj” (“Правнича книга судового устрою”), а також “Shöffenrecht” (“Право лавників”). Серед джерел німецького міського права “Meissener Rechtsbuch” 1350 року, “Мейсенська правнича книга”, “Magdeburg – Breslauer systematishe Scoffenrecht” 1350 року (“Магдебурзько – бреславське систематичне право лавників), укладені Каспаром Поплау наприкінці XV ст. “Summa der rechte Weg genenat” (“Сума названа шляхом права”) та її наступники “Eisenacher Rechtsbuch” (“Айзенахська правнича книга”), “Blume von Magdeburg” (“Магдебурзька квітка”). Похідним від “Магдебурзько-бреславського систематичного права лавників” був “Alte Kulm” (“Старий Кульм”). У 1902 році з’явилася інкорпорація “Neun Bucher Magdeburgishen Recht” (“Дев’ять книг Магдебурзького права”), на основі якої у 1409 році створені “Polmanishen Distinktioner” (“Польманські відмінності”).

Оригінальні німецькі джерела магдебурзького права поширюючись на схід Європи, не тільки перекладались і сприймались, а й змінювались під впливом місцевих чинників. У Польщі латинською мовою тричі було перекладено Speculum Saxonum. Праці Ласького, Яскера, Щербича, Гроїцького не були простими перекладами основних джерел магдебурзького права, а способом їх переробки і рецепції. Недаремно Бартоломеус Гроїцький, твори якого перекладалися і використовувалися в Україні, пропонував назвати магдебурзьке право “Jus municipale polonicum” (“Польське міське право”). Ця вимога означала, що магдебурзьке право в Польщі не тільки прижилося, а й стало основою нового юридичного явища – польського міського права. Ідеї українських вчених про львівське міське право не тільки підтверджували поширення магдебурзького права в Україні (Львів, Кременець, Київ, Полтава, Вінниця), а й акцентують увагу на його розвитку, набутті тих особливостей, які з одного боку відрізняли міське право України від “чистого” магдебурзького права, а з іншого – істотно збагачували його.

Українська історико-правова наука сформувала певні засади дослідження особливостей міського права в Україні. С.М. Іваницький-Василенко у науковій розвідці “Джерела магдебурзького права в Західній Русі й Гетьманщині” заклав методологічний підхід, який полягає у порівнянні норм магдебурзького права в Україні з аналогами у німецьких містах. Тобто дослідження міського права в Україні неможливі без методів історико-порівняльного правознавства. На визначення хронологічних рамок дослідження безпосередньо впливають праці А. Ткача та В. Кульчицького. Зокрема, В. Кульчицький відійшов від традиційного обмеження досліджень міського права тільки середньовіччям. Відтак історія міського права в Україні початком має руське міське право і триває до сьогоднішнього дня. Важливою є наукова позиція М. Кобилецького, який вважає, що норми магдебурзького права застосовувалися не тільки в містах, містечках, а й селах України. На таких засадах варто формувати географію дослідження.

Принциповим є питання про зміст поняття “міське право”. В. Кіселичник стверджує, що воно застосовувалося принаймні у трьох значеннях: як природне право громади на самоврядування; як сукупність актів органів міського самоврядування, звичаєве право; як право на здобуття міського громадянства.

Таким чином, історія міського права в Україні потребує комплексного, ґрунтовного дослідження. Це дослідження повинно підтвердити чи спростувати гіпотезу про існування українського міського права як унікального історичного та сучасного правового феномена.

ДО ПИТАННЯ ПРО УТВОРЕННЯ ТА ДІЯЛЬНІСТЬ УКРАЇНСЬКОЇ ГОЛОВНОЇ ВИЗВОЛЬНОЇ РАДИ (1944-1950 РР.)

Тищик Б.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Тривала Друга світова війна. Німецько-фашистські війська під ударами радянської армії відступали. Від них була звільнена вже більша частина України, військові дії точились на західноукраїнських землях. Тут активну діяльність розгорнули українські національно-патріотичні сили – ОУН (Організація українських націоналістів, що виникла у 1929 р.) та УПА (Українська повстанська армія (1942 р.).

Вони ставили своєю метою звільнити українські етнічні землі від панування чужинців та створити вільну соборну українську державу.

Час для цього настав, вважали керівники ОУН-УПА, оскільки дві воюючі між собою потуги – Німеччина і Радянський Союз – були значно ослаблені війною.

У першу чергу належало створити українські державні органи, які мали б представляти український народ перед іншими державами та світовою громадськістю, об'єднати, консолідувати і координувати роботу всіх українських сил і структур, керувати політичною і збройною боротьбою проти окупантів.

Необхідність створення таких органів диктувала й міжнародна ситуація. Зокрема, в кінці 1943 р. у Тегерані відбулася за участю керівників трьох союзних держав (президента США – Ф.Д. Рузвельта, прем'єр-міністра Великої Британії У. Черчілля та голови РНК СРСР Й. Сталіна) конференція, на якій серед інших питань обговорювалось питання визначення кордонів повоєнної Європи. Про необхідність створення українських державних органів в ОУН-УПА мова велася уже давніше, зокрема на 3-му Надзвичайному зборі ОУН, який відбувся у серпні 1943 р. поблизу Бережан на Тернопільщині.

З цією метою у січні 1944 р. було створено так званий ініціативний комітет із дев'яти осіб на чолі з Л. Шанковським. Він повинен був провести всю підготовчу роботу щодо скликання представницького Великого збору делегатів, де було б утворено відповідні державні органи. Комітет розгорнув активну діяльність, повівши переговори з усіма українськими політичними партіями, організаціями, рухами.

Переважна більшість з них погодилась послати своїх делегатів, крім ОУН Мельника.

Часу для створення українських державних органів було обмаль, бо польські політичні сили, еміграційний уряд на чолі з С. Миколайчиком (перебував у Лондоні) докладали усіх зусиль, щоб Волинь і уся Галичина увійшли до складу відновлюваної Польської держави.

В умовах глибокої конспірації Великий збір делегатів повинен був розпочатися 11 липня 1944 р. Місцем збору обрано лісництво на узбіччі гори Виділок між селами Звір і Сприня на Старосамбірщині у Карпатах.

На кілька днів наперед сюди прибули загони вояків УПА, які надійно оточили трьома охоронними лініями місце збору. Відповідав за охорону командир Дрогобицької військової округи УПА-Захід Іван Белейович.

Засідання Великого збору розпочались, як планувалось, - 11 липня 1944 р. На нього прибуло двадцять уповноважених делегатів. Ще п'ять делегатів з різних причин прибути не змогли. Делегати збору представляли різні політичні сили з різних регіонів України. Серед делегатів було двоє жінок – К. Мешко і Д. Ребет.

Головуючим на зборі обрали Р. Волошина, уродженця Волині, юриста за фахом. До скликання представницьких Установчих зборів делегати збору проголосили себе тимчасовим українським парламентом під назвою Українська Головна Визвольна Рада (УГВР).

Основною метою і завданням УГВР було об'єднати і координувати дії всіх самостійницьких визвольних сил в Україні та поза нею з метою боротьби проти ворогів, за утворення незалежної Української держави.

© Тищик Б., 2006

Важливим питанням, яке обговорювалося на зборі, було прийняття “Платформи УГВР” та “Устрою УГВР”. У “Платформі” чітко, по пунктах, викладено мету діяльності УГВР і шляхи її досягнення, а серед найближчих завдань – створення “Українського державного уряду” та скликання “першого всенародного представництва”. Тут також йшлося про ідейно-програмні засади забезпечення вільного розвитку українського народу, його національної єдності, культури мови й самобутності, відновлення його державності, яка, в свою чергу, повинна забезпечити вільний розвиток нації, добробут її громадян.

У “Платформі” підкреслювалось, що Україна прагне до порозуміння і мирного співіснування з усіма сусідами на засадах взаємної поваги до територіальної цілісності, суверенітету, взаємного визнання прав держав на етнографічних землях кожного народу.

У акті про “Устрій УГВР” йшлося про організацію і структуру ради, яка в умовах встановлення на теренах Наддніпрянської України “антиукраїнського сталінсько-тоталітарного комуно-більшовицького режиму” оголошувалась найвищим тимчасовим керівним органом Українського народу, “єдиним репрезентантом його політичної волі перед зовнішнім світом”.

До складу УГВР були уведені усі двадцять прибулих на збір делегатів, кооптовано ще п’ять осіб, що не змогли прибути, а згодом – ще п’ятеро. Отже, всього УГВР налічувало 30 осіб.

Обрано Президію УГВР на чолі з президентом. Ним став полтавчанин Кирило Осьмак; віце-президентами обрано В. Мудрого, о. д-ра І. Гриньоха і І. Вовчука, членами Президії З. Пеленського, М. Прокопа, Д. Ребет.

У складі ради утворено контрольну комісію, бюро інформації. Згодом мали бути утворені інші комісії. Обрано й голову Генерального суду (Я. Біленького).

На зборі сформовано уряд майбутньої Української держави – Генеральний секретаріат. Його очолив Роман Шухевич. Секретарем (міністром) внутрішніх справ обрано Р. Волошина, секретарем закордонних справ – М. Лебедя, військових справ – Р. Шухевича. Секретарів інших ресортів (галузей) державного життя вирішено обрати дещо пізніше.

Ухвалено текст Універсалу – звернення до українського народу та текст присяги вояка УПА.

Після закінчення збору УГВР та уряд розгорнули активну діяльність. Їх члени роз’їхались по регіонах, час од часу збираючись на спільні засідання. Деякі виїхали за кордон для налагодження контактів з західними країнами. На початку серпня 1944 р. відбулася зустріч президента К. Осьмака з командуванням та деякими з’єднаннями УПА, які склали урочисту присягу на вірність Україні. Правда, вже 12 вересня пораненого в одному з боїв К. Осьмака заарештували органи НКВС, загинуло в боях ще кілька членів УГВР.

Проте УГВР, поповнена новими людьми, продовжувала діяльність. Зокрема, нею була прийнята постанова про визнання 14 жовтня Днем УПА (УПА була утворена 14. Х. 1942 р.), постанова про встановлення нагород і відзнак українських визвольних змагань, нагородження ними бійців і командирів УПА, про присвоєння військових звань та ін. Бюро інформації УГВР видавало підпільну літературу – газети, брошури, листівки, у т.ч. за кордоном.

Але нерівна боротьба ОУН-УПА з могутнім радянсько-тоталітарним режимом не могла тривати довго. 5 березня 1950 р. загинув командуючий УПА і голова уряду Р. Шухевич, загинуло, було заарештовано або емігрувало чимало інших керівників та кілька сотень тисяч учасників визвольного руху. До середини 50-х років цей рух майже повністю був придушений.

ФОРМУВАННЯ ФІНАНСОВО-КРЕДИТНОЇ СИСТЕМИ ЯК ФАКТОР ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ (НА ПРИКЛАДІ УКРАЇНСЬКОЇ ЦЕНТРАЛЬНОЇ РАДИ)

Ткаченко А.

Українська академія банківської справи Національного банку України

Постановка проблеми саме у такому контексті зумовлена тим, що з утворенням Української Центральної Ради (далі – УЦР) було започатковано процес відродження української державності XX століття. Важливим фактором державотворення стало формування фінансово-кредитної системи як одного з механізмів вирішення нагальних проблем розвитку державності. Актуальність дослідження зумовлена тим, що відбувались вони, чи не вперше, в умовах українського державотворення, по-суті, співпадаючи одне з одним. Значний вплив на розвиток фінансово-кредитної системи мали політичні мотиви, що загострювало вирішення політико-правових проблем у цій сфері. Актуалізують підходи і спроби пошуку ефективних механізмів банківської діяльності та їх правового забезпечення. Сучасний етап розвитку держави не знімає з порядку денного зазначені проблеми, вимагаючи пошуку шляхів їх вирішення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій дає підстави стверджувати, що дослідники в основному приділяють увагу формуванню фінансової і кредитної системи фактично не розглядаючи їх у контексті державотворення. Невирішеними частинами загальної проблеми все ще залишаються пошук та правове регулювання кредитно-фінансових і банківських механізмів вирішення нагальних проблем розвитку національної держави.

В період УЦР відбулось відродження національного державотворення. Одним із факторів забезпечення цього історичного процесу стало створення і розвиток її фінансових інститутів і забезпечення їх функціонування. Щоправда розвивалися ці процеси не без проблем, оскільки саме розуміння держави і формування її фінансово-кредитної системи не співпадали. Так Голови Генерального секретаріату (далі – ГС) В. Винниченко зазначав, що "всяке державне збудування тільки тоді може бути міцним, коли в основу його поставлено не примус, а добру волю…", що створювало певні колізії щодо розуміння механізмів державно-правового регулювання. Скептицизм щодо розуміння зазначених підходів викликає і його позиція щодо української держави як такої: "Як марксист, – зазначав він, – необхідності самостійності як політичної форми для України я не передбачаю".

Невирішеність фундаментальних питань державотворення негативно впливало на розробку конкретних напрямків політики у тому числі й у фінансово-кредитній сфері. Так на засіданні УЦР 27 червня 1917 р. соціал-революціонер Д.І. Личко зазначив, що якби була автономія, то питання вирішували б на основі фінансового права. УЦР навіть не ставила питання фінансової політики до кінця червня 1917 р. у розряд актуальних. "Звісно, фінансової справи ми не можемо зразу ставити на цілком державний ґрунт, зазначалось у Декларації ГС від 27 червня 1917р., а повинні обходитись поки що засобами, які мають у своїй основі майже виключно моральну силу". Конкретне вирішення питань банківської і фінансової діяльності пов'язувалось із набуттям автономії.

УЦР до прийняття ІІІ Універсалу в цілому недостатньо уваги приділяла питанням фінансово-кредитної діяльності. Причина цього полягала у невизначеності таких питань, як українська державність, соціальна політика, принципи економічної і фінансово-кредитної діяльності. Не були вирішені і такі питання, як фінансування, оподаткування, бюджет, грошова одиниця та ін. Зазначений підхід зумовив безсистемне вирішення проблем. Секретарство фінансів більше переймалось очікуванням визначеності, що зумовлювало прагматичний підхід до вирішення питань, які лежали поза площиною державної, економічної і правової стратегії. Лише через дев'ять місяців після утворення УЦР 9 грудня 1917 р. на засідання Малої ради було винесено низку фінансових законопроектів.

У сфері фінансів першочерговим завданням було створення фінансової комісії і розробка фінансової програми. Проте робота ускладнювалась тим, що на травень економічну програму мали лише партії революціонерів-демократів, соціал-демократів і соціал-революціонерів. Ключовим являлось питання, чи може УЦР як коаліційний орган різних партій, кожна з яких має свою

© Ткаченко А., 2006

економічну платформу, займатися розв'язанням економічних проблем, чи, може вона займатися тільки економічними справами щодо автономії України? На п'ятій сесії УЦР 26 червня 1917 р. при обговоренні Декларації ГС лідер фракції УПСР М.М. Ковалевський закликав закласти основи кредитно-фінансової політики. Проте лише 17 квітня 1918 р. міністерству фінансів доручалось представити конкретний план фінансово-економічної політики.

У кінці квітня 1918 р. рішенням Малої ради була створена Головна економічна рада. Її завданням було визначено об'єднання і координація усіх державно-господарчих заходів України, розробці основ фінансової системи республіки та засобах державного контролю над банками і грошовим ринком. Отже, Головна економічна рада отримала правовий статус одного із вищих органів держави.

17 червня 1917 р. було створено Генеральний секретаріат, який мав завідувати в т.ч. і фінансами. Революціонер-демократ О.Я. Шульгін на п'ятій сесії УЦР 23 червня 1917 р. наголошував на некоректності створення уряду за відсутності самостійної держави і зазначав, що з "погляду державного права слово "правительство" ужите бути не може". На засіданні Малої ради 1 серпня 1917 р. Б. Мартос зазначив: "Коли Центральна рада вибрала нас в генеральні секретарі … обов'язки деякі ми на себе взяли, хоч сказали, що влади не беремо". Лише 6 серпня 1917 р. на засіданні Малої Ради В. Винниченко вперше зазначив, що ГС наділений владними повноваженнями.

Водночас надто відверто звучали питання щодо його бездіяльності. Правову оцінку цього дав В. Винниченко на сьомій сесії УЦР: "Генеральний Секретаріат існував досі більш фіктивно, ніж реально, бо у нього не було майже жодних органів і апаратів". Однією із причин такого стану В. Винниченко назвав і фінансову справу, пояснюючи це тим, що ГС не мав своїх фінансів, Тимчасовий уряд (далі – ТУ) притримувався політики централізації, обминав ГС, давав зрозуміти місцевим органам, щоб вони зносились з ним в обхід ГС.

Є вагомі підстави вважати, що ГС фінансів виконував більше політичну функцію, що, ймовірно, не дозволяло йому достатньо професійно виконувати свої обов'язки. На сесіях УЦР він проголошував часто політичні декларації, аніж питання кредитно-банківської діяльності. Як до отримання Тимчасової Інструкції Тимчасового уряду ГС на Україні 4 серпня 1917 р., так і після, ні про яке самостійне нормативно-правове регулювання фінансово-кредитної діяльності мова йти не могла. Інструкція чітко встановлювала, що всі закони України мав затверджувати російський уряд. Всі фінансові обрахунки, ухвалені УЦР, ГС мав направляти на затвердження ТУ.

Не володіючи реальними фінансовими ресурсами, УЦР змушена була ухвалювати рішення на видачу позики, вести переговори з ТУ на предмет асигнування коштів. 8 вересня 1917 р. на засіданні ГС було прийнято постанову провести переговори з ТУ у справі грошових асигнувань, аналогічне завдання ставилось і комісарові при ТУ. В. Винниченко на засіданні Малої ради від 10 жовтня 1917 р. зазначив, що ГС через неотримання коштів від ТУ, змушений позичати їх під векселі.

Фінансово-кредитна політика ТУ щодо України викликала справедливі нарікання. 9 вересня 1917 р. член фракції УСДРП М. Порш закликав покласти кінець фінансовій експлуатації Петрограда. ГС фінансів М. Туган-Барановський 29 жовтня 1917 р. констатував: "Ми стоїмо нижче всякого земства, яке має право накладати податки, яке має свої власні бюджети, а ми одержали тільки мізерних 300 000 (крб.) на всю Україну". Він характеризував промислову і банківську політику ТУ щодо України як таку, що висмоктує соки з України задля розвитку промисловості у Великоросії через ощадні каси, які дають Петроградові мільйони наших грошей" . Члени ГС неодноразово звертали увагу на брак коштів, на те, що "…своїми крайовими коштами Генеральний секретаріат ще не розпоряджається…". На восьмій сесії УЦР 13 грудня 1917 р. В. Винниченко звернув увагу на те, що майже половина з податків України залишалась на Московщині. На засіданні ГС 4 листопада 1917 р. В. Мазуренко констатував наявність фінансової кризи. Для її подолання було визнано потрібним припинити висилку капіталів з України шляхом підпорядкування ощадних і позичкових установ, через які перекачувались ТУ у Росію величезні кошти.

Оскільки УЦР не мала власної грошової системи, їй довелося звертатися за готівковими коштами і до банківських установ радянської Росії. Російський Раднарком використовував це як один із засобів тиску на Центральну Раду. 30 листопади 1917 р. радянський комісар Державного банку Г. Пятаков заявив, що постачання грошей в Україну можливе лише за умови визнання Раднаркому верховною владою і влади рад на місцях.

За таких умов стала зрозумілою необхідність формування національної фінансово-кредитної системи. У 20-х числах листопада 1917 р. ГС розглянув заходи щодо випуску українських грошей з

забезпеченням цукровим фондом і відсоткових паперів та заснування Головного українського казначейства. 2 грудня 1917 р. ГС санкціонував випуск державних кредитних білетів. 19 грудня 1917 р. на засіданні Малої ради було заслухано і прийнято "Тимчасовий закон про випуск держаних кредитових білетів Української Народної Республіки". Закон зазначав, що кредитні білети УНР випускаються Державним банком в розмірі строго обумовленому дійсними потребами грошового обміну під забезпечення тимчасове, до утворення золотого фонду, майном, доходами УНР від монополій, після одержання на відповідну суму зобов'язань Державної скарбниці республіки. Сума випуску грошей не повинна була бути більшою половини річного доходу від монополій. Перший випуск грошей становив 500 млн. крб. Більше цих грошей можна бути випускати з дозволу законодавчої влади. Нові гроші звалися "карбованцями", кожен карбованець мав 17,424 долі чистого золота і становив 200 "шагів".

Законопроект про грошову одиницю, випуск монети і друк кредитних державних білетів було розглянуто на засіданні Малої ради 1 березня 1918 р. У середині квітня міністерству фінансів доручалось внести в УЦР законопроект про збільшення емісійного права Державного банку на 100 млн.; без перерви провадити друк грошових знаків і зобов'язань Держаної скарбниці, аби мати грошовий запас.

У Декларації ГС від 29 вересня 1917 р. було декларовано необхідність децентралізації загальнодержавних і місцевих українських фінансів. У контексті цього принципу фінансової політики був сформульований надзвичайно важливий пункт щодо банківської діяльності. Так, зокрема, зазначалось, що в найближчому часі буде вироблено законопроект про те, що на чолі всіх кредитних установ України має стати Національний український банк як однин із надзвичайно важливих механізмів розбудови української держави та як умова фінансово-економічного захисту території України. Його діяльність мала бути узгодженою з діяльністю другої центральної кредитної установи в Україні – Українського народного банку.

У постанові від 10 листопада 1917 р. містилась низка заходів щодо подолання фінансової кризи. Першим з-поміж них було рішення про перетворення Київської контори державного банку тимчасово в Центральний банк України. Очевидно, що відтепер мова йшла про дві центральні банківські установи, функції яких не були визначені. Водночас, коли мова йшла про Український національний банк, то малась на увазі банківська установа держави. Центральний банк України створювався тимчасово, можливо для подолання фінансової кризи. Повноваження банку визначались його правим статусом як Центральної банківської установи, уповноваженої приймати прибутки від усіх урядових установ та підприємств. Отже, впровадження національної грошової одиниці і створення банківських установ стало важливим фактором українського державотворення.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ НОТАРІАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В КОДИФІКАЦІЯХ УКРАЇНСЬКОГО ПРАВА XVIII – ПЕРША ПОЛОВИНИ XIX СТ.

Ясінська Л.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Аналізуючи процес становлення нотаріальної діяльності в українському праві, можна стверджувати, що за часів Гетьманської держави відбувається подальший її розвиток, який базується на підвалинах, закладених Руською Правдою, звичаєвим та литовсько-руським правом.

В Інструкції судам 1730 р., гетьмана Д. Апостола, вперше після Литовських статутів ми стикаємося з детальною регламентацією порядку оформлення прав власності на землю, здійснення протестів, складання духовних записів (заповітів). Цим питанням присвячена окрема, 14 стаття. У цивільному праві Гетьманщини це був важливий крок, оскільки раніше нерухоме майно часто переходило шляхом не формальних актів, а усних договорів, "голослівно", за словами інструкції, що створювало тяганину в судах. Пункт 14 "Інструкції судам" зобов'язував сотенних і городових, а в тих місцевостях, де були магістрати, – їх урядників видавати на прохання людей "купчі" записи і духівниці без хабарів, "противних праву", вказувати межі земельних ділянок з обов'язковою у разі здійснення такої угоди участю сусідів по ділянці – "помежников". Акти підписувались сотенними (городовими) старшинами, а в селах – священиком, дяком, отаманом, війтом чи іншими людьми, які заслуговували на довіру, а також продавцями, заповідачами, заявниками, свідками. За неграмотних підписувались „рукоприкладчики", хрести ж ставити замість підпису заборонялося.

Наведена форма і порядок засвідчення речових прав на нерухоме майно були обов'язковими. Інструкцією, отже, встановлювалось, що "голословно же, без купчих писем, от сего времени жадних грунтов негде не продавать, ни покуповать".

Іншою надзвичайно важливою пам'яткою права Гетьманщини був "Процес короткий приказний" 1734 р. В цьому акті знаходимо багато положень, які викликають значний інтерес для дослідження питань становлення та розвитку нотаріату в Україні. Аналізуючи ті статті „Процесу", які регламентували процесуальний порядок оформлення переходу права власності, укріплення речових прав, складення заповітів, оформлення спадкових прав, а також тих, що відносяться до оцінки доказів та до санкцій за недотримання встановленої форми угоди, доходимо висновку, що джерелом цих статей були винятково норми Литовських статутів, Зерцала Саксонів та Порядку Магдебурзького. Отже, говорячи про розвиток нотаріальної діяльності в Україні в перші десятиліття після Переяславської Ради, ми констатуємо, що вона ґрунтувалася на попередніх традиціях і, незважаючи на те, що в Україні поступово поширювались норми порядку "великоросійського", про що і вказує згаданий Процес, скільки-небудь відчутного впливу на нотаріальну діяльність вони не справили.

"Процес" не містить спеціальної норми, яка б прямо зобов'язувала оформляти перехід майнових прав у встановленому порядку під загрозою недійсності угоди. Однак у більшості статтях, що регулюють цивільні правовідносини, ми стикаємось із вимогами про пред'явлення кріпостей, записів, духівниць та ін., здійснених "на уряді"; в багатьох випадках при вирішенні цивільних спорів указувалось про віддання переваги саме належно оформленим документам. У деяких випадках "Процес" нібито рекомендує укладати угоди в офіційному, встановленому порядку, попереджуючи про можливі небажані наслідки від неналежного оформлення угод.

Положення одного із найцінніших пам'яток права України XVIII ст. – "Суду і розправи в правах малоросійских" 18 жовтня 1750 р. свідчать про те, що передача майна, навіть у пожиттєве користування вимагала спеціального оформлення у відповідних органах місцевої влади, а перехід права на нерухоме майно оформлявся в земських судах по особистому заявленню відчуджувача і запис про угоду вносився в земські книги. Встановлена форма була обов'язковою, під загрозою недійсності угоди і відмови у судовому захисті. Пункт 8 глави VII резюмує правила оформлення переходу права власності на нерухоме майно, приписуючи — "если желаеш имения чужого или грунт набуть правилно и чтоб тебе бил крепок недвижимо и безобидно... всякой запись, на оселость кому данній, сознать на суде земском персонально".

© Ясінська Л., 2006

Найповніше уявлення про діючі на Україні в середині XVIII ст. норми так званого нотаріального права дає Звід законів, що набув назву “Прав, за якими судиться малоросійській народ” 1743 р. За загальним правилом, закріпленим у Правах, письмові акти як доказ у процесі мали перевагу перед усними угодами. Для більшості цивільно-правових правочинів кодекс встановлював **обов’язкову письмову форму**. У зв’язку із питанням про доказову силу письмових актів Кодекс детально регламентує систему явки, урядового ствердження, реєстрації та запису до урядових (судових) книг письмових актів. П. 1 арт. XIX вказує на одне із найважливіших завдань спеціальної (використовуючи сучасну термінологію — *нотаріальної*) форми посвідчення угод – запобігання можливим суперечкам, які надто, зважаючи на їхню кількість, завантажують суди, оскільки потребують вирішення у судовому порядку. Щоб запобігти таким ситуаціям, “належит такие записи сочинять ясно и аккуратно, изображая и докладивая в них всякие потребние обстоятельства..., а как би могло бить исправное и обстоятельное сочиненіе тех записей, и как надлежит оние в градские книги вписивать, и з книг випись требующей стороне давать, на то здесь излагаются форми”. Пункт 3 артикулу III глави XIV встановлював, що “не токмо недвижимых, но и движимых именій продажи и уступки, и всякие обязательства, зделки, и контракти, или уговори, которие записей урядових требуют, имеют бить записивани на урядах, а во всякие такових урядових записях, или крепостах, надлежит означивать, имянно год, и число месяца, не циферно, но слогом писменним, с приложением того суда печати, во всяком же уряде своя печать бить должна”.

Подальші зміни, що відбувалися в суспільно-економічних і політичних відносинах в 60 – 80-х роках XVIII ст. зумовили появу двох оригінальних пам’яток права — “Екстракту Малоросійських прав” 1767 р. та “Эстракту из указов, инструкций и учреждений, с розделением по материям, на девятнадцать частей 1786 г.” Саме у цьому збірнику в частині II “Про середні і нижчі малоросійські, раніше і нині існуючі суди і їх посади” **вперше в історії українського нотаріату є згадка про посаду публічного нотаріуса,** яка вводилась в апарат губернського магістрату. В “Установі про губернії 1775 р.”, на яку посилається “Екстракт”, взагалі нічого не сказано про посаду нотаріуса чи відповідну їй за колом повноважень. Дещо пізніше, згідно із “Уставом благочиния” 1782 р. в Росії була впроваджена посада приватного маклера з певними, у тому числі нотаріальними, функціями. В 1831 р. в Росії були установлені посади біржових нотаріусів та маклерів і лише у 1866 р. Положенням про нотаріальну частину — публічні нотаріуси.

Серед пам’яток права України одне із найважливіших місць посідає Зібрання Малоросійських прав 1807 р. У трьох його частинах, а також поясненнях і додатках систематизовані правові норми, що визначали головні риси цивільного, шлюбно-сімейного та спадкового права Лівобережної та Правобережної України (губернії Київська, Волинська, Подільська, які перейшли до Росії в результаті поділу Польщі у 1793 р.). Аналіз цієї кодифікації дозволяє припустити, що нотаріальне законодавство початку XIX ст. розвивалося на міцних підвалинах, закладених “попередніми правами”. Адже норми, що регулювали зобов’язальні відносини (наприклад, розділ “Про дарчі записи”; розділ “Про купчі кріпості чи про купівлю і продаж”; розділ “Про позички і позику”; розділ “Про право по закладній” тощо) були взяті з Литовського Статуту (132 посилання), Зерцала Саксонів (69 посилань), права Хелмінського (55 посилань), найбільша за обсягом третя частина зібрання, присвячена праву власності, містить 264 посилання на Литовський Статут; 251 – на Зерцало Саксонів; 135 – на право Хелмінське і 43 – на право Магдебурзьке.

Правомірність нашого припущення підтверджує і пам’ятка кодифікації діючого українського права поч. XIX ст. – Звід місцевих законів західних губерній 1837 р. Ретельно розроблений розділ III книги II частини 2 Зводу Про порядок набуття і зміцнення прав на майно. На думку відомого дослідника історії кодифікації цивільних законів у XIX ст. барона А. Нольде, місцеве право (тобто українське), норми якого головно стали джерелом цього розділу, виробило низку формальних особливостей, які значною мірою відрізняли його від загального права (мається на увазі імперського).

Порядок здійснення і засвідчення актів у місцевому Зводі був визначений значно детальніше, ніж у загальному Зводі законів Російської імперії. “Можна сміливо сказати, - зазначав А. Нольде, - що ця частина в місцевому законодавстві була поставлена краще; незважаючи на ту увагу, яку приділяв загальний Звід всім питанням формального, чисто обрядового характеру,...всі правила його з цього предмета страждали і невизначеністю і недомовленістю. Внаслідок цього, вони відкривали широченний простір для тяганини і вкрай полегшували досвідченим крючкотворам створення штучних труднощі та в дійсності не захищали нічиїх прав.”

СЕКЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НАУК

ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЕКОЛОГІЧНИХ ПРАВ ГРОМАДЯН У СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ ГЕНЕТИЧНО МОДИФІКОВАНИХ ОРГАНІЗМІВ І МАТЕРІАЛІВ

Завгородня В.

Українська академія банківської справи Національного Банку України

У ст. 50 Конституції України встановлено, що кожен має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування шкоди, завданої порушенням цього права Кожному гарантується право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення. Зазначеним правам кореспондують закріплені в чинному законодавстві та міжнародних договорах України обов'язки держави забезпечувати екологічну безпеку та підтримувати екологічну рівновагу, зберігати біологічне різноманіття і стале використання природних ресурсів.

Оскільки утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним завданням держави, остання має створювати належні механізми реалізації та захисту цих прав, в тому числі у сфері застосування біотехнологій та генної інженерії.

В останні роки генна інженерія, як і взагалі біотехнології, досягла високого рівня. Проте доводиться констатувати, що правове регулювання впровадження її досягнень, інформування громадськості про застосування генетично модифікованої продукції, а також контроль за безпечністю цієї діяльності в Україні практично відсутні.

У нормативно-правових актах внутрішнього законодавства немає визначень понять "генна інженерія" та "біотехнології". В Конвенції про охорону біологічного різноманіття біотехнології визначаються як будь-який вид технології, пов'язаний з використанням біологічних систем, живих організмів або їх похідних для виготовлення або зміцнення продуктів, або процесів з метою їх конкретного вживання. Згідно з положеннями Картахенського протоколу про біобезпеку до цієї Конвенції, сучасна біотехнологія означає застосування:

- методів in vitro з використанням нуклеїнової кислоти, включаючи рекомбіновану дезоксирибонуклеїнову кислоту (ДНК) і пряму ін'єкцію нуклеїнових кислот в клітини або органели, або
- методів, які ґрунтуються на злитті клітин з різним таксономічним статусом, які дозволяють подолати природні фізіологічні репродуктивні або рекомбінаційні бар'єри і які не є методами, що використовуються при традиційному схрещуванні та селекції.

У спеціальній науковій літературі зазначається, що генна інженерія є одним із методів біотехнологій (поряд із мікробіологічним синтезом, клітинною та білковою інженерією, інженерною ензимологією, культивуванням клітин рослин, тварин та бактерій та ін.) і полягає у вилученні з клітин організму генів, сполучених з певними молекулами нуклеїнових кислот та впровадження отриманих гібридних молекул в клітини іншого організму з метою конструювання нових, відсутніх у природі комбінацій генів.

Хоча використання генетично модифікованих організмів та матеріалів дозволяє значно підвищити врожайність сільськогосподарських культур, зменшити обсяги застосування пестицидів і агрохімікатів, покращити споживні якості продуктів харчування, створити нові високоефективні фармацевтичні препарати тощо, однозначно стверджувати, що виробництво, споживання, транскордонне переміщення генетично модифікованих організмів та матеріалів є абсолютно біологічно безпечним на сучасному етапі не можна. Використання генетично змінених організмів і матеріалів пов'язане з виникненням низки потенційних ризиків, як відомих, так і тих, які сьогодні ще не передбачаються науковцями.

За характером можливої шкоди ці ризики можуть бути поділені на:

1) економічні (поширення створеної на основі технологій генної інженерії дешевої продукції іноземного походження на українських ринках, що може привести до втрати конкурентоспроможності вітчизняними виробниками);

© Завгородня В., 2006

2) екологічні, які в залежності від об'єкта створення загрози, в свою чергу, включають:

- ризики заподіяння шкоди життю та здоров'ю людини в результаті проявів токсичних, алергеннонебезпечних та інших властивостей генетично-модифікованої продукції, які пов'язані із відсутністю біотехнологічних методів дослідження, що гарантували б тривалу безпеку при використанні цієї продукції;
- ризики заподіяння шкоди довкіллю, які охоплюють загрозу збереженню і сталому використанню біологічного різноманіття, можливість порушення екологічного балансу. Наприклад, з генетично-модифікованими рослинами пов'язується ризик передачі чужорідних генів у ДНК природних рослин внаслідок перехресного запилення, не виключається поява в результаті передачі генів супершкідників і супербур'янів.

Наведений перелік ризиків не є вичерпним, адже генна інженерія сучасного рівня є молодою наукою, що бурхливо розвивається. Для здійснення будь-яких остаточних висновків щодо безпечності генетично-модифікованих організмів на матеріалів потрібен експеримент тривалістю хоча б у людське життя, а можливо навіть і життя двох-трьох поколінь.

Єдиним способом мінімізувати зазначені ризики є встановлення жорстких нормативних вимог до застосування результатів генної інженерії, чітке законодавче регулювання, яке б забезпечило біологічну безпеку людини. Не менш важливим доведення до громадськості і кожного конкретного споживача інформації про наявність генетично-модифікованих складників у тій чи іншій продукції.

Згідно з Переліком видів діяльності, що становлять підвищену екологічну небезпеку, який затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 17 вересня 1996 р., біотехнічне виробництво віднесене до видів діяльності, що становлять підвищену екологічну небезпеку. Відповідно до ст. 92 Конституції України основи екологічної безпеки, в тому числі у сфері біотехнологій, визначається виключно законами України. Однак на поточний момент такого закону немає, а два проекти, подані на розгляд Верховної Ради України ("Про основи державної політики в галузі генетичної інженерії" 1997 р та "Про державну систему біобезпеки при створенні, випробуванні та практичному використанні генетично модифікованих організмів" 2002 р.) залишилися не схваленими.

У ст. 2 Закону України "Про безпечність та якість харчових продуктів" передбачено, що обіг харчових продуктів, які містять, складаються чи вироблені з генетично модифікованих організмів, регулюються спеціальним законодавством, яке на сьогоднішній день також відсутнє.

На нашу думку мінімізації вказаних вище ризиків та забезпеченню охорони і захисту прав громадян в цій сфері сприятимуть наступні заходи.

По-перше, має бути прийнятий спеціальний закон, який регулював би порядок створення, випробування, використання і транскордонного переміщення генетично-модифікованих організмів та матеріалів з урахуванням ризиків, пов'язаних з такою діяльністю. Цим законом слід встановити чіткі визначення понять "генна інженерія", "біотехнології" "генетично-модифікований організм", "генетично-модифікований матеріал", "генетично-модифікована продукція", визначити жорсткі критерії для допуску їх видів до використання у відкритих системах (таких, що допускають потрапляння окремих елементів за межі системи, наприклад, в природне середовище, в організм людини тощо).

Законом також мають бути передбачені повноваження державних органів у галузі біобезпеки, порядок їх взаємодії. Доцільним вбачається створення центрального органу виконавчої влади спеціальної компетенції з питань біобезпеки, діяльність якого спрямовувалася б і координувалася б Кабінетом Міністрів України. Необхідно запровадити ліцензування генно-інженерної діяльності, окрім випадків створення, використання та транспортування генетично-модифікованих організмів і матеріалів у замкнених системах, які передбачають відповідний захист, що запобігає контакту з населенням та навколишнім середовищем. Нарешті, нагальною потребою є встановлення чіткої відповідальності за порушення вчинені в цій сфері фізичними та юридичними особами, і, зокрема, порядку відшкодування завданої ними шкоди та способів її оцінки.

По-друге, в Україні мають бути вжиті заходи щодо проведення широкомасштабних наукових досліджень у сфері генно-інженерної діяльності, в тому числі, виявлення ризиків, пов'язаних з її здійсненням, а також сприяння інформуванню населення про них.

РОЛЬ І МІСЦЕ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ У ПОЛІТИЧНІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ

Левицька Г.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Загальновизнаною нормою є існування та діяльність у більшості сучасних держав політичних партій. Саме вони уможливлюють залучення широких верств населення до участі у політичному процесі. Вважається, що сучасні демократичні держави не можуть існувати без наявності у них політичних партій. Політична стабільність та ефективність демократичних процесів значною мірою залежать від типу партійної системи конкретної країни.

З проголошенням незалежності в Україні відбулися важливі зміни, пов'язані з її переходом від одно-до багатопартійності. Багатопартійність є однією з головних умов і ознак парламентського типу організації політичного життя суспільства, джерелом його політичної рівноваги і стабільності. Існування багатопартійності зменшує загрозу підміни влади однією політичною партією, як це відбувається в деяких державах ще й сьогодні (Куба, Китай, КНДР). Наявність кількох сильних політичних партій робить можливим захист інтересів різних соціальних груп, розв'язання багатьох проблем, які існують в суспільстві.

Становлення багатопартійної системи в Україні почалося з 1989р. Саме в цей час утворився й почав активно діяти Народний Рух України за перебудову, який об'єднав різні політичні сили, що існували на той час.

Виникнення й розвиток багатопартійності, започаткування участі політичних партій у формуванні органів державної влади є перешкодою захоплення влади державою, однією з гарантій реалізації конституційного права громадян України брати участь в управлінні державними справами, одним із засобів здійснення представницької форми народовладдя та результатом втілення у життя права громадян на свободу об'єднання у політичні партії, закріплене у статті 36 Конституції України.

У 90-х роках минулого століття відбулося формування атмосфери примирення, яка є однією з найважливіших передумов дієвості політичного плюралізму як принципу конституційного ладу. Прийняття 28 червня 1996р. Конституції України стало важливою віхою на шляху становлення багатопартійності в Україні. Дедалі помітнішу роль в політичному житті почали відігравати політичні партії, чисельність яких помітно зростала. Стаття 15 Конституції України закріпила принцип політичної та ідеологічної багатоманітності суспільного життя. Ця ж стаття встановила державні гарантії свободи політичної діяльності: „Держава гарантує свободу політичної діяльності, не забороненої Конституцією і законами України". Конституція України 1996р. визначила основоположні засади організації та діяльності політичних партій. У статті 36 Конституції України закріплене право громадян на свободу об'єднання у політичні партії та визначена основна мета діяльності політичних партій: „Політичні партії в Україні сприяють формуванню і вираженню політичної волі громадян, беруть участь у виборах". Здебільшого у законодавстві закріплена основна мета діяльності політичних партій – це прихід до влади законним шляхом, через вибори. На такому формулюванні мети політичних партій наголошують ряд авторів (А.Білоус та ін.). І лише в деяких конституціях закріплено й таку мету як формування політичної волі громадян у період між виборами (Основний Закон ФРН). У цьому випадку підкреслюється важлива роль сучасних політичних партій у суспільстві, вирішальна роль у формуванні політичної свідомості громадян, активності їх участі в суспільному й державному житті.

Регламентація правового статусу політичних партій започаткована Законом України „Про об'єднання громадян" від 16 червня 1992р. Вперше в Україні у цьому законі дано визначення політичної партії як об'єднання громадян – прихильників певної загальнонаціональної програми суспільного розвитку, які мають головною метою участь у виробленні державної політики, формуванні органів влади, місцевого та регіонального самоврядування й представництво в їх складі. На початку 90-х років минулого століття політичні партії тільки починали утворюватись, чисельність їх була невеликою, правовий статус визначався в одному законі разом з правовим статусом громадських організацій. У політичній системі України роль політичних партій зростала. Закон України „Про вибори народних депутатів України" 1993р. визначив політичні партії суб'єктами

© Левицька Г., 2006

виборчого процесу, зокрема, на стадії висування претендентів у кандидати в народні депутати України. А вже за Законом України „Про вибори народних депутатів України" 1997 р. половина конституційного складу Верховної Ради обиралася за списками від політичних партій. Зростання ролі політичних партій у політичній системі України дозволило визнати політичні партії повноправними суб'єктами виборчого процесу. Вони отримали більше можливостей для здійснення притаманних їм функцій. Активізувалася робота парламентських фракцій і груп, була започаткована практика проведення консультацій Президента України з лідерами парламентських фракцій перед внесенням ним на розгляд Верховної Ради кандидатури Прем'єр-міністра. Збільшилась чисельність партійних фракцій у парламенті. В цілому політичні партії отримали більше можливостей для здійснення притаманних їм функцій.

Зміни в політичному житті країни викликали й зміни в статусі політичних партій, що зумовило прийняття 5 квітня 2001 р. Закону України „Про політичні партії в Україні". Цей закон закріпив певні особливості правового регулювання статусу політичних партій, порядку їх утворення та діяльності.

Сучасні політичні партії є потужною політичною силою, вони об'єднують найактивніших громадян нашої держави. Відображенням важливої ролі політичних партій у суспільному житті нашої держави стало прийняття Закону України „Про внесення змін до Закону України „Про вибори народних депутатів України" від 7 липня 2005 р., за яким вибори народних депутатів будуть відбуватися лише на пропорційній основі – за партійними списками. За пропорційною системою будуть відбуватися й вибори до місцевих рад.

Якісні зміни у політичній структуризації суспільства відбуваються вже тепер – активізувалися сильні політичні партії, об'єднуються партії з однаковими чи подібними програмами. У політичній системі сучасної Української держави політичні партії займають одне з провідних місць, вони є важливою складовою частиною політичної системи держави.

ОФІЦІЙНЕ ТЛУМАЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ ЯК ГАРАНТІЯ ЇЇ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ.

Лунь З.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Правова охорона конституції є складним багатогранним правовим явищем, суть якого складає низка нормативно-правових та організаційно-правових гарантій. Значення застосування цих гарантій є дуже важливим з огляду на місце конституції у житті держави і суспільства. На сьогоднішній день нема єдиної думку щодо видів гарантій правової охорони Основного Закону. Деякі науковці ототожнюють правову охорону конституції з конституційним контролем і конституційним наглядом, інші ще вказують на конституційну відповідальність, особливий порядок внесення змін та прийняття Основного Закону, а найрідше у правовій літературі зустрічаються міркування щодо казуального та нормативного тлумачення конституції у системі правової охорони Основного Закону. І тут виникають питання, чи можна розглядати тлумачення конституції як гарантію її правової охорони і чи ці два види - тлумачення казуальне і нормативне - мають однакове значення для забезпечення правової охорони конституції?

Для дослідження цього питання слід з'ясувати поняття офіційного тлумачення Конституції. У правовій літературі знаходимо безліч різноманітних підходів до визначення даного поняття, різноманітні думки щодо визначення його суті. Втім, беручи до уваги те, що тлумачення Конституції у нашій державі здійснює спеціальний орган –Конституційний Суд України, надаючи йому таким чином статусу офіційного, суть діяльності цього органу щодо здійснення тлумачення та мети, що при цьому досягається, – найоптимальнішим є визначення офіційного тлумачення Конституції в якому воно виявляється як діяльність уповноваженого органу держави, що зводиться до з'ясування суті та роз'яснення змісту норми Основного Закону наслідком чого є уніфікація її розумінні різними суб'єктами правових відносин. Хоча, з іншого боку, основа поняття офіційного тлумачення Конституції закладена у Законі України „Про Конституційний Суд України". Адже потреба в офіційному тлумаченні Конституції України виникає, коли є, по-перше, практична необхідність у з'ясуванні або роз'ясненні, офіційній інтерпретації положень Конституції, по-друге, якщо є неоднозначне застосування Конституції, що може призвести чи призвело до порушення конституційних прав і свобод.

Офіційне тлумачення конституції та законів держави є одним із самостійних повноважень органів конституційної юрисдикції багатьох країн світу. Крім того, тлумачення конституції як самостійне повноваження органу конституційної юрисдикції у законодавстві зарубіжних країн зустрічається частіше, аніж повноваження щодо тлумачення законів. Так, офіційне тлумачення Конституції є повноваженням органу конституційної юрисдикції таких європейських держав: Азербайджан, Албанія, Болгарія, Казахстан, Молдова, ФРН, Росія та деякі суб'єкти федерації, Словаччина, Угорщина, Узбекистан, Україна та ін., тлумачення ж законів є самостійною функцією Конституційних Судів таких держав як Польща, Україна, Азербайджан та Узбекистан. Очевидно, що це пов'язано із особливою правовою природою конституції як акта установчої влади. Крім того, тлумачення конституції, на наш погляд, відрізняється від тлумачення закону саме суттю діяльності, яку при цьому здійснює орган конституційної юрисдикції та завданням, яке він виконує при цьому. Зокрема, при тлумаченні конституції діяльність органу конституційної юрисдикції спрямована на роз'яснення приписів конституції, а при тлумаченні законів – на вирішення спору щодо відповідності закону конституції. Йдеться про те, що здійснюючи тлумачення законів, відповідний орган, роз'яснюючи їх зміст, одночасно перевіряє їх на предмет конституційності, а здійснюючи тлумачення Основного Закону, орган конституційної юрисдикції тільки роз'яснює його зміст чи зміст його положень, тобто по суті тлумачення конституції є одним із способів її конкретизації. При цьому, даний етап, як правило, передує застосуванню конституційних норм і є, відповідно, запорукою належної реалізації конституційних норм. Однак деякі вчені висловлюють протилежні міркування щодо цього питання, і вважають, що тлумачення Конституції, не є самостійною дією". Втім, в даному випадку слід звернутися до деяких теоретичних положень щодо тлумачення. Дійсно, саме казуальне тлумачення конституції не є самостійною дією, бо власне при ньому діяльність органу конституційної юрисдикції в першу чергу спрямована на вирішення спору щодо конституційності акта, до конкретної

© Лунь З., 2006

ситуації, а тлумачення конституції виступає свого роду дороговказом на предмет верифікації. При нормативному тлумаченні діяльність Конституційного Суду насамперед спрямована на з'ясування змісту конституційних норм та їх роз'яснення. Нормативне ж тлумачення конституції пов'язане із певною нормою, а не з конкретною ситуацією.

На перший погляд видається, що саме нормативне тлумачення є гарантом захисту конституції, оскільки і діяльність органу конституційної юрисдикції спрямована безпосередньо на роз'яснення суті Основного Закону і результати тлумачення містяться в резолютивній частині рішення. Але здійснюючи казуальне тлумачення, Конституційний Суд, таким чином, відкриває шлях до удосконалення прямого застосування Конституції, що має дуже велике значення для її реалізації, а відповідно і для її правової охорони. Крім цього казуальне тлумачення конституції має значення для захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні, бо, враховуючи вимоги законодавства, вимога про офіційне тлумачення конституції і законів України є єдиним засобом звернення фізичної та юридичної особи до Конституційного Суду, якщо заявник має підстави стверджувати, що внаслідок неоднозначного застосування положень Конституції України судами чи іншими органами державної влади були чи будуть порушені його конституційні права. І дійсно, як свідчить статистика переважна більшість – 84,6% конституційних подань і конституційних звернень, що надійшли до Конституційного Суду України на протязі 1997-2005 рр. стосувалися надання офіційного тлумачення положень Конституції і законів України.

В чому ж полягає потреба у тлумаченні конституції? Насамперед, це наявність у державі писаної конституції. Так, держави, які не мають писаної конституції не потребують ні інституту конституційного контролю, ні офіційного тлумачення конституції. Прикладом цього може бути Велика Британія, де суверенітет парламенту гарантує однакову юридичну силу всім своїм актам, якими можна змінити конституційні звичаї, конституційні угоди, судові прецеденти, тощо. По-друге, це загальний характер норм конституції, високий рівень узагальнення суспільних відносин, що провокує потребу їх конкретизації, по-третє, необхідність наближення фактичної і юридичної конституції, тобто пристосування діючої конституції до реальних суспільних відносин.

І насамкінець, важливе значення у сфері тлумачення Конституції як однієї із гарантій правової охорони Основного Закону має і такий фактор як межі тлумачення. В цьому аспекті важливо звернути увага на правову культуру суддів Конституційного Суду, оскільки саме цей суб'єктивний фактор може вплинути на визначення тієї межі, що знаходиться між адаптацією норм конституції до реального життя та створенням нових правил поведінки.

ОСНОВНІ НАПРЯМИ РОЗВИТКУ ІНСТИТУТУ УПОВНОВАЖЕНОГО ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Наулік Н.

Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

Інститут українського омбудсмана є ще досить молодим, а тому потребує удосконалення. Даний інститут в Україні по-суті є першим і єдиним дієвим органом, який здійснює захист, відновлення, запобігання порушенням, контроль за дотриманням прав і свобод людини і громадянина органами державної лади та їх посадовими і службовими особами. Рішення Уповноваженого носять рекомендаційний характер. В Законі України „Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини" не має норми, яка б чітко визначала юридичну силу актів Уповноваженого, лише в ст.15 визначено акти реагування омбудсмана – це конституційне подання, та подання Уповноваженого, які вносяться ним до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності, їх посадовим і службовим особам для вжиття відповідних заходів у місячний строк щодо усунення виявлених порушень прав і свобод людини і громадянина. Практика показує, що досить часто такі подання залишаються без розгляду відповідними органами або робиться формальна відписка про реагування. Тому, ми пропонуємо ст.15 Закону про Уповноваженого доповнити нормою, яка б чітко встановлювала обов'язковість виконання подання Уповноваженого та передбачала відповідальність посадових осіб за невиконання вказівок омбудсмана.

Інститут омбудсмана у своїй діяльності повинен бути самостійним і незалежним, політично не заангажованим – це основні принципи функціонування даного інституту. А, отже, на нашу думку, даний інститут варто було б виключити із парламентського контролю за дотриманням прав і свобод людини і громадянина. Верховна Рада України здійснює такий контроль безпосередньо на пленарних засіданнях і за допомогою спеціального комітету. Для підняття авторитету, насамперед, серед суб'єктів звернення до омбудсмана, доцільним було б із ст. 101 Конституції України та із ст.1 Закону України виключити слова „парламентський", тобто, викласти в такій редакції: „Контроль за дотриманням прав і свобод людини і громадянина та захист прав кожного на території України і в межах її юрисдикції на постійній основі здійснює Уповноважений з прав людини, який у своїй діяльності керується Конституцією України, законами України, чинними міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України". Як бачимо, відповідно і назва даного інституту змінена на – Уповноважений з прав людини.

На нашу думку, варто розширити коло суб'єктів, які мають право звернутися до Уповноваженого за захистом порушених прав. А саме, ст2 Закону викласти в такій редакції: „Сферою застосування Закону є відносини, що виникають при реалізації прав і свобод людини і громадянина між громадянами України, незалежно від місця їх перебування, іноземцем чи особою без громадянства, які перебувають на території України, громадські організації, товариства, профспілки, метою діяльності яких є захист прав певного кола людей та органами державної влади, органами місцевого самоврядування та їх посадовими і службовими особами".

Деякі українські науковці пропонують законодавчо закріпити „фільтри" надходження скарг до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. На нашу думку, це суперечить суті даного інституту. Адже, в Законі визначено спрощений порядок подання заяви (звернення) до Уповноваженого довільної форми. А „фільтри" знівелюють Дане твердження. Для того, щоб „розвантажити" українського омбудсмана і не нівелювати його суть, краще налагодити співпрацю Секретаріату із громадськими захисниками, громадськими організаціями, а надто, юридичними клінікам, які на сьогодні, функціонують в кожному обласному центрі. За статистичними даними станом на 1 квітня 2004 року в Україні функціонувало 32 юридичних клініки.

Уповноваженому варто укласти угоди із Ректорами вузів, на базі яких створені юридичні клініки, про співпрацю, інформування населення, що значно зменшить наплив звернень до Секретаріату Уповноваженого, особливо, тих, суб'єкти яких потребують лише юридичної консультації, а ті звернення, які будуть направлені за допомогою консультантів клінік, будуть

© Наулік Н., 2006

оформлені юридично правильно із чітко викладеними обставинами справи і, при потребі, із юридичною оцінкою.

Доцільно було б розширити повноваження українського омбудсмана, наділивши його самостійним правом у разі необхідності звертатися з заявою щодо порушених прав громадян до Верховного Суду України та міжнародних правозахисних організацій. Це відповідало б рекомендаціям Комітету з прав людини ООН, підтриманих Генеральною Асамблеєю ООН з розвитку і вдосконалення інституту омбудсмана, які були вироблені в жовтні 1991 року в Парижі, де відбулася перша Міжнародна нарада з питань розвитку національних установ, що займаються захистом прав людини.

Слід наділити Уповноваженого з прав людини правом законодавчої ініціативи, і таким чином надати йому ефективну можливість впливати на правотворчість у державі: законодавчо ініціювати певні реформи в царині прав людини, удосконалювати законодавство України в цій галузі відповідно до міжнародних стандартів. Важливою частиною його компетенції має стати не тільки виявлення й аналіз тенденцій, актуальних проблем у різноманітних сферах, де найбільш часто зустрічаються порушення прав громадян, але й право вносити до Верховної Ради України на основі цих даних пропозиції щодо зміни певних законів чи прийняття нових законодавчих актів, які б сприяли ефективній реалізації, охороні й захисту прав та свобод людини і громадянина. У зв'язку з цим варто внести відповідні зміни в ст. 93 Конституції України, розширивши перелік суб'єктів права законодавчої ініціативи, додавши до нього Уповноваженого з прав людини.

Для того, щоб спонукати органи до яких звертається Уповноважений, реагувати у визначений строк на такі звернення і забезпечити виконання його вимог, слід у Законі передбачити можливість звернення омбудсмана до вищестоящих органів із вимогою санкціонування вищестоящих органів і їх посадових та службових осіб за невиконання або несвоєчасне виконання подання Уповноваженого з прав людини. Такі норми містяться у Законі про Речника Громадянських Прав і досить часто застосовуються на практиці.

Досить проблемним питанням є виконання обов'язків Уповноваженого з прав людини під час його відсутності. Польське законодавство такі функції покладає на першого заступника Речника, який призначається Маршалком Сейму за поданням Речника Громадянських Прав. Тому, в Законі України слід передбачити порядок обрання чи призначення заступників Уповноваженого і визначити їх права і обов'язки під час відсутності українського омбудсмана. На нашу думку, Перший заступник Уповноваженого повинен затверджуватися Верховною Радою України за поданням Уповноваженого і за час його відсутності (відпустка, відрядження, хвороба) виконувати обов'язки Уповноваженого.

Наділення Уповноваженого правом запровадження спеціалізованих омбудсманів у разі виникнення такої потреби, було б досить доцільним. Адже, із практики діяльності польського омбудсмана ми бачимо, що при виникненні особливих проблем у військовій сфері запроваджений військовий уповноважений Речника; для захисту прав застрахованих, створено інститут Речника Прав Застрахованих; для захисту прав дітей – Речник Прав Дитини. Конвенцією „Про права дитини", яка як відомо, названа Дитячою Конституцією, проголошено, що держави-учасниці зобов'язуються забезпечити дитині такий захист і піклування, які необхідні для її благополуччя.

Практика свідчить про те, що які б гарні постулати не приймалися і не проголошувалися, вони не будуть реалізовуватись доти доки не буде відповідного інститут який би контролював їх виконання. Оскільки, існуюча державна система охорони прав дітей сьогодні не відповідає своєму призначенню повною мірою, система органів опіки і піклування не гарантує належного забезпечення прав дітей, перш за все тому, що виконання функцій захисту прав неповнолітніх доручається, як правило, відомчим структурам обсяги роботи яких достатньо великі і вони не в змозі ефективно охороняти права дітей, то в Україні просто необхідно створити інститут дитячого омбудсмана. Крім цього, в зв'язку з тим, що Україна вибрала курс європейської інтеграції і має наміри вступу до ЄС, то запровадження такого інститут є необхідним, в силу того, що Рада Європи під час зборів у 1990 році закликала держави-учасниці, які не мають даного інститут, до його створення.

Звичайно, для запровадження такого інституту в Україні, потрібно внести зміни до Конституції України, які б передбачали існування такого інститут в нашій державі і прийняти відповідний Закон про Уповноваженого з прав дитини. Неодноразово піднімалось питання про запровадження регіональних представників Уповноваженого, до Верховної Ради подано проект Закону України про внесення змін до Закону України „Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини", з питання запровадження регіональних омбудсманів. До сьогодні даний проект не прийнятий. Відповідно до Закону Уповноважений створює і відкриває свої представництва поступово,

насамперед – у найбільш соціально напружених і вразливих місцевостях: Автономній Республіці Крим, Донбасі (Донецька і Луганська області), Закарпатті. Необхідність запровадження регіональних представників є сьогодні і в інших регіонах України, адже, запровадивши відповідні інституції у областях, зменшиться наплив звернень безпосередньо до Секретаріату Уповноваженого; покращиться система захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні; виникнуть більш ефективні механізми у відносинах, що виникають при реалізації прав і свобод людини і громадянина, незалежно від місця його перебування та органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами; стане можливим якнайшвидший та повний розгляд звернень громадян України, незалежно від місця їх перебування , іноземців та осіб без громадянства, які перебувають на території України стосовно порушення та поновлення їхніх прав та свобод.

Звичайно, регіональний представник повинен бути абсолютно незалежним від органів державної влади на місцях, від органів місцевого самоврядування. Такі регіональні представники українського омбудсмана налагодили б співпрацю із юридичними клініками, громадськими приймальнями народних депутатів, колегіями адвокатів, що допомогло б і у поширенні інформації про діяльність омбудсман в Україні.

Слід зауважити, що далеко не кожен чиї права порушені знає, що має можливість звертатися до Уповноваженого і який порядок звернення, які юридичні наслідки воно може мати. Для цього необхідно на державному рівні закріпити основи збільшення фінансування Секретаріату Уповноваженого, саме для розширення інформаційної діяльності омбудсмана за рахунок виступів на телебаченні; розробки працівниками Секретаріату програм правового характеру; регулярні публікації в пресі інформації про діяльність Уповноваженого та можливість кожного звернутись до нього за захистом порушених прав; випуск Вісника Уповноваженого не рідше одного номера на місяць і великим тиражем тощо.

Окремим і досить важливим питанням є закріплення прав і обов'язків українського омбудсмана у судових процесах: цивільному, адміністративному, кримінальному. У п.10 ст.13 Закону передбачено право Уповноваженого звертатися до суду із заявою про захист прав і свобод людини і громадянина, які за станом здоров'я чи з інших поважних причин не можуть цього зробити самостійно, а також, особисто або через свого представника брати участь у судовому процесі у випадках передбачених в законодавстві. Але, жоден процесуальний кодекс в Україні не визначає на яких правах може звертатися до суду чи на якій стадії має право вступати в процес Уповноважений. Тому, запозичивши досвід Польщі (ст.14 Закону про Речника), дану норму Закону України варто уточнити та доповнити, наділивши українського омбудсман такими правами: вимагати початку процесу у цивільних справах і брати участь у процесі на правах належних прокуророві; звертатися про початок адміністративного процесу, подавши скаргу до адміністративного суду, а також брати участь у цих процесах на правах належних прокуророві; вносити касаційне подання на будь-яке судове рішення. Відповідно, необхідно внести зміни і доповнення до процесуальних кодексів, в яких визначити конкретно права і обов'язки Уповноваженого на кожній стадії судового процесу.

Отже, в Україні функціонує орган, який покликаний здійснювати контроль за дотриманням прав і свобод людини і громадянина та захист прав кожного на території України і в межах її юрисдикції на постійній основі, запобігати таким порушенням, відновлювати порушені права і свободи тощо, але цей орган є недосконалим, а тому варто звернути увагу на його удосконалення, адже, найвищою соціальною цінністю в нашій держав є людина її життя, здоров'я, честь і гідність, реалізацію і захист яких держава гарантує.

РОЛЬ ПАРЛАМЕНТУ У ДЕРЖАВОТВОРЧОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Олеськів І.

Київський національний університет внутрішніх справ

Єдиним джерелом влади у демократичній державі є народ. Структура влади побудована так, що державні справи вирішуються за його волею. Оскільки пряме правління народу державними справами в сучасних умовах є практично неможливим, народ здійснює свою волю через представників, яких обирає за допомогою законодавчо закріпленої процедури виборів. Так обираються і президент, і представник законодавчої влади – парламент.

Діяльність парламенту є надзвичайно важливою і суттєво впливає на діяльність виконавчої і судової влад, а отже і на суспільно-політичне життя країни. Такий стан речей закріплено конституцією держави у положеннях про повноваження парламенту у системі управління державою.

Парламент є органом представницької влади. Він є основною владною структурою держави, що може протистояти виконавчій владі у її прагненні отримати якнайбільше прав для виконання власних повноважень. Будь-який дисбаланс у протистоянні цих двох гілок влади завжди несе у собі елемент загрози для демократії. На протязі багатьох століть знані світові філософи, політологи та соціологи, працюючи над теоретичними засадами побудови демократичного суспільства, намагалися врахувати всі можливі прояви негативних рис характеру людей, які стоять при владі, щоб створити такі умови, за яких неконтрольовані дії владних осіб були б неможливими. У більшості європейських країн парламенти створювались як органи протидії необмеженій владі монарха. Наприклад, в Англії, політичні тези проти королівської влади почали публікуватися починаючи з XII століття. У цих творах говорилося про те, що законодавча влада повинна належати королю, знатним людям і народу.

В нашій державі виникнення та становлення парламентаризму необхідно пов'язувати зі створенням Центральної Ради, яку можна розглядати як варіант першого парламенту. Саме тоді ІУ Універсалом Україна була проголошена парламентською республікою, в якій законодавчі функції надавались Українській Центральній Раді. І хоч за часів Гетьманату та Директорії такого органу не існувало в прямому його розумінні, але ідеї парламентаризму в цілому не відкидалися. Продовжив своє функціонування цей інститут в Україні за часів Радянського Союзу у вигляді Верховної Ради Української РСР. І можна стверджувати, що законодавча діяльність, близька до стандартів законотворчості демократичних парламентів світу, почалася в нашій державі лише з Верховної Ради 1-го скликання, яка розпочала свою роботу у 1990 році, і продовжилась в період незалежності України в діяльності Верховної Ради, яка згідно ст.75 Основного закону визначається єдиним законодавчим органом.

Верховна Рада України в структурі державного механізму посідає не просто основне, а особливе місце, оскільки вона реалізує представницьку, законодавчу, установчу, контрольну та інші функції.

Розробка законів та інших законодавчих актів є безпосереднім обов'язком парламенту і його діяльністю, що відбувається постійно. Це пов'язано з тим, що постійна зміна суспільних відносин вимагає вдосконалення правової системи суспільства. Парламент приймає Конституцію країни, вносить до неї зміни, інші поточні закони, щорічні закони про державний бюджет і поправки до них. Загалом, за період незалежності України, наш парламент прийняв більше 2000 законів з різних питань життєдіяльності країни, в яких намагався врахувати позиції всіх територіально-адміністративних одиниць, інтереси центру та на місцях, адже Верховна Рада - орган народного представництва, де повинні оптимально поєднуватись такі інтереси.

В Україні Верховна Рада може приймати закони з будь-яких питань за винятком тих, що приймаються всеукраїнським референдумом (наприклад, зміна території України), а саме: прав і свобод людини і громадянина, набуття громадянства, основ соціального захисту, засад місцевого самоврядування тощо.

Пріоритетною законодавчою функцією Верховної Ради є внесення змін до Конституції України (законопроект з цього питання може бути внесений Президентом України; не менш як третиною конституційного складу народних депутатів) та до розділів І,ІІІ,ХІІІ Конституції України, що стосуються основ конституційного ладу (подається Президентом; не менш як двома третинами народних депутатів від конституційного складу ВРУ).

© Олеськів І., 2006

Поряд з законодавчими, контрольні функції є важливою сферою діяльності парламенту. В парламентах різних країн контрольні повноваження можуть бути надзвичайно різноманітними, що залежить від ролі, яку відіграє парламент певної країни у системі державного управління.

Конституції і закони країн розвинутої демократії надають парламентам найрізноманітніші засоби для здійснення їх контрольних функцій: положення про письмові звіти урядових установ перед парламентом, можливість виклику державних чиновників до комітетів чи парламенту для надання свідчень з того чи іншого питання, депутатський запит, день уряду, можливість ведення депутатських розслідувань тощо.

В Україні найбільш важливі контрольні санкції Верховна Рада може застосовувати до Кабінету міністрів. Це право передбачається ст. 87 Конституції України, згідно якої парламент має право за пропозицією не менш як однієї третини народних депутатів прийняти резолюцію недовіри Кабінету міністрів більшістю конституційного складу. Контроль за діяльністю Кабінету міністрів здійснюється шляхом заслуховування звітів Кабінету міністрів на дні уряду чи під час парламентських слухань з того чи іншого питання.

Для виконання контрольної функції в структурі Верховної Ради України створений спеціальний орган, який слідкує за додержанням конституційних прав і свобод людини і громадянина. Це Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, а за бюджетно-фінансовою діяльністю державних установ – Рахункова палата. Окрім того, Верховна Рада України також здійснює контроль за діяльністю прокуратури, а для контролю з окремих питань вона може створювати тимчасові спеціальні і тимчасові слідчі комісії.

Вплив Верховної Ради України на процес державотворення реалізується і через установчу функцію парламенту, яка пов’язана із становленням нової політичної системи, системи органів державної влади, передбачає наявність значних номінаційних повноважень, пов’язаних з призначенням, обранням, наданням згоди на призначення або звільнення посадових осіб, а також із формуванням інших органів публічної влади.

В країнах розвинутої демократії законодавча, виконавча і судова гілки влади є незалежними, що свідчить про повне втілення положень теорії розподілу влади Монтеск’є. Проте ця незалежність не є повною хоч би тому, що існуюча у вказаній теорії система стримувань і противаг дозволяє парламенту брати участь у призначенні посадових осіб виконавчої влади і суддів. Ця процедура є доволі важливою, вона дозволяє встановити в державі неможливість концентрації влади в своїх руках якоюсь з трьох незалежних гілок. Так, Верховна Рада, відповідно до Конституції України, має такі установчі функції: надання згоди на призначення Президентом України прем’єр-міністра України; призначає на посади та звільняє з посад Голову та інших членів Рахункової палати; призначає на посаду та звільняє з посади Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини; призначає третину складу Конституційного Суду України та обирає суддів безстроково та ін.

Важливою державотворчою функцією Верховної Ради є призначення виборів Президента України, усунення глави держави з поста в порядку імпічменту у випадку вчинення ним державної зради або іншого злочину та здійснення інших установчих дій.

Поряд з визначеними, можна вказати і на інші функції, якими наділяється парламент. Так, наприклад, доречно виділити бюджетно-фінансову функцію парламенту, яка полягає у розробці і затвердженні національного бюджету. Це право обумовлюється Конституцією країни, регламентом парламенту і відповідними законодавчими актами. Законопроект, розроблений урядом і узгоджений з бюджетним комітетом, подається на розгляд парламенту. Неприйняття бюджету парламентом у багатьох країнах призводить до відставки уряду. Організація державних надходжень і видатків через бюджет надає можливість парламенту здійснювати постійний контроль за діяльністю уряду.

Роль парламенту у державотворенні підкреслюється і наявністю у нього як внутрішньополітичних, так і зовнішньополітичних функцій, які визначаються конституцією держави та обумовлюються відповідними повноваженнями, що надаються йому для забезпечення політичних, економічних, соціальних, культурних і екологічних прав громадян.

Таким чином, можна зробити висновок, що роль парламенту в державотворенні України досить значна і суттєва. Особливо в умовах конституційної реформи, за якою при переході до парламентсько-президентської форми правління вона значно збільшується, оскільки посилюється роль парламенту в державному механізмі і він наділяється більш суттєвими та широкими повноваженнями по відношенню до інших органів держави. Такий стан речей може наблизити нашу державу до моделі європейської країни, що втілила основоположні ідеї парламентаризму та стала на шлях перетворень.

ЗМІНИ У КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОМУ СТАТУСІ ГЛАВИ ДЕРЖАВИ В УКРАЇНІ ВІДПОВІДНО ДО ПОЛІТИЧНОЇ РЕФОРМИ: ДЕРЖАВОТВОРЧИЙ КОНТЕКСТ

Сухонос В.

Українська академія банківської справи Національного Банку України

Політична реформа, що розпочалася за ініціативою Президента України призвела до гострої дискусії в Верховній Раді стосовно функцій і повноважень глави нашої держави. Так, одні депутати наголошували на необхідності їх розширення, інші ж – обмеження. Вказана дискусія дещо призупинилася після прийняття 8 грудня 2004 року Закону України № 2222 „Про внесення змін до Конституції України". Однак вже зараз деякі державні діячі стали наголошувати на необхідності призупинити дію цього Закону. На нашу думку, це пов'язано як з певними політичними міркуваннями, так і з деякими недоліками самого закону, на яких вже акцентували свою увагу українські правознавці.

Взагалі проблемам формування і функціонування інституту глави держави присвячені публікації як вітчизняних, так і зарубіжних конституціоналістів. Однак кількість наукових праць, що, тією чи іншою мірою, стосуються цього інституту, ще досить обмежена. Так, зокрема, досліджувались окремі елементи інституту президента, а також роль глави держави у подоланні суспільно-політичної та економічної кризи.

Проте слід зазначити, що деякі концептуальні засади, напрями і тенденції розвитку окремих інститутів механізму держави вже стали об'єктом дослідження як вітчизняних, так і зарубіжних учених, про що свідчить низка монографічних досліджень, конференцій, наукових семінарів та "круглих столів" останніх років. Різні аспекти інституту глави держави досліджували українські та російські правознавці – Ю. Коломієць, В. Погорілко, Н. Сахаров, В. Чиркін, В. Шаповал та ін.

Не применшуючи ролі і значущості доробку попередніх науковців, необхідно визнати, що в Україні ще немає фундаментальних досліджень інституту глави держави, на основі яких можливо було б опрацювати новітню методологію, теорію і практику формування і функціонування інституту глав сучасних держав. Це ж стосується й інституту Президента України, який загалом майже не аналізувався ані в історичному, ані в прогностичному плані.

Саме тому мета цієї статті буде полягати у формуванні засад новітньої методологічної теорії і практики розвитку сучасного механізму держави шляхом осмислення феномена інституту глави нашої держави, зокрема теоретико-методологічному аналізі сучасних та майбутніх конституційно-правових аспектів статусу Президента України.

Для досягнення зазначеної мети слід вирішити наступні завдання:

1. Проаналізувати сучасний конституційний статус глави нашої держави.
2. Спрогнозувати можливі наслідки зміни вказаного статусу у зв'язку з набуттям чинності Закону України від 8 грудня 2004 року „Про внесення змін до Конституції України".

28 червня 1996 року Верховна Рада України прийняла чинну Конституцію України, стаття 102 якої закріплює Президента України виключно як главу держави.

Стаття 106 Конституції України також закріплює компетенцію Президента України, не розділяючи при цьому його функції та повноваження.

8 грудня 2004 року Верховна Рада України ухвалила Закон № 2222 „Про внесення змін до Конституції України". Згідно Закону, Президент залишався главою держави, але його повноваження істотно корегувалися.

Так, значно розширювався перелік підстав для розпуску Верховної Ради Президентом України: по-перше, якщо протягом одного місяця у Верховній Раді не сформовано коаліцію депутатських фракцій; по-друге, протягом шістдесяти днів після відставки уряду не сформовано його новий персональний склад; по-третє, якщо протягом тридцяти днів пленарні засідання не можуть розпочатися. Конституцією ж України 1996 року передбачається лише одна можливість розпуску Президентом Верховної Ради: якщо протягом тридцяти днів однієї чергової сесії пленарні засідання не можуть розпочатися. Однак, згідно ч. III статті 90 (п. 1 Закону України „Про внесення змін до

© Сухонос В., 2006

Конституції України") Президент отримає це право лише після консультації з Головою Верховної Ради України, його заступниками та головами депутатських фракцій у Верховній Раді України.

Перехід до парламентсько-президентської республіки змінює й порядок призначення Прем'єр-міністра. Так, за Конституцією 1996 року передбачалося, що Президент України призначає за згодою Верховної Ради України Прем'єр-міністра України. Тепер же, згідно Закону про внесення змін до Конституції України, Президент України вносить за пропозицією коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України, сформованої відповідно до статті 83 Конституції України, подання про призначення Верховною Радою України Прем'єр-міністра України. На нашу думку, дана редакція, по суті, взагалі усуває Президента від прийняття рішення щодо голови Уряду, адже не сам він, а лише коаліція депутатських фракцій фактично надає кандидатуру Прем'єр-міністра. Президент лише повинен подати її Верховній Раді, де усім фактично керує вказана коаліція депутатських фракцій. Таким чином, Президент, поділяючи цим призначенням політичну відповідальність за діяльність уряду, фактично є позбавленим можливості подати на затвердження потрібну йому людину. Якщо ж Президент захоче, щоб Прем'єр-міністром стала особа, якій він довіряє, то він повинен якось впливати на вибори, втручатися у виборчий процес, чого допускати не можна.

На нашу думку, п. 9 статті 106 Конституції України слід змінити. І тут можливим є два варіанти. Перший: Президент України вносить подання про призначення Верховною Радою України Прем'єр-міністра України. У цьому випадку і Президент, і Верховна Рада несуть спільно відповідальність про діяльність уряду. Один – за те, що власноруч запропонував вказану кандидатуру на посаду Прем'єр-міністра, а парламент – за те, що призначив дану кандидатуру. Другий варіант: Верховна Рада призначає Прем'єр-міністра за пропозицією коаліції депутатських фракцій. У цьому випадку відповідальність за діяльність уряду буде нести виключно парламент, адже це лише він призначає голову Уряду. В редакції ж, яку було проголошено вище (тобто офіційна редакція Закону) Президент перетворюється на дещо декоративну фігуру, яка, не маючи можливості реально вплинути на призначення Прем'єр-міністра, фактично разом із парламентом змушений нести політичну відповідальність за діяльність уряду.

Зменшились і інші кадрові повноваження Президента. Так, п. 10 статті 106 Конституції передбачається можливість призначення ним членів Уряду, керівників інших центральних органів виконавчої влади, а також голів місцевих державних адміністрацій та припинення їхніх повноважень на цих посадах. За новим же Законом передбачена лише можливість внести подання до Верховної Ради України про призначення Міністра оборони та Міністра закордонних справ України. Тобто фактично Президент навіть не може призначити особу виконуючим обов'язки Міністра оборони чи Міністра закордонних справ, адже таке призначення, згідно п. 12 статті 85 Закону може здійснювати лише Верховна Рада. Аналогічною виявилася і ситуація з Головою Служби Безпеки України.

П. 11 статті 106 Конституції закріпив право Президента самостійно звільняти Генерального прокурора України. Новий Закон позбавив главу держави цієї можливості, при цьому розширивши парламентські повноваження щодо вказаного звільнення.

Законом про внесення змін до Конституції України були обмежені права Президента й щодо актів Кабінету міністрів України. І якщо за Конституцією України 1996 року главі держави було надано право відміняти акти Кабінету міністрів, то за новим Законом він лише отримав право призупиняти дію такого акту.

Обмеженим виявилось і право президентського вето. Згідно нового Закону воно не може стосуватися змін до Конституції.

Але не слід вважати, що права Президента були абсолютно обмежені порівняно з Конституцією 1996 року. Так, згідно Закону про внесення змін до Конституції України Президенту була надана можливість самостійно звільняти тих членів Ради Національного Банку України, Національної Ради України з питань телебачення та радіомовлення та Конституційного Суду України, яких він запропонував на призначення. Крім того, Президенту надається право, у випадку агресії проти України, використовувати будь-які інші, утворені відповідно до законів України, військові формування (наприклад, партизанів), а не лише Збройні Сили України.

Таким чином, аналіз Закону „Про внесення змін до Конституції України" дозволяє нам стверджувати, що в умовах парламентсько-президентської республіки глава держави буде істотно обмежений у повноваженнях: Президент стає дедалі „слабкішим".

Нинішня ситуація дозволяє зробити деякий прогноз розвитку інституту глави держави в України. На нашу думку, існує чотири варіанти розвитку подій. Перший: Зміни до Конституції будуть

призупинені або взагалі відмінені. Тоді республіка залишиться, відповідно до Конституції, президентсько-парламентською. Другий: буде змінено п. 9 статті 106, як пропонує автор статті, тобто Президент отримає право на власний розсуд подавати кандидатуру Прем'єр-міністра (без пропозицій коаліції депутатських фракцій). Таким чином, буде існувати парламентсько-президентська республіка (з колосальними прерогативами парламенту та уряду), але Президент також буде мати істотний вплив на справи у державі. Третій варіант: буде змінено п. 9 статті 106, як також пропонує автор статті, тобто Прем'єр-міністра буде призначати виключно парламент, без будь-якого впливу Президента України. У такому разі останній дедалі більше буде перетворюватись на декоративний інститут, від якого в державі нічого не залежить і який ні за що в державі не несе відповідальності (окрім випадку війни чи якихось надзвичайних ситуацій). З третім варіантом пов'язано четвертий: п. 9 статті 106 Закону про внесення змін до Конституції України залишається в нинішній редакції. У цьому випадку Президент нестиме відповідальність за справи у суспільстві, але реально нічого вдіяти не зможе, адже не він запропоновує кандидатуру Прем'єр-міністра, а коаліція депутатських фракцій. Голова ж Уряду, очолюючи останній, буде керувати поточними справами у суспільстві, але Президент, по суті, не буде мати до нього ніякого відношення. У випадку реалізації третього чи четвертого варіанту наступним кроком може стати відміна загальних виборів Президента, адже він фактично стає декоративним інститутом із здебільшого парадними функціями. Таким чином Україна в майбутньому може перетворитися з парламентсько-президентської на просто парламентську республіку, що потребує окремого дослідження.

РЕАЛІЗАЦІЯ ВИБОРЧИХ ПРАВ ГРОМАДЯН ТА ЇХ ЗАХИСТ ВИБОРЧИМИ КОМІСІЯМИ

Тимошенко І.

Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

У відповідності до ст. 3 Конституції України утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави, державний захист прав громадян гарантується, кожен має право захищати свої права будь-якими способами, що не заборонені законом (ст.55), держава зобов'язана відшкодувати особі матеріальну та моральну шкоду, завдану незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень(ст.56). Наведені конституційні норми та багато інших стосуються у повній мірі й виборчих прав громадян України, які останнім часом стали предметом обговорення суспільства, каменем спотикання законодавців та об'єктом маніпулювання політичних сил.

Проблемі реалізації виборчих прав громадян присвячені роботи таких науковців як В. Селіванова, В. Нерсесянца, В. Копєйчикова, М. Метейкович, А. Мінюкова, С. Лихової, О. Калініченко, Р. Максакової, М. Ставнійчук, Р. Бейдер, П. Шевчука, Б. Футей та інших. Аналізуючи напрацьований ними матеріал, з'ясуємо, які проблеми існують в сфері захисту виборчих прав та можливі шляхи їх вирішення і способи захисту, зокрема виборчими комісіями.

Актуальність досліджуваної теми полягає в тому, що останні зміни виборчого законодавства та наявні судові рішення по справах, які пов'язані з виборами, викликають неоднозначне тлумачення певних юридичних термінів, невизначеність правового статусу суб'єктів виборчого процесу та їх можливостей щодо захисту порушених виборчих прав, а це, в свою чергу, сприяє підриву довіри пересічних громадян до інституту виборів як такого та держави, в якій вони проводяться, в цілому.

Мета роботи полягає в спробі подолання невизначеності деяких правових категорій, таких як «реалізація», «захист» та «охорона» виборчих прав, які досить часто використовуються у законодавстві та літературі безсистемно, а також з'ясування основних засобів та способів захисту виборчих прав громадян, що застосовуються виборчими комісіями.

У теорії права виділяють чотири форми реалізації права: здійснення(використання), виконання, додержання, застосування. Особливістю реалізації виборчих прав громадян є те, що кожен, здійснюючи(використовуючи) своє конституційне право обирати до органів державної влади та місцевого самоврядування, тим самим сприяє реалізації конституційного права іншого громадянина, а інколи і самого себе, - бути обраним. Таким чином, як справедливо зазначає М.С. Матейкович, реалізація виборчих прав – це колективне або індивідуальне використання індивідами наявних у них юридичних можливостей обирати та бути обраними до органів державної влади та місцевого самоврядування, приймати участь у здійсненні інших виборчих дій, результатом яких є вільна, демократична, чесна передача представникам народу повноважень щодо здійснення державної влади або рішенню питань місцевого значення на чітко визначений термін.

Реалізація виборчих прав громадян пов'язана не лише із діяльністю законодавця і досконалістю юридичних норм. Вона безпосередньо відбувається у різноманітних економічних, соціальних, політичних, інформаційних та інших умовах, які мають вагомий вплив на формування відповідних гарантій реалізації. Але для створення дієвої системи гарантій виборчих прав необхідне розведення двох понять, таких як «захист» та «охорона» виборчих прав. «Охорона» означає «оберігання від знищення, пошкодження, небезпеки», а «захист» – «охороняючи, застерегти від посягання, заступництво», тобто захист обов'язково пов'язаний з реальним чи можливим порушенням права, а «охорона» має більш широке значення, яке включає як правозахисну, так і правозабезпечувальну діяльність, пов'язану з правомірною поведінкою по реалізації суб'єктивного права.

Таким чином, охорона виборчих прав громадян представляє собою діяльність державних та місцевих органів, правозахисних і міжнародних організацій, фізичних осіб по забезпеченню реалізації та захисту прав громадян обирати та бути обраним до органів державної влади та місцевого самоврядування, а також приймати участь у інших виборчих діях. Охорона виборчих прав не

© Тимошенко І., 2006

зводиться виключно до діяльності державних органів, оскільки на сьогоднішній день її забезпечують не лише вони, а й недержавні правозахисні організації, органи, що створюються світовим співтовариством, до того ж народ сам має право протистояти антиконституційним силам, спробам здійснення антидержавного перевороту.

Захист виборчих прав можна розглядати як примусовий механізм реалізації права громадян обирати та бути обраним до органів державної влади та місцевого самоврядування, приймати участь в інших виборчих діях, що забезпечується міждержавними організаціями, органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами, іншими організаціями, самими громадянами шляхом попередження порушень виборчих прав, усунення перешкод їх реалізації або поновлення порушеного права іншим способом.

Право на захист виборчих прав громадян має похідний характер, через те, що воно є складовою частиною будь-якого виборчого права. Для правильного визначення кола суб'єктів правозахисної діяльності, меж їх повноважень, процесуальних особливостей здійснення правозахисних функцій потрібне чітке розмежування форм, в яких здійснюється захист порушених прав, засобів, за допомогою яких зацікавлені особи захищають свої права або свободи, способів, які застосовують юрисдикційні органи для захисту порушених прав.

Вирізняють п'ять основних (базових) форм захисту: 1) самозахист; 2) державний захист; 3) муніципальний захист; 4) громадський захист; 5) міжнародний захист. Кожна форма зумовлює власні засоби захисту – специфічні дії, процесуальні акти, за допомогою яких відповідні суб'єкти досягають реалізації порушених прав чи свобод або попереджають їх порушення.

Виборчі права мають специфічні засоби та способи захисту, але при цьому основні (базові) форми захисту є також досить традиційними. До способів захисту виборчих прав можна віднести: 1) поновлення виборчих прав; 2) попередження дії(бездіяльності) або відміна рішення, що порушують виборчі права; 3) притягнення суб'єкта, дії чи бездіяльність якого зумовили порушення виборчих прав, до юридичної відповідальності.

Контроль за неухильним та правильним застосуванням законодавства про вибори є основною функцією виборчої комісії будь-якого рівня. Захист виборчих прав громадян також належить до сфери діяльності виборчих комісій, але слід зауважити на особливості реалізації правозахисної функції виборчими комісіями. По-перше, виборчі комісії у захисті порушених прав деякою мірою конкурують із судами, але пріоритет належить судам, про що свідчить припинення розгляду скарги суб'єкта виборчого процесу, якщо аналогічна скарга надійшла від нього до суду, а також суд виступає по відношенню до виборчої комісії у якості другої інстанції, оскільки має право перевірки конституційності виборчих законів, визнання їх недіючими, відміни рішення всіх виборчих комісій(звісно, залежно від місця у судовій системі), тоді як жодне рішення суду не може бути відмінене виборчою комісією. По-друге, правозахисна функція виборчих комісій перебуває виключно у сфері реалізації виборчих прав. Суди можуть поновлювати виборчі права самі по собі, поза виборчим процесом, коли суб'єкт не тільки не може використати право обирати та бути обраним на конкретних виборах, але й взагалі позбавлений його. По-третє, виборчі комісії можуть захищати не всі порушенні права, а виключно віднесені до їх компетенції і в порядку, який передбачений для комісії відповідного рівня.

Аналізуючи законодавство щодо компетенції виборчих комісій у сфері захисту виборчих прав, можна виділити основні повноваження у цій сфері: 1) усунення помилок та неточностей у списку виборців; 2) усунення перешкод реалізації пасивного виборчого права; 3) усунення перешкод реалізації права контролювати законність проведення виборів; 4) визнання результатів виборів недійсними.

Перший блок повноважень щодо усунення помилок та неточностей у списках виборців може бути спрямований на захист як активного виборчого права конкретного окремого виборця, так і на охорону інтересів виборчого корпусу в цілому. Прикладом цьому може служити включення у списки виборців громадян, які не мають права голосувати на відповідній виборчій дільниці, які вибули з числа виборців за різними причинами (смерть, визнання недієздатним тощо).

Другий блок повноважень полягає в усуненні перешкод реалізації пасивного виборчого права, яке, як правило, виражається у відміні вищестоящою комісією рішення нижчестоящої комісії про відмову у реєстрації кандидата або про відміну вже проведеної реєстрації.

Скасовуючи незаконну відмову в реєстрації кандидата, вищестояща виборча комісія не лише поновлює порушене пасивне виборче право. Одночасно усувається перешкода і для реалізації

активного виборчого права тими виборцями, які підтримують погляди, програму даного кандидата, вірять в його здатність виконати передвиборні обіцянки або через інші причини хотіли б довірити йому представництво своїх інтересів в органі народного представництва.

Важливе значення має усунення порушень права контролювати законність проведення виборів і роботу виборчих комісій, бо такий контроль в особі спостерігачів, засобів масової інформації сам по собі є дієвим механізмом самозахисту як пасивного, так і активного виборчого права. На жаль, на практиці виборчі комісії, які покликані захищати виборчі права громадян, часто розглядають дії спостерігачів як протидію своїй діяльності, як вираз недовіри. У свою чергу, будь-яке порушення прав спостерігачів на виборах слід вважати підставою для застосування заходів адміністративної відповідальності до посадових осіб виборчої комісії, а незаконну відмову у доступі до приміщення для голосування або видалення з нього – як підставу для визнання виборів на даній дільниці недійсними.

Поновлення права на участь у спостереженні за проведенням виборів, роботою виборчих комісій одночасно дозволяє попередити порушення як активного, так і пасивного виборчого права, оскільки без якісного громадського контролю за ходом голосування, підрахунком голосів, складенням протоколу та іншими виборчими діями підсумки голосування можуть бути сфальсифіковані. А фальсифікація позбавляє активне та пасивне виборче право їх юридичного результату.

Таким чином, дві важливі функції виборчих комісій в правозахисній сфері – поновлення виборчих прав та попередження їх порушень – тісно пов’язані між собою і доповнюють одна одну. Під попередженням порушень виборчих прав громадян слід розуміти діяльність виборчих комісій по відміні незаконних рішень, попередженню незаконних дій (бездіяльності) суб’єктів виборчого процесу, застосуванню санкцій та інших юридичних мір, що здійснюється з метою недопущення порушень виборчих прав громадян, а також усунення умов, які сприяли вчиненню таких порушень.

Четвертий блок повноважень виборчих комісій стосується можливості захисту порушених виборчих прав громадян тоді, коли голосування відбулось, визначені результати, виборчі дільниці закриті. На цій стадії виборчого процесу виборча комісія має право визнати вибори недійсними. Цей спосіб може, залежно від обставин, мати або поновлювальний (визнання виборів недійсними після визначення їх результатів на підставі рішення суду), або превентивний характер (визнання виборів недійсними під час визначення результатів голосування або встановлення загальних результатів виборів). Підстави для визнання виборів недійсними виборчою комісією мають бути в основному аналогічними підставам відміни судом рішення по результатах виборів.

Виборчі комісії в Україні виконують досить широкий спектр повноважень та функцій, однак найголовніша серед них – це неухильне додержання та однакове застосування законодавства про вибори, тому важливим видається з’ясування їх ролі у сфері захисту прав суб’єктів виборчого процесу. Не варто забувати й те, що виборчі комісії діють в особі обраних громадян нашої держави, які своєю роботою мають сприяти підвищенню правової культури суспільства, а також те, що законність виборчих кампаній має забезпечуватись всією системою стримувань і противаг, демократичними процедурами та свідомістю громадян.

ПРОБЛЕМИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ ТА ПРЕДСТАВНИКІВ ВЛАДИ ЗА ПОРУШЕННЯ ВИБОРЧИХ ПРАВ

Тихий В.

Академія правових наук України

Конституція України закріплює, що носієм суверенітету і єдиним джерелом влади України є народ; народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування (ч.2 ст. 5); ніхто не може узурпувати державну владу (ч.4 ст.5); громадяни мають право брати участь в управлінні державними справами, у всеукраїнському та місцевих референдумах, вільно обирати та бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування (ч.1 ст.38); народне волевиявлення здійснюється через вибори, референдуми та інші форми безпосередньої демократії (ст. 69); вибори до органів місцевої влади та органів місцевого самоврядування є вільними і відбуваються на основі загального, рівного і прямого виборчого права, шляхом таємного голосування; виборцям гарантується вільне волевиявлення (ст. 71).

Конституцією України передбачені вибори до органів державної влади і органів місцевого самоврядування.

Виборами до представницьких органів державної влади є вибори народних депутатів України (вибори до Верховної Ради України) і вибори Президента України.

Вибори до представницьких органів місцевого самоврядування це:

1. вибори до Верховної Ради Автономної Республіки Крим;
2. вибори сільських, селищних, районних, міських, районних у містах і обласних рад;
3. вибори сільських, селищних і міських голів.

Організація і порядок проведення виборів визначаються виключно законами України (п.20 ч.1 ст.92) Конституції України.

За порушення права на вільні вибори органами державної влади та їх посадовими особами наступає відповідальність, насамперед це конституційна відповідальність.

Згідно з Конституцією України до повноважень Верховної Ради належить: 1) усунення Президента України з поста в порядку особливої процедури (імпічменту), встановленому статтею 111 цієї Конституції; 2) звільнення з посад та надання згоди на звільнення з посад осіб у випадках, передбачених цією Конституцією; 3) припинення повноважень членів Центральної виборчої комісії за поданням Президента України; 4) висловлення недовіри Генеральному прокурору України, що має наслідком його відставку з посади; 5) дострокове припинення повноважень Верховної Ради Автономної Республіки Крим за наявності висновку Конституційного Суду України про порушення нею Конституції або законів України; 6) звільнення з посади керівника Верховної Ради України (відповідно пункти 10, 15, 21, 25, 28, 35 ч.1 ст. 85); дострокове припинення повноваження народного депутата України у разі набрання законної сили обвинуваченим вироком щодо нього (ч.2 ст.81).

Відповідно до Конституції України, рішення про дострокове припинення повноважень народного депутата України приймається більшістю від конституційного складу Верховної Ради (ч.3 ст.81). Виходить, що Верховна Рада України може й не прийняти вказаного рішення і тим самим не виконати вирок суду. Це суперечить вимогам правової держави і положенням самої Конституції України про те, що державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу і судову (ч.1 ст.6), судові рішення є обов'язковими до виконання (ч.5 ст. 124).

Конституція України передбачає, що Верховна Рада України за пропозицією не менш як однієї третини народних депутатів України від їх конституційного складу може розглянути питання про відповідальність Кабінету Міністрів України та прийняти резолюцію недовіри Кабінетові Міністрів України більшістю від конституційного складу Верховної Ради України (ч.1 ст.87); Президент України припиняє повноваження Прем'єр-міністра України та приймає рішення про його відставку (п.10 ч.1 ст.106); відставка Прем'єр-міністра України має наслідком відставку всього складу Кабінету Міністрів України (ч.3 ст.115); прийняття Верховною Радою України резолюції недовіри Кабінетові Міністрів України має наслідком відставку Кабінету Міністрів України (ч.4 ст.115).

© Тихий В., 2006

Тому є зайвою ч.6 ст.115 Конституції України, що Прем'єр-міністр України зобов'язаний подати Президентові України заяву про відставку Кабінету Міністрів України за рішенням Президента України чи у зв'язку з прийняттям Верховною Радою України резолюції недовіри. В практиці були випадки несвоєчасного подання Прем'єр-міністром України в цих ситуаціях заяви про відставку Кабінету Міністрів. Не важко уявити собі ті можливі наслідки, коли стосовно Кабінету Міністрів України Верховною Радою України прийнята резолюція недовіри, або Президент України відповідно до п.9 ч.1 ст. 106 Конституції України припиняє повноваження Прем'єр-міністра України та приймає рішення про його відставку, а Прем'єр-міністр України не подає Президентові України заяву про відставку Кабінету Міністрів України.

За порушення права на вільні вибори Президент України, згідно Конституції України, крім припинення повноважень Прем'єр-міністра України та прийняття рішення про його відставку (п.9 ч.1 ст.106) може: 1) припиняти повноваження членів Кабінету Міністрів України, керівників інших центральних органів виконавчої влади, а також голів місцевих державних адміністрацій на цих посадах; 2) звільнити Генерального прокурора України з посади; 3) звільнити з посади за згодою Верховної Ради України Голову Антимонопольного комітету України, Голову Фонду державного майна України, Голову Державного комітету телебачення і радіомовлення України; 4) скасувати акти Кабінету Міністрів України та акти Ради міністрів Автономної Республіки Крим (відповідно пункти 10, 11, 14, 16 ч.1 ст.106); рішення голів місцевих державних адміністрацій, що суперечать Конституції та законам України, іншим актам законодавства України, можуть бути відповідно до закону скасовані Президентом України або головою місцевої державної адміністрації вищого рівня (ч.8 ст.118); з мотивів невідповідності нормативно-правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим Конституції України та законам України Президент України може зупинити дію цих нормативно-правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим з одночасним зверненням до Конституційного Суду України щодо їх конституційності (ч.2 ст.137). Останнє повноваження Президента України не в повній мірі кореспондується з повноваженнями Конституційного Суду України, який в цій частині вирішує питання лише про відповідність Конституції України (конституційність) правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим.

Відповідно до пунктів 4, 5 і 6 ч.5 ст.126 Конституції України за порушення права на вільні вибори може наступати конституційно-правова відповідальність і суддів – звільнення їх з посади органом, що їх обрав або призначив.

Крім Конституції України конституційна відповідальність органів державної влади та їх посадових осіб за порушення права на вільні вибори передбачається і законами України про організацію і порядок проведення виборів до органів державної влади і органів місцевого самоврядування. Санкціями за порушення виборчих прав виступають:

1. відмова в реєстрації кандидата;
2. виголошення попередження кандидату;
3. скасування рішення виборчої комісії;
4. дострокове припинення повноважень члена виборчої комісії;
5. розформування виборчої комісії, заміні їх складу, тощо.

Саме за масові і грубі порушення права на вільні вибори при проведенні минулих президентських виборів були визнані не дійсними результати повторного голосування, висловлено недовіру уряду та Центральній виборчій комісії і відправлено їх у відставку, замінено склад усієї системи виборчих комісій, призначено і проведено нове голосування.

З метою забезпечення демократичних виборів доцільно прийняти Закон «Про основні гарантії виборчих та референдум них прав».

За суспільно небезпечні порушення права на вільні вибори передбачена кримінальна відповідальність. Кримінальний кодекс України має щодо цього цілу систему відповідних норм. Насамперед, в розділі V Особливої частини КК передбачена кримінальна відповідальність за злочини проти виборчих прав громадян. До цих злочинів законодавець відносить перешкоджання здійсненню виборчого права, неправомірне використання бюлетенів, підлог виборчих документів або неправильний підрахунок голосів чи неправильне оголошення результатів виборів та порушення таємниці голосування.

До останнього часу, не дивлячись на масові і грубі порушення виборчих прав громадян, ці норми фактично не застосовувались. За станом на жовтень 2005 р. по факту фальсифікації президентських виборів порушено більше чотирьохсот тисяч кримінальних справ, але в абсолютній

більшості вони стосуються рядових виконавців, а організатори фальсифікацій до цього часу не покарані. Це дуже тривожний факт. Адже безкарність веде до вчинення нових, при тому і більш тяжких злочинів. Вимагають удосконалення як норми Кримінального кодексу щодо відповідальності за злочинне порушення виборчих прав, так і практика їх застосування.

Кримінальна відповідальність за порушення права на вільні вибори може наступати і за іншими статтями Кримінального кодексу, при наявності всіх ознак злочинів, ними передбачених, зокрема за злочини у сфері службової діяльності. Це зловживання владою або службовим становищем, перевищення влади або службових повноважень, службове підроблення, службова недбалість та хабарництво.

За суспільно шкідливі порушення виборчих прав передбачена адміністративна, дисциплінарна і/або цивільно-правова відповідальність. Так, в Кодексі України про адміністративні порушення встановлена адміністративна відповідальність за порушення законодавства про вибори Президента України і народних депутатів (ст. 186-2). Норми цієї статті також не застосовувалися і мають певні прогалини. Вони не передбачають відповідальність за всі адміністративні вчинки, характерні для виборчого процесу і його окремих стадій.

Дисциплінарну відповідальність за порушення виборчого законодавства несуть ті чи інші працівники як за невиконання своїх трудових обов'язків. Матеріальна відповідальність за порушення виборчих прав може бути як самостійною, так і складовою кримінальної, адміністративної або дисциплінарної відповідальності.

Порушення виборчих прав громадян може бути оскаржено в суді і судом вибори можуть бути визнані не дійсними зі всіма випливаючи ми з цього наслідками, як це і трапилось з повторним голосуванням з виборів Президента України 21 листопада 2004 р.

За порушення виборчого права можлива і міжнародно-правова відповідальність держави. Відповідно до Конституції України кожен має право після використання всіх національних засобів захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна (ч.4 ст.53). Характерним прикладом цього є справа «Мельниченко проти України», по якій Європейський суд з прав людини визнав, що нашою державою були порушені виборчі права заявника і зобов'язав її, зокрема, сплатити йому певну суму компенсації моральної шкоди та судових витрат.

КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ В УМОВАХ ТРАНСФОРМАЦІЇ ДЕРЖАВИ І СУСПІЛЬСТВА

Тодика Ю.

Академія правових наук України

Конституція – основний закон, в якому концентровано втілена воля народу щодо розвитку держави і суспільства, національної правової системи. Роль конституції суттєво зростає в умовах трансформації суспільних відносин. Вона є стабілізуючим чинником, виконує цілу низку функцій, має суттєву соціальну цінність, оскільки визначає спрямованість правової системи, знаходиться в основі демократичного правового статусу людини і громадянина. Як нормативно-правовий акт, конституція становиться центром правової системи, змінюється, новелізується під впливом соціально-економічних, політичних та інших чинників.

Прийняття Конституції України 1996 р. не тільки не тільки вирішило низку існуючих на той час актуальних політико-правових проблем держави і суспільства, а й поставило ряд нових, пов'язаних з демократизацією суспільних відносин, впровадженням на практиці народного суверенітету, форм безпосередньої і представницької демократії, становленням дієздатного місцевого самоврядування, впровадженням політичної і ідеологічної багатоманітності, забезпеченням і гарантуванням основних прав і свобод людини і громадянина тощо. Відповідно, виросла наукова і практична зацікавленість до конституції, пошуків шляхів посилення ефективності її впливу на соціальні процеси.

Майже десятирічне функціонування чинної Конституції України висвітлило її сильні і слабкі сторони. її сильною стороною є закріплення в тексті таких основоположних цінностей конституційного ладу, як народний суверенітет, поділ влад, верховенство права, Конституції і законів, пряма дія багатоманітність. Слабкою стороною став сам механізм впровадження ідей Конституції на практиці. В нас ще не сформована належна повага до Конституції як соціальної цінності, в цілому низька конституційна культура, оскільки Конституцію порушують не тільки пересічні громадяни, а й представники державної влади і місцевого самоврядування. Найбільше проблем виникло в зв'язку з застосуванням ст. 6 Конституції України, яка закріплює принцип поділу влад.

На сьогодні актуальною проблемою є проведення конституційної реформи, завданням якої є перехід від президентсько-парламентської до парламентсько-президентської форми правління. Але якщо вона буде втілена в життя, є ще не означає, що все буде гаразд, якщо не підвищувати політичну і правову культуру суб'єктів конституційно-правових відносин. Вважаємо, що в свідомість всіх громадян України повинна впроваджуватися ідея поваги до Конституції, що вона повинна бути об'єктом особливої охорони з боку держави і суспільства. Це пов'язано насамперед з тим, що Конституція закріплює насамперед базові принципи організації і функціонування держави і суспільства, впорядковує політико-правові процеси, визначає особливості національної правової системи, забезпечує конституювання держави, головних елементів політичної системи. Люди повинні усвідомлювати, що не можна часто змінювати Конституцію, а вчити ся жити в межах її приписів. Конституція – фактор єдності правової системи, забезпечення її стабільності і динамізму, демократичного вектора розвитку суспільних відносин.

Сьогодні все більш актуальною проблемою є пошук шляхів підвищення ефективності функціонування конституційних норм. Важливо досягти, щоб Конституція результативно працювала на становлення сучасної національної правової системи, цивілізованого громадянського суспільства, на забезпечення і гарантування прав і свобод людини і громадянина. На її базі йде процес новелізації в Україні виборчого законодавства. Разом з цим безперечно, знижує потенціал народовладдя, віддаляє громадян від представницьких органів. На сьогодні й без того є значне відчуження громадян від влади. Мабуть, немає сенсу його посилювати. Вважаємо, що саме Конституція України в процесі своєї реалізації повинна стати інструментом консолідації соціуму на демократичних засадах. Важливо, щоб глибокі формаційні перетворення, які відбуваються в Україні, сприйняття сучасних стандартів демократії, світового досвіду конституціоналізму сприяло тому, що Конституція України із способу закріплення ладу патерналістської держави, становилася Основним Законом, що закріплює лад правової держави, влада якої обмежена суверенітетом народу, правами людини і громадянина. На розкриття демократичного потенціалу Конституції повинні працювати всі структури державного механізму, громадянського суспільства, що формується.

© Тодика Ю., 2006

ПРАВО НА СВОБОДУ ОБ'ЄДНАННЯ В СИСТЕМІ ПОЛІТИЧНИХ ПРАВ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ

Чуб О.

Національна юридична академія України ім. Я. Мудрого

Одним із вагомих політичних прав громадян України є право на свободу об'єднання (ст. 36 Конституції України). При демократичному режимі громадяни можуть брати участь в політичному житті країни як одноособово, так і шляхом об'єднання з іншими, через участь у діяльності політичних партій. Тут необхідно визнати, що об'єднання громадян мають значно ширші можливості щодо політичного впливу, ніж окремий громадянин. Більше того, реалізація деяких політичних прав і свобод громадянами можлива сьогодні лише в межах діяльності об'єднань громадян, зокрема, висунення кандидатів у народні депутати України. Об'єднання громадян дають їм змогу залучатися до політики, закладаючи фундамент громадянського суспільства.

Вважається, що громадянськості, яка робить можливою демократичну політику, можна навчитися тільки в асоціативних зв'язках, які мають захищатися і постійно зміцнюватися державою. Об'єднання громадян активно беруть участь у політичному житті держави у таких формах, як залучення до проведення виборів народних депутатів, референдумів, всенародних обговорень, направлення колективних письмових звернень до органів державної влади, здійснення громадського контролю. Великою є їх роль у забезпеченні реалізації прав і свобод громадян у політичній сфері, у спонуканні та залученні громадян до участі в управлінні. Такі об'єднання є важливим каналом участі громадян в управлінні державними справами та відіграють інтегративну роль у суспільстві, об'єднуючи громадян за політичними інтересами.

За твердженням одних учених, конституційне суб'єктивне право на об'єднання складається з двох правомочностей: а) із права громадянина на об'єднання та б) із права на діяльність організацій (об'єднань). На думку інших, право на об'єднання – це право громадян, а не об'єднань. З точки зору дослідження системи політичних прав громадян України нас цікавлять, у першу чергу, відповідні права громадян, а не їх об'єднань.

Вчені-конституціоналісти наводять різні переліки правомочностей, що входять у зміст права на об'єднання. До таких правомочностей відносять: право створювати на добровільних засадах об'єднання громадян, право добровільно і на рівних засадах вступати (або утримуватися від вступу) в існуючі об'єднання громадян, право перебувати (не перебувати) в них, право користуватися захистом прав та інтересів з боку такого об'єднання, право безперешкодно виходити з об'єднань громадян, вільно припиняти діяльність об'єднання, свободу від втручання державних органів та інших осіб у діяльність об'єднань, від незаконного припинення їх діяльності, право брати через них участь в управлінні державними і громадськими справами.

Відповідно до Закону "Про вибори народних депутатів України" від 25 березня 2004 р. (зі змінами від 7 липня 2005 р.) за пропорційною виборчою системою кандидатів у народні депутати на парламентських виборах 2006 р. висуватимуть тільки політичні партії (їх блоки), причому партія може висунути кандидатом у депутати особу, яка є членом цієї партії або позапартійну особу. Але у будь-якому випадку склад кандидатів у народні депутати повністю залежить від волі політичних партій. При таких умовах роль політичних партій у виборчому процесі в Україні стає не просто важливою, а вирішальною.

За словами Б. Чичеріна, "свобода людини, що вступає в союз з іншими, полягає в праві брати участь у загальних рішеннях". На жаль, сучасними реаліями є те, що політичні партії все більше стають знаряддям приватних інтересів і просування окремих політиків, а не формою представництва і артикуляції інтересів. Удосконалення діяльності політичних партій має бути спрямовано на підвищення можливості всіх їх членів брати реальну участь у прийнятті загальнопартійних рішень, а також на формування у громадян навичок участі у владних відносинах.

© Чуб О., 2006

ПРОБЛЕМИ РЕФОРМУВАННЯ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ

Чушенко В.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Верховна Рада України 08 грудня 2004 р. ухвалила Закон України "Про внесення змін до Конституції України". Прийняття цього закону було викликано досить суттєвими змінами, що сталися в українському суспільстві.

В останні роки теорія українського конституціоналізму стала більше уваги приділяти дослідженню такого явища як суспільство, сутність якого визначається природою його елементів і яке розвивається за певними закономірностями. При чому більш чіткіше підкреслюється його самостійність в соціально-політичному та економічному розвиткові країни, в тому числі і значення у встановленні суверенної держави. Суспільство, яке з роками після становлення незалежності України стає все більш соціально-організованим, ефективніше, результативніше впливає на державотворчі процеси, порядок формування і діяльність органів держави. Яскравим підтвердженням цього є події "помаранчевої революції", учасниками якої фактично стали всі верстви суспільства, що спонукали до певних дій парламент України, інші органи держави по стабілізації політичної та соціально-економічної ситуації в Україні. Свого часу вчені – конституціоналісти зазначали, що в парламенті мають сконцентровуватися зрозумілі народові головні політичні напрями, в силу чого вони набирають значення і для держави . Чи можемо ми сьогодні говорити, що в нашому суспільстві є сталі, з чітко визначеними програмами, політичні формування, які б підтримувались переважною більшістю електорату. Такі партії, асоціації, об'єднання могли б стати ядром формування соціально-політичних платформ як необхідної умови комплектування сталого за своїм складом професійного парламенту, що є передумовою впровадження парламентарної чи парламентсько-президентської моделі управління, про що зараз ведуться дискусії в Україні. Проаналізуємо в аспекті теми окремі моменти Закону України про внесення змін до Конституції України. Відповідно до цього закону (ст.83) у Верховній Раді України за результатами виборів і на основі узгодження політичних позицій формується коаліція депутатських фракцій, до складу якої входить більшість народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України. Ця коаліція вносить пропозиції Президенту України щодо кандидатури Прем'єр-міністра України, рівно ж пропозиції щодо кандидатур до складу Кабінету Міністрів України. Кабінет Міністрів як вищий орган у системі органів виконавчої влади стає відповідальним перед Президентом України і Верховною Радою України, підконтрольним і підзвітним Верховній Раді України у межах, передбачених Конституцією (ст.113). Конкретизуються повноваження парламенту (ст.85) і глави держави (ст.106), розширюються умови можливого дострокового припинення повноважень Верховної Ради України Президентом (несвоєчасне формування коаліцій депутатських фракцій, утворення уряду держави – ст.90). Щоправда, рішення про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України приймається Президентом України після консультацій з Головою Верховної Ради України, його заступниками та головами депутатських фракцій у Верховній Раді України. Конституційна новелізація, як ми вважаємо, спрямована на пошуки адекватно до реалій сьогодення оптимальної функціонально-компетенційної цілісності центральних органів державної влади, формулювання найбільш доцільної системи стримувань і противаг окремих гілок влади в Україні. Окрім щойно зазначених повноважень і процесу по формуванню уряду суттєво новими стають відносини Глави держави і Парламенту згідно з статтею 112 Конституції: у разі дострокового припинення повноважень Президента України виконання його обов'язків на період до обрання і вступу на пост нового Президента України покладається на Голову Верховної Ради України (а не Прем'єр-міністра як було дотепер). Розширюються повноваження, а, отже зростає самостійність Кабінету Міністрів в системі центральної влади і поряд з Президентом України і Прем'єр-міністр виступає перед Верховною Радою з поданнями про призначення членів уряду (ст.85 п.12 Конституції України). Кабінет Міністрів України (а не Президент) утворює, реорганізує та ліквідує відповідно до закону міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, призначає на посади та звільняє з посад за поданням Прем'єр-міністра України керівників центральних органів виконавчої влади, які не входять до складу Кабінету Міністрів України (ст.116, п.п. 9^1, 9^2 Конституції України). Президент України тепер не скасовує, а зупиняє дію актів Кабінету Міністрів України з мотивів невідповідності Конституції з одночасним

© Чушенко В., 2006

зверненням до Конституційного Суду України щодо їх неконституційності (ст.106, п.15 Конституції України).

Проглядається тенденція посилення ролі контрольних функцій Парламенту, в тому числі і за посередництвом системи створюваних Верховною Радою України з числа народних депутатів комітетів, причому Верховна Рада обирає не лише голів, як було раніше, а й перших заступників, заступників голів та секретарів цих комітетів (ст.89 Конституції України). І оскільки здійснення контрольних повноважень Парламенту оформляється шляхом схвалення постанов, в новозмінах Конституції (ст.113) зазначається, що Кабінет Міністрів України у своїй діяльності керується не тільки Конституцією та законами, а й постановами Верховної Ради України, прийнятими відповідно до Конституції та законів України. Рівно ж відзначимо, що в майбутньому Верховна Рада України через утворювану нею Рахункову палату здійснюватиме контроль не лише за використанням (як було до цього), але і за надходженням коштів до Державного бюджету України (ст.98 Конституції України).

Змінюються позиції Верховної Ради України і при реалізації нею основної функції – законодавчої. Зокрема, у разі якщо Президент України не підписав закон прийнятий Парламентом не менш як двома третинами від її конституційного складу під час повторного розгляду його, такий закон невідкладно офіційно оприлюднюється Головою Верховної Ради України і опубліковується за його підписом (ст. 94 Конституції), Президенту України вже не надається право вето щодо прийнятих Верховною Радою України законів про внесення змін до Конституції України (ст.106, п. 30 Конституції України).

Як на нашу думку, навіть відзначене підтверджує процес трансформації президентсько-парламентської форми правління до парламентсько-президентської моделі.

Виникає питання, чи виправданим є при нинішньому стані партійного будівництва в країні перехід до парламентсько-президентської моделі правління в Україні, коли після виборів відповідальність за формування уряду – Кабінету Міністрів покладається на коаліцію депутатських фракцій Парламенту, яка створюється на основі узгодження політичних позицій партій, що перемогли на виборах. Мабуть слід мати на увазі той факт, що за всі роки існування суверенної держави утворювані Президентом уряди діяли лише протягом одного (чи трохи більше чи менше) року. І це до певної міри є результат того, що склад вищого органу виконавчої влади “випромінювався” не стільки Главою держави, як його оточенням. Потрібно сподіватися, що новий порядок формування Кабінету Міністрів сприятиме створенню в Україні справжніх політичних партій, відповідальних за долю народу.

І ще одне питання. За новою Конституцією (ст.81, ч.6) у разі не входження народного депутата України, обраного від політичної партії (виборчого блоку політичних партій), до складу депутатської фракції цієї політичної партії (виборчого блоку політичних партій) або виходу народного депутата України із складу такої фракції його повноваження припиняються достроково на підставі закону за рішенням вищого керівного органу відповідної політичної партії (виборчого блоку політичних партій) з дня прийняття такого рішення. Чи теоретично виправданим є це нововведення конституційних змін, адже народний депутат є представником українського народу, а не політичної партії, джерелом його повноважень є волевиявлення цілого народу, а не якоїсь його частини. З приводу цього зазначимо, що методологічними засадами державотворення є світовий досвід (теорія і практика), національно-державницькі традиції українського народу і, що надзвичайно важливо, реалії сьогодення. А ці останні, як бачимо із практики діяльності Верховної Ради України характеризується, на жаль, тим, що майже на кожному пленарному засіданні парламенту спостерігаємо “переміщення” народних депутатів із однієї фракції до іншої. Чи співставною є ця реальна дійсність з науковим визначенням політичної партії як групи людей, що об’єднується з метою поставити (спрямувати) свої зусилля на службу народному інтересу і на основі начала (ідеї, засади), прихильниками якого вони всі є. Тому, як ми вважаємо, конституційні новозміни в умовах нашого державотворення є теоретично обґрунтованими, адже головне призначення теорії – формулювати перспективи розвитку суспільства, держави. А власне відзначені конституційні зміни мають слугувати формуванню ефективної партійної системи, яка б оптимально репрезентувала інтереси народу.

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО: ПРОБЛЕМИ ПРЕДМЕТУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Янюк Н.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Сьогодні набуває особливої уваги проблема співвідношення процесуальної і матеріальної частини конституційного права. На порядку денному знаходиться питання, яке місце слід відвести конституційно-процесуальному праву в системі національного права України, чи може конституційно-процесуальне право претендувати на самостійну галузь права, чи все ж має залишатися в системі матеріального права?

Можна спостерігати окремі періоди у розвитку наукової думки щодо сутності процесу як правової категорії. До 60-х років минулого століття сформувалося доктринальне твердження про існування лише цивільного і кримінального процесу, які мали законодавче закріплення у Цивільному процесуальному (1963 р.) і Кримінальному процесуальному (1961 р.) кодексах. При цьому наголошувалося на особливості юрисдикційної природи вирішення спорів про право в цивільному процесі і застосування державно-правового примусу в кримінальному процесі. Такий підхід не викликає жодних застережень, оскільки відносини по застосуванню судом санкцій відповідних норм матеріального права – цивільного і кримінального – можна чітко виокремити від інших видів відносин, вони існують цілком самостійно і потребують правового регулювання.

Вже в середині 60-х років виникають інші позиції з цього питання, зокрема з'являються перші спроби обґрунтувати існування адміністративного процесу, який проявляється через виконавчо-розпорядчу діяльність органів державного управління, у тому числі через їх правомочність застосовувати адміністративно-юрисдикційні дії. Наявність окремих досліджень поклало початок формування наукової думки щодо можливості існування інших видів процесу, крім класичних – цивільного і кримінального.

Особливий інтерес до загальної теорії процесуального права виникає в кінці минулого століття. Науковці зосереджуються на пошуку критеріїв для обґрунтування існування самостійних адміністративної, конституційної, трудової процесуальних галузей. Висловлюються міркування окремих вчених про можливість існування процесуального права відповідно до кожної галузі матеріального права. Саме цей момент заставляє задуматися, чи дійсно такий підхід є достатньо обґрунтованим і виправданим, чи це не буде штучним "створенням" галузі права, так як це виникає з пропозицією деяких російських вчених щодо формування службового, транспортного чи освітянського права, які за своєю природою є лише окремими інститутами адміністративного права?

Аби визначитися щодо самостійності тієї чи іншої галузі права, необхідно визначити, чи має вона самостійний предмет правового регулювання, тобто чи можна виокремити суспільні відносини, які регулюватимуться лише процесуальними нормами.

Будь-яка правова норма є основним вихідним елементом права і покликана регулювати певні суспільні відносини, які складаються у суспільстві. У кожній окремій галузі права існує традиційний поділ норм за предметом правового регулювання: на матеріальні і процесуальні норми. Матеріальні і процесуальні норми самі по собі є потенційними елементами механізму правового регулювання і перебувають в стані нейтральності до виникнення певного юридичного факту, який спричиняє дію відповідної норми. Безперечно первинною за своєю природою є матеріальна норма, яка, практично окреслює межі правового регулювання. Матеріальні правові норми характеризуються тим, що юридично закріплюють комплекс прав та обов'язків учасників певних суспільних відносин, встановлюють їх відповідальність за порушення встановленого у нормі порядку (режиму). У них знаходить вияв той правовий режим, у рамках якого повинні діяти учасники відносин. Проте існує потреба не тільки визначити межі і характер правомірної поведінки учасників відносин, але й врегулювати порядок здійснення ними своїх прав, виконання обов'язків, порядок вирішення можливих конфліктів, які виникають в процесі таких відносин, порядок застосування заходів відповідальності. Саме таку функцію виконують процесуальні норми. Вони визначають форму реалізації матеріально-правових норм в конкретних ситуаціях. На відміну від цивільного чи кримінального процесуального права, у конституційному процесуальному праві форми застосування

© Янюк Н., 2006

потребує не тільки санкція конституційно-правової норми (як правило, вона просто відсутня), але й диспозиція, до того ж – як правило припис диспозиції правової норми.

Відтак слід визначити можливість існування самостійних процесуальних відносин в конституційному праві. У Конституції України рідко згадуються сам термін "процедура" (лише у ст.11 – конституційна процедура розслідування і розгляду справи про імпічмент Президента України), хоча й окреслені окремі процедури, зокрема процедура ініціювання народом всеукраїнського референдуму (ст.72), процедура підписання законів Президентом України (ст.94), процедура усунення Президента з поста у порядку імпічменту (ст.111), процедура внесення змін до Конституції України (розділ XIII). Ці процедури є частинам певного виду процесу, відповідно – реалізації народом права на самовизначення, законодавчого процесу, процедури застосування конституційної відповідальності, конституційного процесу. Проте ці процесуальні відносини не можна чітко відокремити від матеріальних правовідносин. Наприклад, законодавчий процес, як юридична форма відповідної гілки влади – законодавчого органу, не виходить за межі матеріального конституційного права. Проявом здійснення повноважень Верховною Радою України, як вищого представницького органу, є законодавчий процес, який є основним видом її діяльності. Саму процедуру реалізації права законодавчої ініціативи також не можна розглядати відокремлено від матеріальних правовідносин і відповідних норм, які визначають коло суб'єктів права законодавчої ініціативи, тим більше – для них це може не бути основним видом діяльності, зокрема це стосується Президента України, Кабінету Міністрів України, (Національного Банку України за Конституцією 1996 р.).

Предмет регулювання конституційно-процесуальних норм обмежений матеріальними нормами. Проте саме вони покликані забезпечити реалізацію матеріальних норм й у першу чергу норм, закріплених в Основному Законі держави. Конституційно-процесуальна норма являє собою встановлене державою загальнообов'язкове правило поведінки, яке регулює суспільні відносини, які виникають в процесі реалізації конституційно-правових норм. Конституційно-процесуальні норми регламентують динаміку здійснення народу на самовизначення, реалізації конституційних прав громадян (особистих – права на громадянство, політичних – виборчого права, права на створення об'єднань громадян, політичних партій, права на звернення та деяких ін.), формування і діяльності представницьких органів, уповноважених органів держави (н-д, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, виборчі комісії), здійснення конституційної юрисдикції, процедури конституційної відповідальності. У той же час ці відносини, які регулюються конституційно-процесуальною нормою не можуть існувати самостійно, як це відбувається в цивільному чи кримінальному процесуальному праві.

Однак це жодним чином не применшує ролі процесуальних норм. Ми часто стикаємося з проблемою відсутності механізму реалізації конституційно-правових норм. Гостро проявила себе ця ситуація на виборах Президента України у 2004р. Недостатність закріплення окремих правових процедур стала підставою для різного роду маніпуляцій з боку державної влади під час проведення виборів, прикладом таких процедур може бути – складання списків виборців, видача відкріпних посвідчень для голосування, механізм взаємодії Верховної Ради і Президента України, процедура реалізації ст.5 Конституції України, згідно якої народ є "носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні" та ряд інших. Відсутність відповідних процесуальних важелів регулювання іноді призводило до прийняття політичних рішень, аби усунути прогалину у правовому полі. Проте така винятковість вирішення соціальних конфліктів не може стати правилом, а потребує належного правового урегулювання.

Слід визнати, що окремі уроки з цього були зроблені, про що свідчить прийняття Закону України "Про вибори народних депутатів України" в редакції від 7 липня 2005 р., який було доповнено значною кількістю процесуальних положень, наприклад щодо складання списків виборців, реалізації права голосувати за відкріпними посвідченнями, реєстрації кандидатів у народні депутати, ін.

Слід наголосити, що на відміну від адміністративно-процесуальних норм, реалізація яких відбувається лише в межах взаємовідносин "громадянин" – "орган виконавчої влади або уповноважений ним суб'єкт", конституційно-процесуальні норми можуть реалізовуватися у взаємовідносинах громадянина з державними органами, органами місцевого самоврядування, із спеціальними органами держави, н-д, виборчими комісіями, народними депутатами, депутатами місцевих рад. Але ці відносини мають бути першочергово окреслені матеріальними нормами.

Наслідком застосування конституційно-процесуальних норм може бути прийняття нормативного акта або акта змішаного типу (скасування рішення про реєстрацію кандидата у народні депутати).

Дослідження конституційно-процесуальних норм дозволяє виділити дві окремі групи: конституційно-процедурних і конституційно-юрисдикційних норм. Перша група норм регулює відносини, які виникають у процесі реалізації суб'єктами своїх прав та виконання обов'язків (у т.ч. здійснення повноважень уповноваженими суб'єктами). Конституційно-юрисдикційні норми це ті норми, які регулюють процедуру розгляду і вирішення конституційних справ, тобто діяльність Конституційного Суду України, як єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні, згідно із ст. 147 Конституції України.

В окрему групу норм можна виділити норми, які визначають процедуру застосування конституційної відповідальності, проте цьому напрямі ще існують проблеми, іноді застосування конституційної відповідальності збігається із конституційно-юрисдикційною діяльністю (щодо процедури імпічменту Президента України). У юридичній літературі висловлюються деякі думки про формування окремої галузі права – судово-процесуальної, до якої можуть входити конституційно-юрисдикційні норми, але така пропозиція ще потребує серйозних наукових обґрунтувань.

Отож приходимо до висновку, що в конституційному праві важко виокремити відносини, які перебувають під впливом виключно матеріально-правових норм і не передбачають застосування норм процесуального (процедурного) характеру. Однак розвитку конституційно-процесуальних норм не приділялось належної уваги. Сьогодні немає підстав стверджувати факт існування конституційно-процесуального права як самостійної галузі національного права став, проте можна визнати існування конституційно-процесуального права як підгалузі конституційного права, яка складається із власних інститутів: виборчого процесу (включаючи реалізація права народу на самовизначення); конституційного процесу (процесу прийняття та внесення змін до Конституції України); конституційно-юрисдикційного процесу. У той же час відносини, які виникають при реалізації конституційних прав громадян, у законодавчому процесі, у процесі застосування конституційної відповідальності, не можна відокремити від матеріальних правовідносин. Відповідні норми, які регулюють ці відносини, становлять інститути конституційного права України.

PRAWO DO OCHRONY ZDROWIA W ŚWIETLE WYBRANYCH ORZECZEŃ POLSKIEGO TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO

Krzysztof Eckhardt

Wyższa Szkoła Administracji i Zarządzania w Przemyślu

Prawo do ochrony zdrowia, łączone ze zobowiązaniem państwa do wspierania ubezpieczeń społecznych należy do powszechnego katalogu praw socjalnych[1]. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997r. reguluje je w art. 68 w następujący sposób:

1. Każdy ma prawo do ochrony zdrowia.
2. Obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Warunki i zakres udzielania świadczeń określa ustawa.
3. Władze publiczne są obowiązane do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom, kobietom ciężarnym, osobom niepełnosprawnym i osobom w podeszłym wieku.
4. Władze publiczne są obowiązane do zwalczania chorób epidemicznych i zapobiegania negatywnym dla zdrowia skutkom degradacji środowiska.
5. Władze publiczne popierają rozwój kultury fizycznej, zwłaszcza wśród dzieci i młodzieży.

Prawo do ochrony zdrowia jest tym spośród konstytucyjnych praw socjalnych, którego realizacja sprawiała znaczne trudności wszystkim kolejnym rządom III Rzeczypospolitej.

Część z tych trudności ma charakter prawny[2], część zaś wywołuje kontrowersje moralne lub polityczne[3].

Taki stan rzeczy skłania do przeanalizowania orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, w których rozważał on treść art. 68 Konstytucji.

Artykuł ten jako wzorzec kontroli konstytucyjności przywoływany był przez sędziów Trybunału Konstytucyjnego przede wszystkim w orzeczeniach dotyczących przepisów określających model organizacyjno-prawny finansowania świadczeń zdrowotnych[4] ale także np. przepisów prawa podatkowego[5], czy przepisów z zakresu weterynarii[6].

Interpretując ust.1 tego artykułu Trybunał wywiódł z niego „podmiotowe prawo jednostki do ochrony zdrowia oraz obiektywny nakaz podejmowania przez władze publiczne takich działań, które są konieczne dla należytej ochrony i realizacji tego prawa”[7]. Powołując się na stanowisko doktryny stwierdził, iż art. 68 ust. 1 nie ma charakteru jedynie deklaratywnego, a wywodzone z niego prawo to prawo podstawowe wynikające z przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka, którego przestrzeganie władza państwowa jest zobowiązana ochraniać. „Ochrona zdrowia jest ściśle związana z ochroną życia, a prawo do życia z godnością człowieka. Prawo do ochrony zdrowia, to przede wszystkim prawo do zachowania życia i jego obrony, gdy jest zagrożone”[8]

Trybunał podkreślał, iż każdy ma prawo do ochrony zdrowia, co oznacza, że Konstytucja wyklucza jakiekolwiek wyłączenia podmiotowe z zakresu jej działania. Jest to jednak prawo o charakterze osobistym i przysługuje wyłącznie osobom fizycznym. W szczególność stowarzyszenia, czy publiczne osoby prawne nie

[1] Zob. B.Zawadzka, Prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne, Warszawa 1996, s. 72
[2] Przykładem tego jest Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 stycznia 2004r. (K 14/03) uznający podstawowe przepisy ustawy z 23 stycznia 2003r. o powszechnym ubezpieczeniu w Narodowym Funduszu Zdrowia (Dz.U. nr 45 poz. 391) za niezgodne z art. 68 w związku z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.
[3] Np. kwestie odpłatności za niektóre badania czy leki lub szeroko dyskutowany problem składek na ubezpieczenie zdrowotne płaconych przez duchowieństwo.
[4] Zob.Wyrok z dnia 19 listopada 2001r. Sygn akt. K. 3/00 , Postanowienie z dnia 12 listopada 2003r., Sygn. akt Tw 14/03 i Wyrok z dnia 7 stycznia 2004r. Sygn. akt K 14/03
[5] Wyrok z dnia 23 marca 1999r. Sygn.akt K. 2/98
[6] Wyrok z dnia 18 marca 2003r. Sygn. akt K. 50/01
[7] Wyrok z 23 marca 1999r. Sygn. akt K. 2/98
[8] Wyrok z 7 stycznia 2004r. Syg.akt K.14/03

© Krzysztof Eckhardt, 2006

могą być podmiotem prawa przynależnego osobom korzystającym z opieki zdrowotnej a tym samym nie mogą wnosić skarg konstytucyjnych w celu jego ochrony[1].

Zdaniem Trybunału, Konstytucja nie daje podstaw do konstruowania materialnej definicji pojęcia „ochrona zdrowia", bowiem treścią prawa do ochrony zdrowia nie jest jakiś abstrakcyjnie określony (i w gruncie rzeczy niedefiniowalny) stan „zdrowia" poszczególnych jednostek, ale możliwość korzystania z systemu ochrony zdrowia, funkcjonalnie ukierunkowanego na zwalczanie i zapobieganie chorobom, urazom i niepełnosprawności. Norma art. 68 ust. 1 Konstytucji nie przesądza konstrukcji tego systemu jako całości ani jego poszczególnych elementów: charakteru prawnego źródeł finansowania świadczeń zdrowotnych, charakteru i struktury płatnika (płatników) tych świadczeń czy też struktury własnościowej świadczeniodawców. „Z obowiązku rzeczywistego zapewnienia przez władze publiczne warunków realizacji prawa do ochrony zdrowia, które nie może być traktowane jako uprawnienie iluzoryczne bądź czysto potencjalne, wynika jednak wymaganie, iż system ten- jako całość- musi być efektywny"[2]. Obowiązkiem państwa jest wytworzenie takiego normatywnego układu odniesienia, który prawo do ochrony zdrowia czynić będzie realnym[3].

Prawo do ochrony zdrowia Trybunał uznał za „typowe prawo socjalne w wąskim tego słowa znaczeniu, tzn. prawo do pewnych świadczeń materialnych ze strony władz publicznych"[4]. Zwracał jednocześnie uwagę, iż realizacja obowiązku państwa ochrony zdrowia jednostek przybierać może różne formy i wiązać się z różnorodnymi działaniami np. z wprowadzeniem marż urzędowych na leki i materiały medyczne[5] czy nakładaniem szczególnych obowiązków na lekarzy[6].

Według Trybunału z art. 68 ust. 2 Konstytucji wynikają następujące konsekwencje:

„Po pierwsze – konieczne jest funkcjonowanie w ramach szeroko pojętego systemu opieki zdrowotnej mechanizmów pozwalających na gromadzenie, a następnie wydatkowanie na świadczenia zdrowotne środków publicznych. Nie ma przy tym znaczenia szczegółowa ocena charakteru prawnego środków odprowadzanych przez obywateli, ważne jest tylko, czy można je zakwalifikować jako środki publiczne.

Po drugie – świadczenia finansowane z wyżej wymienionych środków mają być dostępne dla obywateli (a więc już nie dla „każdego"), przy czym nie chodzi o dostępność jedynie formalną, deklarowaną przez przepisy prawne o charakterze „programowym", ale o dostępność rzeczywistą, stanowiącą realizację określonego w ust. 1 art. 68 Konstytucji prawa do ochrony zdrowia (verba legis: „…władze publiczne zapewniają…"). Sformułowanie Konstytucji jest kategoryczne i ma charakter gwarancyjny.

Po trzecie – dostęp do świadczeń finansowanych ze środków publicznych musi być równy dla wszystkich obywateli, niezależnie od ich sytuacji materialnej. Proklamowana w analizowanym przepisie równość w dostępie do świadczeń opieki zdrowotnej stanowi rozwinięcie wyrażonej w art. 32 Konstytucji zasady równości oraz koncepcji solidaryzmu społecznego. Zasady korzystania ze świadczeń opieki zdrowotnej w tym zakresie są bowiem niezależne od zakresu partycypacji poszczególnych członków wspólnoty obywatelskiej w tworzeniu zasobu środków publicznych stanowiących źródło ich finansowania. Podobnie też jak sam dostęp do świadczeń, musi to być równość w ujęciu rzeczywistym, a nie tylko formalnym. Z drugiej strony, Konstytucja nie zakłada powszechnej dostępności do wszystkich znanych i stosowanych zgodnie z aktualnym stanem wiedzy medycznej świadczeń opieki zdrowotnej. Wręcz przeciwnie – zamieszczona w zd. 2 ust. 2 art. 68 ustawy zasadniczej wzmianka, iż nie tylko warunki, ale i zakres świadczeń finansowanych ze środków publicznych określać ma ustawa, otwiera możliwość kompilowania przez ustawodawcę modelu ochrony zdrowia zasadzającego się na środkach publicznych z innymi znanymi we współczesnych systemach sposobami finansowania (czy raczej – dofinansowania) kosztów tych świadczeń (udział własny, dodatkowe ubezpieczenie). Ustawa nie może jednak pozostawiać wątpliwości co do tego, jaki jest zakres świadczeń medycznych przysługujących beneficjentom publicznego systemu opieki zdrowotnej wobec istnienia wyraźnego nakazu konstytucyjnego określenia tej materii, a w konsekwencji nie może wprowadzać – w ramach tego systemu – modelu pozwalającego na dyferencjację świadczeń w wypadku występowania podobnych potrzeb zdrowotnych.Po czwarte – obowiązek zapewnienia opisanego powyżej standardu dostępności świadczeń finansowanych ze środków publicznych obciąża władze publiczne. Mimo

[1] Postanowienie z dnia 6 lutego 2001r. Sygn. akt Ts. 148/00 oraz Postanowienie z dnia 20 lutego 2002. Sygn. akt Ts. 171/01
[2] Wyrok z 7 stycznia 2004r. Syg.akt K.14/03
[3] Wyrok z dnia 5 października 1999 Sygn. akt U. 4/99
[4] Wyrok z 24 lutego 2004r. Sygn.akt K. 54/02
[5] Wyrok z 10 kwietnia 2001, Sygn. U. 7/00
[6] Wyrok z 24 października 2000, Sygn. K. 12/00

więc, że Konstytucja nie określa szczegółowo sposobu zadośćuczynienia temu wymogowi, pozostawiając to ustawodawcy zwykłemu, ochrona zdrowia w tym zakresie stanowi ustrojowo przypisane zadanie władz publicznych."[1]

Trybunał kilkakrotnie podkreślał w swoim orzecznictwie, że w jego konstytucyjnych kompetencjach nie mieści się określenie wielkości środków niezbędnych dla realizacji prawa do ochrony zdrowia, bowiem byłoby to orzekanie o stanach faktycznych do czego nie jest powołany. Zaznaczał jednocześnie, że ustawodawca nie ma możliwości całkowitego zrezygnowania z finansowania świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych[2]. Wyraźna jest wola ustrojodawcy „ niedopuszczenia do wykreowania całkowicie rynkowego systemu ochrony zdrowia (tzw. samofinansowanie)"[3]. System publicznej służby zdrowia powinien być zbudowany na zasadach ekonomicznej racjonalności, jednak „ nie można ignorować faktu, że istnieją nieprzekraczalne bariery ekonomizacji tego systemu. Ich przekroczenie czyni system niezdolny do wypełniania jego konstytucyjnych funkcji".[4]

Za niezbędny element realizacji sformułowanego w konstytucji obowiązku władzy publicznej zapewnienia równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych, Trybunał uznał ustawowe określenie zakresu świadczeń finansowanych ze środków publicznych, do których obywatel ma prawo. „Zgodnie z wymaganiami konstytucyjnymi (art. 68 ust. 2) ustawa powinna określać bądź koszyk świadczeń gwarantowanych, bądź (od strony negatywnej) świadczenia ponadstandardowe, które są finansowane ze środków własnych pacjenta. Jeżeli założyć, że jest to niemożliwe (ani od strony pozytywnej, ani od strony negatywnej), ustawa powinna wprowadzać co najmniej dostateczne jasne i jednoznaczne kryteria formalne, według których następować będzie in casu ustalenie zakresu należnych pacjentowi świadczeń w ramach odpowiedniej, ustalonej w ustawie procedury" [5]. Takie same zasady powinny obowiązywać przy wydawaniu skierowań na finansowane ze środków publicznych leczenie za granicą[6].

Trybunał zauważył, iż bezpośrednim adresatem art. 68 ust. 2 są „władze publiczne", przez które przede wszystkim należy rozumieć organy państwa i organy samorządu terytorialnego, a szczegółowy zakres pojęcia władza publiczna można zdekodować poprzez analizę nałożonych na „władzę publiczną" określonych obowiązków[7]. W innym miejscu wyraźnie podkreślił, iż adresatem tego przepisu w ramach organów władzy publicznej, są również organy władzy ustawodawczej[8]. Do organów władzy publicznej można kierować roszczenia na podstawie art. 68 Konstytucji. Nie może on być, natomiast podstawą ingerencji w stosunki prawne między podmiotami prawa prywatnego bowiem nie wspomina nic o nałożeniu obowiązków czy ograniczeń na osoby trzecie.

Z orzecznictwa TK wynika , iż prawo do ochrony zdrowia to nie tylko jedno z podstawowych praw socjalnych, ale także jedno z podstawowych praw jednostki ściśle związane z prawem do życia i godnością człowieka, a treść art. 68 ma szerokie i różnorodne konsekwencje dla ustawodawstwa.

Proces budowy polskiego modelu systemu opieki zdrowotnej nie został jeszcze zakończony. Jego przebieg świadczy o tym, iż ustrojodawca nałożył na władze publiczne takie obowiązki, których wykonanie okazało się zadaniem bardzo trudnym. Nie ułatwiał go Trybunał Konstytucyjny, który spełniając swe ustrojowe funkcje, dbając o to by ustawodawca stworzył normatywne podstawy funkcjonowania służby zdrowia w pełni odpowiadające regulacjom konstytucyjnym, wielokrotnie uznawał przepisy ustawowe za niezgodne z art. 68 Konstytucji.

[1] Wyrok z 7 stycznia 2004r. Syg.akt K.14/03
[2] Zob. Postanowienie z dnia 12 listopada 2003r. Sygn. akt Tw 14/03 oraz Wyrok z 18 grudnia 2002 Sygn. akt K 43/01
[3] Wyrok z dnia 7 stycznia 2004r. Sygn. akt K. 14/03
[4] Wyrok z 18 grudnia 2002 Sygn. akt K 43/01
[5] Wyrok z dnia 7 stycznia 2004r. Sygn. akt K. 14/03
[6] Tamże
[7] Tamże
[8] Postanowienie z dnia 12 listopada 2003r. Sygn.akt Ts. 11/03

СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ТА ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ НАУК

ПОНЯТТЯ ТА ХАРАКТЕРИСТИКА СУБ'ЄКТА АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН

Бреян Т.

Тернопільський державний економічний університет

Суб'єкти адміністративно-правових відносин відіграють важливу роль у визначенні ознак і особливостей цих відносин. Наука адміністративного права розуміє під суб'єктом носія прав та обов'язків, передбачених адміністративно-правовими нормами, який здатен покладені на нього обов'язки виконувати, а надані права реалізовувати.

Для з'ясування юридичної природи адміністративних правовідносин слід з'ясувати різницю між поняттями "суб'єкт адміністративного права" і "суб'єкт адміністративних правовідносин". Перший наділений потенційною здатністю вступати в адміністративні правовідносини, хоча у певному визначеному випадку він може і не бути учасником правовідносин. Другий – це фактичний учасник адміністративно-правових зв'язків, тобто він обов'язково бере участь у конкретних відносинах.

Таким чином, суб'єкт адміністративно-правових відносин виходячи з притаманних йому, як суб'єкту, особливостей повинен бути потенційно здатним (спроможним) носієм суб'єктивних прав і обов'язків. До таких особливостей (передумов) відносяться: зовнішня відосібність, участь у відносинах як одна особа, здатність виражати та здійснювати власну волю у відносинах з органами публічної влади або волю публічної влади у процесі адміністративно-правового регулювання суспільних відносин. Названі особливості вказують про потенційну можливість бути суб'єктом, а адміністративно-правові норми перетворюють потенційного учасника на реального суб'єкта та визначають його правовий статус, місце та роль у публічній сфері.

Складовими, що формують адміністративно-правовий статус суб'єкта адміністративних правовідносин, виступають адміністративна правоздатність, адміністративна дієздатність та адміністративна деліктоздатність суб'єкта. Вони відповідно є елементами адміністративної правосуб'єктності.

Характеризуючи стисло кожен з вказаних елементів зазначимо наступне.

Адміністративна правоздатність – це невід'ємна ознака кожного суб'єкта, яка полягає у його здатності мати права та обов'язки, передбачені нормами адміністративного права. Правоздатність з'являється з моменту виникнення суб'єкта та припиняється – з моменту його зникнення (для фізичної особи цими межами є її народження та смерть, для юридичної чи схожої за зовнішніми ознаками на неї – державна реєстрація чи відповідно повідомлення про заснування та відмітка про зняття з державної реєстрації і припинення діяльності (ліквідація).

Адміністративна дієздатність суб'єкта – це його можливість своїми вольовими, усвідомлюваними діями (поведінкою) реалізовувати надані йому права і виконувати покладені на нього обов'язки в адміністративно-правовій сфері.

Щодо характеристики понять "суб'єктивні права у публічній сфері " та "суб'єктивні юридичні обов'язки", то, слід сказати, що це є нерозривно пов'язані між собою категорії, які не можуть існувати одна без одної оскільки право одного суб'єкта не може бути реалізоване поза виконанням обов'язку другим суб'єктом. Тому існування в адміністративно-правовій сфері обов'язків поза правами чи, навпаки, прав поза обов'язками неможливе й позбавлене сенсу. Об'єднує ці поняття їх спільна адміністративно-правова природа, існування в адміністративно-правових відносинах, наявність меж у поведінці, належність особам, які мають адміністративну право- та дієздатність. У свою чергу відрізняє їх те, що права реалізуються в інтересах їх власника, тоді як обов'язки – в інтересах інших осіб, права – це міра дозволеної (можливої) поведінки, а обов'язки – міра належної (очікуваної від суб'єкта) поведінки.

Адміністративна деліктоздатність суб'єкта – це його здатність нести за порушення адміністративно-правових норм юридичну відповідальність. Щодо фізичних осіб, посадових осіб за

© Бреян Т., 2006

порушення вказаних норм настає, як правило адміністративна відповідальність, а щодо юридичних осіб – інші види відповідальності (конституційна, цивільно-правова), або ж заходи відповідальності, які за своєю правовою природою є адміністративними (наприклад, попередження, тимчасове призупинення всієї чи певних видів діяльності, примусовий розпуск тощо).

Адміністративне право наділяє правосуб'єктністю велике коло учасників соціальних зв'язків, про що хоча б свідчить значна кількість управлінських відносин в суспільстві, а сама система суб'єктів є складнішою за аналогічну систему будь-якої іншої галузі права.

До системи суб'єктів адміністративно-правових відносин належать і державні органи виконавчої влади, і окремі внутрішні частини їх апарату, і органи громадських організацій, і адміністрація та структурні підрозділи підприємств, установ, організацій (наприклад, факультет, цех, відділення в лікарні) і фізичні особи (громадяни, особи без громадянства, іноземні громадяни). До суб'єктів адміністративно-правових відносин серед інших відносяться й судові та правоохоронні органи, адже на них, як і на всіх інших організацій, покладається обов'язок щодо виконання та дотримання , санітарних, пожежних та інших загальнообов'язкових норм і правил.

Варто відзначити, що правове становище суб'єктів одного рівня може суттєво відрізнятися як за своїм змістом так і за обсягом. Наприклад, якщо аналізувати адміністративну правосуб'єктність фізичних осіб, то вона буде відмінною залежно від віку, статі, стану здоров'я тощо, аналогічна відмінність буде спостерігатись і при дослідженні правового статусу державних підприємств та підприємств недержавної форми власності – комунальних, приватних.

Виходячи з того, що для адміністративного права характерна наявність великої кількості суб'єктів правовідносин з різними повноваженнями, структурою та юридичними властивостями, існують різноманітні варіанти їх класифікації (групування за певними ознаками). Так, суб'єктів можна поділити залежно від належності до державних структур (державні на недержавні організації та їх представники); суб'єктів колективних та індивідуальних; на фізичних та юридичних осіб та ін. Однак, враховуючи значущість та роль у системі управлінських зв'язків, а також місце в державно-правовій ієрархічній структурі, система носіїв суб'єктивних прав і обов'язків в адміністративно-правовій сфері уявляється так: 1) громадяни України, іноземці, особи без громадянства; 2) Президент України; 3) державні органи та організації в усіх гілках влади; 4) державні службовці; 5) органи та посадові особи місцевого самоврядування; 6) об'єднання громадян; 7) суб'єкти господарської діяльності; 8) підприємства, установи, організації, основною метою діяльності яких не є отримання прибутку; 9) інші утворення, яким характерні ознаки суб'єкта адміністративно-правових відносин.

Отже, притаманні суб'єкту адміністративно-правових відносин ознаки дозволяють йому відповідно до своїх прав і обов'язків виробляти, виражати і здійснювати певну волю як самостійного учасника конкретних владних відносин. Кількість суб'єктів адміністративних правовідносин значна. Це дає підставу їх класифікувати, групувати, виявляти тих, які беруть найчастіше участь в адміністративних правовідносинах, тих, які є найчисельнішими учасниками тощо. Сукупність наявних у певного суб'єкта адміністративно-правових відносин прав та обов'язків складає його адміністративно-правовий статус.

ЩОДО ДЕЯКИХ ТЕРМІНОЛОГІЧНИХ РОЗБІЖНОСТЕЙ У СФЕРІ АДМІНІСТРАТИВНОГО ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ ПОДАТКОВИХ ОРГАНІВ

Бринцева Л.

Національна юридична академія України ім. Я. Мудрого

Актуальними є питання вдосконалення адміністративної процедури розгляду та вирішення правових спорів, що виникають у сфері публічно-правових відносин, зокрема у податковій сфері. Відомо, що побудова будь-якого правового механізму завжди, крім іншого, включає визначення термінології, за допомогою якої цей механізм стає дійсно дієвим.

Сьогодні всі органи адміністративної юрисдикції (органи податкової служби, органи Пенсійного фонду, митні органи та ін.) вирішують адміністративно-правові спори згідно з процедурою, яка передбачена різними нормативно-правовими актами. Єдиного нормативного акта (як, наприклад, Кодекс адміністративного судочинства, який регулює судову процедуру вирішення таких спорів), який би передбачав адміністративну процедуру вирішення спорів, не існує. Це створює певні труднощі з орієнтації у правовому полі для фізичних і юридичних осіб, які прагнуть захисти свої права та законні інтереси. Тому актуальною є уніфікація процедури вирішення адміністративних спорів. З огляду на це у науці слушно пропонується прийняття Адміністративно-процедурного кодексу, в якому це питання буде вирішено.

Проте не менш важливим, ніж уніфікація адміністративної процедури, на наш погляд, є визначення правових термінів, якими буде оперувати майбутній Адміністративно-процедурний кодекс. Адже правильне та коректне визначення правових понять є першим кроком на шляху розробки досконалої процедури вирішення правових спорів взагалі та адміністративних зокрема. Це питання є актуальним ще й тому, що сьогодні спостерігається непослідовність та некоректність застосування деяких термінів у зазначеній сфері. Це можна прослідити на прикладі адміністративного оскарження рішень податкових органів.

Так, Закон України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами», а також Методичні рекомендації про порядок подання та розгляду скарг (заяв) платників податків органами державної податкової служби використовують термін «скарга платника податків». Крім того, зазначений закон використовує і термін «заява», маючи на увазі саме скаргу, що, звичайно, є не одне і те ж (п.п. 5.2.2., п. 5.2., ст. 5). Положення про порядок подання та розгляду скарг платників податків органами державної податкової служби взагалі використовує подвійний термін – «скарга (апеляція)». У своїх листах ДПА України вживає терміни «скарга» та «апеляція» як синоніми. Одночасно районні підрозділи по розгляду скарг платників податків мають офіційну назву – «сектори апеляцій», обласні підрозділи – «відділи апеляцій», а відповідний підрозділ у ДПА України іменується «Департамент апеляцій». Деякі спеціалісти теж використовують зазначені терміни як синоніми (зокрема спеціалісти наглядової ради, створеної відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 26 травня 2004 року № 697 „Про утворення наглядової ради з питань реалізації проекту „Модернізація державної податкової служби України – 1", у своєму Звіті від 05.04.2005р.).

На нашу думку, використання різних термінів для позначення одного правового явища ускладнює його розуміння і взагалі є порушенням законодавчої техніки. Як відомо, неприпустимим є застосування різних термінів, а також синонімів для визначення одного правового поняття. Це є рисою, яка відрізняє юридичний текст від інших. Тому вважаємо правильним зупинитися на одному із приведених термінів. На наш погляд, для позначення форми захисту порушених прав в адміністративному порядку доцільно залишити термін «скарга платника податків». Останній, на нашу думку, повністю відображає сутність адміністративного порядку оскарження. Тим більше, що термін «апеляція» традиційно використовується в судочинстві.

Не можна залишати без уваги і той факт, що терміном «скарга» користується в першу чергу Закон України «Про звернення громадян», який визначає загальні засади інституту адміністративного оскарження. Тому застосування терміну «апеляція» (причому нарівні з терміном «скарга») у нормативних актах, які регулюють правові відносини у податковій сфері, є прикладом вільного

© Бринцева Л., 2006

поводження з термінами, що вносить неточність у тлумачення нормативних актів. На наш погляд, це не відповідає правовим ідеалам: насамперед одноманітності та уніфікованості засобів впливу на схожі суспільні відносини.

Слід зазначити і те, що термін «скарга» вживається в переважній більшості нормативних актів, які регулюють порядок вирішення адміністративних спорів в рамках адміністративної процедури. Зокрема, Порядок розгляду органами Пенсійного фонду України скарг на рішення про накладення штрафу, нарахування пені та заяв страхувальників при узгодженні ними вимоги про сплату недоїмки із сплати страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, Інструкція про порядок розгляду звернень (заяв, скарг тощо) в Аудиторській палаті України, Інструкція про порядок розгляду пропозицій, заяв, скарг і організацію прийому громадян у митних органах України та деякі інші нормативні акти використовують термін «скарга».

З огляду на те, що законодавча техніка передбачає також точність визначень та формулювань, вважаємо некоректним та зайвим використання Законом України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» терміну «апеляційне узгодження» для позначення узгодження податкового зобов'язання у порядку і строки, які визначені цим законом, за процедурами адміністративного або судового оскарження. На наш погляд взагалі недоречно цим терміном об'єднувати судовий та адміністративний порядки захисту прав.

СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ ІНФОРМАЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Демкова М.

Львівський національний університет ім. І. Франка

В умовах становлення української державності, розвитку новітніх технологій, переходу від постіндустріального суспільства до інформаційного, неможливо не помітити зростання ролі інформації у суспільних відносинах. Інформація виступає основним об'єктом інформаційного суспільства, і її роль сьогодні важко переоцінити. Відображаючи реальну дійсність, вона інтегрується в усі напрямки діяльності особи, держави і суспільства. З появою нових інформаційних технологій, основою яких є впровадження засобів обчислювальної техніки, зв'язку, систем телекомунікації, інформація стає постійним і необхідним атрибутом забезпечення діяльності фізичних, юридичних осіб, держави. Інформаційний вплив на цих суб'єктів зараз є значно ефективнішим, ніж політичний, економічний і навіть військовий.

Отже, не викликає сумніву, що інформація виступає об'єктом інформаційних правовідносин або ж відносин в інформаційній сфері, які пов'язані з реалізацією права на інформацію та інформаційною діяльністю у галузі створення, збирання, отримання, використання, поширення та зберігання інформації. Виходячи з цього, постає питання про віднесення інформаційного права до галузі права або ж галузі законодавства.

Питання віднесення інформаційного права до галузі права постійно дискутується багатьма вченими, науковцями. Очевидно на сучасному етапі розвитку інформаційних відносин не можна однозначно стверджувати про наявність інформаційного права як самостійної галузі права, адже, поділяючи думку деяких науковців, *повноцінність галузі права* може бути визначена при наявності *трьох її складових*, а саме: 1) самостійність предмета і метода відносно інших галузей права; 2) самостійність нормативно-правової основи галузі, достатньої для формування окремої галузі законодавства; 3) самостійність її доктрини і навчальної дисципліни.

Виникають сумніви з приводу наявності самостійних і повноцінних усіх складових елементів інформаційного права. Проблемним залишається питання про самостійність *методу цієї галузі* права. Не зважаючи на очевидно виражену самостійність предмета правового регулювання, інформаційне право не може мати власного методу, на зразок цивільного чи кримінального права, оскільки є *комплексною галуззю,* яка містить в собі норми як публічного, так і приватного права. Тут реалізуються методи усіх класичних галузей права: конституційного, адміністративного, цивільного і кримінального. За цією ознакою інформаційне право є галуззю другого рівня, що реалізує методи базових галузей права, що не заважає розвитку її теоретичної і нормативної основ.

Два інші індикатора для галузі інформаційного права – наявність *законодавства* і *навчальних курсів* з окремих напрямків і всього комплексу проблем себе вже проявляють. За останні 5-7 років сформовано значний масив українського законодавства і прийнято велику кількість підзаконних актів, які регулюють різноманітні напрямки діяльності в інформаційній сфері. Щодо навчальних курсів, то їх лише почали вводити в програми вищих навчальних закладів. Слід згадати також і те, що згідно з Наказом Вищої Атестаційної Комісії України "Про внесення змін і доповнень до Переліку спеціальностей, за якими проводяться захист дисертацій на здобуття наукових ступенів кандидата наук і доктора наук, присудження наукових ступенів і присвоєння вчених звань" від 3 червня 2003 року № 291 до галузей науки, за якими присуджується науковий ступінь під шифром 12.00.07, додано "інформаційне право".

Таким чином, якщо відкинути критерії "повноцінність" і "самостійність", то безумовно є підстави для виділення інформаційного права в нову комплексну галузь українського законодавства, яку слід розглядати як сукупність однорідних правових норм, що регулюють суспільні відносини в інформаційній сфері.

В українському національному праві системоутворюючим фактором і поштовхом до виникнення і формування інформаційного права як інституції публічного права можна вважати прийнятий 2 жовтня 1992 року Закон України „Про інформацію". Подальший розвиток правового

© Демкова М., 2006

регулювання інформаційних відносин у публічному праві набув відображення у прийнятих нових законах України.

Сучасну систему законодавства України про інформацію утворюють: основа – Конституція України; закони України „Про інформацію", „Про державну таємницю", „Про науково-технічну інформацію", „Про телебачення і радіомовлення", „Про державну статистику", „Про авторське право і суміжні права", „Про захист інформації в автоматизованих системах", „Про Національну програму інформатизації", „Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні" тощо; широка база підзаконних нормативно-правових актів; міжнародні договори, ратифіковані Україною. Розвиток цього законодавства основному відповідає принципам і нормам міжнародного права.

Якщо говорити про сучасні проблеми розвитку інформаційного законодавства, то слід зауважити, що воно не відповідає сучасному рівню розвитку інформаційних відносин та не в змозі адекватно вирішувати проблеми, що виникають. Більшість чинних законів та підзаконних нормативно-правових актів, спрямованих на регулювання інформаційних відносин, були прийняті до набрання чинності Конституцією України, і навіть із значними змінами і доповненнями непридатні для задоволення потреб сьогодення. Здебільшого вони або наводять терміни, або декларують певні положення без вказівок на шляхи їх реалізації, або мають місце "посилання на посилання", або посилання на такі норми окремих законів, які до сфери інформаційних відносин неможливо застосувати без врахування специфіки об'єкта. Питання щодо обмежень або вилучень з прав суб'єктів інформаційних відносин мають бути врегульовані на законодавчому рівні, як того вимагає Конституція, оскільки прогалини з цього приводу можуть призвести до неконтрольованих обмежень прав зазначених суб'єктів і до виникнення загроз інформаційній безпеці.

Підхід до формування інформаційного законодавства України, з погляду пізнавального аспекту, викликає ряд проблем правового регулювання даної галузі. До них можна віднести:

- відсутність локальної чіткої ієрархічної відповідності законів, що викликають суперечливе тлумачення для застосування норм на практиці;
- велика кількість законів і підзаконних актів у сфері інформаційних відносин ускладнює їхній пошук, аналіз і узгодження для практичного застосування;
- має місце розбіжність у розумінні структури і складу системи законодавства у сфері інформаційних відносин і підходи до їх формування. Нерідко в окремих законах у систему законодавства включають норми, виражені в підзаконних нормативно-правових актах, що приводить до колізійності норм закону на користь норм підзаконного акту;
- нові правові акти у сфері інформаційних відносин нерідко не погоджені концептуально з раніше прийнятими, що приводить до правового хаосу.

Отже, ці перелічені вище проблеми можна об'єднати в одну – ***хаотичний розвиток інформаційного законодавства***, який полягає в існуванні великої кількості нормативно-правових актів різних рівнів, що суперечать одне одному.

Недбалим також є використання понятійного апарату, що набуває особливого значення в контексті питань, пов'язаних з обмеженнями в доступі до інформації, застосуванні інформаційних технологій, функціонуванням інформації певного змісту. Звідси – наступна проблема – ***невизначеність (невпорядкованість) термінології інформаційного законодавства***, що нерідко приводить до різного застосування правових норм на практиці.

Можна виділити наступні аспекти даної проблеми:

- у зв'язку з тим, що різні закони і підзаконні нормативно-правові акти, що регулюють суспільні відносини, об'єктом яких є інформація, приймалися в різний час без узгодження понятійного апарату, вони мають ряд не досить коректних термінів або взагалі не містять чіткого визначення свого змісту. Наприклад, до таких понять відносяться „інформація", „таємна інформація" і „таємниця", „документ" і „документована інформація", „майно", „власність", „володіння", „інтелектуальна власність", „суб'єкт суспільних відносин" і „учасники суспільних відносин", „система інформаційних відносин";
- термінологічні неточності, різне тлумачення однакових за назвою і за формою понять і категорій приводить до їхнього неоднозначного розуміння і застосування на практиці. У законодавстві України міститься три різних визначення поняття „інформація", п'ять визначень поняття „конфіденційна інформація", три визначення поняття „захист інформації", два визначення поняття „таємна інформація", два визначення поняття

„інформаційна послуга", два визначення поняття „інформація органів державної влади та органів місцевого самоврядування".

Наступна проблема полягає у ***невизначенні механізмів забезпечення відповідальності за порушення інформаційного законодавства.*** Тобто, необхідно чітко на законодавчому рівні передбачити, яка відповідальність наступає за протиправні дії, а також передбачити механізми її забезпечення та перелік органів, їх компетенцію у сфері забезпечення відповідальності за порушення інформаційного законодавства.

Таким чином, існує цілком достатньо підстав для суттєвого оновлення інформаційного законодавства України про інформацію. Виникає потреба в розробці концепції розвитку інформаційного законодавства, як окремої галузі, що об'єднує у собі окремі правові інститути. Так, розвиток інформаційного законодавства повен відбуватися шляхом вирішення двох послідовних завдань:

- першочергове - прийняття базового закону "Про інформацію" у новій редакції та спеціальних законів у галузі інформаційного права;
- перспективне - систематизація інформаційного законодавства шляхом кодифікації**,** тобто прийняття Інформаційного кодексу, який об'єднав би окремі правові інститути галузі.

Не відкидаючи ідею систематизації інформаційного законодавства шляхом кодифікації взагалі, на даній стадії розвитку правової інформаційної бази прийняття інформаційного кодексу є недоцільним. Основою усіх законів та підзаконних нормативно-правових актів повинен бути Закон "Про інформацію", прийнятий у новій редакції, із врахуванням європейських стандартів та сучасного стану розвитку інформаційних відносин в Україні. Спеціальні закони мали б врегулювати відносини вужчого, інституційного характеру, наприклад, питання доступу до інформації, захисту персональних даних тощо.

Підводячи підсумки, хотілося б ще раз наголосити на актуальності проблематики інформаційного права та на необхідності його вдосконалення, розвитку науки інформаційного права. Очевидно говорити про наявність чи відсутність достатніх підстав для виділення інформаційного права в окрему галузь ще рано, тим більше, що на сьогодні цей факт не має практичного значення. У цьому аспекті можна говорити про стан інформаційного законодавства, про необхідність його реформування, розвитку, необхідність уніфікації понятійного апарату тощо, з метою уникнення неоднозначного застосування інформаційно-правових норм на практиці.

ФІНАНСУВАННЯ ПУБЛІЧНИХ ВИДАТКІВ ДЕРЖАВИ В УКРАЇНІ: ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Деркач А.

Національна Академія ДПС України

Сьогодення українських політико - економічних реалій України та ситуація, що складається навколо питань, пов'язаних з виконанням Державного бюджету країни та місцевих бюджетів, привертає до себе пильну увагу багатьох вітчизняних фахівців у галузі фінансового права. Адже питання раціонального використання бюджетних коштів, яке з часом постає перед кожною державою, на даний час залишається невирішеним в Україні, хоча непоодинокі спроби щодо його вирішення мали місце як у минулому, так і тепер.

Основною причиною неврегульованості процесу раціонального, ефективного використання публічних коштів в Україні можна назвати відсутність досконалого механізму фінансування публічних видатків. Це пояснюється багатьма факторами, серед яких основне місце посідає недосконаліть правового регулювання відповідних відносин. Чинне законодавство України не дає чіткого визначення таких важливих понять, як «публічні фінанси», «публічні кошти», «публічні видатки». Також потребує подальшого вдосконалення класифікація «публічних фінансів», «публічних коштів» та «публічних видатків». Отже, нормотворці не встигають адекватно реагувати на ті зміни, які мають місце в українському суспільстві, що перебуває у процесі трансформаційних перетворень. Недосконаліть правового регулювання фінансування публічних видатків держави, у свою чергу, призводить до виникнення проблем у здійсненні відповідного фінансового контролю.

Вказані проблемні питання вже вивчаються деякими українськими та зарубіжними науковцями; в останні роки окремі вчені пропонують нові шляхи їх вирішення. Так, наприклад, загальновідомий український вчений, доктор юридичних наук А.А. Нечай у деяких своїх роботах звертає увагу на необхідність чіткого розмежування публічних фінансів держави та інших видів публічних фінансів. Проводячи таке розмежування вона пропонує виокремлювати, відповідно, такі види публічних видатків, як: 1) публічні видатки держави; 2) публічні видатки органів місцевого самоврядування; 3) публічні видатки соціального призначення.

Погоджуючись з даною класифікацією та враховуючи роль кожного із зазначених видів публічних видатків, ми, однак, хочемо підкреслити те, що виокремлення нових видів публічних видатків не знижує ролі публічних фінансів держави та державних видатків у забезпеченні життєдіяльності країни. У той же час, поява нових видів публічних фінансів та видатків вимагає більш чіткого правового регулювання державних фінансів, включаючи фінансування державних видатків, з метою чіткого окреслення сфери державного впливу у системі публічних фінансів України, визначення предмету та суб'єктів відповідних суспільних відносин. Крім того, трансформація економічної діяльності держави призводить до появи нових методів фінансування державних видатків, що також вимагає вдосконалення існуючої правової бази,

Таким чином, сьогодні постало питання докладного вивчення нових методів та режимів фінансування публічних видатків держави з метою забезпечення прозорого, ефективного, раціонального та адекватного правового регулювання щодо витрачання бюджетних коштів на забезпечення функцій держави в Україні. Для цього необхідно:

1) чітко визначити у Бюджетному кодексі України та в інших законодавчих актах поняття «публічні фонди держави», з зазначенням особливостей формування та використання коштів різних видів публічних фондів, що є частиною Державного бюджету та позабюджетних державних фондів; 2) чітко визначити у законодавчих актах України поняття та основні етапи різних механізмів та методів фінансування публічних видатків держави з урахуванням особливостей і мети використання фондів, за рахунок яких здійснюється таке фінансування; 3) встановити загальні особливості правових режимів фінансування видатків держави, що здійснюються за рахунок централізованих та децентралізованих фондів коштів держави з метою вдосконалення цих режимів; 4) удосконалити фінансовий контроль та відповідальність за дотримання правових режимів фінансування публічних видатків держави.

© Деркач А., 2006

ВПЛИВ ГРОШОВОЇ СИСТЕМИ НА СУВЕРЕНІТЕТ ДЕРЖАВИ

Завальна Ж.

Сумська філія НУВС

Зазвичай держава визначається як особливе утворення, яке має свою територію, населення, публічну владу. Однак, сьогодні все частіше піднімається питання про наявність у держави такої ознаки, як суверенітет. Суверенітетом вважається верховенство державної влади як усередині, так і зовні держави. Теоретики-державознавці уявляють суверенітет неподільним і необмеженим, що не піддається ніяким впливам. Але de fakto держава, здійснюючи свою владу, навіть на своїй території перебуває під постійним впливом соціальних, політичних, економічних факторів. Виникає питання: який фактор є вирішальним для державного суверенітету і як він впливає на повноту суверенітету окремої держави? Останнім часом, у різних державах простежується відчутний вплив окремих груп фінансових донорів на владу. Невипадково звучить думка державних діячів України про відокремлення бізнесу від влади, оскільки вони розуміють, що грошові ресурси, якими володіють окремі особи, можуть застосовуватись для лобіювання приватних інтересів, які, як правило, не співпадають з інтересами держави. Саттон Ентоні у своїй книзі „Влада долара" наводить слова одного з перших президентів США Томаса Джефферсона: „ Я щиро вважаю, що банківські інститути більш небезпечні для свободи, ніж регулярні армії". Фінансові установи, або, як говорить Томас Джефферсон, банківські інститути, а також грошові ресурси є елементами грошової системи.

Метою даної статті є з'ясування впливу грошової системи на суверенітет держави. Для досягнення даної мети вирішувалися такі завдання: дослідити законодавчі акти періоду становлення незалежності держави (на прикладі України), з'ясувати роль грошової системи та її елемента – грошей у становленні державності, дослідити властивість подільності та обмеженості суверенітету.

Питання суверенітету держави досліджував у своїх працях класик юридичної науки Г.Ф. Шершеневич, а також представники сучасної російської школи права С.С. Алексєєв, М.Г. Александров, Л.А. Морозова, В.Н. Хропанюк, А.Ю. Мордовцев. Крім того, цікаві дослідження з питання державного суверенітету здійснили іноземні автори Деніс Ллойд, Жерар Мере та ін. Окремі питання співвідношення держави та економіки досліджував В.В. Лазарєв. Питання впливу грошової системи на суверенітет держави практично не досліджувалися.

Суверенітет є ознакою держави як юридичної особи, що характеризує її специфічну якість. Специфічність цієї якості виражається в тому, що суверенітет держави – це верховенство влади по відношенню до будь-яких інших інституцій, як у середині країни, так і зовні.

Слід зазначити, що держава може досягти верховенства влади лише за певних економічних умов, за наявності сильної грошової системи та стабільної грошової одиниці. Держава, формуючи свою власну грошову систему, намагається наділити її здатністю протистояти зовнішнім впливам, коли вони загрожують інтересам національної економічної безпеки. Наявність такої суверенної грошової системи є однією з ключових ознак політичної та економічної самостійності держави. Створюючи національну грошову систему, держава визначає її суб'єктів, об'єкти, склад, механізм функціонування тощо. Зі становленням і початком функціонування грошової системи стає відчутним її зворотний вплив. Даний вплив проявляється як усередині держави, так і ззовні.

При дослідженні впливу стану грошової системи на суверенітет чітко виявляється подільність і обмеженість суверенітету як на внутрішньодержавному рівні, так і на зовнішньому (на противагу твердженням державознавців). Держава як носій суверенітету для здійснення влади на своїй території може наділити будь-який свій спеціальний орган частиною суверенітету в окремій сфері. Прикладом є наділення виключними повноваженнями щодо забезпечення стабільності грошової одиниці Національного банку України. Це означає, що держава поділяє свою верховну владу між своїми представниками (спеціально уповноваженими органами). У даному випадку носієм державного суверенітету є саме спеціально уповноважений орган – Національний банк. Таким чином, держава та її орган ототожнюються.

Щодо збереження суверенітету держави при відмові від національної грошової одиниці. Підпорядкування нормам міжнародного права не тягне за собою відміну державного суверенітету, але

© Завальна Ж., 2006

означає визнання суверенними державами міжнародної системи правових принципів, як обов'язкової для цих держав. Норми міжнародного права накладають обмеження на держави в міжнародній сфері, оскільки саме в цьому і полягає зміст і значення поняття світового співтовариства. Особливо цікавим є питання обмеження зовнішнього суверенітету держав, які підписали Договір про створення Євросоюзу. Характерною особливістю Євросоюзу є те, що цей міжнародний союз встановлює обов'язкові для всіх держав-учасниць правила з надзвичайно широкого кола питань, у тому числі з питань створення та регулювання спільної грошової системи. Теоретично даний Договір обмежує суверенітет держав-учасниць не більше, ніж інші міжнародні договори. На практиці ж держави при входженні в Євросоюз повинні дотримуватися обов'язкових правил. Так, більшість країн відмовилися від національної грошової одиниці і ввели в себе на території загальноєвропейську валюту. На противагу цьому Великобританія відмовилася виконувати вимоги щодо вилучення з обігу національної грошової одиниці. Це означає тільки одне – розуміння урядом Великобританії, що сильна національна грошова система є базою і для внутрішнього, і для зовнішнього суверенітету держави. Деякі юристи, визначаючи роль грошової системи для держави, висловлюють думку, яка до певної міри може бути визнана справедливою, про те, що національна грошова система – це атрибут державного суверенітету. Якщо держава має свою грошову систему – то вона суверенна, якщо не має – то вона є колонія або напівколонія.

При здійсненні зовнішньої політики характер такої політики залежатиме, поряд з іншим і від забезпеченості грошовими коштами тих чи інших заходів, які проводяться тією чи іншою державою. Наприклад, ведення нападницької, агресивної політики деяких держав сучасного світового співтовариства зумовлене наявністю стабільної національної грошової одиниці та розвинутої грошової системи, яка вже вийшла за межі однієї держави. Верховенство держави у вирішенні питань внутрішньої політики незалежно від зовнішніх сил (інших держав, міжнародних організацій) можливе лише за умови, що держава спроможна забезпечити заходи внутрішньої політики своїми власними коштами. Інакше виникає ситуація, у якій міжнародні фінансові організації під обіцянку надати кошти проводять свою політику. Наприклад, в Україні закриття 4 блоку Чорнобильська ЧАЕС. Крім того, від національної грошової одиниці однієї країни та її стану залежатиме стан економік інших країн, як даного регіону так і в усьому світі. Прикладом може бути долар США, до якого в законодавстві багатьох країн існує прив'язка щодо розрахунків за зовнішньоекономічними контрактами. У даному разі важко говорити про суверенність (верховенство влади і самостійність), якщо спостерігається фактична залежність від чужої грошової одиниці. Кредитування державного бюджету міжнародними організаціями та покриття бюджетного дефіциту здійснюється в іноземній валюті, а точніше у чужій національній валюті. Україна для забезпечення своїх першочергових потреб розвитку потребує 40-50 млрд. дол. США іноземних капіталів. Навіть констатуючи такі беззаперечні факти, українські економісти та державні діячі користуються для виміру іноземною валютою.

Особливо переконливо теза про вагомий та всесторонній вплив грошової системи на суверенітет держав звучить у період їх виникнення та становлення незалежності. Дослідивши та проаналізувавши, законодавчі акти України з початку XX століття і до сьогодні, доводиться констатувати наявність таких тенденцій: 1. У державоутворюючих актах поряд із положеннями про утворення суверенної держави та проголошення її незалежності в одному акті встановлюються положення щодо наявності, виду та складових грошової системи, зокрема грошей (грошової одиниці). 2. При створенні незалежних держав одними з перших приймаються закони, у яких урегульовуються (декларуються) питання грошової системи та грошової одиниці Це свідчить про місце, яке належить грошам та грошовій системі у створенні держави та її подальшому існуванні. Це твердження можна простежити за тими законодавчими актами, які приймалися в Україні.

Як приклад сполучення положень про незалежність, самостійність і грошової одиниці можна розглянути Закон Центральної Ради „Про випуск державних кредитових білетів УНР" (від6 січня 1918 року), у якому встановлювалося законодавче закріплення процедури випуску банкнот, золотий стандарт, порядок обігу кредитових білетів та інші питання грошової системи та грошового обігу. Значення грошової системи розуміли як націоналістично налаштований уряд, так і більшовики. Конституція Української Соціалістичної Радянської Республіки (березень 1919 р.), визначаючи організацію центральної влади, серед інших до відома Центральної Радянської влади в Україні відносить усі питання загально-державного значення, зокрема: „...керування грошовою системою... державний контроль над ...правильністю, закономірністю, доцільністю грошових витрат".

Сучасні законодавчі акти періоду державотворення також відображають указані тенденції. Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 року, що проголошує державний

суверенітет, серед найважливіших питань становлення держави, врегулювала питання грошової системи та її складової – грошової одиниці. Зокрема, у Декларації проголошується, що Українська РСР має право на свою частку в загальносоюзному багатстві, зокрема в загальносоюзних алмазному та валютному фондах і золотому запасі, яка створена завдяки зусиллям народу республіки. Крім того, зазначається, що Українська РСР самостійно /.../ за необхідності впроваджує свою грошову одиницю. Ще один із законодавчих актів, який було прийнято в період зародження держави Української РСР, „Про економічну самостійність Української РСР" свідчить про те, наскільки вагомим є питання грошей та грошової системи для економічної самостійності держави як складової суверенітету. У даному законі грошовій системі присвячено статтю 6, у якій закріплюється склад кредитних ресурсів та умови запровадження власної грошової одиниці. Крім того, у Конституції України закріплюється національна грошова одиниця України – гривня та суб'єкт забезпечення її стабільності – Національний банк України.

Підсумовуючи вищевикладене, необхідно зазначити, що грошова система зі своїми складовими впливає на внутрішній та зовнішній суверенітет держави, визначаючи її місце у світовому співтоваристві. Щодо владних повноважень у грошовій сфері держава поділяє свій суверенітет із спеціально створеним органом – Національним банком України. В законодавчих актах періоду встановлення державності чітко простежується зацікавленість держави у створенні дієвої грошової системи та стабільної національної грошової одиниці.

НОВІ ПРІОРИТЕТИ У ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ

Камінський А.

Київський юридичний інститут

Незалежна Україна потребує якісно нової політичної, економічної, правової систем на демократичних, планомірних засадах. Саме на це і спрямована, зокрема, державно-правова реформа за такими основними напрямами: конституційна, парламентська, адміністративна, судово-правова, муніципальна. Вона повинна здійснюватися шляхом одночасного реформування трьох процесів: правотворчості, правореалізації та охорони права з метою забезпечення розвитку громадянського суспільства.

Аналіз наукової літератури, періодичних видань, матеріалів науково-практичних конференцій дозволяє зробити висновок про те, що активно вивчати проблеми, пов'язані з пошуком шляхів здійснення політико-правових реформ в Україні, вчені-правознавці розпочали з 1995-1996 років. Найбільш фундаментальні дослідження в цій галузі належать; В.В. Цветкову; Н.Р. Нижнику В.М. Кампо; І.П. Голосніченку О.М. Бандурці, В.І. Шакуну, В.Ф. Опришку, Ю.П. Битяку, В.Г. Лукашевичу, Ю.Ф. Кравченку, і ряду інших авторів. Проте дуже мало у вітчизняній науці комплексних досліджень проблем і перспектив розвитку ОВС тощо.

Однією з центральних проблем українського державотворення є становлення і розбудова ефективної виконавчої влади як передумови трансформації суспільства на ринкових засадах, засадах політичного плюралізму і прав людини. Адміністративна реформа має на меті вдосконалення адміністративного апарату, запровадження чіткої вертикалі виконавчої влади і т.д. Збільшення їх кількості і бюрократизація діяльності, корупція чиновників та ін. причини вказують на невідкладність її проведення.

У результаті здійснення адміністративної реформи в Україні передбачається поступове формування раціонального механізму державного управління, який дозволить значно зміцнити та підвищити ефективність виконавчої влади, поглибити її взаємодію з органами місцевого самоврядування. Якісно удосконалена система виконавчої влади має позитивно впливати на хід та наслідки проведення інших радикальних перетворень у нашому суспільстві, насамперед, економічної реформи, особливо з тих питань, де велике значення мають методи та форми державного регулювання і контролю. Безумовно, подальше здійснення політики реформування державного управління прямо залежить від політико-правового становища у суспільстві, а також фінансово-економічних можливостей держави.

Доцільно, на нашу думку, розглянути напрямки реформування виконавчої влади на прикладі органів внутрішніх справ України. Нові умови діяльності ОВС України потребують перегляду не лише їх місця та ролі в суспільстві, але й шляхів реформування з метою найбільш ефективного здійснення покладених завдань.

Так основним документом, який визначає шляхи реформування органів внутрішніх справ України, проведення адміністративної реформи в системі МВС, стала Концепція розвитку системи Міністерства внутрішніх справ, схвалена Постановою Кабінету Міністрів України № 456 від 1996 року. Концепцією передбачено, зокрема, реформування системи і структури МВС, вона базується на певних принципах і основних напрямах вдосконалення і розвитку системи МВС.

У Положенні про Міністерство внутрішніх справ України схваленому Розпорядженням Президента України від 7 жовтня 1992 року зазначено, що МВС України є центральним органом державної виконавчої влади, реалізує державну політику в галузі захисту прав і свобод громадян, інтересів суспільства і держави від протиправних посягань, організовує і координує діяльність ОВС у боротьбі зі злочинністю, охорону громадського порядку і забезпечення громадської безпеки.

Аналіз поточного стану системи управління в органах внутрішніх справ і перспективу її вдосконалення слід здійснювати, починаючи з нормативних актів, які визначають структуру і процес управління в органах внутрішніх справ. Завершальним етапом реформування повинна стати нова модель МВС, зміна його внутрішньої організації та засад діяльності керівництва.

© Камінський А., 2006

Своєрідністю сучасного етапу розвитку органів внутрішніх справ є підвищення вимогливості до якості їх роботи, посилення громадського контролю, уваги засобів масової інформації до проблем діяльності, а також збільшення фінансування. Другою особливістю, яка спонукає до зміни правової основи, управління і організаційної побудови органів внутрішніх справ, є необхідність приведення системи МВС України до загальних стандартів правоохоронної діяльності в демократичних державах з ринковою економікою. Європейська Конвенція про захист прав людини і основних свобод, Мінімальні стандартні правила поводження з ув'язненими, та інших міжнародних документів.

Правова система в Україні потребує докорінних змін гуманітарної спрямованості, щоб домогтися ефективного управління та організаційної побудови ОВС, які будують партнерські, рівноправні стосунки з громадянами.

Забезпечення принципів правової держави, громадянського суспільства у великій мірі залежить від спроможності органів державної влади на всіх рівнях управління забезпечити принцип обмеження виконавчої влади правами та свободами громадян. Тривале нехтування ними з боку органів державної влади, у т.ч. й ОВС, створило в суспільстві певну атмосферу недовіри до заходів міліції зі встановлення рівноправних стосунків з громадянами, суть яких досить точно виражена поняттям партнерських стосунків. З цього приводу була запропонована Програма розвитку партнерських відносин між міліцією і населенням та Програма „Народ і міліція - партнери". Головною метою програм є досягнення партнерства між населенням і міліцією для ефективнішого подолання антисуспільних явищ, усунення причин та умов вчинення суспільно небезпечних діянь, профілактики правопорушень, забезпечення надійного захисту особи, суспільства і держави від протиправних посягань.

На рівні ОВС останнім часом виділені експертно-криміналістичні, спеціалізовані підрозділи розширено зони обслуговування тощо.

Немає сумніву, що успішне реформування органів внутрішніх справ великою мірою залежить від забезпечення державою соціального захисту співробітників міліції, а сам процес реформування ОВС у всіх розглянутих напрямках є невід'ємною складовою частиною адміністративно-правової реформи в Україні. Чинне законодавство України неодноразово доповнювалося та змінювалося відповідно до сучасних вимог, проте правова основа діяльності ОВС залишається незмінною. Суттєвою прогалиною в законодавстві залишається неврегульованість правового статусу органів внутрішніх справ, їх співробітників, які утримуються за рахунок коштів, що виділяються з місцевих бюджетів.

Доцільно було б, на нашу думку, внести зміни до Закону України "Про міліцію", а у перспективі підготувати та прийняти закон "Про поліцію" який врегулював би правові засади організації і діяльності поліцейських структур загальнодержавного рівня та поліції місцевого самоврядування.

На думку О.М. Бандурки «при визначенні основних рис нової поліції треба перш за все виходити з її соціального призначення. Це повинна бути не карально-охоронна сила, яка піклується головним чином про інтереси держави та намагається схопити злочинця, а демократичний інститут суспільства, покликаний захищати законні права та інтереси конкретної особи, гарантувати людині безперечні умови життя».

Таким чином, правові аспекти реформування органів внутрішніх справ передбачають створення міцної правової бази їх діяльності – без прогалин і колізій між законами різних галузей права.

Поряд з використанням позитивного зарубіжного досвіду в ході підготовки та проведення реформування органів внутрішніх справ слід врахувати позитивний і негативний досвід попередніх адміністративних реформ, як в Радянському Союзі, так і в інших країнах.

Так, в 60-70 роки органи внутрішніх справ були наділені такими новими функціями як попереднє слідство, гласний адміністративний нагляд, нагляд за умовно засудженими та умовно звільненими особами, які працювали на будівництві народного господарства. Був значно розширений обсяг їх діяльності в галузі профілактики правопорушень. У цей же період найбільш активно відбувалося відокремлення лінійних органів на різних видах транспорту, створення паралельних структур. Тенденції до централізації управління правоохоронним процесом призвели до ліквідації загальнодержавного Міністерства – штабу галузі, а республіканські міністерства та обласні управління замість внутрішніх справ отримали назви Міністерств (управлінь) охорони громадського порядку. У цьому напрямку був розпочатий штучний процес зміни функцій.

Найбільшої шкоди розвитку системи органів внутрішніх справ завдавали перетворення, пов'язані зі зміною, роздрібненням функцій, розростанням апарату міністерства та інших органів, які виконують переважно управлінські функції.

Аналізуючи чинне законодавство України, не можна не помітити, що проблема розмежування повноважень між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування розв'язана не на користь територіальних громад й органів, які вони представляють. Законодавче регулювання делегування повноважень районних й обласних рад відповідним місцевим державним адміністраціям, як і навпаки, характеризується правовою невизначеністю.

Слід зазначити, що організаційний аспект реформування системи місцевого самоврядування включає також становлення інституту служби в органах місцевого самоврядування (муніципальної служби). Закони, прийняття яких вже давно обумовлено розвитком місцевого самоврядування, суспільства до останнього часу не прийняті законодавцем. Виникають протиріччя, коли орган місцевого самоврядування створює підрозділи або фінансує утримання співробітників органів виконавчої влади.

Створюючи підрозділи міліції, органи місцевого самоврядування не мають права керувати та частково контролюють їх, оскільки органам місцевого самоврядування підзвітні лише ті органи, які виконують делеговані повноваження органів місцевого самоврядування.

Для того, щоб існувала ефективна місцева міліція (міліція місцевого самоврядування), необхідно внести зміни до Закону України "Про місцеве самоврядування" та інших законів, а також узгодити їх з іншими нормативно-правовими актами.

До позитивних явищ, елементи яких беруть початок в часи існування Радянського Союзу, належить формування місцевої міліції, тобто тієї, що утримується за рахунок коштів місцевих бюджетів: обласного, міського або районного. Виконкоми місцевих і районних Рад в 1989-1990 роках почали виділяти зі своїх бюджетних та позабюджетних фондів кошти спочатку на додаткову оплату праці співробітників міліції, а потім і на утримання додаткової чисельності міліції. Це особливо важливо в умовах децентралізації територіального управління і розвитку місцевого самоврядування, коли відбувається суттєве розширення прав територіальних громад, інших органів самоврядування.

Незважаючи на доступність експериментальної перевірки нових управлінських механізмів, цей спосіб апробації нового застосовується несправедливо рідко.

Як бачимо, політико-правові реформи загалом передбачають досить істотний перелік змін та вдосконалень існуючої системи органів державної влади і місцевого самоврядування. Так, відповідно до них реформування зазнають не лише центральні органи виконавчої влади, а й місцеві органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування.

У період реформування системи органів внутрішніх справ особливо важливою стає необхідність в отриманні найбільш повної, достовірної інформації, оперативного аналізу ситуації, інформаційної підтримки прийняття обґрунтованих рішень і контролю за їхнім виконанням на всіх рівнях.

РОЗВИТОК АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОСКАРЖЕННЯ ГРОМАДЯНАМИ НЕЗАКОННИХ АКТІВ МІСЦЕВИХ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ ТА ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ

Кравчук В.

Луцький міськрайонний суд Волинської області

Адміністративно-правове регулювання оскарження, як звернення за захистом своїх прав та законних інтересів до державного органу, якщо громадянин вважає, що їх порушено рішеннями, діями чи бездіяльністю органів виконавчої влади, їхніх посадових чи службових осіб пройшло в Україні складний та довгій період розвитку. З ряду причин історичної, політичної та ідеологічної властивості у новітній історичний період оскарження здійснювалося переважно у адміністративному порядку, а діяльності судових органів у цій важливій сфері відводилася лише другорядна роль.

Ще з перших років радянської влади у науці адміністративного права визнавалося, що особистість не є чимось самоцінним. Вона є лише гвинтиком величезної машини, тому й забезпечення її прав стоїть на другому плані. Хоча надалі радянська держава й наголошувала на необхідності всебічного забезпечення прав громадян, реальних гарантій для цього на справді не існувало, та й багато прав, які було закріплено у радянських конституціях мали декларативний характер, що обумовлювалося, зокрема, й непрямою дією конституційних норм.

Завдяки цьому оскарження громадянами неправомірних дій органів державного управління їхніх посадових чи службових осіб розглядалося перш за все як можливість здійснювати ефективний контроль за діяльністю органів державного управляння, а вже у другу чергу як можливість захисту суб'єктивних прав громадян.

Можливість оскарження важливих актів, що стосуються здійснення розпорядницьких актів управління була встановлена ст. 158 Адміністративного кодексу УРСР. Наприкінці 60-х років виникла потреба подальшого вдосконалення законодавства про порядок розгляду звернень громадян, у тому числі й скарг. Акти 30-х років багато в чому застаріли і не відповідали вимогам часу. Значним їхнім недоліком було те, що в них не було врегульовано порядок розгляду звернень громадян, не передбачалися процесуальні форми діяльності державних і громадських органів з їх розв'язання, що сприяло ослабленню юридичних гарантій охорони прав і законних інтересів громадян.

Прийнятий у 1968 р. Указ Президії Верховної Ради СРСР "Про порядок розгляду пропозицій, заяв і скарг громадян" (викладений 4 березня 1980 р. у новій редакції) був спрямований на посилення гарантій прав громадян у сфері державного управління. Указ став першим союзним нормативним актом, у якому була зроблена спроба врегулювати цю проблему в цілому. Соціально-політична сутність цього акта у той час була досить велика. Разом з тим у ньому, як відзначається, містилося багато недоліків, прогалин у регулюванні цієї сфери суспільних відносин, зокрема він не гарантував громадянину рівне з органом державного управління процесуальне положення при розгляді скарги, не була вирішена проблема доказів, інстанційності подачі скарги, ухвалення рішення і т.д. Крім того порядок оскарження окремих дій органів державного управління було регламентовано великою кількістю інших нормативних актів (т. з. спеціальні скарги), що без сумніву ускладнювало реалізацію права громадян на оскарження.

В умовах демократизації державного і громадського життя, розширення кола суб'єктів адміністративного права, практичної реалізації Конституції України 1996 р., виникла необхідність у новому правовому регулюванні процедури з розгляду скарг в адміністративному порядку. Важливим кроком на цьому шляху стало прийняття 2 жовтня 1996 р. Закону України "Про звернення громадян", відповідно до якого громадянин може звернутися з вимогою про поновлення прав і захисту законних інтересів, порушених діями (бездіяльністю), рішеннями державних органів, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, об'єднань громадян, посадових осіб.

На відміну від адміністративного способу розгляду скарг громадян розвиток судового порядку у нашій країні йшов поволі. Ще за часів Російської імперії було безліч органів, що мали право розглядати скарги на порушення суб'єктивних прав, у їхньому числі Урядуючий Сенат - вищий орган

© Кравчук В., 2006

суду і нагляду. Мали адміністративно-наглядові повноваження землевпорядні комісії, фабричні інспекції і різні губернські присутствія. Під впливом революційних подій у 1905 р. була створена Особлива нарада для перегляду діючої організації Урядуючого Сенату, що повинна була розробити систему адміністративної юстиції Росії. Але тільки перед Лютневою революцією 1917 р. було прийняте рішення про покладення на Урядуючий Сенат функції вищого адміністративного суду, про введення в судових округах посад адміністративних суддів і про покладення на окружні суди обов'язку розглядати певні адміністративні позови. Тимчасовий уряд намагався реалізувати зазначені пропозиції, видавши 30 травня 1917 р. Положення про суди по адміністративним справам.

За короткий час незалежності Україна намагалася ввести адміністративне судочинство, подібне до європейських зразків. Так вже в конституції УНР 1918 р. зазначалося, що судова влада в межах цивільного, кримінального і адміністративного законодавства здійснюється виключно судовими органами, при цьому адміністративно-юрисдикційна діяльність адміністративних органів обмежувалася межами закону. У період гетьмана П. Скоропадського законодавче закріплення отримали положення, згідно яких Генеральний Суд Української Держави є вищим судом у адміністративних справах. Проект Основного Державного Закону УНР (1920 р.) передбачав введення у судову систему України Вищого Адміністративного Суду. Загальні суди розглядали при цьому по першій інстанції спори про відповідність розпоряджень місцевих властей вимогам закону, та чи вчинені вони у межах компетенції відповідного органу. Таким чином у той період судове вирішення адміністративно-правових спорів впевнено орієнтувалося на формування самостійних адміністративних судів.

Після встановлення радянської влади питання про судовий порядок розгляду скарг громадян на різні дії адміністрації постало знову. До юрисдикції судів було віднесено розгляд окремих скарг. Так у 1925 р. Постановою Ради Міністрів СРСР був встановлений судовий порядок розгляду заяв військовозобов'язаних про звільнення їх від військової служби із зброєю за релігійними переконаннями. Ці особи зверталися в суд із заявою про звільнення від несення військової служби. Ті, чиї заяви задовольнялися, призначалися на роботу в шпиталі, на склади і т.п.

Подальшому розвитку інституту судового контролю послужило прийняття 21 червня 1961 р. Указу Президії Верховної Ради СРСР "Про подальше обмеження застосування штрафів, що накладаються в адміністративному порядку", що надав право особам, підданим штрафу в адміністративному порядку, оскаржити постанову про накладення штрафу до суду.

Потім інститут судового контролю одержав свій розвиток у цивільних процесуальних кодексах усіх союзних республік, прийнятих у 1963 - 1964 р. В них були включені глави, у яких регулювався порядок розгляду судами справ, що виникають з адміністративно-правових відносин.

У цей період судами в цивільно-процесуальному порядку розглядалося близько 30 видів справ, пов'язаних із судовою оцінкою законності й обґрунтованості індивідуальних рішень органів державного управління, які стосуються суб'єктивних прав громадян.

Прийнята в 1977 р. нова Конституція СРСР у ст. 58 закріпила право громадян СРСР на оскарження дії службових осіб, державних і громадських органів. Дії службових осіб, які вчинені з порушенням закону, з перевищенням повноважень і які ущемляють права громадян, могли бути у встановленому законом порядку оскаржені до суду. Аналогічна норма містилася в ст. 56 Конституції УРСР 1978 р. Таким чином, інститут судового контролю у сфері державного управління отримав нове політичне і правове значення: вперше в нашій країні праву на оскарження управлінських дій було надано конституційний характер.

Реалізація ст. 58 Конституції СРСР почалася тільки в 1987 р., коли Верховна Рада СРСР 30 червня 1987 р. прийняла Закон СРСР "Про порядок оскарження в суд неправомірних дій посадових осіб, що ущемляють права громадян". Текст закону було доопрацьовано і 20 жовтня 1987 р. Верховна Рада СРСР внесла в цей акт зміни, зокрема надав громадянину право звертатися із скаргою на незаконні дії посадової особи безпосередньо в суд поза залежністю від попереднього оскарження таких дій вищестоящому органу чи посадовій особі. Відповідно до вищевказаних законів Президія Верховної Ради Української РСР 25 квітня 1988 р. доповнила Цивільний процесуальний кодекс Української РСР главою 31-А "Скарги на неправомірні дій службових осіб, що ущемляють права громадян".

З метою подальшого удосконалювання інституту судового контролю у сфері державного управління, посилення юридичних гарантій прав особистості виникла необхідність у правильному

законодавчому вирішенні проблем, пов'язаних з визначенням підвідомчості справ, що виникають з адміністративно-правових відносин.

2 листопада 1989 р. був прийнятий новий Закон "Про порядок оскарження в суд неправомірних дій органів державного управління і посадових осіб, що ущемляють права громадян". У відповідності до положень нового закону судовому контролю підлягали дії не тільки посадових осіб, а й органів управління, якщо іншими законами Союзу РСР і союзних республік не був передбачений інший порядок їх оскарження.

Зазначений Закон СРСР "Про порядок оскарження в суд неправомірних дій органів державного управління і посадових осіб, що ущемляють права громадян" був лише кроком на шляху розширення судового контролю у сфері державного управління.

Наступний крок у напрямку до зазначеної мети був зроблений вже після проголошення незалежності України. Законом України "Про внесення зміни в статтю 56 Конституції (Основного Закону) України" від 31 жовтня 1995 року зазначена стаття була викладена в новій редакції, що істотно розширювало предмет оскарження, який включав тепер рішення, дії чи бездіяльність державних органів, юридичних чи службових осіб у сфері управлінської діяльності.

Відповідно до цього глава 31-А ЦПК України також була викладена в новій редакції Законом України "Про внесення змін у статті 235, 236 і главу 31-А Цивільного процесуального кодексу України" від 31 жовтня 1995 р. До рішень, дій чи бездіяльності, що можуть бути оскаржені належать колегіальні й одноособові рішення, дії чи бездіяльність, у зв'язку з якими громадянин вважає, що: порушено чи порушуються його права чи свободи; створені чи створюються перешкоди для реалізації ним своїх конституційних прав чи свобод, чи що вжиті заходи щодо реалізації його прав є недостатніми; на нього покладені обов'язки, не передбачені законодавством чи передбачені законодавством, але без врахування конкретних обставин, за яких ці обов'язки повинні покладатися, чи що вони покладені не уповноваженими на це особою чи органом; він притягнутий до відповідальності, що не передбачена законом, чи до нього застосоване стягнення без передбачених законом підстав, чи неправомочними службовою особою чи органом.

У Конституції України 1996 р. (ст. 55) також закріплено право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. З урахуванням посилення гарантій захисту прав громадян від незаконних дій органів виконавчої влади і закріпленого Конституцією принципу спеціалізації побудови системи судів загальної юрисдикції, необхідна подальша конкретизація, детальна розробка відповідних юридичних процедур. Наступний етап розвитку в Україні інституту судового оскарження громадянами неправомірних дій органів виконавчої влади пов'язаний із створенням спеціалізованих адміністративних судів, яке передбачене Законом України "Про судоустрій України", що покликані, перш за все, забезпечити дієвий захист прав громадян у їх відносинах з органами виконавчої влади. При цьому треба наголосити на важливості якісного процесуального забезпечення функціонування адміністративних судів, у противному випадку може бути скомпрометована сама ідея адміністративної юстиції в Україні.

Розвиток правового регулювання оскарження громадянами неправомірних дій органів виконавчої влади дозволяє зробити висновок, що в Україні сформувалися два основних шляхи оскарження – адміністративний (позасудовий) та судовий, які знаходяться в тісному взаємозв'язку.

ДОКАЗУВАННЯ У СПРАВАХ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ЯК СПОСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРИНЦИПУ ОБ'ЄКТИВНОСТІ ІСТИНИ

Ктіторов М.

Київський національний університет внутрішніх справ

Реформування інституту адміністративної відповідальності у відповідності до вимог сучасного стану розвитку держави потребує переосмислення, а саме, інституту доказів провадження у справах про адміністративні правопорушення, як визначального елементу при вирішенні справ та встановлення об'єктивності істини по справі, що супроводжується виведенням на перший план людини, її права та законні інтереси.

Сьогодні проблема доказів, зокрема, провадження у справах про адміністративні правопорушення, знаходиться в центрі уваги і набуває свого ключового значення .

Проблеми доказового права знайшли своє відображення в роботах В.К. Шкарупи, Є.В. Додіна, Л.В. Коваля, Д.М. Бахраха та інших.

Не зважаючи на грунтовні дослідження, проблеми доказів у справах про адміністративні правопорушення не тільки не втратили своєї актуальності, а ще більше загострились. Це зумовлюється низкою певних невирішених питань суто практичного характеру.

Виходячи саме з цього, слушною є думка Д.М. Лук'янця з приводу того, що „перелік джерел доказів у справах про адміністративні правопорушення має забезпечувати максимальну результативність державного контролю". Іншими словами, враховуючи специфіку адміністративних правопорушень, що характеризуються відносною швидкістю їх скоєння, то притягнення особи до адміністративної відповідальності можливе лише під час перевірки діяльності цієї особи відповідним на те органом.

Так, наприклад, порушення законодавства, яке передбачає відповідальність за порушення правил дорожнього руху (нереагування водієм окремих дорожніх знаків, невиконання вимог зупинки тощо), та вчинення правопорушень що посягають на громадський порядок та громадську безпеку (дрібне хуліганство) протікають дуже швидко, й відповідно тягнуть за собою труднощі при встановленні об'єктивності істини по справі. Це підтверджується тим, що в більшості випадків адміністративні правопорушення здійснюються відносно швидко та не представляють собою великої суспільної небезпеки, тому наявність при цьому свідків, потерпілих іноді вбачається неможливою. За таких умов, учасниками правовідносин в цьому контексті, виступають лише два суб'єкти: правопорушник і посадова особа (працівник міліції). Відтак, за відсутністю додаткових джерел доказів доведення вини правопорушника стає досить проблематичним. Це вимушує сформувати такий механізм доказування (джерел доказів, способів їх фіксації тощо), який би забезпечив, з одного боку, досягнення об'єктивності істини у провадженні у справах про адміністративні правопорушення і прийняття на цій підставі неупередженого рішення по справі, а з іншого – виключив би об'єктивне ставлення у вину, яке на сьогодні є однією із основних вад провадження у справах про адміністративні правопорушення.

Отже, для вирішення даної проблеми вбачається за доцільне зосередити увагу на показаннях особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, як додаткового джерела доказу (ст.251 КУпАП). Відомо, що показання правопорушника виступають своєрідним захистом від пред'явлених йому звинувачень. Разом з тим, в показаннях правопорушника міститься певна інформація, що вказує на обставини, які мають значення для справи. Це дозволяє розглядати відповідну інформацію в якості джерел доказів в провадженні у справах про адміністративні правопорушення та забезпечити своєрідний захист від неправомірних дій з боку посадової особи (працівника міліції). Дана інформація має відображатися в протоколі про адміністративне правопорушення, який згідно зі статтею 256 КУпАП містить у собі перелік обов'язкових реквізитів, в тому числі й показання правопорушника. У випадку, коли особу, що притягується до адміністративної відповідальності, не влаштовує стисліть своїх пояснень, що містяться в протоколі, то вона має право відобразити свої пояснення власноручно і додати до протоколу. В цьому ж додатку до протоколу

© Ктіторов М., 2006

можуть бути висловлені як ходатайства, так і скарги щодо неправомірних дій посадової особи (працівника міліції), що склали протокол. Відповідне оформлення доданих до протоколу актів регулюються КУпАП (ст. 256) та Інструкцією з оформлення матеріалів про адміністративні правопорушення (п. 2.7). Таким чином зміст пояснень особи, що містяться у відповідному акті, доданому до протоколу, дає змогу використовувати його як додаткове джерело доказу для об'єктивного вирішення справи, не обмежуючись при цьому лише аналізом протоколу.

Не менш важливим чинником, що сприятиме ефективному вирішенню вищезазначених питань є створення принципу презумпції добросовісного виконання службових обов'язків. Взагалі, використання принципу презумпції є правомірним тоді, коли встановити факт вчинення того чи іншого правопорушення не вбачається можливим. Даний принцип прямо вказує на відносини держави (посадової особи) до громадянина(особи, що притягається до адміністративної відповідальності), де перш за все враховуються права та законні інтереси громадян. Важливо підкреслити, що принцип презумпції добросовісного виконання службових обов'язків представляє собою сумлінне та якісне виконання обов'язків, що складають основу діяльності відповідної посадової особи (працівника міліції). Разом з тим, цей принцип реалізується за допомогою:

1. Належного порядку проведення заходів по контролю за діяльністю посадових осіб (працівників ОВС);
2. Створення умов для належного виконання службових обов'язків - виключення прагнення до кількісного укладу даних правопорушень, що не є показником ефективного та якісного виконання обов'язків;
3. Прав та обов'язків посадових осіб (працівників ОВС) та створення заходів по їх захисту.

Отже, принцип презумпції добросовісного виконання службових обов'язків в процесі доказування може виступати в якості провідного начала правового регулювання і, відповідно до цього, це положення правомірно вважати умовно прийнятим за істину. Особливу увагу в цьому контексті заслуговує те, що у разі належного виконання даного принципу, який перш за все впливає на правосвідомість посадової особи, він спроможній ефективно слугувати виключенню формального підходу до фактів та джерел доказів.

З урахуванням вищевикладеного можна дійти висновку, що інститут доказів провадження у справах про адміністративні про правопорушення потребує свого нагального вдосконалення, де б на перше місце ставились би права та законні інтереси громадян і лише на законній підставі досягалась би об'єктивна істина при вирішенні адміністративних справ.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ НЕПОДАТКОВИХ ДОХОДІВ, ЯКІ ВИПЛИВАЮТЬ З ПРАВА ПУБЛІЧНОЇ ВЛАСНОСТІ

Левкович В.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Серед державних доходів податкам належить найважливіше місце. Саме існування держави нерозривно пов'язане з податками. Проте податок не тільки не єдина форма акумуляції грошових коштів у бюджеті, але й зовсім не перша форма в історичному ракурсі. Податок передбачає достатньо високий рівень розвитку правосвідомості, економіки, систем контролю.

Найстарішим джерелом державних (публічних) доходів (не зважаючи на військові трофеї) були домени або державне майно, казенні землі і ліси. Спочатку вони були власністю государя, доходи якого одночасно були і доходами держави. Це були приватно-правові, а не публічно-правові доходи.

Іншим важливим джерелом державних доходів були регалії, тобто прибуткові прерогативи казни. Певні галузі виробництва, види діяльності надходили у виняткове володіння казни, виключалися з цивільного обороту, зі сфери діяльності населення. По суті, вони були перехідним ступенем до податків.

Регалії – (від лат. regalis царський) – особливі права і привілеї глави феодальної держави в Західній Європі на отримання певного виду доходу. У ряді випадків передавалися великим феодалам у порядку "жалування" або фактично привласнювалися ними. Відзначалися великою різноманітністю. Найважливіше значення мали судова, митна, ринкова і монетна регалії, а також гірнича, лісова, мисливська, річкова, морська, які випливали з визнання виключного права короля чи імператора на експлуатацію земних надр, лісів і вод. Згодом низка регалій зникла, а деякі з плином часу були замінені податками.

Способи вилучення коштів з регалій різні. Держава могла самостійно експлуатувати ту або іншу галузь виробництва і збувати товари за монопольно високою ціною (наприклад, соляна монополія). Доходи могли бути отримані і у вигляді плати за оренду. І зараз широко використовується такий спосіб вилучення доходів, як стягнення зборів за право використання регалій (наприклад, платежі за право видобутку корисних копалин).

Отже, однією з груп неподаткових платежів є неподаткові доходи, які випливають з права публічної власності. Доволі часто їх називають ресурсними, рентними платежами. І ця назва має право на існування. Проте, видається, що більш об'ємною, змістовнішою є назва "неподаткові доходи, які випливають з права публічної власності".

У Радянському Союзі фіксовані (рентні) платежі були встановлені з 1967 р. згідно з постановою ЦК КПРС і РМ СРСР від 4 жовтня 1965 р. "Про удосконалення планування і посилення економічного стимулювання промислового виробництва". Фіксовані (рентні) платежі - форма вилучення в доход держави частини прибутку об'єднань, підприємств, отримання якої обумовлене факторами, які не залежать від діяльності колективу; один з платежів з прибутку в бюджет. Ці платежі вносять у бюджет ... підприємства добувної, обробної та переробної галузей промисловості. Джерела утворення фіксованих (рентних) платежів різноманітні. У добувних галузях - диференціальний чистий доход, який одержується в результаті сприятливих природних і транспортних умов виробництва (глибина залягання і потужність пласту, вміст корисних речовин у руді, розташування відносно споживачів та ін.), тобто у цих галузях платежі носять рентний характер.

У чому ж полягає суть та особливості економічної та юридичної природи та який правовий режим цих неподаткових доходів?

Як відомо, плата передбачає певну еквівалентність відносин платника з державою. Це є, наприклад, плата за землю, плата за спеціальне використання природних ресурсів: за воду, за користування надрами, за спеціальне використання диких тварин тощо (згідно з новою редакцією Закону України "Про систему оподаткування" різноманітні плати за спеціальне використання природних ресурсів називаються зборами). Розмір плати прямо чи опосередковано залежить від розміру ресурсів, що використовуються, а надходження плати державі визначається державною власністю на ці ресурси. Якщо держава втратить право власності на них, то вона втратить і ці доходи.

© Левкович В., 2006

Саме тому до роздержавлення державної власності, до її приватизації необхідно підходити особливо ретельно. Є такі її форми, і, насамперед, дуже багато видів промислових підприємств, житловий фонд та ряд інших, де приватизацію необхідно всіляко стимулювати, знімаючи з держави тягар невиправданих витрат та залучаючи водночас приватний капітал. Поряд з цим є такі форми державної власності, зокрема, власність на землю, надра, воду, ліси, одним словом - на природні ресурси, приватизація яких, на нашу думку, не відповідає корінним інтересам держави, оскільки суб'єкти господарської діяльності можуть вносити державі за їх використання плату. Як правило, цільового призначення плата не має і зараховується до бюджету, як державного, так і місцевого.

Проте це не завжди так. Наприклад, часткове цільове призначення має збір за геологорозвідувальні роботи, виконані за рахунок державного бюджету. Оскільки він вносяться до державного бюджету, то в загальній сумі його доходів це цільове призначення по суті втрачається. При цьому розміри фінансування з бюджету геологорозвідувальних робіт можуть бути як більші, так і менші від надходжень цього збору.

У групу неподаткових доходів, які випливають з права публічної власності, тобто власності держави та територіальних громад, включаються: збори за спеціальне використання природних ресурсів, наприклад, плата за користування надрами, плата за спеціальне використання диких тварин, плата за спеціальне використання рибних та інших водних ресурсів; доходи від власності, рентна плата за транзитне транспортування природного газу, нафти, аміаку через територію України, рентна плата за нафту і природний газ, плата за оренду державного та комунального майна, дивіденди (доход), нараховані на акції (частки, паї) господарських товариств, які є у державній чи комунальній власності, надходження коштів від реалізації конфіскованого майна, надходження коштів від реалізації надлишкового озброєння, військової та спеціальної техніки, іншого майна Збройних Сил України, збір за використання радіочастотного ресурсу, надходження коштів від реалізації товарів та інших предметів, конфіскованих за матеріалами правоохоронних та інших уповноважених органів, надходження коштів від реалізації безхазяйного майна, майна, що за правом спадкоємства перейшло у власність держави, та скарбів, надходження від приватизації державної, комунальної власності тощо.

З наведеного видно, що держава, органи місцевого самоврядування у даній ситуації виступають як власники, які на власний розсуд, але, гадається, все ж в інтересах суспільства, розпоряджаються належним їм майном. Тому слушно підкреслював французький вчений П.-М.Годме, що доходи з державного майна та позик являють собою кошти, отримувані державою від діяльності такої ж, як і діяльність приватних громадян. Необхідно звернути увагу на ту обставину, що держава добуває для себе кошти двома шляхами: приватно-правовим і публічно-правовим. У першому випадку держава діє як приватна особа, як суб'єкт цивільного права, а в другому – держава діє як влада розпорядчо-примусова. Держава, використовуючи приватно-правовий спосіб отримання доходів, виступає в ролі найбільшого власника і торговця, який заробляє гроші як звичайний підприємець. Власне, виходячи з цього, можна запропонувати ще одну назву цього виду неподаткових доходів: неподаткові доходи від публічного господарства.

Як вже згадувалося – ці платежі доволі часто називають ресурсними, рентними. Найчастіше такі назви зустрічаються у роз'ясненнях, листах Державної податкової адміністрації України. У структурі податкових органів є управління, відділи, назви яких містять згадувані слова, наприклад, головне управління місцевих, ресурсних, рентних і неподаткових платежів ДПА України. У підручниках з фінансового права, спеціальній літературі також вживаються ці терміни, але, водночас, не розкривається їхній зміст.

Щодо нормативно-правових актів, то в них використовуються такі терміни, як "рентна плата", "рентні платежі", наприклад, рентна плата за нафту і природний газ, що видобуваються в Україні (Указ Президента України від 21 грудня 1994 р. "Про встановлення рентної плати за нафту і природний газ, що видобуваються в Україні"), рентні платежі (Закон України від 18 лютого 1997 р. "Про внесення змін до Закону України "Про систему оподаткування"). Термін ж "ресурсні платежі" прямо не вживається, але за змістом цими платежами є, зокрема, збір за спеціальне використання природних ресурсів (Закон України від 18 лютого 1997 р. "Про внесення змін до Закону України "Про систему оподаткування"), збір за спеціальне використання лісових ресурсів, платежі за користування надрами, плата за використання інших природних ресурсів (Наказ Міністерства фінансів України від 27 грудня 2001 року №604 "Про бюджетну класифікацію та її запровадження").

Загалом, групу неподаткових доходів, які випливають з права публічної власності, утворюють доволі різноманітні платежі, тому доцільно їх класифікувати, та й це необхідно зробити для зручності їх майбутньої характеристики. Можна запропонувати такий поділ:

1. Ресурсні платежі (збори за спеціальне використання природних ресурсів, збір за геологорозвідувальні роботи, виконані за рахунок державного бюджету).

2. Рентні платежі (рентна плата за транзитне транспортування природного газу, нафти, аміаку через територію України, рентна плата за нафту, природний газ і газовий конденсат, що видобуваються в Україні).

3. Інші, як варіант – "майнові" (плата за оренду державного майна, дивіденди (доход), нараховані на акції (частки, паї) господарських товариств, які є у державній (комунальній) власності, надходження коштів від реалізації конфіскованого майна, надходження коштів від реалізації надлишкового озброєння, військової та спеціальної техніки, іншого майна Збройних Сил України, збір за використання радіочастотного ресурсу, надходження коштів від реалізації товарів та інших предметів, конфіскованих за матеріалами правоохоронних та інших уповноважених органів, надходження коштів від реалізації безхазяйного майна, майна, що за правом спадкоємства перейшло у власність держави, та скарбів, надходження від приватизації державної, комунальної власності тощо).

Хотілося б зробити ряд зауважень. Так, якщо виходити з визначення поняття ренти (рента (від лат. reddo – повертаю, сплачую) – дохід з капіталу, землі або майна, що його регулярно одержують їхні власники, не займаючись підприємницькою діяльністю), то всі доходи, які випливають з права публічної власності, можна було би назвати рентними. Так само ці всі платежі можна було б назвати ресурсними (в т.ч. і з міркувань зручності користування), адже все, з чого стягується плата чи за що платиться, є державними або комунальними ресурсами у широкому значенні (не лише природними). Фактично ж ці неподаткові доходи відрізняються один від одного за способом стягнення.

Треба зазначити, що деякі з ресурсних платежів (у широкому значенні) закріплені на рівні податкової системи (збори за спеціальне використання природних ресурсів та ін.), проте низка платежів регулюється відносно відокремлено (це так звані "інші", "майнові").

Механізм нарахування і сплати окремих ресурсних та рентних платежів дуже схожий на механізм нарахування і сплати податків. Окрім того, кошти, одержані за їх рахунок, також надходять у бюджети різних рівнів і є джерелом наповнення доходної частини.

Проте деякі з доходів, які випливають з права публічної власності, не мають стійкого характеру (різниця в цінах на природний газ, надходження від приватизації публічного майна тощо) і навіть віддалено не нагадують податкові платежі.

Необхідно підкреслити, що включення механізму ресурсних платежів у податкову систему у певній мірі умовне. Це не податки, а важелі, які за механізмом наближаються до податків. Окрім цього, для платника зазвичай не важливо, в якій формі вилучається частина його доходу (податок, збір). Ресурсні платежі також лежать в основі системи податкового тиску і контролюються податковими органами. Як і податки, вони надходять у доходну частину бюджетів.

Отже, неподаткові доходи, які випливають з права публічної власності, можна визначити як встановлені законодавством платежі (збори, плати), які стягуються з фізичних та юридичних осіб за використання майна і природних ресурсів держави та територіальних громад.

РЕФОРМУВАННЯ КАБІНЕТУ МІНІСТРІВ УКРАЇНИ

Мартьянов І.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Конституція України встановила, що вищим органом в системі органів виконавчої влади в Україні є Кабінет Міністрів України і визначила порядок його утворення, склад та повноваження (ст. 113-117).

Закон України "Про внесення змін до Конституції України", який набирає чинності з 1 січня 2006 року докорінно змінив правовий статус Кабінету Міністрів України.

Прем'єр-Міністр України призначається Верховною Радою України за поданням Президента України. Члени Кабінету Міністру України призначаються верховною Радою України за поданням Прем'єр Міністра за виключенням Міністра оборони України і Міністра закордонних справ України, які призначаються Верховною Радою України за поданням Президента України.

Кабінет Міністрів відповідальний перед Президентом України і Верховною Радою України, підконтрольний і підзвітний Верховній Раді України у межах, передбачених Конституцією.

Кабінет Міністрів утворює, реорганізовує та ліквідовує Міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, які не входять до складу Кабінету Міністрів України. Призначає на посаду та звільняє з посад за поданням Прем'єр Міністра України керівників центральних органів виконавчої влади, які не входять до складу Кабінету Міністру України.

Вказані положення відповідають правовому статусу Кабінету Міністру України як вищого органу виконавчої влади, їх потрібно закріпити у Законі Про Кабінет Міністрів України, якого ще не прийнято.

На сьогодні діяльність Кабінету Міністру України регламентується Тимчасовим регламентом, постановою Кабінету Міністрів України "Про функціональні повноваження Першого віце-прем'єр – міністра і віце-прем'єр –міністрів України, іншими постановами, а також указами Президента України."

Забезпечення належної організації роботи Кабінету Міністрів України покладено на Секретаріат на чолі з Міністром Кабінету Міністрів. Оптимальний склад Секретаріату, його підрозділів – умова належного виконання завдань.

Структурна перебудова Секретаріату не закінчена. Подальше його вдосконалення має бути направлено на охоплення всіх сфер державного управління і в той же час недопущення дублювання з підрозділами Секретаріату Президента України, а також з Міністерствами.

Секретаріат Кабінету Міністрів України має перетворитися на ефективний експертний та аналітичний центр підготовки питань для нагляду на засіданні Кабінету Міністрів України і загалом, організації роботи Уряду.

З метою підвищення ефективності діяльності Міністрів України та координації роботи центральних органів виконавчої влади у формуванні та реалізації державної політики утворені урядові комітети.

До складу Урядового комітету входять члени Кабінету Міністрів України. Очолюють урядові комітети Перший віце-прем'єр-міністр Кабінету Міністрів України, віце-прем'єр-міністри.

Урядовий комітет розглядає та створює концепції проектів нормативно-правових актів, проекти нормативно-правових актів, проекти нормативно-правових актів та інших документів, що подаються на розгляд Кабінету Міністрів України.

Зараз утворено сім урядових комітетів реального сектора економіки, регіональної політики, європейської та євроатлантичної інтеграції, економічної політики, розвитку агропромислового комплексу та природокористування, гуманітарної і соціальної політики, правової політики та оборони.

Зміни і доповнення новим Урядом до правового статусу урядових Комітетів діючих раніше, вимагають нормативного уточнення їх діяльності (Постанова Кабінету Міністрів України від 14.10 2005р. №1020 Питання діяльності урядових комітетів).

© Мартьянов І., 2006

Кожний Уряд приймає програму дію, яку затверджує Верховна Рада України. Новий Уряд ще не прийняв своєї програми. Не визначена стратегія його діяльності і це може породжувати неправильні і неефективні рішення.

Вирішальну роль у діяльності уряду відіграє його склад. Це повинні бути фахівці, компетентні, чесні, порядні люди. Члени уряду не мають права займатися комерційною і взагалі іншою діяльністю, крім дозволеної законом.

На членів Кабінету Міністрів України поширюються норми Закону України "Про боротьбу з корупцією."

Посади членів уряду належать до посад політичних діячів і на них не поширюється Закон Про державну службу.

Поняття політичний діяч встановлено Указом Президента України "Про стратегію реформування системи державної служби в Україні." Цьому питанню присвячені декілька статей в юридичній літературі. Але чіткого розмежування політичних та адміністративних функцій в державному управлінні законодавством не визначено.

Можливо слід повернутися до складу Кабінету Міністрів України, який був раніше. Ввести до складу Уряду Голову служби безпеки, голову антимонопольного комітету, Голову Фонду державного майна, Голову Національного Банку України. Це дозволить більш всебічно і обґрунтовано приймати рішення.

Важливим фактором ефективної роботи Уряду є стабільність законодавства, кадрова стабільність.

Майже щорічна зміна Уряду, його складу, програм, форм і методів роботи не сприяють вдосконаленню правопорядку і покращенню добробуту народу України.

ДЕРЖАВНИЙ КОНТРОЛЬ – ОСОБЛИВА ФУНКЦІЯ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ

Мех Ю.

Національна юридична академія України ім. Я. Мудрого

У зв'язку з політичними змінами, які відбуваються сьогодні у країні, суттєвого реформування зазнав інститут державного управління. У свою чергу, контроль як особлива функція державного управління, не може залишатися в колишньому вигляді. Стан розвитку контролю дає змогу констатувати назрілу необхідність розбудови старої і побудови нової системи державного контролю, яка б відповідала оновленим завданням державного управління. Це стосується, насамперед, вдосконалення системи законодавства з питань контролю і приведення цієї системи у відповідність з вимогами політичного, економічного та соціального розвитку суспільства.

В сучасних умовах державотворення все більш гостро постає проблема виділення поряд із вже існуючим розподілом влади (ст. 6 Конституції України) самостійну контрольну владу, і на це є достатньо підстав. Так, функції контролю державних органів законодавчої, виконавчої та судової влад, маючи спільну мету, іноді дублюють одна одну. Особливо це прояв очевидний у діяльності органів виконавчої влади. Тому, враховуючи особливості характеру діяльності цих органів, з метою усунення прогалин у функціональному призначенні контролюючих органів важливо відокремити контрольну гілку влади, чітко визначити функції уповноважених на те органів.

Як в юридичній, так і в економічній науковій літературі дискусійним залишається питання визначення контролю. Зазначимо, що на законодавчому рівні поняття „державний контроль" досить не знайшло свого відображення. Так, існують різні точки зору визначення цього поняття, серед них:

- контроль – функція політичного керівництва;
- контроль – функція народної демократії;
- контроль – функція правового регулювання та ін.

Вважаємо, що всі ці визначення у кінцевому підсумку можливо звести до одного: контроль – функція управління. Виходячи із поняття державного управління як самостійного виду державної діяльності, що має організуючий, виконавчо - розпорядчий, підзаконний характер, контроль виступає одним із найважливіших елементів державного управління, важливою ознакою його.

В юридичній науковій літературі неодноразово зустрічається думка про вторинний характер контролю як функції державного управлінні. Ми не погоджуємося з цим. Хоча при переліку функцій управління контроль зазвичай і ставиться в кінці цього переліку, це ні в якому разі не зменшує його значимість у здійсненні управління. і не демонструє його другорядний характер. Напроти, це підкреслює значимість контролю як останньої інстанції у прийнятті будь-якого рішення.

Взагалі, термін „контроль" походить від французького „controle" і означає перевірку або спостереження з ціллю перевірки. У більш широкому тлумаченні контроль – спостереження за відповідністю діяльності керованого об'єкта тим приписам, які він отримав від керуючого суб'єкта; співставлення фактичного стану будь-якого явища, процесу з вимогами, які поставлені перед ним (перед керованим об'єктом). Саме у цьому і полягає специфічність контролю як функції управління - спостереження з ціллю перевірки для протидії чомусь небажаному, тобто виявленні, попередженні та припиненні протиправної поведінки з боку будь-кого. Контроль дає можливість не лише коригувати управлінську діяльність, але й допомагає передбачити перспективи подальшого розвитку та досягнення конкретного результату.

У зв'язку із орієнтиром Української держави на нові принципи діяльності, зміни компетенції державних органів контролю розпочато формування певної системи контролю. Зазначимо, що під системою державного контролю в науці адміністративного права розуміється сукупність державних органів та посадових осіб, що наділені будь-якими контрольними повноваженнями щодо органів державного управління.

Відносно державного контролю як функції управління мають свою специфіку і органи державної виконавчої влади. Система означених органів створена державою для повсякденного (безперервного) здійснення управлінської діяльності, складовою якої є контроль. Юридичні засади

© Мех Ю., 2006

законодавства про державний контроль у сфері виконавчої влади складають конституційні норми. Відповідно до ст. 113 Конституції України вищим органом у системі органів виконавчої влади є Кабінет Міністрів України, який наділений відповідними контрольними повноваженнями. Проте, у літературі слушно зауважується, що при конституційному закріпленні функцій Кабінету Міністрів України щодо керівництва центральними і місцевими органами виконавчої влади (п.9 ст. 116 Конституції України) не зазначається така обов'язкова функція як контроль з боку Кабінету Міністрів України за роботою нижчого рівня. Вважаємо, що у цьому випадку контроль знайшов своє відображення шляхом не прямого закріплення у вигляді норми, а як функція, яка об'єктивно властива будь - якій діяльності з керівництва і управління (про це зазначалося вище). Спрямовуючи роботу центральних органів виконавчої влади, координуючи їх діяльність, Кабінет Міністрів України контролює виконання поставлених завдань, доцільність рішень, результати розвитку відповідних сфер і галузей. В науці адміністративного права контроль Кабінету Міністрів України має назву надвідомчого контролю.

Суб'єктами контролю виступають і міністерства й інші центральні органи виконавчої влади, їх відділи та управління, державні адміністрації, адміністрації підприємств, організацій та установ. Зазначені органі здійснюють так званий відомчій контроль, а саме перевіряють виконання підконтрольними їм структурами законів, указів та урядових постанов, актів вищих органів, стан дисципліни та ефективності роботи апарату, роботу з розгляду звернень громадян тощо. Контрольні повноваження цих органів закріплені в Законах України, „Загальному положенні про міністерство, інший орган державної виконавчої влади України", Положенні про відомчий контроль у системі міністерств, інших центральних органів виконавчої влади за фінансово-господарською діяльністю підприємств, установ і організацій, що належать до сфери їх управління, окремих положеннях про міністерства, державні комітети, відомства, їх структурні підрозділи, інших нормативних актах.

У діяльності органів виконавчої влади щодо здійснення ними контрольних функцій держави є багато неточностей, прогалин, які заважають здійсненню ефективної державної влади в цілому. Значні надії покладають на проект закону України „Про міністерства та інші центральні органи виконавчої влади", де серед основних завдань (ст. 4) у відповідних секторах державного управління відмічається здійснення нагляду та контролю за виконанням законодавства та забезпеченням проведення єдиної державної політики.

АДМІНІСТРАТИВНО-ГОСПОДАРСЬКІ САНКЦІЇ І ПОДАТКОВІ ПРАВОВІДНОСИНИ

Музика О.

Київський національний університет ім. Т. Шевченка

Адміністративно-господарські санкції запровадженні Господарським кодексом України (далі – ГК України). Так, за порушення встановлених законодавчими актами правил здійснення господарської діяльності до суб'єктів господарювання можуть бути застосовані уповноваженими органами державної влади або органами місцевого самоврядування адміністративно-господарські санкції, тобто заходи організаційно-правового або майнового характеру, спрямовані на припинення правопорушення суб'єкта господарювання та ліквідацію його наслідків (ст. 238 ГК України).

Згідно зі ст. 239 ГК України до суб'єктів господарювання органи державної влади та органи місцевого самоврядування відповідно до своїх повноважень та у порядку, встановленому законом, можуть застосовувати такі адміністративно-господарські санкції: 1) вилучення прибутку (доходу); 2) адміністративно-господарський штраф; 3) стягнення зборів (обов'язкових платежів); 4) зупинення операцій за рахунками суб'єктів господарювання; 5) застосування антидемпінгових заходів; 6) припинення експортно-імпортних операцій; 7) застосування індивідуального режиму ліцензування; 8) зупинення дії ліцензії (патенту) на здійснення суб'єктом господарювання певних видів господарської діяльності; 9) анулювання ліцензії (патенту) на здійснення суб'єктом господарювання окремих видів господарської діяльності; 10) обмеження або зупинення діяльності суб'єкта господарювання; 11) скасування державної реєстрації та ліквідація суб'єкта господарювання; 12) інші адміністративно-господарські санкції, встановлені в ГК України та в інших законах.

Проблема існування зазначених санкцій ускладнюється існуванням економічних і фінансових санкцій, розмежування яких також залишається невизначеним.

У контексті ГК України деякі економічні санкції співпадають із адміністративно-господарськими, і більше того, останні практично поглинають економічні санкції. Виникає запитання: так які ж санкції є економічними та чи взагалі існують ці санкції? Очевидно, що вітчизняне законодавство не містить відповідні на це питання.

Розглядаючи питання адміністративно-господарських санкцій, не можна обминути санкції за порушення податкового законодавства. Аналіз положень в ГК України дає підстави розглядати податкові відносини як господарські, про що свідчать норми глави 27, де визначаються розміри та види санкцій за порушення податкового законодавства. Наприклад, ст. 239 до видів адміністративно-господарських санкцій віднесено, зокрема, стягнення зборів (обов'язкових платежів). Та хіба стягнення зборів є санкцією, адже відповідно до ст. 67 Конституції України кожен зобов'язаний сплачувати податки і збори в порядку і розмірах, встановлених законом? Виходячи з того, що Розділ ІІІ Основного Закону України має назву „Права, свободи та обов'язки людини і громадянина", можна зробити висновок, що збори зобов'язані сплачувати лише фізичні особи. Проте це не так, оскільки ст. 4 Закону „Про систему оподаткування" встановлює, що платниками податків і зборів (обов'язкових платежів) є юридичні і фізичні особи, на яких згідно з законами України покладено обов'язок сплачувати податки і збори (обов'язкові платежі). Тобто податки і збори зобов'язані сплачувати як громадяни, так і юридичні особи, при цьому і для тих, і для інших такий обов'язок не є санкцією (лише за порушення при сплаті чи несплати податків застосовуються санкції, що вже є похідним від конституційного обов'язку).

Також ст. 242 ГК України встановлює, що у разі порушення суб'єктом господарювання встановлених правил обліку звітності щодо сплати зборів (обов'язкових платежів) або їх несплати чи неповної сплати. Крім того, з суб'єкта господарювання у визначених законом випадках може бути стягнуто штраф у розмірі до 50% належної до сплати суми збору (обов'язкового платежу). Тобто нормою господарського законодавства прямо встановлено санкцію за порушення податкового законодавства, але знову ж таки обов'язок ні за яких умов не може бути санкцією.

Норми ГК України де в чому суперечать Закону „Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами" (далі – Закон № 2181). Справа в тому,

© Музика О., 2006

що зазначений Закон є спеціальним законом з питань оподаткування, який установлює порядок погашення зобов'язань юридичних або фізичних осіб перед бюджетами та державними цільовими фондами з податків і зборів (обов'язкових платежів), нарахування і сплати пені та штрафних санкцій, що застосовуються до платників податків контролюючими органами, у тому числі за порушення у сфері зовнішньоекономічної діяльності, та визначає процедуру оскарження дій органів стягнення. Нас цікавить те, що Закон визначає порядок і розміри штрафів за порушення податкового законодавства (до речі, ці штрафи належать до фінансових санкцій).

Стаття 17 Закону № 2181 „Штрафні санкції (штрафи)" містить вказівку на те, що штрафні санкції за порушення податкового законодавства накладаються на платника податків у розмірах, визначених цією статтею, крім штрафних санкцій за порушення валютного законодавства, що встановлюються окремим законодавством. Штрафні санкції накладаються контролюючими органами, а у деяких випадках самостійно нараховуються та сплачуються платником податків.

У ГК України є ст. 241, в якій штрафи визначаються вже не як фінансова чи штрафна санкція, а як адміністративно-господарська, що застосовуються за порушення правил здійснення господарської діяльності. Так що ж застосовувати: Закон № 2181 чи ГК України при врегулюванні питань, що виникають при порушені податкового законодавства під час здійснення господарської діяльності?

Слід пам'ятати, що відносини, які виникають у сфері регулювання господарської діяльності суб'єктів господарювання і податкові відносини мають різну правову природу. Як слушно зазначає Н. Пришва, податкові правовідносини – це публічно-правові відносини, а господарські відносини належать все ж таки до сфери регулювання нормами приватного права (детальніше про це див.: Пришва Н.Ю. О некоторых тенденциях развития финансового права в Украине // Финансово-правовая доктрина постсоциалистического государства. Выпуск 1. – Черновцы: „Рута", 2003. – С. 68).

Справді, в господарських відносинах є принцип диспозитивності у виборі контрагентів, вони пов'язані з досягненням якогось індивідуального або частково колективного інтересу. Що стосується податкових правовідносин, то вони спрямовані на досягнення публічного інтересу, на задоволення в майбутньому потреб громадськості, а не конкретних індивідуумів.

Розглянуті нами питання ще раз підтверджують існування проблеми розмежування публічних і приватних відносин і, відповідно, правових основ їх регулювання.

ЗАКОНОДАВЧЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА НА ДОСТУП ДО ІНФОРМАЦІЇ В УКРАЇНІ : ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ.

Нестеренко О.

Національна юридична академія України ім. Я. Мудрого

Підґрунтям реалізації закріпленого в Конституції України права на доступ до інформації є його деталізація в поточному законодавстві. Це обумовлено, насамперед, специфікою його правової природи. Так, якщо свобода думки і слова, вимагає не втручання з боку держави, то право на доступ до інформації є відображенням прямої співпраці держави і громадянина, в якій держава є активним учасником і повинна забезпечити всі умови для того, щоб особа змогла реалізувати своє право. Отже, чітке законодавче закріплення механізму доступу до інформації та визначення прав та обов'язків держави і громадянина в цій сфері є головною передумовою реалізації права громадян на доступ до інформації. Проте, діюче законодавство в сфері забезпечення права громадян на доступ до інформації носить фрагментарний, безсистемний характер. Норми, які повинні забезпечити реалізацію права на доступ до інформації розпорошені по всьому масиву законодавства. Більшість питань, пов'язаних з доступом до суспільно важливої інформації, регулюється підзаконними нормативно-правовими актами. На думку М.С. Демкової «Сьогодні існує багато труднощів у сфері доступу громадян до публічної інформації…Однією з причин існування такої ситуації є недосконаліть законодавства України про інформацію, яке не відповідає сучасному рівню розвитку інформаційних відносин та не в змозі адекватно вирішувати проблеми, що виникають».

Отже, сьогодні в Україні назріла необхідність у прийнятті комплексного закону, який охопив би всі аспекти реалізації та захисту права громадян на доступ до інформації. Активну участь у розробці законопроекту приймають громадські організації. Так, Харківська правозахисна група підготувала нову редакцію законопроекту «Про інформацію», а центр політико-правових реформ – проект Закону України «Про доступ до інформації».

Суттєвим кроком у вирішенні цієї проблеми є також те, що її обговорення перейшло на державний рівень. Зокрема, Верховна Рада України прийняла за основу внесений народним депутатом України С.П. Головатим проект Закону № 2082 від 20.08.2002 р. «Про інформаційну відкритість органів державної влади та вищих посадових осіб України». Крім цього Міністерство юстиції на виконання доручення Кабінету Міністрів України від 2 квітня 2005 року № 15285/1/1-05 розробила проект Закону України "Про відкритість і прозорість діяльності державних органів влади та органів місцевого самоврядування". Схожі за назвою та метою ці законопроекти мають суттєву відмінність за сферою своєї дії. Якщо сфера дії законопроекту № 2265-IV поширюється на відносини по забезпеченню інформаційної відкритості органів державної влади та вищих посадових осіб України, то сфера дії законопроекту Міністерства юстиції розповсюджується також і на *органи місцевого самоврядування.*

Враховуючи значення, яке може мати прийняття цих законопроектів, для забезпечення доступу до суспільно значущої інформації, розглянемо кожен з них більш детально. Суттєві недоліки мають окремі положення Законопроекту № 2082 від 20.08.2002 «Про інформаційну відкритість органів державної влади та вищих посадових осіб України». Зокрема, встановленні обмеження щодо відомостей, які можуть бути оприлюднені, не відповідають принципу «максимального оприлюднення» «Принципів законодавства про свободу інформації» **(**були розробленні міжнародною правозахисною організацією «Артикль 19»). І хоча ці принципи не є юридично зобов'язуючими, вони важливі тому, що забезпечують критерій для перевірки того, чи насправді національний закон розширюватиме доступ громадськості до інформації.

Принцип «максимального оприлюднення» встановлює презумпцію, яка полягає в тому, що вся інформація, яку зберігають державні органи влади, підлягає оприлюдненню і що цю презумпцію може бути подолано тільки в дуже обмеженому числі випадків. Не відповідає, також статті 34 Конституції України положення, що закріплене в ч. 2 ст. 6 законопроекту № 2082, згідно з яким «перелік відомостей, які не підлягають оприлюдненню встановлюється Кабінетом Міністрів». Звужує право на доступ до суспільно значущої інформації й ст. 30 законопроекту, в який не закріплено право громадськості на ознайомлення з деклараціями про майно та доходи вищих посадових осіб. Зауваження, на думку В.В. Речицького, також викликає положення ст.4 проекту «…про те, що громадяни мають право вільно отримувати інформацію про органи державної влади та їх посадових

© Нестеренко О., 2006

осіб на оплатній основі … Держава - політичний слуга народу, а тому, – наголошує В.В. Речицький, – мусить функціонувати за рахунок виділених їй бюджетних коштів. Інформувати суспільство, окремих громадян про свою діяльність – не факультативний обов'язок, а функція будь-якого державного органу чи посадової особи…Отже інформаційні послуги, про які йдеться в проекті Закону, мали б надаватися за рахунок бюджету». Особливо звертає на себе увагу також те, що дія Закону не поширюється на органи місцевого самоврядування.

Певні недоліки є й у законопроекті "Про відкритість і прозорість діяльності державних органів влади та органів місцевого самоврядування", який не встановлює дієвих гарантій доступу до суспільно важливої інформації, має багато норм-декларацій, норм, які відсилають до інших законів тощо.

Враховуючи те, що обидва проекти в значній мірі носять декларативний характер, і не закріплюють чіткого порядку та умов надання доступу до інформації за інформаційним запитом, не встановлюють спеціальних механізмів захисту права на доступ до інформації, можна прийти до висновку, що прийняття того чи іншого законопроекту не забезпечить більшої інформаційної відкритості органів державної влади та місцевого самоврядування.

Таким чином, не тільки прогалини в законодавстві можуть перешкоджати реалізації права на доступ до інформації, але ще більш негативні наслідки може спричинити прийняття декларативного Закону, який з одного боку створить ілюзію законодавчого забезпечення права на доступ до інформації, а з іншого паралізує реалізацію цього фундаментального права особи.

Для того, щоб новий закон, який буде забезпечувати свободу інформації, став дійсно законодавчою гарантією реалізації права громадян на доступ до інформації він повинен відповідати певним вимогам. По-перше, в законі повинна бути чітко визначена процедура доступу до інформації, бо саме, як наголошує на цьому В.О. Лучин «… процесуальні норми…створюють юридичні передумови дотримання прав; гарантують забезпечення громадянам прав та свобод». По-друге, в законі необхідно передбачити гарантії реалізації доступу до інформації особам з обмеженими здібностями. По-третє, норми закону обов'язково повинні відповідати «Принципам законодавства про свободу інформації» (були розробленні міжнародною правозахисною організацією «Артикль 19»). Хоча ці принципи не є юридично зобов'язуючими, але вони встановлюють критерій для перевірки того, чи насправді національний закон розширює доступ громадськості до інформації. По-четверте, в законі необхідно передбачити, що термін в який органи державної влади та місцевого самоврядування повинні надати відповідь на інформаційний запит ЗМІ не повинен перевищувати двох робочих днів. В-п'ятих, «поняття доступу до інформації, – зазначає Н.В. Кушакова, – пов'язано в першу чергу з можливістю вільного чи обмеженого її отримання, і з огляду на його особливу важливість у правовій термінології мало б бути чітко визначено законодавчо», крім цього в законі повинне бути розмежоване поняття «доступу до документу» та «доступу до інформації».

«Важливою умовою реального здійснення громадянами України своїх прав і свобод, – наголошує Ю.М. Тодика, – є функціонування системи заходів, спрямованих на їх охорону і захист. Необхідність в цьому виникає тоді, коли є невиконання обов'язків чи зловживання правом в процесі реалізації, а також коли має місце спір про наявність самого права чи свободи». Отже для забезпечення права на доступ до інформації в законі необхідно передбачати спеціальний механізм охорони і захисту права на доступ до інформації. Цікавою щодо вирішення цієї проблеми є пропозиція, яка була запропонована розробниками проекту Закону України «Про доступ до інформації». ЇЇ сутність полягає у створенні на підставі Закону, уповноваженого органу виконавчої влади, який би здійснював державний контроль щодо реалізації права на доступ до інформації. На нашу думку, введення такого інституту не стане дієвим механізмом захисту права на доступ до інформації, оскільки саме органи виконавчої влади є головними порушниками права громадян на доступ до інформації. Вважаємо, що ефективним механізмом захисту права на доступ до інформації може стати запровадження в структурі апарата Уповноваженого Верховної Ради з прав людини, посадової особи, яка би займалася, як захистом права на доступ до інформації, так і захистом інформації про особу.

Найбільш оптимальним засобом вирішення проблеми була б нова редакція Закону України «Про інформацію». Вона була підготовлена Харківською правозахисною групою. «Запропонований законопроект, – зазначає співавтор законопроекту В.В. Речицький, – є суттєво оновленим, приведеним до європейських стандартів законом про доступ до інформації, або законом про свободу інформації, в якому збережені необхідні зв'язки з діючим в Україні інформаційним законодавством. Законопроект створено в контексті основних категорій і понять сучасного інформаційного права». Законопроект «Про інформацію» має комплексний характер, закріплює детальну процедуру доступу до інформації, спеціальний механізм захисту права на доступ до інформації в разі його порушення та відповідає всім міжнародним стандартам в сфері забезпечення свободи інформації. Отже, саме цей законопроект зможе стати законодавчою гарантією реалізації права громадян на доступ до інформації.

СТРУКТУРА ТА МЕХАНІЗМ КРЕДИТУВАННЯ МІЖНАРОДНОГО ВАЛЮТНОГО ФОНДУ

Палій Є.

Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

Міжнародний Валютний Фонд (МВФ) є однією з найважливіших міжнародних міжурядових фінансових організацій та однією із спеціалізованих установ ООН. У своїй політиці Фонд керується Статутом, відомим під назвою Статті Угоди МВФ. Унікальність Фонду у порівнянні з іншими міжнародними міжурядовими організаціями полягає в тому, що у своїй діяльності він поєднує регулюючі, консультативні та фінансові функції, спрямовані на досягнення цілей, з метою яких він був створений, а саме: здійснення нагляду за узгодженою системою впорядкованого обміну національних валют; надання кредитів своїм членам для реорганізації економіки з метою встановлення більш ефективної співпраці; надання додаткових послуг країнам-членам (підвищення кваліфікації персоналу, технічна допомога у спеціалізованих сферах, інформаційне обслуговування). Таким чином, Фонд займається не лише проблемами окремих країн, але і питаннями функціонування міжнародної валютної системи в цілому.

У науковій літературі підкреслювалось, що МВФ організований за зразком акціонерного товариства, а тому можливість кожного учасника впливати на діяльність обмежується його часткою в капіталі. Капітал розподіляється між країнами-членами пропорційно їхній квоті в МВФ, яка в свою чергу залежить від питомої ваги національного виробництва кожної країни в світовому її обсязі. Чим вищий цей показник, тим більша квота у країни в МВФ. Квоти створюють об'єднані грошові запаси, котрими МВФ користується для надання позик своїм членам; за їх допомогою визначається сума, яку країна, що внесла квоту, може позичити або отримати в МВФ при періодичному розподіленні спеціальних активів, відомих як СДР (чим більший внесок, тим більший кредит за необхідності може отримати країна); а також визначають «вагу» голосу кожного члена Фонду. Таким чином використовується система «зваженого голосування», залежно від участі держав-членів в акціонерному капіталі організації, за що держави отримують додаткові голоси – по одній за кожну наявну акцію.

МВФ надає матеріальну допомогу державам членам у випадку виникнення у держав труднощів із здійсненням платежів або, іншими словами, у випадку недостатніх надходжень в іноземній валюті (від експорту, від надання послуг, від туризму тощо) для оплати закупівель у інших держав. За таких умов держава може відразу ж отримати у МВФ 25 % квоти, яка сплачується золотом чи конвертованою валютою. Якщо ж цих коштів недостатньо, держава впродовж кількох наступних років може отримати кредит на суму, що в три рази перевищує внесок у квоті.

Надаючи кредити МВФ дотримується таких двох принципів. По-перше, загальний резерв МВФ повинен використовуватись на благо усього співтовариства. Для цього держава, що позичає гроші повинна повернути борг як тільки будуть усунені фінансові проблеми держави. Таким чином, ці матеріальні засоби можуть використовуватись усіма державами-членами, у разі виникнення необхідності. По-друге, перш ніж отримати кредит, держава повинна надати Фонду план виходу із скрутної ситуації, в підтвердження того, що у визначений час вона зможе повернути кредит.

МВФ надає кредити в межах різних правил чи «механізмів», що сформувалися за роки існування. Строки та умови погашення кредитів за цими механізмами різні та залежать від характеру проблем платіжного балансу та обставин, на які вони орієнтовані.

Залежно від цільового призначення кредити Фонду можна поділити на такі групи:

I. Звичайні: кредити підтримки stand-by; програми розширеного кредитування – EFF (Extended Fund Facility);

II. Спеціальні механізми фінансування: фінансування системних перетворень STF (Systematic Transformation Facility); компенсаційне і надзвичайне фінансування - CCFF (Compensatory and Contingency Financing Facility); додаткове резервне кредитування – SRF (Supplemental Reserve Facility); умовні кредитні лінії - CCL (Contingent Credit Lines);

III. Пільгове кредитування: пільгове кредитування в межах Механізму фінансування з метою скорочення бідності та сприяння економічному росту - PRGF (Poverty Reduction and Growth Facility); полегшення боргового тягаря в межах ініціативи у відношенні бідних держав з високим рівнем заборгованості - HIPC (Heavily Indebted Poor Countries Initiative)

© Палій Є., 2006

Окремо також виділяється такий вид кредитів як надзвичайна термінова допомога (Emergency Assistance).

Ядро політики кредитування МВФ складають короткотермінові домовленості «стенд-бай». Вперше вони були використані у 1952р. з метою уникнення державами-позичальниками труднощів платіжного балансу, що носять тимчасовий чи циклічний характер. За умовами цієї кредитної лінії у відповідності з положеннями статті XXX(b) Статей Угоди МВФ від 22.07.1944 р. «державі-члену надається підтвердження того, що вона зможе впродовж визначеного періоду і в межах визначеної суми здійснювати купівлю з рахунку загальних ресурсів і відповідно до умов такої угоди». Ці кредити надаються країнам траншами у розмірі 25% від квоти, без подальшого аналізу економічної ситуації країни.

Угоди по кредитах «стенд-бай» зазвичай укладаються терміном від 1 до 1,5 років, у виключних випадках можуть бути укладені на більш тривалий термін, але не більш ніж три роки. У свою чергу кредити стенд-бай поділяються на звичайні та попереджувальні. За умовами звичайного стенд-бай наперед визначаються періодичні виплати. Згідно ж попереджувального стенд-бай виплати наперед не визначаються, оскільки держава виявила бажання не позичати грошей, аж поки не виникнуть непередбачувані обставини.

Механізм розширеного кредитування (EFF) був створений у 1974 р. як інструмент більш довготривалого зовнішнього фінансування держав-членів терміном на 3 – 4 роки. Середньострокові розширені угоди в межах механізму розширеного кредитування МВФ розраховані на країни, що мають труднощі із фінансуванням платіжного балансу, обумовлені структурними проблемами, для уникнення яких може знадобитися більше часу, аніж для виправлення недоліків у макроекономічній сфері. Заходи структурної політики, пов'язані із угодами про розширене кредитування включають реформи, спрямовані на покращення функціонування економіки, зокрема реформи податкової системи і фінансового сектору, приватизацію державних підприємств тощо. Така програма повинна містити основні цілі на наступний 3-річний період та конкретний план діяльності на перший рік. Політика для наступних років формується щорічно.

Фінансування системних перетворень (STF) здійснюється для країн з перехідною економікою, які мають значні проблеми з платіжним балансом внаслідок переходу від торгівлі на базі неринкових цін до торгівлі на ринковій основі.

Механізм компенсаційного та надзвичайного фінансування (CCFF) був створений у 1988 р. та дає можливість отримати фінансування в умовах непередбаченого падіння експортних цін, зростання імпортних цін, коливання відсоткової ставки. Строк дії механізму – зазвичай 5 років.

Механізм фінансування додаткових резервів (SRF) надає додаткове короткострокове фінансування державам-членам з різноманітних спеціальних фондів, створених в межах МВФ (нафтовий довірчий фонд тощо), додатково до вже наданих кредитів. Повернення кредиту здійснюється через рік-півтора з моменту його надання.

Умовні кредитні лінії (CCL) створені з метою допомоги державам-членам уникнути криз. Вони пропонуються країнам, що впроваджують стабільну економічну політику, але наштовхуються на світові економічні кризи – відомі як фінансові отрути. Умови даного кредиту схожі з умовами механізму фінансування додаткових резервів (SRF), але з меншою відсотковою ставкою – 1,5-3,5 %.

З кінця 1970-х рр. МВФ надає пільгові кредити з метою допомоги найбіднішим державам-членам у забезпеченні стабільного економічного зростання та підвищення рівня життя населення. Цей механізм (PRGF) був введений на зміну розширеного фінансування структурної перебудови (ESAF) у листопаді 1999 р. для того щоб зробити скорочення бідності та економічне зростання найважливішими цілями програм економічної політики у відповідних державах. Відсоткова ставка кредиту складає 0,5% із виплатою боргу у 5-10 річний період.

У 1962 р. була запропонована надзвичайна допомога, яка застосовується для допомоги державам-членам при виникненні проблем платіжного балансу, викликаних раптовими та непередбачуваними стихійними лихами.

Україна приєдналася до МВФ у вересні 1992 року відповідно до Закону України від 3 червня 1992 р. №2402-XII "Про вступ України до Міжнародного валютного фонду, Міжнародного банку реконструкції і розвитку, Міжнародної фінансової корпорації, Міжнародної асоціації розвитку та Багатостороннього агентства по гарантіях інвестицій". За роки співробітництва України з МВФ, отримано 4,3 млрд. дол. США кредитних ресурсів. Активна співпраця з цією організацією розпочалася у жовтні 1994 року з розробки українським урядом, разом з експертами МВФ, програми макроекономічної стабілізації та реформування економіки. За увесь цей час було затверджено п'ять основних програм: STF у жовтні 1994 року, перший договір стенд-бай у квітні 1995 року, другий договір стенд-бай у травні 1996, третій договір стенд-бай у серпні 1997 року та договір розширеного фінансування (EFF) у вересні 1998 року. Продовження співпраці з МВФ є визначальною для збереження можливостей фінансування дефіциту бюджету за рахунок порівняно дешевих позик.

БАНКИ ЯК СУБ'ЄКТИ ФІНАНСОВОЇ, КРЕДИТНОЇ ТА БАНКІВСЬКОЇ СИСТЕМ

Посікіра Р.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Досвід країн з розвинутою банківською системою переконливо доводить, що банківська система, будучи ключовою ланкою ринкової економіки, здійснює різносторонній вплив на життєдіяльність суспільства в цілому. Вона не тільки забезпечує механізм міжгалузевого та міжрегіонального перерозподілу грошового капіталу, але й виступає ключовим елементом розрахункового і платіжного механізму господарської системи держави.

Українська банківська система, яка є досить молодою, закономірно розвивається в контексті розвитку світової банківської системи, пройшовши за неповні два десятиліття шлях, який інші країни пройшли за століття.

Історія банківської діяльності дозволяє виділити три основних етапи, для кожного з яких була своя парадигма розвитку. Перший етап, яких охоплює процес становлення і розвитку ринкових відносин, характеризується депозитно-кредитним спрямуванням діяльності банків. Другий етап - становлення і розвитку монополістичного капіталізму (від 70-80-х рр. XIX ст. до 60-х рр. XX ст.) – доповнює "депозитно-кредитну" парадигму "інвестиційною" парадигмою, яка поступово стає основною. На сучасному етапі появляється нова парадигма, яка не заперечує попередні, - на основі маркетингового дослідження потреб суспільства, відбувається їх задоволення і формування, банки стають універсальними фінансовими інституціями, які обслуговують усі сегменти ринку. Вони здійснюють трастові, ф'ючерсні опціонні, форвардні, лізингові операції. При цьому розширюється сфера депозитно-кредитних (розвиток споживчого кредиту, кредитування державних та муніципальних програм) та інвестиційних послуг.

Тому на сьогодні не можна розглядати банківську систему відірвано від фінансового ринку, який є особливою, притаманною тільки високоорганізованій ринковій економіці, сферою економічних взаємовідносин, де здійснюється купівля-продаж, розподіл і перерозподіл фінансових активів між різними сферами економіки.

Правове регулювання фінансових ринків пройшло еволюційний шлях регулювання окремих ринків фінансових послуг та статусу окремих фінансових інститутів до виокремлення спільних засад і правових приписів правового регулювання, при цьому зберігши певну диференціацію і спеціалізацію щодо відносно самостійних сегментів цих ринків та окремих видів фінансових установ.

Такі тенденції ми можемо дослідити на прикладі розвитку права Європейського Союзу, зокрема, його. банківського законодавства. Це є корисним також і з погляду поставленого завдання щодо гармонізації нашого законодавства (зокрема банківського) із правом ЄС.

Ринки фінансових послуг становлять особливу складну нелінійну систему, яка, в свою чергу, складається з відносно самостійних підсистем (кредитного ринку, страхового ринку, ринку цінних паперів, валютного ринку), які самі виступають у якості систем по відношенню до елементів, які їх утворюють.

З точки зору формальної логіки поняття – це сукупність його ознак. Відмінність кожного поняття від інших полягає у неспівпадінні ознак, які його утворюють. Неспівпадіння може бути частковим. Тоді поняття називають *однорідними*. Ознаки, які співпадають, називаються *родовими*, а ті, які не співпадають, - *видовими відмінностями*. Якщо родові ознаки виділити, то в сукупності вони складають родове поняття, по відношенню до якого обидва поняття, які порівнювалися, будуть різновидами, або видовими поняттями.

Таким родовим поняттям по відношенню до всіх організацій, які здійснюють професійну діяльність на ринку фінансових послуг є *фінансова установа*. Їх родові ознаки в послідовній єдності сформульовані у ст. 1 Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг": "юридична особа, яка відповідно до закону надає одну чи декілька фінансових послуг та яка внесена до відповідного реєстру у порядку, встановленому законом".

© Посікіра Р., 2006

Тут же визначається родова ознака кредитної установи, - “це фінансова установа, яка відповідно до закону має право за рахунок залучених коштів надавати фінансові кредити на власний ризик”.

У ч.1 ст. 4 Закону України “Про банки і банківську діяльність” дається визначення банку, – “юридична особа, яка має виключне право на підставі ліцензії Національного банку України здійснювати у сукупності такі операції: залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, відкриття і ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб”.

Таким чином, банки, одночасно визнаються фінансовими установами, кредитними установами і, власне, банками, виступаючи при цьому одночасно елементами системи фінансового ринку, кредитної системи, банківської системи.

Ознакою сучасного фінансового ринку України є те, що банки займають на ньому провідне місце. Тому зараз говорити про існування міжгалузевого правового утворення, яке б комплексно врегулювувало б суспільні відносини у сфері надання послуг фінансовими установами на фінансовому ринку можна досить умовно. Таке утворення лише зароджується і розвивається досить несистемно і повільно. Не можна порівняти якість і об’єм нормативно-правових приписів у сфері банківської діяльності і діяльності інших фінансових установ.

Таким чином, незважаючи на тенденції до уніфікації правового регулювання порядку створення та діяльності фінансових установ, банки залишаються найважливішими елементами фінансового ринку, правові приписи у цій сфері характеризуються найбільшою деталізацією і значною самостійністю, що дозволяє сьогодні розглядати банківське право і законодавство як відносно самостійні утворення.

При цьому вважаємо банківське право не вигаданим, штучним утворенням, механічною сукупністю правових норм та інститутів, джерел права, а саме системно-структурованою правовою цілісністю зі своїми особливостями, яку вирізняє, в першу чергу, предмет правового регулювання, - сфера банківського регулювання та банківської діяльності.

ФОРМИ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ МИТНИХ ОРГАНІВ УКРАЇНИ: ПИТАННЯ КЛАСИФІКАЦІЇ

Приймаченко Д.

Академія митної служби України

В процесі реалізації своїх завдань та функцій митні органи України активно використовують різноманітні за характером форми, методи та способи впливу на суспільні відносини з метою їх упорядкування. Серед цієї сукупності засобів, ми можемо виокремити і так звані адміністративно-правові засоби. Практична реалізація адміністративно-правових засобів здійснюється в межах діяльності, яка отримала назву адміністративної діяльності.

Безумовно, виконання митними органами своїх функцій передбачає здійснення крім адміністративної ще й інших видів діяльності, наприклад, кримінально-процесуальної чи фінансово-господарської. Проте за обсягом та багатоманітністю здійснюваних завдань, адміністративна діяльність займає одне з найважливіших місць в функціонуванні митних органів. Адміністративна діяльність є різновидом управлінської діяльності, урегульованої нормами права і охоплює собою широке коло суспільних відносин, що складаються як в середині самої системи митних органів, так і за її межами.

З огляду на потреби роботи, під адміністративною діяльністю митних органів України пропонується мати на увазі урегульовану, в переважній своїй більшості, нормами митного законодавства, цілеспрямовану, державно-владну, виконавчо-розпорядчу, підзаконну діяльність, пов'язану з організацією та функціонуванням системи митних органів та практичним здійсненням заходів, спрямованих на безпосередню реалізацію митної політики держави.

Способи організації, здійснення та зовнішнього виразу змісту адміністративної діяльності митних органів найповніше можуть бути розкриті через її форму, які на нашу думку є досить різноманітними. З огляду на це пропонується розглянути основні види форм адміністративної діяльності митних органів України.

У самому загальному вигляді форма адміністративної діяльності митних органів – це зовнішній прояв об'єктивно відображених дій щодо виконання покладених на них завдань та функцій. Зважаючи на те, що саме за допомогою форм практично реалізуються завдання і функції митних органів, то від використання тих чи інших форм в значній мірі залежить ефективність адміністративної діяльності. Раціональне використання форм сприяє створенню найбільш дієвого механізму впровадження в життя митної політики держави з мінімальними затратами сил, засобів та часу.

Дослідження юридичної літератури свідчить, що багато з вчених-правників до форм управлінської діяльності, до якої належить і адміністративна діяльність митних органів відносять видання правових актів управління, укладення адміністративних договорів, вчинення дій юридичного характеру, здійснення організаційних дій та вчинення матеріально-технічних операцій, як способів зовнішнього вираження її змісту . Це твердження є вірним, але частково, якщо мати на увазі тільки зовнішній вираз діяльності органів виконавчої влади. Разом з тим в науці вже неодноразово відзначалася багатоманітність терміну „форма" (виокремлюється внутрішня та зовнішня форма явищ) , яку ми не можемо ігнорувати при дослідженні даного питання.

Саме тому якщо правові акти управління чи дії юридичного характеру ми розглядаємо як зовнішні прояви форми адміністративної діяльності митних органів, то до внутрішніх проявів форми діяльності, тобто способів організації, внутрішніх зв'язків між елементами її змісту, належить процесуальна (процедурно-процесуальна та процедурно-організаційна) форма адміністративної діяльності митних органів. Остання в самому загальному вигляді знаходить свій прояв у „регламентованому порядку здійснення правотворчих операцій", „правозастосовчих дій", а також у використанні прийомів та засобів вчинення інших різновидів адміністративної діяльності.

Процесуальна форма адміністративної діяльності митних органів досить чітко регламентується юридичними нормами. В таких випадках вона виступає в якості правової форми діяльності, наприклад, при здійсненні митних процедур. Проте вона може визначатися юридичними нормами лише в загальному вигляді, тоді це буде фактична (неправова) діяльність, наприклад, здійснення

© Приймаченко Д., 2006

консультування митними органами з питань митної справи. І в тому, і в іншому випадку процесуальна форма знаходить своє відображення у системі процедурних вимог і елементів, що пов'язують різноманітні властивості і сторони адміністративної діяльності, а також сприяють взаємодії компонентів її змісту з зовнішніми факторами та передумовами.

Розмежувати правову та фактичну процесуальні форми досить складно. Закріплення процесуальних правил в нормативних актах залежить від багатьох об'єктивних, а іноді і суб'єктивних обставин, видового характеру адміністративної діяльності. В якості основних факторів впливу виступає потреба у досягненні мети та завдань, що стоять перед митними органами, законного та своєчасно забезпечення реалізації прав зацікавлених осіб, пов'язаних з переміщенням товарів та інших предметів через митний кордон України.

В юридичній літературі дослідженням процесуальної форми діяльності вже було присвячено окремі монографічні роботи, де аналізувалися різні її елементи, сторони та види. Тому використовуючи здобутки попередніх дослідників, спробуємо дати загальну схему, в якій би були відображені основні види форм адміністративної діяльності митних органів, які розрізняються за своїм змістом, цілеспрямованостю, способу вираження тощо.

За своїм змістом адміністративна діяльність митних органів поділяється на нормотворчу та правозастосовчу.

Нормотворча діяльність посідає особливе місце в адміністративній діяльності митних органів. Під нормотворчою слід мати на увазі продуктивно-моделюючу діяльність митних органів, пов'язану з розробкою, виданням та удосконаленням (зміною чи скасуванням) відомчих підзаконних нормативних актів, що регулюють відносини з приводу переміщення через митний кордон України товарів та інших предметів, а також відносини пов'язані з організацією та функціонуванням системи митної служби України.

В свою чергу за суб'єктами та учасниками, за обсягом їх повноважень, за використовуваними засобами і способами, за характером дій і операції, за юридичною силою і специфікою нормативних актів, в межах нормотворчої діяльності може бути виокремлено її підвиди, а саме: правовстановлюючу, правоконкретизуючу, правозмінюючу, правоприпиняючу діяльність митних органів.

В правозастосовчій діяльності митних органів йде процес, протилежний правотворчому, який полягає у тому, що загальні нормативні приписи на підставі конкретних юридичних фактів перетворюються в владні індивідуально-конкретні приписи і втілюються в реальні дії та вчинки суб'єктів митних правовідносин.

Правозастосовча діяльність, як є самостійним видом адміністративної діяльності митних органів, включає в себе неюрисдикційну (оперативно-виконавчу) та юрисдикційну (правоохоронну) діяльність.

Неюрисдикційна (оперативно-виконавча) діяльність здійснюється з метою вирішення конкретних управлінських завдань, що виникають в процесі організації та функціонування єдиної загальнодержавної системи митної служби України і питань організаційного характеру, пов'язаних з реалізацією прав громадян і суб'єктів ЗЕД щодо переміщення через митний кордон товарів та інших предметів. Митні органи здійснюючи на підставі та у відповідності до правових приписів індивідуальне правове регулювання конкретних суспільних відносин, здійснюють тим самим активний вплив на сам процес розвитку суспільних відносин в митній сфері. Неюрисдикційна діяльність митних органів складається з таких підвидів як регулятивна, контрольна, реєстраційно-дозвільна, інтерпретаційна, координаційна, установча.

Певний обсяг адміністративної діяльності пов'язаний з охороною інтересів споживачів товарів і додержання учасниками зовнішньоекономічних зв'язків державних інтересів на зовнішньому ринку, із попередженням, припиненням митних правопорушень та притягненням осіб винних у їх вчиненні до адміністративної відповідальності та забезпеченням законності й дисципліни в діяльності посадових осіб митних органів. Цей різновид адміністративної діяльності можна визнати юрисдикційним (правоохоронним), оскільки її основний зміст полягає у забезпеченні митними органами захисту прав, свобод та законних інтересів громадян, суб'єктів підприємницької діяльності та держави, боротьбі з митними правопорушеннями та контролі за додержанням законодавства України з митних питань. В межах цього виду діяльності пропонується розрізняти правозабезпечувальну, превентивну, каральну та правопоновлюючу діяльність митних органів.

Зміст діяльності митних органів, що визначається виконуваними ними завданнями та функціями, складають специфічні правовідносини, що виникають та існують, як всередині системи митних органів в процесі організації практичної реалізації своїх повноважень, так і поза її межами, в ході повсякденного безпосереднього впровадження в життя митної політики держави. З урахуванням цього, обравши в якості критерію мету використання форм адміністративної діяльності можна виокремити внутрішньосистемну (внутрішньоорганізаційну) діяльність та зовнішню адміністративну діяльність.

Внутрішньосистемна спрямована на упорядкування внутрішньоорганізаційних відносин, які виникають в процесі формування та функціонування самої системи митної служби. Вона включає в себе: визначення структури, чисельності, функціональних обов'язків працівників митної служби, забезпечення необхідних умов для їх діяльності, планування роботи, контроль і перевірку виконання, кадрове, фінансове та матеріально-технічне забезпечення.

Внутрішньосистемна діяльність полягає у безпосередньому управлінні та керівництві єдиною загальнодержавною системою митної служби України, що здійснюється вищестоящими посадовими особами всередині як всієї системи, так і в окремих її підрозділах.

Внутрішньосистемна діяльність, незважаючи на її важливість та необхідність, є допоміжною і має на меті забезпечення ефективної і дієвої організації зовнішньої діяльності митних органів.

Зовнішня адміністративна діяльність – це позасистемна адміністративна діяльність, яка виходить за межі системи митних органів і пов'язана з участю у формуванні митної політики держави та її безпосередньою реалізацією. В процесі зовнішньої адміністративної діяльність митні органи здійснюють митні процедури, митно-тарифне та нетарифне регулювання, ліцензійну діяльність, видають різного роду дозволи та надають платні послуги, передбачені чинним законодавством, забезпечують ведення митної статистики та УКТЗЕД, здійснюють верифікацію сертифікатів походження товарів з України тощо.

Насамкінець варто констатувати, що адміністративна діяльність митних органів є складною за своєю змістом та структурою. Однак усі види форм цієї діяльності спрямовані на забезпечення національної безпеки держави, створення сприятливих умов для реалізації прав та інтересів громадян та суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності у сфері митного регулювання, розвитку зовнішньоекономічних зв'язків та інтеграції вітчизняної економіки в світову економіку.

РОЛЬ НАЦІОНАЛЬНОГО БАНКУ УКРАЇНИ В ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ЕКОНОМІЧНОЇ СТАБІЛЬНОСТІ КРАЇНИ

Старинський М.

Українська академія банківської справи Національного банку України

Формування ринкових відносин нерозривно пов'язано з подоланням наслідків багаторічного функціонування адміністративно-командної системи, її втручання у сферу грошових відносин та необхідністю організації чіткого правового регулювання функціонування банківської системи. Провідне місце у банківській системі посідає Національний банк України, який від імені держави регулює та координує діяльність банківської системи в цілому, бере активну участь у становленні нових економічних відносин.

Метою даної статті є з'ясування ролі Національного банку України в забезпеченні економічної стабільності країни, оскільки жоден державний орган не наділений такими повноваженнями в сфері економіки.

Дослідження питань діяльності та ролі Національного банку України займалися такі вчені як: Б.П. Адамік, В.П. Гетьман і Ю.В. Килимник, В.Л. Кротюк, О.П. Орлюк та ін. Проте враховуючи важливість даного питання для становлення незалежної, самостійної, демократичної, економічно розвиненої держави України дослідження цього питання не втрачає своєї актуальності.

Роль будь якого державного органу можна визначити через з'ясування його статусу, який він має відповідно до чинного законодавства. Статус центрального банку – не лише найважливіший елемент становлення даного інституту в економіці, а й фактор, що має велике економічне значення для розвитку ринкової інфраструктури. Статус центрального банку є відображенням тих процесів, що відбуваються в економіці, рівня розвитку політичних інститутів держави, демократичних традицій суспільства, його економічної культури тощо.

Так в епоху кейсіанства позиції центральних банків укріплювались, застосувались адміністративні методи регулювання, і навпаки, з посиленням впливу монетарних теорій і зменшення державного втручання в економіку центральні банки почали переходити переважно до ринкових методів економічного регулювання.

Загальновизнаним є факт, що центральні банки – це юридичні особи, що мають особливий статус, однією із ознак якого є відособленість майна банку від майна держави. Хоч формально це майно перебуває, як правило, у державній власності, центральний банк наділений правом розпоряджатися ним як власник. Цим центральний банк відрізняється від державного банку, майно якого повністю контролюється державою.

Специфікою центрального банку є те, що він поєднує у собі окремі риси комерційної банківської установи і державного органу, а також наділений владними повноваженнями у сфері регулювання грошово-кредитної та банківської систем.

Виконання юридично покладеної на центральний банк головної мети його діяльності – забезпечення стабільності грошової одиниці, припускає наявність визначеного ступеня його політичної та економічної незалежності від виконавчої влади.

Політична незалежність – це автономія (самостійність) центрального банку при встановленні цільових орієнтирів грошової маси, тобто політична незалежність центрального банку визначається порядком призначення членів його управлінського органу або управляючого, схваленням прийнятого банком рішення з боку уряду або парламенту.

Економічна незалежність – це самостійність центрального банку при виборі інструментів грошово-кредитної політики, тобто економічна незалежність знаходить свій прояв у тому, що центральний банк не зобов'язаний автоматично видавати кошти урядові для фінансування державних витрат і робити йому переваги в наданні кредитів.

Відповідно до чинного законодавства на Національний банк України покладено обов'язок забезпечення стабільності національної грошової одиниці – гривні. На виконання цієї функції

© Старинський М., 2006

Національний банк України сприяє дотриманню стабільності банківської системи, а також, у межах свої повноважень – цінової стабільності.

Саме ці зазначені положення є визначальними для розуміння ролі Національного банку України у суспільстві та функціонуванні держави.

Забезпечення стабільності грошової одиниці – гривні є первинної функцією в порівнянні до всіх інших функцій Національного банку України.

Стабільність грошової одиниці для держави є першочерговим завданням при вирішенні питання розвитку економіки. Це пояснюється тим, що від стабільності національної грошової одиниці залежить можливість суб'єктів господарювання здійснити прогнозування результатів своєї діяльності та отриманих прибутків.

При цьому в країнах де стабільні грошові одиниці покращується інвестиційний клімат, оскільки інвестори знають, що Національний банк використовує економічні методи регулювання економіки, та мають можливість прогнозувати свої прибутки від діяльності в цій країні. А як відомо, від кількості інвестицій залежить розвиток, як певних секторів економіки так і економіки країни в цілому.

Таким чином забезпечення стабільності національної грошової одиниці – гривні Національним банком України створює передумови для економічного зростання країни.

Однак, як зазначає О.П. Орлюк, слід розуміти, що міцність національної грошової одиниці поряд з економічним фактором, на який має вплив Національний банк, багато в чому залежить від морального базису, тобто від наявності довіри громадян до своїх грошових знаків, і через них – і до центрального банку як емітента цих знаків.

Наступною функцією Національного банку України є забезпечення стабільності банківської системи України. Враховуючи дослідження в сфері банківського права можна надати визначення поняття банківська система як організаційно-правова структура, що організовує функціонування грошового ринку з метою забезпечення державних інтересів та задоволення приватних інтересів членів суспільства на ринку банківських послуг. Враховуючи дане визначення, і те, що Національний банк України здійснює регулювання банківської системи, тобто від нього залежить ефективність виконання нею своїх функцій, прослідкувати роль Національного банку України для розвитку економіки можна з'ясувавши та розглянувши функції банківської системи.

Функціями банківської системи дослідники виділяють:

- створення грошей і регулювання грошової маси;
- трансформаційна функція;
- стабілізаційна функція.

Важливою функцією банківської системи є функція створення грошей і регулювання грошової маси, яка полягає в тому, що банківська система оперативно змінює масу грошей в обігу, збільшуючи або зменшуючи її відповідно до зміни попиту на гроші.

Трансформаційна функція полягає в тому, що банки мобілізуючи вільні кошти одних суб'єктів господарювання і передаючи їх іншим, мають можливість змінювати (трансформувати) величину й строки грошових капіталів та фінансові ризики.

Стабілізаційна функція проявляється в забезпеченні стабільності банківської діяльності та грошового ринку. Банки, виступаючи посередниками грошового ринку, беруть на себе відповідальність перед інвесторами за банківський ризик своїх позичальників.

Таким чином нормальне функціонування банківської системи, яке залежить від дій Національного банку України, впливає практично на всі сектор економіки країни і охоплює собою практично всі види діяльності, які здійснюються в країні і які опосередковуються через грошовий обіг.

Враховуючи викладене можна зробити наступні висновки:

- Чинне законодавство наділяє Національний банк функціями забезпечення стабільності національної грошової одиниці та забезпечення стабільності банківської системи;
- Функція забезпечення стабільності грошової одиниці – гривні є основною і визначальною для з'ясування ролі Національного банку України для забезпечення стабільності економіки країни;
- Банківська система відіграє провідну роль в розвитку економіки країни, оскільки нею охоплюються практично всі види діяльності, що здійснюються в країні і які опосередковуються через грошовий обіг;

ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ В ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ

Стеценко С.

Київський юридичний інститут Київського національного університету внутрішніх справ

Побудова в Україні незалежної демократичної правової держави вимагає здійснення з боку органів влади певних кроків, спрямованих на забезпечення реалізації прав людини. При цьому на органи законодавчої влади покладається завдання прийняття законів, положення яких надають людині певні права (можливості), органи виконавчої влади призначені для забезпечення механізмів реалізації прав людини, котрі містяться в законах, а органи судової влади, в свою чергу, повинні об'єктивно й неупереджено вирішувати правові спори чи конфлікти, в основі яких є порушення чи обмеження прав людини. Ситуація, при якій Конституція держави, її законодавча база є оптимальною з точки зору наявності норм, присвячених правам людини, але реально людина має велику кількість проблем (перепон) у зв'язку з реалізацією вказаних прав, свідчить перш за все про наявність недоліків в діяльності органів виконавчої влади.

В якості прикладів обмеження прав людини в діяльності органів виконавчої влади доцільно звернути увагу на такі сфери суспільного життя як: 1) охорона здоров'я громадян; 2) участь громадян в управлінні державними справами. Дані приклади поєднує наявність у державі організаційно-правових механізмів, котрі створюють легальні можливості посадовим особам органів виконавчої влади суттєво впливати на реалізацію прав та свобод людини, тим самим нерідко обмежуючи права людини. В умовах проведення в Україні адміністративної реформи, намагання з боку держави та владних структур діяти перш за все в інтересах окремого взятого громадянина, впровадження у життя так званих адміністративних (управлінських) послуг, проблемам обмеження прав людини в діяльності органів державного управління має приділятись особлива увага..

Охорона здоров'я громадян є одним із напрямків реалізації соціальної функції держави. Історично в нашій країні склалась система охорони здоров'я, котра переважною більшістю громадян сприймалась як така, що утримується за державні кошти і на безоплатній основі забезпечує кожному громадянину можливість отримати медичну допомогу у разі необхідності. Проявом цього в наш час є положення ст. 49 Конституції України, які надають право людині на безоплатну медичну допомогу в державних та комунальних закладах охорони здоров'я. В реалізацію положень Основного закону країни прийнято більш як десять законів, виключно присвячених питанням медичної діяльності, в яких конкретизуються механізми реалізації вказаного права в конкретних напрямах медицини. Здавалося б, все нормально? Реалії свідчать, що це не так. Сучасний стан вітчизняної медицини є незадовільним, про що свідчать високі показники смертності та низькі показники народжуваності, перев'язочні матеріали та лікарські засоби, що купуються пацієнтами за свої кошти, підтвердженням чого є сформований ринок корупційних послуг в галузі медицини. Водночас мають місце прояви діяльності посадових осіб органів виконавчої влади, які обмежують реалізацію прав людини на отримання медичної допомоги. Йдеться про такі явища як:

- територіальний принцип організації медичної допомоги, при якому особа має можливість звертатись лише в лікувальні установи за місцем проживання. Враховуючи зазначене, це суттєво обмежує права людей, які проживають в сільській місцевості, далеко від великих, в медичному плані розвинутих міст;
- одноособове або вузькокорпоративне вирішення питань щодо закупівлі закордонної медичної апаратури, результатом чого нерідко є закупівля обладнання, яке в подальшому мало використовується. Разом з тим, науково обґрунтоване рішення вказаних питань має базуватись на співвідношенні доцільності та ефективності придбання одного комп'ютерного томографа, чи закупівлі, скажемо, десяти тисяч вакцин проти грипу. Адже в результаті подібних рішень потенційно страждають люди, котрі не будуть мати змоги самостійно придбати вакцину проти грипу. А все ж таки осіб, що в певні проміжки року хворіють грипом, на порядок більше, ніж тих, кому потрібна буде діагностика за допомогою використання томографу.

© Стеценко С., 2006

– непродумані рішення керівників вітчизняної медицини, які шляхом видання підзаконних документів обмежують права самих же медичних працівників. Справа йде про такі аспекти, як скорочення на початку 2005 року спеціальностей інтернатури та обов'язковий розподіл тих осіб, які вчились в вищих медичних навчальних закладах за державний рахунок. В цілому підтримуючи вказані напрямки (які спрямовані перш за все на забезпечення реалізації прав сільських жителів в сфері медичної діяльності і втілення у життя профілактичної спрямованості охорони здоров'я), водночас необхідно зазначити, що подібні документи не повинні мати зворотньої сили. Вони мають бути спрямовані на осіб, які в подальшому будуть завершувати навчання. При такому підході майбутній медик зможе вибрати (реалізувати право вибору): чи вчитись за державні кошти і поїхати працювати на певний час в село, чи вчитись за власні кошти і мати можливість самостійно обирати місце роботи.

Згідно з конституційними положеннями, народ нашої держави є носієм суверенітету та незалежності української держави. Одними з основних проявів участі народу в управління державними справами є проведення виборів та виконання обов'язків державних службовців під час роботи у певному державному органі. Реалії сьогодення свідчать про те, що завдяки сконструйованим підзаконним правовим актам існують численні прояви обмеження прав людини щодо можливості суттєво впливати на діяльність органів державної влади. Доцільно вказати на такі з них як:

– недостатня врегульованість питання щодо можливості проведення масових заходів. Йдеться про те, що на сьогодні по суті існує дозвільна система проведення мітингів, демонстрацій, пікетувань. Враховуючи відсутність чіткої, прозорої і зрозумілої юридичної врегульованості даного питання, його вирішення здебільшого залежить від позиції посадових осіб органів виконавчої влади. Їх непрофесійні дії призводять з одного боку до неможливості проявити своє волевиявлення шляхом участі у масових заходах, а з іншого, - нерідко призводять до сутичок між представниками різних політичних партій та громадських організацій в разі проведення масових заходів у один і той же час в одному місці;
– обмеження прав громадян на інформацію щодо діяльності органів виконавчої влади. Принцип гласності у функціонуванні державної влади обумовлює можливість для громадян вільно знайомитись з діяльністю всіх органів влади, в тому числі і органів виконавчої влади. Громадяни повинні знати, яким чином приймаються ті чи інші рішення, що впливає на формування державної політики в тій чи іншій сфері суспільного життя. Водночас події навіть останнього року в нашій державі свідчать про певну закритість роботи ряду міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, не зумовлену специфікою їхньої роботи. Заборона міністрам публічно висловлюватись щодо діяльності керованих міністерств (осінь 2005 року) носить подвійний характер: мінімізуються прояви їх самореклами як політичних діячів та представників різних партій, але поінформованість населення щодо діяльності вказаних міністерств безумовно страждає;
– недостатня участь громадськості в діяльності органів державного управління. Необхідно зазначити, що на сьогодні скоріше виключенням, аніж правилом являється прийняття тих чи інших управлінських рішень з урахуванням точки зору консультативно-дорадчих органів, котрі діють при державних органах (посадових особах). При цьому необхідно усвідомлювати, що залучати представників громадськості до формування таких рішень вкрай важливо, оскільки вказані рішення направлені на певні зміни, котрі перш за все будуть впливати на громадян держави, їх права та свободи.

Таким чином вважаю за доцільне зазначити про наявність в нашій державі легальних механізмів, завдяки яким органи виконавчої влади (посадові особи) мають можливість обмежувати права людини. З метою зменшення проявів такого стану, необхідно активізувати діяльність, спрямовану на вияв подібних обмежень та внесення змін до відповідних правових актів. Результатом такої роботи повинно стати положення, при якому діяльність представників органів виконавчої влади буде суворо регламентована, а положення підзаконних правових актів будуть деталізувати способи реалізації громадянами свої прав.

КОРУПЦІЯ В ОРГАНАХ ВНУТРІШНІХ СПРАВ ЯК ПОРУШЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ

Ткаченко О.

Київський юридичний інститут Київського національного університету внутрішніх справ

Забезпечення прав та свобод людини і громадянина – головний обов'язок кожної правової держави та показник рівня дотримання демократичних процесів, що відбуваються в ній. Коли мова ведеться про захист прав людини і громадянина, насамперед необхідно мати на увазі захист від зловживань публічної влади, яка за своєю природою покликана служити на благо та в інтересах громадян своєї держави.

Одним із негативних соціальних явищ, яке значною мірою впливає на розвиток не тільки нашої держави, а і інших країн світу, є корупція. Не викликає сумніву той факт, що явище корупції не тільки підриває авторитет системи органів державної влади та державного управління, а і піднімає питання про розвиток демократії у країні на основі існування правової держави, так як діяльність корумпованої влади не забезпечує інтереси держави та її громадян, тому що така влада за своєю суттю та природою не представляє інтереси цього ж народу, призводить до суттєвого дистанціювання представників влади від суспільства.

В умовах становлення нових форм та методів управління державою, розвитку громадянського суспільства, як соціальної сили, що має контролювати роботу владних та управлінських установ, особливого значення набуває діяльність правоохоронних органів країни, зокрема органів внутрішніх справ. Організація та робота всіх структурних підрозділів цього відомства має бути поза межею чиїхось особистих інтересів або потреб певного кола осіб, навіть за умови перебування їх на високих державних посадах. Головним «локомотивом», який повинен спрямовувати роботу міліції, має бути лише закон. Діяльність органів внутрішніх справ має характеризуватися громадянами як законна, неупереджена, справедлива та об'єктивна, в основу якої покладено дотримання принципу рівності всіх перед законом.

Відповідно до чинного законодавства міліція виконує завдання по забезпеченню охорони прав та свобод людини і громадянина. У зв'язку з цим міліція у всіх випадках має діяти виключно у межах закону. Ніякі фактори не можуть вплинути та бути підставою для будь-яких незаконних дій або бездіяльності співробітників органів внутрішніх справ.

Професійна діяльність ОВС базується на суворому дотриманні Конституції України, Закону України "Про міліцію" інших законодавчих та підзаконних актів, яка здійснюється публічно, і стосується забезпечення інтересів законослухняних громадян. Крім того, доцільно звернути увагу і на той факт, що міліція є чи не одним із всієї системи державних органів, співробітники якої найбільше контактують з громадянами. Тому будь-які порушення законності співробітниками органів внутрішніх справ, завдають збитків інтересам громадян, а отже і державі.

Взагалі корупційні діяння негативно впливають на права та свободи людини і громадянина. Державні послуги надаються не за законом, а за правилами організованої злочинної діяльності. Корупція спонукає до зниження рівня легітимності державної влади, посилення шкідливого впливу на всі сфери суспільного життя, дискредитації права, як основного механізму регулювання відносин держави і суспільства. Проблема існування корупції перешкоджає цивілізованому вирішенню питань державного життя.

Але, на нашу думку, для суспільства є набагато небезпечнішими корупційні діяння, які вчинюються працівниками міліції тому, що у переважній більшості випадків характерною рисою цих правопорушень є високий рівень латентності, а також у особистих можливостях корумпованих співробітників, які займають певні посади, доступу до необхідної інформації та спроможності чинити перешкоди у проведенні слідчих дій. Крім того, виконуючи свої професійні обов'язки, співробітники міліції самі часто застосовують норми права і знають яким чином вони реалізовуються на практиці, тому мають можливість, а головне знання, у який спосіб приховати свої протиправні діяння.

На наш погляд неприпустимо допущення будь-яких неправомірних вчинків, а тим більше корупційних проявів у державному правоохоронному відомстві, яке за своєю природою та суттю

© Ткаченко О., 2006

покликане боротися із порушеннями законності. Існування корупції у органах внутрішніх справ породжує загрозу дотримання принципів верховенства закону, гласності, відкритості та неупередженості у діяльності цього відомства, а також організації його належного функціонування. Тому, на даний час, актуальним постає питання протидії та запобігання цьому явищу серед працівників органів внутрішніх справ, а також запровадження нових ефективних заходів, які б перешкоджали його поширенню та розповсюдженню.

Корупція в органах внутрішніх справ – це явище, яке становить небезпеку не тільки стабільному існуванню системи органів внутрішніх справ, а і таке, яке за своєю суттю негативно впливає на розвиток суспільних відносин, розвиток країни, у якій домінують згадані принципи, що притаманні демократичній правовій державі. Допущення одними із співробітників міліції протиправного навмисного діяння призводить до резонансних подій у суспільстві, негативних висновків щодо діяльності всієї системи органів внутрішніх справ по вертикалі, а також морального осуду. За умови поширення корупції у органах внутрішніх справ виникає загроза забезпечення права та законності в середині країни, поява такого явища як правового нігілізму, який проявляється у формах ігнорування правових норм, зневажливого ставлення до правових принципів та традицій, а також зневаги до всіх загальнолюдських та моральних цінностей у суспільстві. В особі працівника ОВС громадяни бачать представника держави. Соціальний престиж органів внутрішніх справ залежить від дотримання працівниками міліції законності, та забезпечення його у державі. Заклики працівників ОВС до дотримання законності будуть сприйматися суспільством тоді, коли діяльність системи МВС не буде викликати сумнівів у населення щодо обов'язкового та постійного дотримання самими співробітниками правопорядку, професійної дисципліни, етики та законності. Обов'язкове та суворе дотримання правових норм кожним співробітником міліції забезпечить оптимальні умови функціонування всієї системи ОВС.

Для України проблема боротьби з посадовою злочинністю, і як одним із її складових елементів – боротьбою з хабарництвом та корупцією, - є досить значною й актуальною, оскільки побудова правової держави має на меті створити таку правову систему, при якій будь-яка особа чи організація не буде зазнавати обмежень, не передбачених законом, і завжди матиме змогу правомірним шляхом захистити свої інтереси, порушені чиновником будь-якого рангу. Подібні негативні діяння, які мають місце серед працівників органів внутрішніх справ, а також тягар від їх наслідків, виступає дестабілізуючим фактором у суспільстві, негативно впливає на ефективність діяльності підрозділів міліції, їх результати боротьби зі злочинністю та протиправними проявами, є складовою частиною забезпечення конституційних прав і свобод громадян нашої країни, що дає громадянам упевненість, сподівання на захищеність та справедливість.

ВДОСКОНАЛЕННЯ СИСТЕМИ ЦЕНТРАЛЬНИХ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ

Школик А.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Система та структура центральних органів виконавчої влади в Україні залишається нестабільною від моменту проголошення незалежності до цього часу. Але якщо постійні реформування цих органів (в частині їх створення, реорганізації та ліквідації) на початку 90-х років минулого століття були обумовлені зміною економічної та політичної системи, а, відповідно, і появою нових завдань та функцій публічної адміністрації, то після прийняття Конституції України у 1996 році такому процесові аналітично важко знаходити виправдання. Статтею 106 Основного Закону повноваження створювати, реорганізовувати та ліквідовувати міністерства та інші центральні органи виконавчої влади було закріплено за Президентом України. Глава держави постійно користувався цим повноваженням, причому не завжди із застосуванням системного підходу. Проте наприкінці 1999 року, з прийняттям Президентом двох Указів „Про систему центральних органів виконавчої влади" та „Про зміни у структурі центральних органів виконавчої влади", з'явилась надія, що ситуація на кінець впорядкується. Ці наші сподівання не справдились: за період від набуття чинності зазначеними Указами до цього часу реформування структури центральних органів виконавчої влади відбувалось, знову ж таки, на постійні основі, в середньому раз на кожні два місяці.

Інакше кажучи, зміни у цій частині організації публічної влади відбуваються перманентно, що тягне чималі бюджетні видатки, пов'язані, як мінімум, з:

- необхідністю виплати компенсацій державним службовцям, звільненим у зв'язку з реорганізацією чи ліквідацією цих органів;
- об'єктивними витратами на заміну бланків, вивісок, іншими організаційними витратами.

Зазначений стан неефективного, на нашу думку, використання бюджетних ресурсів безсумнівно поглиблюється з огляду на наявність у більшості центральних органів виконавчої влади територіальних підрозділів в адміністративно-територіальних одиницях, які, відповідно, також зазнають змін. Тобто, в цілому мова йде про десятки мільйонів бюджетних коштів та переміни у службовій кар'єрі десятків тисяч службовців та інших працівників державного апарату.

Законом України від 8 грудня 2004 року „Про внесення змін до Конституції України" повноваження створювати, реорганізовувати та ліквідовувати міністерства та інші центральні органи виконавчої влади вилучено у Президента і передано Кабінету Міністрів. Проте зазначені повноваження повинні здійснюватись відповідно до закону, які приймаються виключно Верховною Радою України. З цього конституційного положення можна зробити висновок, що прийняття будь-якого рішення щодо системи та структури центральних органів виконавчої влади фактично вимагатиме прийняття рішень двома органами – парламентом та урядом. Незважаючи на прогнозовану складність застосування цієї норми Конституції України, видається, що її реалізація в цілому мала б стримувати вищенаведений процес постійних реорганізацій центральних органів виконавчої влади. Адже в будь-якому випадку процедура прийняття законів є складнішою, чим застосовувана у цій сфері до кінця 2005 року процедура прийняття указів Президента України.

З іншого боку, перед Верховною Радою та Кабінетом Міністрів у цьому контексті виникне необхідність активної нормотворчої діяльності, пов'язаної з легітимізацією центральних органів виконавчої влади. Адже на сьогодні лише про деякі з них (наприклад, Службу безпеки України) прийнято законодавчі акти, що закріплюють їх правовий статус.

У зв'язку з цим в українського парламенту та уряду повинно бути чітке уявлення про майбутню систему центральних органів виконавчої влади. Тобто, з огляду на важливість цього питання, має бути сформульовано обґрунтоване і логічне бачення побудови зазначеної системи, підтримане у перспективі більшістю Верховної Ради та, відповідно, Кабінетом Міністрів, який фактично формуватиметься цією більшістю згідно з нормами зміненої Конституції України.

Повертаючись до 1999 року, нагадаємо, зо вищезгадані зміни у системі та структурі центральних органів виконавчої влади базувались на положеннях Концепції адміністративної реформи

© Школик А., 2006

в Україні, затвердженої Указом Президента від 22 липня 1998 року. До системи цих органів було включено три групи структур: міністерства, державні комітети (державні служби) та центральні органи виконавчої влади зі спеціальним статусом.

Міністерства визначались головними (провідними) органами у системі центральних органів виконавчої влади в забезпеченні впровадження державної політики у визначеній сфері діяльності.

Державні комітети (державні служби) повинні були забезпечувати реалізацію державної політики у визначеній сфері, здійснювати в ній управління, а також міжгалузеву координацію та функціональне регулювання з питань, віднесених до їх відання.

Центральні органи виконавчої влади зі спеціальним статусом мали б мати визначені Конституцією та законодавством України особливі завдання та повноваження, щодо них міг встановлюватись спеціальний порядок утворення, реорганізації, ліквідації, підконтрольності, підзвітності.

Зазначена система центральних органів виконавчої влади була певним кроком вперед з огляду на підвищення в ній ролі міністерств. Це положення частково реалізовувалось і в інших актах глави держави, зокрема, в Указі Президента від 29 травня 2001 року „Про чергові заходи щодо дальшого здійснення адміністративної реформи в Україні", в якому міністрам було надано статус політичних діячів.

Проте закріплення двох інших груп центральних органів виконавчої влади, на нашу думку, було не до кінця виваженим. Що стосується державних комітетів, то ще в Концепції адміністративної реформи вказувалось на внутрішню суперечність їх назви, яка властива колегіальним органам, проте і на той час і сьогодні державні комітети – це органи єдиноначальні. У зв'язку з цим пропонувалось змінити їх назву на „державні агентства".

Визначення та розкриття змісту правового статусу центральних органів із спеціальним статусом виглядає взагалі слабо обґрунтованим. По-перше, про кожен з них мав би бути прийнятий спеціальний „статутний" закон, чого не було зроблено у більшості випадків. А по-друге, положення щодо цих органів „спеціальний порядок утворення, реорганізації, ліквідації, підконтрольності, підзвітності" передбачає ряд відмінностей від інших центральних органів виконавчої влади, яких, проте їх не було визначено нормативно. В результаті саме з цією групою органів відбувались найнезрозуміліші реформування. На сьогодні цей „спеціальний статус" надано *двадцяти двом* структурам із різними назвами (комітет, служба, адміністрація, фонд, департамент, комісія, управління).

Резюмуючи, відзначимо, що чинна система центральних органів виконавчої влади складається із трьох видів органів, які мають приблизно однаковий статус. Через безпосередню участь в уряді міністрів дещо вищою є роль міністерств, проте інші центральні органи нерідко *фактично* відіграють більшу роль у державному апараті (для прикладу, можна порівняти роль Державної податкової адміністрації та Міністерства фінансів). Цей стан підтверджується також нормативним закріпленням та практикою діяльності урядових комітетів, до складу яких окрім членів уряду (міністрів) входять також і керівники деяких інших центральних органів виконавчої влади.

Зарубіжний досвід засвідчує, що система центральних органів не передбачає рівності правового статусу суб'єктів, які входять до її складу. У більшості країн існує дворівнева *вертикальна* система центральних органів із загальнонаціональною компетенцією. Міністерства мають значно вищий статус, чим усі інші центральні органи. Останні ж знаходяться в системі міністерств та підпорядковуються їм з тих чи інших питань, наприклад, щодо призначення їх керівника чи здійснення внутрішньо адміністративного контролю.

Рекомендації щодо зміни системи центральних органів в Україні в цьому напрямі вже окреслені в Концепції реформи публічної адміністрації, яка зараз обговорюється в політичних, адміністративних та юридичних колах. Зокрема, автори цього документу пропонують виділити інші центральні органи виконавчої влади в групу під назвою „урядові органи". Діяльність цих структур повинна бути зосереджена на поточному адмініструванні, тобто на реалізації законодавства через управління окремими підгалузями (служби), надання адміністративних послуг (агентства), здійснення контрольно-наглядових функцій (інспекції). При тому автори пропонують чітко врегулювати характер підпорядкованості урядових органів міністрам і обмежити їх вплив установчими та кадровими повноваженнями. Тобто, урядові органи залишаються формально відокремленими адміністративними структурами, але входитимуть до системи міністерств.

В Концепції реформи публічної адміністрації окремим пунктом виділяються також регуляторні органи. Навряд чи можна погодитись з позицією авторів, які до цієї групи відносять органи, що

регулюють діяльність природних монополій та суміжних ринків, адже по суті кожен орган державної влади, що приймає нормативно-правові акти, регулює ті чи інші суспільні відносини. Виділення цих органів обумовлене двома факторами:

- необхідністю обмеження політичного впливу та відповідного лобіювання на процедуру прийняття нормативно-правових актів цими органами, які мали б приймати ці акти незалежно від зазначених факторів;
- пропонованим колегіальним характером прийняття рішень цими структурами, що, знову ж таки, обумовлене потребою незалежного, позапартійного ухвалення рішень (на сьогодні в системі центральних органів виконавчої влади немає колегіальних).

Проте відзначені особливості „регуляторних органів" не означають наявність у них статусу, що відповідає міністерському. Вони, на нашу думку, також повинні функціонувати в системі міністерств, хоча й обсяг впливу міністрів на їх діяльність має бути меншим. Інакше кажучи, сукупність цих органів не повинна стати третім рівнем системи центральних органів виконавчої влади. Регуляторні органи можна було б з огляду на колегіальний склад та спосіб прийняття рішень назвати комісіями і поставити в один ряд з іншими центральними органами виконавчої влади (службами, агентствами та інспекціями).

Підводячи підсумок, зазначимо, що дворівнева система центральних органів виконавчої влади є реальним способом її впорядкування, що має перспективи реалізації за наявності серйозного наукового обґрунтування та справжньої політичної волі в майбутнього парламенту та уряду.

ДО ПРОБЛЕМИ ПРО ОРГАНІЗАЦІЙНЕ (ОПЕРАТИВНО-ВИКОНАВЧЕ) ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Юхимюк О.

Волинський державний університет ім. Лесі Українки

Оперативно-виконавча правозастосовча діяльність спрямована на вирішення питань, пов'язаних з правомірною поведінкою суб'єктів. Суть оперативно-виконавчої діяльності зводиться до того, що застосовується диспозиція норми права, яка містить не забороняючий, а позитивний зміст.

Оперативно-виконавча діяльність носить активно-творчий характер. В цій сфері мова йде про встановлення конкретних обставин, що характеризують ситуацію, в яких знаходить громадянин (чи відповідно інший суб'єкт права), і певний висновок, в результаті якого права і обов'язки громадянина чи іншого суб'єкта, що існували раніше в загальному вигляді, перетворюються в конкретні права і обов'язки.

Основне призначення правотворчих органів – виробити основні принципові положення і тим самим нормативно врегулювати суспільні відносини. Проте прийняття нормативного акта – це лише початок справи. Тому важлива роль відводиться оперативно-виконавчій діяльності як одній з форм реалізації державно-владних повноважень. Така форма реалізації норм права є опосередкованою нормами права сукупністю способів державного впливу на суспільні відносини, що є об'єктом тої чи іншої державної функції. Вона передбачає вирішення різноманітних питань, що виникають в процесі управління, владну творчу діяльність держаних органів та посадових осіб по здійсненню заходів, що є об'єктом тої чи іншої функції держави.

Оперативно-виконавча діяльність, що здійснюється через видання актів індивідуального значення, є діяльністю органів державної влади і посадових осіб, спрямовану на вирішення конкретної справи. На відміну від правотворчої діяльності, що здійснюється лише органами, спеціально уповноваженими на прийняття відповідних нормативно-правових актів, оперативно-виконавча діяльність, як одна з форм виконання вимог права, є всезагальною формою діяльності держави, оскільки немає жодного державного органу, який би в тій чи іншій мірі не брав участі в оперативно-виконавчій діяльності.

Державні органи, здійснюючи даний вид діяльності, не охороняють права громадян, а гарантують їх. Державні органи беруть участь в цих відносинах як органи, що гарантують реалізацію різними суб'єктами їх взаємних прав і обов'язків. Відносини такого характеру можуть бути між громадянином і державним органом за ініціативою громадянина (наприклад, призначення пенсії за заявою громадянина), між громадянином і державним органом з ініціативи державного органу (призов до війська), між державними органами, один з яких підлеглий іншому (реорганізація апарата), між державним органом і посадовою особою, між громадською організацією і державним органом (державна реєстрація політичної партії). В будь-якому випадку державний орган буде лише гарантувати реалізацію взаємних прав і обов'язків.

В процесі застосування норми права до конкретної ситуації (випадку) на остаточне прийняття індивідуального акта значний вплив справляє орган, який цю норму застосовує. Встановлення і оцінка факту, з яким норма пов'язує виникнення певних правовідносин, залежить від ряду чинників, як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру. Окрім того, в нормі права заздалегідь не можна передбачити всіх життєвих випадків і обставин. Тому вона залишає певний простір, який має заповнити орган, котрий застосовує норму. При цьому орган повинен брати до уваги загальний погляд на значення певних понять, мету, якої він має досягти, і нарешті на засади здорового глузду.

З цього приводу Б. Лазарев зазначав, якщо б кожен крок органів був пов'язаний з настанням заздалегідь визначених юридичних фактів, то ці органи були б неспроможні активно впливати на процеси, що відбуваються в житті, а їх діяльність в значній мірі втратила б творчий характер.

Оперативно-виконавча правозастосовча діяльність спрямована на здійснення основних функцій органів управління і підконтрольна їм. В цих випадках органи державного управління, як правило, застосовують диспозицію норми права.

© Юхимюк О., 2006

Правова норма, як правило, не застосовується повністю, зі всіма трьома елементами. В більшості випадків можуть діяти один або два компоненти норми права. Диспозиція і санкція не можуть застосовуватись одночасно, одне виключає інше.

Застосування правил, що містяться в правових нормах, складає суть оперативно-виконавчої діяльності, в той час як застосування санкцій та примусове відновлення порушеного права – це правоохоронна правозастосовча діяльність. Крім того, юридичні наслідки оперативно-виконавчої діяльності дещо інші, ніж правоохоронної.

В процесі оперативно-виконавчої правозастосовчої діяльності найчастіше створюються похідні рішення, хоча в окремих випадках результатом можуть бути і початкові рішення (наприклад, при здійсненні планування).

Органи державного управління приймають рішення провести прогностичну діяльність, провести організаційні заходи, впорядкувати роботу різних ланок виконавчо-розпорядчого апарату, проконтролювати діяльність підвідомчих органів. Як правило, ці окремі рішення спрямовані на реалізацію основного рішення. Таким чином, різні види управлінських рішень можна розділити на дві групи: первинні та похідні.

Первинні рішення визначають стратегічні цілі управління, а похідні – цілі, що випливають з конкретних обставин взаємодії органів управління з об’єктами, над яким це управління здійснюється.

Якщо управлінське рішення обумовлено конкретною ситуацією, то воно набуває форми правозастосовчого акта. Такий акт, в свою чергу, здійснює вплив на здійснення інших функцій управління і має організаційне значення. Прикладом такого впливу є видання актів планування, які хоча і є правозастосовчими, але закріпляють основні управлінські рішення. Акти планування спонукають органи державного управління здійснювати організаційну, регулятивну і контрольну діяльність.

В процесі правозастосовчої діяльності найчастіше виробляються похідні управлінські рішення. Їх створення забезпечує конкретизацію норм права, утворення, зміну чи припинення «конкретних правовідносин».

Створення і оформлення похідних рішень у вигляді актів застосування права здійснюється в рамках виконавчо-розпорядчої діяльності і базується на наявності в органів управління права оперативної самостійності і можливості використання правозастосувального розсуду.

Однією з найбільш актуальних проблем сучасного правозастосування є проблема розсуду суб’єктів, які уповноважені застосовувати юридичні норми. Особливу увагу привертає питання визначення сфери існування правозастосувального розсуду, з тим аби чітко окреслити ситуації правозастосування, в яких правозастосувальний суб’єкт не володіє розсудом.

Вказана проблема є комплексною за характером, а тому при її вивченні варто звернути увагу на такі аспекти.

Орган (посадова особа) державної адміністрації не завжди отримує з припису правової норми конкретну відповідь на питання, як вирішити певну справу в тому чи іншому випадку, щоб рішення було найоптимальнішим, найкориснішим і доцільним як з точки зору особи, так і з точки зору органу. Орган повинен мати власне розуміння суспільного інтересу, актуальної державної політики і на підставі приписів приймати найдоцільніші рішення. Проте на формування цього розуміння впливають такі фактори, як принципи і цінності, закріплені в загальнообов’язковому праві та Конституції. Однак в тому випадку, коли правовий припис, не встановлюючи конкретного варіанта дій, наділяє орган певним ступенем свободи у вирішенні індивідуально конкретної адміністративної справи і прийнятті оптимального рішення, може йтися про вільний (адміністративний) розсуд, який означає можливість вибору в широких межах, встановлених правовою нормою. А. Бахрах зазначав, що вільний розсуд – це повноваження, надане особі, яка наділена владою, вибирати між двома або більше альтернативами, коли кожна альтернатива законна. Отже, це вибір лише із законних альтернатив. Якщо законна альтернатива відсутня, не може бути мови про розсуд. Часто він породжується неконкретністю правових норм, наявністю оціночних понять.

Як зазначає Б. Лазарєв, розсуд повністю пов’язаний з правом і не має нічого спільного зі свавіллям як дією на свідоме порушення законодавства. Суть розсуду полягає у вольовому співвідношенні доцільності і законності.

В правовій державі державні органи діють лише на підставі правових приписів. Нема такої сфери, в якій адміністрація може діяти доти, доки конкретний правовий припис закону цього права в

якомусь випадку не обмежить. Вважається, що державний орган може діяти тоді, коли закон наділяє його компетенцією. Кожне рішення, так само як вирок суду, повинно мати правову підставу. Адміністрація може діяти лише на підставі закону, винятком є вільний розсуд, яким адміністрація скористається лише на стільки, на скільки їй дозволяє правовий припис закону. Це свідчить про суттєву зміну в поглядах на проблему вільного розсуду.

Останні тенденції розвитку чинного законодавства України та міжнародно-правових актів свідчать про збільшення кількості правових положень із відносно визначеним змістом. Все це обумовлює розширення переліку ситуацій, в яких правозастосувальні суб'єкти користуються розсудом. У зв'язку з цим важливо визначити ті напрямки (галузі) правового регулювання, де розширення кількості випадків надання правозастосувального розсуду сприятиме підвищенню якості та ефективності правового регулювання, а також вказати на суспільні відносини, щодо яких делегування правозастосувального розсуду є небажаним.

Основне призначення оперативно-виконавчої діяльності – через прийняття правових актів індивідуального характеру щоденно організовувати фактичну діяльність державних органів.

СЕКЦІЯ ЦИВІЛІСТИЧНИХ НАУК

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ АПЕЛЯЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ПОЗОВОМ

Анікіна Н.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Апеляційне провадження є визнаним у світі засобом виправлення допущених судових помилок. Оскільки вирок містить вирішення цивільного позову по суті воно також може бути поставлене під обґрунтований сумнів, що дає право особам, інтересів яких це рішення стосується, звернутися із апеляційною скаргою на цю частину вироку.

Слід вказати, що оскаржити в апеляційному порядку вирішення судом цивільного позову можуть не всі особи, вказані у ст.348 КПК України, а тільки наступні суб'єкти: 1) засуджений, його законний представник і захисник – у частині, що стосується інтересів засудженого (п. 1); 2) прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції, а також прокурор, який затвердив обвинувальний висновок, – у межах обвинувачення, що підтримував прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції (п. 8); 3) потерпілий і його представник – у частині, що стосується інтересів потерпілого, але в межах вимог, заявлених ними в суді першої інстанції (п. 9); 4) цивільний позивач або його представник – у частині, що стосується вирішення позову (п. 10); 5) цивільний відповідач або його представник – в частині, що стосується вирішення позову (п. 7).

Усі інші суб'єкти не мають права на апеляцію щодо вирішення судом цивільного позову в силу характерних особливостей їх процесуального становища. Так, у разі постановлення виправдувального вироку цивільний позов не може бути задоволений (ч.2 –3 ст.328 КПК). У разі закриття кримінальної справи цивільний позов взагалі не розглядається (ч.4 ст.28, ч.1 ст. 214, ч.1 ст. 282 КПК України). Проте варто пам'ятати, що законодавець гарантує можливість оскаржити виправдувальний вирок і постанову про закриття кримінальної справи в частині мотивів і підстав прийняття такого рішення (п.2, 5 ст.348 КПК України). Як відомо, зміст підстави виправдання, закриття справи прямо впливає на долю цивільного позову (ч. 2-4 ст.28; ч.2-3 ст.328 КПК України). Адже, якщо особа виправдана чи справа щодо неї закривається в зв'язку із відсутністю події злочину, недоведеністю участі особи у вчиненні злочину, то у задоволенні цивільного позову має бути відмовлено, а це позбавляє права заявити цей позов у порядку цивільного судочинства. Натомість, виправдання та закриття справи на підставі відсутності в діях особи складу злочину, а також закриття справи з підстав, визначених у ст.7, 7-1 КПК України зумовлює залишення цивільного позову без розгляду. А це не виключає можливості повторного звернення до суду із тотожним позовом за захистом прав, порушених злочином, у порядку цивільного судочинства. Отже, є підстави погодитися із міркуваннями П.П.Гуреєва, Н.Я.Шило, про те, що особа, виправдана судом, його захисник і законний представник має право оскаржити виправдувальний вирок в частині мотивів і підстав виправдання, у тому числі і в плані їх впливу на рішення за цивільним позовом. Перегляд виправдувального вироку або постанови про закриття справи може мати на своїй меті як погіршення, так і покращення положення виправданого або особи, щодо якої справа закрита. Наприклад, виправданий може добиватися виключення з описової частини виправдувального вироку формулювань, що ставлять під сумнів його невинність, або вимагати заміни підстави виправдання: замість недоведеної участі у вчиненні злочину бути виправданим в зв'язку із відсутністю події злочину, що більше підкреслило б його реабілітацію, виключить можливість пред'явлення до нього цивільного позову у порядку цивільного судочинства.

Інші особи, вказані в п.п. 3, 4, 6, 11, 12 ст.348 КПК, не мають права оскаржувати вирішення судом цивільного позову з наступних причин. Законний представник, захисник неповнолітнього та сам неповнолітній, щодо якого застосовано примусовий захід виховного характеру можуть подати апеляцію на рішення суду у частині, що стосується інтересів неповнолітнього. Але цивільний позов у даному виді кримінально-процесуального провадження на даний час неможливий. Підставою даного провадження є суспільно-небезпечне діяння, заборонене Кримінальним кодексом України, але вчинене особою, яка не може визнаватися суб'єктом злочину (ст.ст.11, 18 КК України). З тих самих причин перед законним представником та захисником особи, щодо якої вирішувалося питання про

© Анікіна Н., 2006

застосування примусового заходу медичного характеру, не виникає аналізований предмет (вирішення цивільного позову) для оскарження.

Обвинувачений, щодо якого справу направлено на додаткове розслідування, його законний представник і захисник закономірно можуть оскаржити у апеляційному порядку постанову слідчого у частині мотивів і підстав направлення справи на додаткове розслідування. У цьому випадку правовідносини, породжені заявленням цивільного позову, не завершені, і будуть тривати до вирішення позовних вимог судом чи до закриття справи. Тому при направленні справи на додаткове розслідування не існує аналізованого нами предмету для апеляційного оскарження.

Особа, щодо якої винесено окрему ухвалу (постанову) суду, не може оскаржити вирішення цивільного позову, оскільки окрема ухвала виноситься по факту порушення закону у діяльності підприємств, установ організацій, у поведінці їх працівників з метою викорінення їх як причин та умов, що сприяли вчиненню злочинів. (ст.23-3 КПК України). Очевидно, що в таких порушеннях закону немає складу злочину, адже тоді суд мав би реагувати інакше (ст.278 КПК).

Аналіз інших передбачених у КПК України дозволів подати апеляцію (ст.ст. 52-5, 97, 99-1, 106, 165-2, 236-2, 236- 6, 251, 352, 353, 449 КПК) свідчить, що всі оскаржувані рішення не пов'язані з позовним провадженням у кримінальному процесі. Отже, законність і обгрунтованість рішення за цивільним позовом не перевіряються при розгляді справи за апеляціями тих осіб, які за нашим аналізом не можуть цю частину вироку оскаржувати.

У даному виступі ми хочемо особливу увагу присвятити здійсненню права на апеляційне оскарження цивільними позивачами, відповідачами, їх представниками. Законодавець, вказуючи межі апеляційного оскарження для них, вжив вислів "в частині, що стосується позову" (п.п. 7, 10 ст.348 КПК України), але не дав його роз'яснення. Немає його тлумачень у актах Конституційного чи Верховного Судів України. Тому дане словосполучення можна тлумачити по-різному. Наприклад, обмежувально, як оскарження вироку в частині, що стосується визначення судом суми, яка підлягає стягненню на виконання рішення за цивільним позовом. Або ж інтерпретувати більш широко, охоплюючи і такі питання, як доведеність обвинувачення та підстав цивільного позову, форма відшкодування, форма відповідальності, причиново-наслідковий зв'язок між злочинними діями і заподіянням шкоди тощо.

Слід вказати, що окремі практики та науковці тлумачать таке формулювання звужено, тобто передбачають, що цивільний позивач, та відповідач можуть оскаржити лише ті частини вироку, у яких йдеться про вирішення цивільно-правових наслідків вчинення злочину, розмір відшкодування шкоди. Таке тлумачення може бути пояснене послідовним обмеженням прав та зведенням участі цивільного позивача та відповідача у кримінальному процесі України до питань заподіяння злочином шкоди та покладення цивільно-правової відповідальності. Такий підхід може бути констатований на прикладі ст.ст. 50, 51 КПК України, які говорять що цивільний позивач і цивільний відповідач вправі подавати скарги на вирок або ухвалу суду в частині, що стосуються цивільного позову; у ст.ст. 221, 255 КПК України йдеться про те, що цивільному відповідачеві і його представникові надається можливість ознайомитися з лише з частиною матеріалів справи, а саме тими, що стосуються цивільного позову. Однак ознайомлення із практикою свідчить, що у тому разі, коли цивільний позов заявляє не потерпілий, то й до позивача, його представника застосовується такий самий процесуальний режим.

І навіть у ст.268 КПК України вказано, що цивільний позивач і цивільний відповідач та їх представники мають право брати участь у дослідженні доказів і в судових дебатах у певних межах - щодо доведеності вчинення злочину і його цивільно-правових наслідків. Але, видається, що таке визначення меж участі цивільного позивача та відповідача у суді першої інстанції є коректним за своїм змістом, оскільки дозволяє цим суб'єктам брати участь у з'ясуванні причетності підсудного до вчинення злочину, доводити чи заперечувати заподіяння цим злочином шкоди у певному обсязі, правильність застосування цивільно-правових норм. І саме цим положенням варто керуватися при встановленні меж права цих осіб на апеляційне оскарження.

Однак наші міркування не узгоджуються із чинним кримінально-процесуальним законом. Зокрема, узагальнивши зміст п.3 ч.1 та ч.2 ст.378 КПК України, можна переконатися, що апеляційний суд вправі скасувати необгрунтований виправдувальний вирок суду першої інстанції і постановити свій вирок лише за умови, що ця вимога була поставлена в апеляції прокурора, потерпілого чи його представника. Тому виникає питання, чи має цивільний позивач, який не є потерпілим, право вимагати скасування виправдувального вироку, чи матиме така його апеляція ефект?

Ми вже констатували, що межі оскарження для цивільного позивача сформульовані законодавцем у п.10 ст.348 КПК невдало, що породжує їх неоднакове розуміння. І якщо тлумачити межі апеляційного оскарження у логічному зв'язку із межами участі цивільного позивача, його представника у судовому слідстві і судових дебатах (ст.268 КПК України), то немає сумніву, що і виправдувальний вирок може ними оскаржуватися. Проте, судді апеляційної інстанції, керуючись ст.378 КПК України, не зможуть задовольнити вимогу цивільного позивача, не порушивши закон. Адже у цій статті КПК чітко названі ініціатори скасування виправдувального вироку – прокурор, потерпілий, його представник.

Чи можна стверджувати, що, не надавши цивільному позивачу права на оскарження виправдувального вироку, можна в достатній мірі забезпечити право на судовий захист його прав і інтересів? На це питання слід відповісти негативно. З таким станом не можна погодитися, адже фактично один із основних учасників кримінального процесу позбавляється доступу до правосуддя. До такого висновку нас приводять наступні міркування.

Після проголошення вироку у кожного з учасників процесу, кого безпосередньо стосуються висновки суду, має бути однаковий засіб захисту своїх інтересів при незгоді з вироком – його апеляційне оскарження. Тому право на оскарження вироку є необхідною гарантією прав і інтересів учасників процесу, інтереси яких безпосередньо пов'язані з вироком. Сказане відноситься і до цивільного позивача при винесенні судом як обвинувального, так і виправдувального вироку. Бо виправдання підсудного (за винятком випадків відсутності складу злочину в діях підсудного) тягне за собою заперечення самої підстави позову і відмову у ньому (ч.2 ст.328 КПК України)), а тому позбавляє можливості звернутися до суду в порядку цивільного судочинства з цим позовом (ч.3, 4 ст.28 КПК України). Виправдувальний вирок (за вказаним винятком) вирішує долю заявленого позову і неминуче не на користь позивача. Якщо цивільний позивач в кримінальному процесі не користуватиметься правом оскаржити виправдувальний вирок, захист його інтересів при виправданні підсудного буде обмежений лише діяльністю суду першої інстанції у порядку кримінального судочинства. За цих умов право на оскарження виправдувального вироку є необхідною гарантією інтересів, що відстоюються цивільним позивачем.

Допущення цивільного позову до спільного розгляду з кримінальною справою, переслідує мету полегшити захист інтересів підприємств, установ, організацій, що стали жертвами злочинів. Тому не можна, не впадаючи в суперечність з призначенням цивільного позову в кримінальному процесі, відмовити позивачу в праві на оскарження виправдувального вироку. При цьому необхідно враховувати, що в кримінальному процесі цивільний позивач не може користуватися меншими правами на оскарження рішення по заявленому ним позову, аніж в цивільному. Адже значення інституту цивільного позову в кримінальному процесі в тому і полягає, щоб полегшити доказування підстави позову особі, яка зазнала шкоди від злочину. Позбавлення ж цивільного позивача права на оскарження виправдувального вироку означає обмеження його в тих правах, якими він міг би скористатися в цивільному процесі. Так, при відмові у позові, заявленому у порядку цивільного судочинства, через невстановлення події, в результаті якої було заподіяно шкоду, позивач мав би право оскаржити таке рішення і доводити у вищестоящому суді, що подія мала місце. Вважаємо, що він не може бути позбавлений такого права і при заявленні позову в кримінальному процесі.

Немає підстав зменшувати процесуальні гарантії позивача, що захищає свої інтереси в кримінальному, а не в цивільному процесі. Тим більше, що законодавець очевидно стимулює жертв злочинів саме до такого способу здійснення права на судовий захист порушених прав.

Видається, що ця невідповідність може бути виправлена шляхом визнання підприємств, установ, організації потерпілими від злочину. Доречно згадати, що у ст.61 проекту КПК потерпілим визнається юридична особа, якій злочином чи іншим суспільно небезпечним діянням заподіяно шкоду її майну чи діловій репутації. Однак доки це положення не набуло статусу правової норми означена проблема існуватиме.

УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ (ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ)

Бервено С.

Харківський національний університет ім. В.Н. Каразіна

В умовах пріоритетності диспозитивних засад правового регулювання підвищується роль питань адекватного економічним відносинам, і тому стабільного, приватно-правового регулювання відносин цивільного обороту, що неможливо без чіткого порядку укладення цивільно-правових договорів.

Додаткова актуальність аналізу цієї тематики пояснюється існуванням різних підходів і відсутністю усталеної правозастосовчої практики в цій сфері.

Первинною стадією (етапом) будь-якого договірного правовідношення є укладення договору, функціонально наділеної правоутворюючим характером і перетворенням фактичних дій у зобов'язально-правові відносини, які виникають з договору.

Порядок укладення договору є визначеною законом системою дій учасників договірних відносин і важливою складовою частиною договірного права. В доктрині права порядок укладання договору розглядається як визначена правовими нормами юридико-логічна послідовність стадій встановлення цивільних прав і обов'язків, здійснених на основі погоджених дій осіб, звернених назустріч одна одній та виражених у різноманітних способах узгодження змісту договору.

Іншими словами, йдеться про нормативно закріплені взаємні дії сторін, спрямовані на встановлення договірних відносин та визначення змісту договірного зобов'язання. При цьому законодавець визнає діями щодо укладання договору тільки ті, які здійснюються зовні та звернені до іншої сторони.

Способами укладання договору є нормативно врегульована організація здійснення суб'єктами дій, через які досягається вільне і взаємне узгодження волі сторін договору.

Залежно від критерію поділу виділяють різні способи укладення договорів.

За способом узгодження змісту договору виділяють загальний, спеціальний і судовий порядок укладення договору.

Загальний порядок укладення договору проявляє себе у формуванні договору в порядку, передбаченому ЦК України (статті 641 - 646). Спеціальний порядок передбачає укладення договорів, які мають свої особливості, і залежить від способів укладення договору (аукціон, конкурс, біржовий спосіб). Судовий порядок укладення договору є окремою стадією, що регулюється спільно матеріальними і процесуальними нормами законодавства, з тією особливістю, що волевиявлення сторін затверджується судовим рішенням та вступає в дію з моменту набрання чинності самого рішення суду.

За характером формування волевиявлення виділяють неконкурентний і конкурентний. Неконкурентний спосіб укладення договору передбачає визначений суб'єктний склад майбутнього договору, що підтверджується адресованістю оферти конкретному суб'єкту (суб'єктам). Специфіка конкурентного способу укладення договорів обумовлена існуванням механізму ринкової конкуренції при проведенні різного роду торгів (аукціонів, конкурсів), за результатами яких договір укладається з переможцем торгів.

За ступенем свободи волевиявлення договори можуть бути поділені на договори, які укладають на основі вільного волевиявлення або в обов'язковому порядку.

На основі вільного волевиявлення укладаються договори, сторони яких мають право погоджувати на свій розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству. Законодавство виходить із презумпції права будь-якої особи укласти договір на основі вільного волевиявлення, якщо інше не випливає в силу прямої вказівки закону або сутності зобов'язання, породжуваного договором.

Укладення договорів в обов'язковому порядку пояснюється необхідністю виправданого (інтересами економічно більш слабкої сторони та інтересами суспільства в цілому) втручання держави в економічні відносини учасників цивільного обороту. В цих випадках укладенню договору в обов'язковому порядку передує наявність специфічного виду зобов'язання - зобов'язання укласти

© Бервено С., 2006

договір, яке виникає із складного юридичного складу: акту законодавства або передбаченого законодавством юридичного факту, що дозволяє вимагати укладення договору, та оферти заінтересованої в укладенні договору сторони.

Відповідно до ч. 3 ст. 179 ГК України укладення договору є обов'язковим для сторін, якщо він заснований на державному замовленні, виконання якого є обов'язком для суб'єкта господарювання у випадках, передбачених законом, або існує пряма вказівка закону щодо обов'язковості укладення договору для певних категорій суб'єктів господарювання чи органів державної влади або органів місцевого самоврядування.

Проведений аналіз дає підстави для наступних висновків.

1. Порядок укладення договору є визначеною законом правоутворюючою стадією договірного правовідношення, що складається з послідовних взаємних дій сторін щодо одна одної з приводу надання та прийняття пропозиції згідно з вимогами закону про оферту та акцепт, які спрямовані на встановлення договірних відносин, визначення змісту договірного зобов'язання та підтверджують досягнення узгодженої волі, закріпленої в мовах договору.

2. Способи укладення договорів можуть бути поділені на: загальний, спеціальний і судовий (за способом узгодження змісту договору); конкурентний і неконкурентний (за характером формування волевиявлення); договори, які укладають на основі вільного волевиявлення або в обов'язковому порядку (за ступенем свободи волевиявлення).

МЕТОДОЛОГІЧНІ ПИТАННЯ ГОСПОДАРСЬКОГО ДОГОВІРНОГО ПРАВА

Беляневич О.

Київський національний університет ім. Т. Шевченка

Формування нової концепції господарського договірного права передбачає застосування поряд із традиційними методами дослідження, нових підходів, які б виводили її з суто галузевих рамок на рівень міждисциплінарних досліджень. Такі підходи сформовані, зокрема, в рамках теорії систем, праксеології та синергетики, хоча їх потенціал (насамперед, синергетики) поки що в юриспруденції майже не використовується.

Застосування системного підходу у дослідженнях господарського договірного права дає можливість виявити взаємопов'язаність елементів системи права в цілому, їх динаміку, функціональну залежність; описати господарське договірне право як елемент правової системи та визначити його роль у регуляції договорів в сфері господарювання, виходячи із наявних функціональних зв'язків між елементами правової системи та системи права, різних за ступенем підпорядкованості та ієрархії; осмислити господарське договірне право як утворення, що знаходиться у єдності із умовами його існування та розвитку під впливом зовнішнього середовища, яке постійно змінюється.

Однією із центральних проблем господарського договірного права є проблема *зовнішньої організації* та *самоорганізації* договірних відносин. У зв'язку з цим слід сказати, що першою серйозною спробою системно-кібернетичного аналізу функціонування соціальних структур та управління ними стала розроблена О.О.Богдановим всезагальна наука управління (тектологія) як „загальне вчення про норми та закони організації будь-яких елементів природи, практики та мислення", причому деякі положення тектології О.О. Богданова на десятиріччя випередили ідеї кібернетики (принцип зворотного зв'язку, ідеї моделювання тощо). Ці ідеї наразі залишаються актуальними, з огляду, насамперед, на те, що планомірна організація будь-якої практичної справи передбачає, в першу чергу, *домовленість* її учасників відносно цілі, засобів, порядку виконання тощо. Іншими словами, організаційний процес виконується шляхом мови та мислення, у формі „обговорення". Фундаментальну основу нових поглядів на управління як діяльність, що забезпечує цілісність та стабільне функціонування систем, що саморегулюються, складають ключові принципи кібернетики - гомеостатичність та ієрархічність. Такий „органічний" підхід до управління, в тому числі соціального, орієнтує, зокрема, на те, що суб'єкт управління знаходиться не за межами об'єкта, яким управляють („над ним"), а всередині нього в якості спеціальної підсистеми, що функціонує в інтересах цілісного утворення та, відповідно, усіх його компонентів. Досить плідним може виявитися застосування системного підходу в його *синергетичній* інтерпретації. Однією з основних задач синергетики є з'ясування законів організації, виникнення упорядкованості. Проте на відміну від кібернетики акцентуються не процеси управління та обміну інформацією, а принципи побудови організації, її виникнення, розвитку та самоускладнення. Для синергетики в цілому є характерним нове ставлення до проблеми цілого та частини. Як відомо, суспільні науки достатньо давно дійшли висновку про необхідність системного аналізу об'єктів. Застосування системного підходу у дослідженні господарського договірного права дає можливість виявити взаємопов'язаність елементів галузей права (господарського та цивільного), підгалузей та інститутів, їх динаміку та функціональну залежність, описати господарське договірне право як елемент правової системи та визначити його роль та функції як соціального регулятора, виходячи із множини наявних функціональних зв'язків між елементами правової системи та системи права, різних за ступенем підпорядкованості та ієрархії, розглянути господарське договірне право як утворення, що знаходиться у єдності із умовами його існування, функціонує та розвивається під впливом середовища, яке постійно змінюється.

Припущення про те, що частина завжди простіша за ціле і що можна зрозуміти властивості цілого, вивчивши кожну з частин, було сформульовано ще філософською думкою Давньої Греції. В сучасних галузевих дослідженнях нечасто звертається увага на те, що елліністична філософська традиція не просто стала смислоутворюючим фоном римської правової культури, яка дійшла до нас, зокрема, в пам'ятках римського права, але й в латентному вигляді через римські юридичні конструкції, афоризми і метафори продовжує формувати сучасне юридичне мислення. Для

© Беляневич О., 2006

синергетики ж в цілому характерне нове ставлення до проблеми цілого та частини. В рамках синергетичного підходу ціле, що відображає властивості частин, однак, є зовсім іншим, ніж просто чимось складнішим за частину. Це положення уявляється методологічно важливим для дослідження, зокрема, такої ключової проблеми господарського договірного права як співвідношення та співіснування індивідуального та колективного (як частини та цілого).

Синергетика в цілому виступає способом інтерпретації наукових знань під новим кутом зору. У вітчизняному правознавстві проблематика застосування досягнень синергетики до вивчення правових явищ вперше була озвучена в середині 1980-х років, А.Б. Венгеровим, який звернув увагу на те, що для юридичної науки вирішальне значення має таке методологічне положення синергетики як вимога врахування в науковій діяльності, в тому числі при дослідженні економіко-правових процесів, рівнів (ієрархії) об'єктів управління (мікро-, мезо-, макро-) при аналізі їх взаємодії, оскільки процеси самоорганізації завжди виступають результатом взаємодії мікросистем, який виявляється на макрорівні.

Важливою рисою соціальних систем є їх відкритість, яка означає постійний обмін системи речовинами, енергією, інформацією з навколишнім середовищем, що завідомо означає невдачу зрозуміти їх в рамках механістичної моделі, на що вказував О. Тоффлер. Протягом тривалого часу поняття, які використовувалися в соціальних та гуманітарних дисциплінах, формувалися під впливом природничих наук. Так, в механістичний вік Томас Ґоббс описав в „Левіафані" державу як машину, шестернями якій слугують громадяни держави. Жюльєн Ламетрі визначав людину як „просвічену машину", „мистецький часовий механізм" і зводив її душу до „приводу автомату". Адам Сміт пояснював механізм ринку дією „невидимої руки" на кшталт всесвітнього тяжіння Ньютона. Розвиток термодинаміки поставив під сумнів класичний детермінізм, за законами якого причині жорстко наслідує заздалегідь прогнозований та передбачуваний наслідок, помилки в якому пояснюються виключно недоліками висхідних даних (наприклад, недосконаліть правової норми), а тому уявляються такими, що можуть бути усунені. Складні людські співтовариства як макросистеми є не лише нелінійними, але й мають величезну кількість елементів з великим числом ступенів свободи. Поведінка окремих елементів в таких системах не може бути ані передбачена, ані відстежена у минулому, натомість детерміністичний опис окремих елементів може бути замінений еволюцією розподілів вірогідності.

Застосування синергетичного підходу до господарсько-правових досліджень, в тому числі в сфері договірного права, дозволяє подолати прояви лінійного мислення як віддзеркалення механістичної наукової парадигми, насамперед, в тому що вибір – це „або-або", а не „і – і". З позицій синергетики та теорії людської діяльності (праксеології) можна довести положення про те, що в сфері договірних відносин практично неможливо досягти соціально-необхідного рівня упорядкованості договірних відносин лише за допомогою нормативно-правового регулювання як хоча і важливого, але не єдиного параметру порядку. Важливими складовими такого регулювання виступають ті факти суспільної свідомості, які функціонують у вигляді соціальних норм (моральних, звичаєвих), а також судова практика (як джерело регулювання та організуючий параметр договірних відносин в їх розвитку).

Головний шлях синергетичного дослідження системи полягає у побудові *моделі*, яка, не копіюючи, відображає реальність у спрощеному варіанті, узгодженому із завданнями дослідження. Альтернативою моделюванню виступає вербальний аналіз певних понять, які в юриспруденції здебільшого є абстрактними і, відповідно, такими, що можуть неоднозначно тлумачитися. Такий аналіз досить часто призводить до висновків, помилковість яких іноді складно розгледіти за переконливою зовнішньою формально-логічною оболонкою, і відносно яких можуть точитися тривалі, але безплідні дискусії. Особливо наочно це виявляється в багаторічних суперечках навколо господарського права як галузі.

Синергетичні форми упорядкування визначаються як ідеальні конструкти, що справляють вплив на індивідуальну поведінку. На цей час створені державою норми посідають головне місце серед інших форм упорядкування суспільних відносин. Продовжуючи цю думку, ми могли б сказати, що параметри порядку в цих відносинах завдаються й інакше – через систему певних колективних уявлень (моральних норм, звичаїв), корпоративних правил тощо. З огляду на це функціонування правової системи України, в тому числі системи права як її складової, має бути „настроєне" таким чином, щоб нормативно-правове регулювання господарських договірних відносин узгоджувалося і доповнювалося б іншими формами регуляції (судовою практикою, звичаями ділового обороту). А для цього в раціонально побудованій нормативно-правовій підсистемі, яка „спеціалізується" на

господарських договорах, важливим є не стільки формальне визначення максимальної кількості правил поведінки, скільки правильне визначення напряму правого регулювання, насамперед, у вигляді норм-принципів, та механізмів взаємодії нормативно-правових регуляторів із іншими формами регуляції та саморегуляції договірних відносин. Зокрема, необхідно визначати *моделі* співвідношення зовнішнього (державного) регулювання господарських договірних відносин та їх самоорганізації самими сторонами як в майнових, так і в організаційних господарських договорах. В сучасному світі роль самоорганізації постійно зростає, оскільки те, що ми будемо робити в майбутньому, визначатиметься не стільки високим рівнем техніки, скільки соціологічними конструктами, особливо у відшукуванні консенсусу в соціальному плані. Історичний досвід підтверджує неможливість ефективного управління економікою як на засадах абсолютної автономії товаровиробника, так і на основі жорсткого централізовано-розподільчого планування. Економіка потребує розподіленого інтелекту окремих членів суспільства, які не можуть і не повинні керуватися винятково з єдиного центру, але при цьому їх дії повинні координуватися з метою підтримання порядку в сфері економіки та балансу інтересів окремих суб'єктів, соціальних груп та суспільства в цілому. На суб'єкта господарювання впливають різні зовнішні управлінські впливи (виконання зобов'язань перед контрагентами, планові завдання для казенних підприємств, акти самопланування, державні замовлення для визначеного законодавством колом суб'єктів тощо). Договір як мікросистема може проходити точку флуктуації (випадкових відхилень), втрачаючи стійкість і переходячи при цьому в новий стан. Така ситуація може мати місце при неналежному виконанні договірних зобов'язань самими контрагентами, при отриманні зовнішніх управлінських впливів (зміна державного замовлення, що тягне за собою зміну в односторонньому порядку умов державного контракту), необхідність зміни умов договору під впливом економічних інтересів сторін без порушення зобов'язання тощо. Найбільш виразно зміни в макросистемі спостерігаються тоді, коли має місце порушення договірних зобов'язань в одному із договірних „ланцюжків" (зокрема, при неналежному виконанні перевізником обов'язків щодо перевезення вантажу, яке тягне за собою неналежне виконання вантажовідправником своїх договірних зобов'язань перед третіми особами (вантажоодержувачами) і т.д.). З огляду на це на нормативно-правовому рівні повинні визначатися способи реагування на ці зміни залежно від пріоритетності тих інтересів, що обов'язково мають бути захищеними. У зв'язку з цим важливо зазначити, що для організації господарських договірних відносин особливого звучання набуває синергетичні ідея про те, що в суспільстві, яке самоорганізується, на перший план все більше виходить проблема *особистої відповідальності*, яка має стримувати та урівноважувати ринковий егоїзм та крайній індивідуалізм.

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРОЦЕСУАЛЬНУ ФОРМУ ПІДГОТОВКИ ДО СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ СПРАВ ОКРЕМОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Бондаренко-Зелінська Н.

Подільська лабораторія Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Академії правових наук України

Значне місце в судовій практиці займають справи окремого провадження. При підготовці таких справ до судового розгляду суди досить часто стикаються з певними труднощами у застосуванні процесуального законодавства, оскільки здійснення функцій правосуддя на даній стадії при захисті охоронюваних законом інтересів має свої особливості.

Однією з таких специфічних рис підготовки до судового розгляду справ окремого провадження є особливості її процесуальної форми.

Так, відповідно, до ч. 3 ст. 235 нового ЦПК справи окремого провадження хоча й розглядаються судом з додержанням загальних правил цивільного судочинства, але чи означає це, що і підготовка даної категорії справ до судового розгляду повинна здійснюватись за правилами позовного провадження: у формі судового засідання? Аналіз норм розділу IV нового ЦПК ("Окреме провадження") не дозволяє дати однозначну відповідь на дане питання. Не дослідженим дане питання залишається і в юридичній науці. Переважна більшість досліджень присвячених проблемам окремого провадження проводилась ще до набрання чинності новим ЦПК і питання попереднього судового засідання як можливої процесуальної форми підготовки таких справ до судового розгляду в них не піднімалось.

На користь твердження, що процесуальною формою підготовки в окремому провадженні повинно бути попереднє судове засідання слугує той факт, що кодекс окремо закріплюючи особливості розгляду кожної категорії справ окремого провадження, не закріплює особливих процедур підготовки для останніх (виключення складають тільки підготовка у справах про визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою (ст. 248 ЦПК) та про усиновлення (ст. 253).

Разом з тим, відповідно ч. 3 ст. 235 ЦПК винятком з загальних правил застосовуваних до порядку здійснення судочинства в справах окремого провадження можуть бути положення щодо змагальності та меж судового розгляду. В такому випадку викликає подив застосування до справ окремого провадження попереднього судового засідання – процесуальної форми, яка як зазначає О.О. Якименко, сприяє реалізації принципів публічності та змагальності.

Крім того, запровадження попереднього судового засідання як процесуальної форми підготовки цивільних справ до судового розгляду обумовлене практичною необхідністю забезпечення процесуального закріплення дій та волі сторін, в тому числі, і бажання сторін піти на примирення на даній стадії шляхом укладення мирової угоди, визнання позову або відмову від останнього вже на даній стадії цивільного процесу. Окреме ж провадження характеризується активністю суду (ст. 235 ЦПК) та відсутністю сторін з протилежними інтересами, тому тут не застосовуються такий правові інститути як мирова угода, відмова від позову або визнання останнього. Таким чином, проведення підготовки справ окремого провадження до судового розгляду у формі попереднього судового засідання вбачається недоцільним.

Щодо того, в якій все ж таки формі повинні проводитись процесуальні по підготовці справ окремого провадження до судового розгляду, то для відповіді на дане питання, на нашу думку доцільно звернутись до ст.ст. 248 та 253 нового ЦПК, які закріплюють особливості підготовки справ про визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою та про усиновлення. Аналіз даних норм дозволяє зробити висновок, що у вищевказаних справах підготовка здійснюється у формі одноособової діяльності судді суду першої інстанції.

Активна роль суду та відсутність в справах окремого провадження спору про право, а відповідно і сторін з протилежними інтересами дозволяє в із значною впевненістю стверджувати, що ризик неврахування судом відомостей повідомлених судді ініціатором процесу (заявником) зводиться до мінімуму.

© Бондаренко-Зелінська Н., 2006

Таким чином закріплення одноособової діяльності суду як процесуальної форми підготовки цивільних справ до судового розгляду вбачається цілком виправданим. Для того, щоб уникнути можливих непорозумінь при практичному застосуванні норм, які регулюють окреме провадження доцільно доповнити розділ IV ЦПК України окремою статей, якою закріпити дану процесуальну форму підготовки до судового розгляду справ окремого провадження. Відповідні доповнення можна було б викласти в наступній редакції:

"Стаття …. Підготовка справ окремого провадження до судового розгляду.

1. Після відкриття провадження у справі суд вживає заходів щодо підготовки справ окремого провадження до судового розгляду. З цією метою він вчиняє наступні дії:

- визначає суб'єктний склад учасників процесу (заявника, заінтересованих осіб) та забезпечує їх своєчасну явку в судове засідання;
- визначає предмет доказування та коло доказів, необхідних для вирішення справи та забезпечує їх своєчасне надання;
- доручає уповноваженим органам надати в межах їх компетенції висновки по питанням, що мають значення для вирішення справи;
- перевіряє відсутність спору про право;
- через відповідні органи вживає заходів щодо захисту прав і свобод учасників провадження
- вирішує інші питання, що обумовлені особливостями конкретної справи.

2. Визнавши справу достатньо підготовленою, суддя постановляє ухвалу про призначення справи до судового розгляду".

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ РЕЧОВОГО ПРАВА

Бундза О.

Львівський юридичний інститут МВС України

Визначення доктринального поняття суб'єктивного речового права вимагає попереднього логічного впорядкування ознак даної категорії (тобто ознаки «слідування», ознаки абсолютного захисту, ознаки «переваги реалізації над відшкодуванням збитків») з метою встановлення суттєвих і неістотних ознак.

Логічне впорядкування ознак суб'єктивного речового права може бути проведене тільки на основі аналізу доктринальних вчень про родову для суб'єктивного речового права категорію «абсолютне правовідношення» і вчень про видову відмінність суб'єктивного речового права - його особливий матеріальний об'єкт.

Доктринальні вчення про абсолютне правовідношення містять принциповий пропуск - вони не пояснюють причину якісної своєрідності абсолютного правовідношення, а саме зобов'язування ним всіх протистоячих управомоченому суб'єкту осіб.

Причиною цього пропонується вважати особливу підставу виникнення абсолютного правовідношення – факт-стан (існування суб'єкта права, привласнення об'єкта права і т. ін.).

Самостійне класифікаційне відособлення фактів-станів дозволяє логічно пояснити обґрунтованість визнання категорії абсолютного правовідношення і виділити дві сутнісні ознаки даної категорії.

Постійність існування факту-стану обумовлює: 1) кількісну невизначеність зобов'язаних в абсолютному правовідношенні осіб; 2) тотожність змісту обов'язку, що покладається на кожного з них і, відповідно, тотожність санкцій, що застосовуються до кожного, хто порушив свій обов'язок в абсолютному правовідношенні. Тому наявність особливого, відмінного від захисту від третіх осіб (по можливості заміни вимоги про реальне виконання на відшкодування збитків), захисту деякого суб'єктивного права (наприклад, орендаря, суб'єкта утримання, заставодержателя, позикоотримувача від власника-контрагента), свідчить про відносність останнього.

Тотожність (відмінність) санкцій, які вживаються за аналогічне порушення до третіх осіб і до суб'єкта правовідношення, що ідентифікується, пропонується використовувати як уточнюючий критерій при неясності природи абсолютності / відносності правовідношення.

Моментом взаємопереходу між абсолютним і відносним правовідношенням є момент виникнення тотожності (відмінності) в змісті обов'язку даного суб'єкта і всіх інших протистоячих управомоченій особі суб'єктів. З моменту виникнення тотожності в змісті обов'язку (тотожність змісту обов'язку визначається за тотожністю потенційно можливих санкцій) даного суб'єкта і всіх інших т.з. «третіх» осіб, правовідношення буде абсолютним. Тотожність обов'язку всіх осіб може виникнути тільки з факту-стану, оскільки тривалість існування даного факту зумовлює його юридичну значущість для всього суспільства.

З моменту виникнення відмінності в змісті обов'язку даного суб'єкта і третіх осіб правовідношення з участю даного суб'єкта буде відносним. Особливий (відмінний від змісту обов'язків третіх осіб) обов'язок даного суб'єкта може виникнути лише з фактів-дій (договорів, деліктів) або фактів-подій (форс-мажор, виявлення знахідки), оскільки короткочасність існування даних фактів зумовлює їх юридичну значущість лише для деяких осіб.

Якість абсолютності / відносності суб'єктивного права може бути точно встановлено лише за критерієм тотожності / відмінності обов'язку, що забезпечує реалізацію даного права порівняно зі змістом обов'язку всіх інших осіб. Якщо зміст вказаних обов'язків тотожний, то дане суб'єктивне право є елементом абсолютного правовідношення, а якщо зміст обов'язків різний, то дане суб'єктивне право є елементом відносного правовідношення. Відмінність обов'язків виявляється в принциповій можливості зміни змісту обов'язку з реального виконання на відшкодування збитків.

На вказаній основі будь-яке цивільне правовідношення можна віднести або до групи абсолютних, або до групи відносних правовідносин, демонструючи тим самим неспроможність

© Бундза О., 2006

категорії «абсолютно-відносного» правовідношення і повна відсутність іноді згадуваної в літературі тенденції до зближення абсолютних і відносних правовідносин.

Не дивлячись на традиційну для всіх правових систем нормативну модель переходу суб'єктивного права власності за системою Stipulatio (ця модель припускає виникнення у покупця права власності на річ, що придбавається, вже з моменту укладення договору і до моменту передачі речі), необхідно зазначити, що до моменту передачі речі про право власності покупця можна говорити виключно в частині відносин покупця з третіми особами (витребування речі з незаконного володіння третьої особи). У відносинах же між покупцем і продавцем до передачі речі про право власності мова йти не може. Тут на продавцеві лежить відмінний за змістом від обов'язків третіх осіб обов'язок передати річ, тобто має місце не абсолютне правовідношення (власності), а відносне правовідношення, що принципово допускає заміну реального виконання на відшкодування збитків, тобто зобов'язання.

Суб'єктивне право власності безпосередньо ніколи не виникає ні з договору, ні з інших, перерахованих в ЦК України передумов. Суб'єктивне право власності, як і будь-яке з абсолютних правовідносин, безпосередньо виникає виключно з певного факту-стану. Стосовно суб'єктивного права власності таким фактом-станом є факт привласнення (належності) речі.

Суб'єктивні речові і суб'єктивні зобов'язальні права мають якісно різні матеріальні об'єкти (блага).

Матеріальним об'єктом суб'єктивного речового права є індивідуально-визначена тілесна річ. Це зумовлює неможливість (за умови фізичного збереження матеріального об'єкту порушеного речового права) заміни реального виконання (тобто повернення речі) на відшкодування збитків (сплату вартісного еквівалента речі і інших сум). І навпаки, матеріальним об'єктом суб'єктивного зобов'язального права є абстрактна (по відношенню до існування конкретних речей) категорія «майнова маса». Абстрагованість (незалежність) цієї категорії від існування конкретних речей детермінує, по-перше, можливість існування зобов'язання при повній відсутності у боржника майна, і, по-друге, можливість заміни реального виконання на відшкодування збитків при порушенні зобов'язання.

Ознака «слідування» (тобто збереження суб'єктивного права при зміні зобов'язаної особи) в речових правах є похідною від двох самостійних ознак речових прав - ознаки абсолютності і ознаки особливого матеріального об'єкту речових прав.

Ознаки абсолютного захисту і вичерпності переліку речових прав є наслідком абсолютної природи цих прав.

Перевага реалізації перед відшкодуванням збитків у речових прав зустрічається не завжди, а залежить від особливостей конкретного правопорядку.

З урахуванням наведених думок виється можливим висновок, що ознаки «слідування», «абсолютного захисту» і «переваги реалізації» речових прав перед зобов'язальними правами не придатні для прямого використання в доктринальному визначенні поняття суб'єктивного речового права.

У доктринальному визначенні поняття суб'єктивного речового права повинні використовуватися ознаки абсолютності і особливого матеріального об'єкту речових прав.

Суб'єктивне речове право - це елемент абсолютного правовідношення, матеріальним об'єктом якого є індивідуально-визначена матеріальна річ.

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ ТРАНСПОРТНОГО ЕКСПЕДИРУВАННЯ

Василечко М.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Сучасний транспортний ринок характеризується тим, що більшість перевезень вантажу здійснюється не тільки за участі відправника, одержувача вантажу і перевізника, але й з використанням послуг експедитора, який володіє необхідними професійними знаннями для оптимізації процесу перевезення. Правові відносини між експедитором і відправником чи одержувачем вантажу опосередковуються договором транспортного експедирування. Саме тому, з метою вдосконалення законодавчого регулювання даних відносин, виникає потреба дослідження правової природи договору транспортного експедирування.

В літературі правова природа договору транспортного експедирування визначається по-різному. М.Є. Ходунов розглядає договір експедиції (договір про транспортно-комісійні операції) як різновид договору комісії. Ю.В. Романєц називає даний договір "перевізним" видом різних типів договорів: доручення, комісії і т.д. На думку Х.І. Шварца, договір транспортного експедирування слід розглядати як договір на організацію перевезень.

Проте більшість авторів відносять договір транспортного експедирування до самостійних договорів. В.В. Вітрянський зазначає, що цей договір є самостійним цивільно-правовим договором "за розташуванням норм, що його регулюють, вибраною законодавцем схемою регулювання правовідносин, що випливають з цього договору, а також за специфічними ознаками, які знайшли своє відображення в ЦК".

Самостійність договору транспортного експедирування отримала закріплення в Цивільному та Господарському кодексах України а також в Законі України "Про транспортно-експедиторську діяльність", окремі норми яких присвячені регулюванню відносин за даним договором. Ми підтримуємо думку про самостійний характер договору транспортного експедирування, виходячи з наступних міркувань. Даний договір має свій, властивий тільки йому предмет – послуги, пов'язані з перевезенням вантажу. Всі послуги, що надаються за цим договором, полягають у забезпеченні оптимальної організації процесу перевезення вантажу і спрямовані на звільнення відправників і одержувачів вантажу від виконання невластивих їм додаткових функцій, необхідних при перевезенні. Отже, особливий характер послуг, що надаються за договором транспортного експедирування, мета договору і сфера його застосування дозволяють віднести цей договір до самостійних цивільно-правових договорів.

Будучи самостійним цивільно-правовим договором, договір транспортного експедирування є подібним до деяких інших договорів: підряду, доручення, комісії, зберігання, агентського договору, перевезення. Так, якщо експедитор виконує вантажно-розвантажувальні роботи, відносини між сторонами схожі до підряду. Якщо експедитор здійснює оформлення прийому-передачі вантажу, характерними є елементи договору доручення. Коли експедитор укладає з перевізником договір від свого імені в інтересах і за рахунок клієнта, виникають відносини, схожі до відносин за договором комісії. Експедитор може також надавати послуги із зберігання вантажу, організації охорони вантажів під час їх перевезення, що свідчить про схожість з договором зберігання.

Проте між договором транспортного експедирування і зазначеними договорами існують відмінності, зумовлені предметом і метою договору транспортного експедирування. На відміну від доручення і комісії, предметом яких є лише юридичні дії, предметом договору транспортного експедирування виступають як юридичні, так і фактичні дії експедитора. Якщо для повіреного чи комісіонера укладення договорів є безпосереднім предметом зобов'язання, то укладення експедитором договорів з перевізником є лише способом виконання його обов'язку – організації перевезення. Подібно до того, інші дії, що можуть виконуватися експедитором – навантаження, розвантаження та зберігання вантажу, є лише складовими обов'язку щодо організації перевезення. Всі послуги, що надаються за договором транспортного експедирування, повинні бути пов'язані з перевезенням вантажу, тоді як договори доручення та комісії знаходять своє застосування в різних сферах.

© Василечко М., 2006

Здатність експедитора укладати договори з перевізником як від імені клієнта так і від свого імені вказує на певну схожість договору транспортного експедирування з агентським договором. Відмінності між зазначеними договорами полягають знову ж таки, в предметі та меті договору транспортного експедирування а також в тому, що агентський договір належить до представницьких договорів. В той же час, як зазначає В.В. Вітрянський, "предмет агентського договору... може бути максимально широким і за певних умов може включати в якості складового елемента і транспортно-експедиційні зобов'язання". Так, відповідно до ст.117 Кодексу торговельного мореплавства України, морський агент здійснює, зокрема, експедирування вантажу. Проте така норма є швидше винятком із загального правила про те, що агентський договір і договір транспортного експедирування є самостійними договорами.

Оскільки всі послуги, що надаються експедитором, пов'язані з перевезенням вантажу, виникає питання про співвідношення договору транспортного експедирування і договору перевезення. В літературі договір транспортного експедирування традиційно розглядався як допоміжний щодо договору перевезення. В той же час, в тих випадках, коли договір транспортного експедирування передбачає обов'язок експедитора організувати перевезення вантажу транспортом і за маршрутом, вибраним експедитором чи клієнтом, укладення експедитором договору перевезення є лише однією з дій, спрямованих на виконання основного зобов'язання за договором транспортного експедирування. Тому позиція авторів, які ототожнюють договір, що передбачає повне транспортно-експедиторське обслуговування з договором на організацію перевезень видається необґрунтованою, оскільки договір транспортного експедирування є самостійним договором і характеризується більшою повнотою, адже він поряд з перевезенням передбачає також виконання інших необхідних послуг, які б гарантували клієнту оптимальну схему організації доставки його вантажу.

Самостійність договору транспортного експедирування виключає можливість застосування до нього норм, що регулюють інші договори, зокрема, доручення, комісію. Відповідні положення можуть застосовуватися лише у випадках, якщо відносини між експедитором та клієнтом не врегульовані ЦК, іншими актами цивільного законодавства або договором, тобто як аналогія закону, і тільки стосовно тих послуг, що мають спільні риси з предметом зазначених договорів.

Договір транспортного експедирування є консенсуальним, двосторонньозобов'язуючим та оплатним.

В літературі висловлювалася думка про те, що договір транспортного експедирування може бути "або консенсуальним, коли експедитор організовує виконання експедиторських послуг, або реальним, коли він виконує їх з ввіреним йому вантажем". Проте більшість авторів вважають, що договір транспортного експедирування слід вважати консенсуальним. Так, О.С. Йоффе зазначає, що даний договір «визнається укладеним в момент досягнення згоди між сторонами, а дії по здачі і відправленню, отриманні і прийнятті вантажу, як і по сплаті експедитору винагороди, вчиняються на виконання зобов'язання, що вже виникло».

В законодавстві України (ст. 929 ЦК України, ст.316 ГК України, ст. 9 ЗУ "Про транспортно-експедиторську діяльність") договір транспортного експедирування визначено саме як консенсуальний договір. На нашу думку, така модель є правильною, оскільки договір транспортного експедирування може бути тільки консенсуальним. Консенсуальність договору транспортного експедирування полягає в тому, що за даним договором експедитор зобов'язується виконати або організувати виконання визначених договором послуг, пов'язаних з перевезенням вантажу, а клієнт зобов'язується прийняти виконані послуги та оплатити їх. Отже, обов'язки сторін щодо надання послуг та їх оплати виникають з самого факту укладення договору, а не з моменту пред'явлення клієнтом вантажів до перевезення.

Кожна сторона договору транспортного експедирування має як права, так і обов'язки, тому даний договір належить до двосторонньозобов'язуючих. Експедитор надає визначені в договорі послуги за плату і за рахунок клієнта, отже договір транспортного експедирування є оплатним договором. Оскільки предметом даного договору є послуги, що здійснюються з метою організації перевезення, договір транспортного експедирування є каузальним договором.

Деякі автори відносять договір транспортного експедирування до публічних договорів, виходячи з того, що експедиторські послуги надаються професійними підприємницькими організаціями, діяльність яких повинна відповідати нормам ЦК, що регулюють публічні договори. Проте як слушно зазначають М.І. Брагінський та В.В. Вітрянський, "до публічних належать договори, в яких контрагентами споживача виступають не всі комерційні організації... а тільки ті з них, які за характером своєї підприємницької діяльності виконують визначену публічну функцію". Отже,

віднесення договору транспортного експедирування до публічних тільки на тій підставі, що експедиторами виступають професійні підприємницькі організації, без аналізу інших ознак даного договору, є необґрунтованим. Віднесення того чи іншого договору до публічного, як відомо, здійснюється з метою захисту слабшої сторони договору – споживача та забезпечення розвитку вільної конкуренції. Виконавець послуг за публічним договором зобов'язаний надавати послуги кожному, хто для нього звернеться, на однакових умовах. Договір транспортного експедирування не має ознак публічного договору, оскільки в сучасних умовах великої пропозиції на ринку транспортно-експедиторських послуг клієнт може вибирати експедитора як з числа великих експедиторських фірм, так і серед невеликих фірм чи фізичних осіб – підприємців. Експедиторські фірми пропонують різний спектр послуг, обсяг яких за конкретним договором залежатиме від індивідуальних потреб кожного клієнта. Експедитор виступає посередником між клієнтом та перевізником, тому вартість послуг транспортного експедирування та порядок її сплати в кожному випадку залежатиме від вартості послуг перевізників та інших організацій, що беруть участь в процесі організації перевезення (митних брокерів, складів), обсягу послуг, які замовляє клієнт, тривалості співпраці клієнта та експедитора, рівня довіри клієнту. Отже, в кожному випадку сторони узгоджують між собою певний "набір" послуг, який не може бути стандартним для всіх клієнтів. Клієнт та експедитор спільно узгоджують умови договору, при цьому клієнт може в будь-який час відмовитися від подальшого співробітництва і шукати експедитора, який пропонує більш вигідні умови.

Отже, договір транспортного експедирування знайшов самостійне закріплення в цивільному законодавстві України. Основними кваліфікуючими ознаками, що дозволяють відмежувати договір транспортного експедирування від інших договорів є предмет, мета і сфера застосування договору: всі послуги, що надаються на підставі даного договору, пов'язані з перевезенням вантажу і полягають у забезпеченні організації процесу перевезення. Дані ознаки вказують на самостійний характер договору, можливість визначити його місце його серед інших цивільно-правових договорів. Лише договір транспортного експедирування дозволяє з усією повнотою врегулювати відносини, що виникають між експедиторами та їхніми клієнтами, тому саме його треба використовувати при організації та виконанні транспортно-експедиторських послуг.

МІСЦЕ ПРОТЕСТУ ВЕКСЕЛЯ

Григоровська-Якубівська Л.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Для примусової реалізації всіх прав за векселем, як до прямих, так і до регресних боржників, держателю векселя необхідно засвідчити факт ексцесу обігу векселів – неакцепту або неплатежу – публічно достовірним актом – протестом в неакцепті або неплатежі (ст. 44 Уніфікованого закону про переказні векселі та прості векселі, запровадженого Женевською конвенцією 1930 р., далі – УВЗ). Протест векселя являє собою досудову процедуру засвідчення факту невиконання боржником вексельного зобов'язання.

Протест векселя – це складений у публічному порядку акт, що засвідчує безспірні, юридично значимі для вексельного зобов'язання факти, з якими законодавство пов'язує певні юридичні наслідки.

Недостатньо врегульованим питанням, що викликає виникнення спорів на практиці, є місце вчинення протесту векселя нотаріусом.

Так, у липні 2001 року ЗАТ звернулось до приватного нотаріуса Київського нотаріального міського округу із заявою про вчинення протесту в неакцепті переказного векселя, виданого ВАТ на суму 492 тис. грн.

Нотаріусом було винесено постанову про відмову у здійсненні протесту на підставі ст.174 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України (далі – Інструкція), відповідно якої опротестування векселя в неакцепті здійснюється за місцем знаходження платника, який за вказаним векселем знаходився в Луганській області.

З подібними діями нотаріуса ЗАТ не погодилось, звернулось в суд з проханням скасувати постанову нотаріуса і зобов'язати вчинити протест вказаного векселя. Представник ЗАТ аргументував свою позицію тим, що відповідно УВЗ переказний вексель підлягає оплаті за місцем проживання третьої особи або в тій же місцевості, що проживає трасат або в будь-якому іншому місці. Згідно ст. 44 УВЗ, відмова акцептувати або оплатити вексель повинна бути підтверджена завірена протестом в неакцепті або в неплатежі. УВЗ не містить чіткого визначення місця вчинення протесту. Що ж стосується Інструкції, то на думку представника ЗАТ її норми про опротестування векселя тільки за місцем знаходження платника суперечать УВЗ. При цьому у заяві ЗАТ зазначалося, що Інструкція не є актом законодавства України, а носить підзаконний характер.

Нотаріус з доводами позивача не погодився, зіславшись на те, що ст. 7 Закону України "Про нотаріат", яка передбачає, що нотаріуси в своїй діяльності керуються законами України, постановами Верховної Ради України, указами і розпорядженнями Президента України, постановами і розпорядженнями Кабінету Міністрів України, а на території Республіки Крим, крім того, – законодавством Республіки Крим, наказами Міністра юстиції України, нормативними актами обласних, Київської та Севастопольської міських державних адміністрацій. Місце опротестування векселя регламентується Інструкцією, затвердженою Міністерством юстиції і є документом, що дає пряму вказівку діям нотаріусів. Крім цього нотаріус вважає безпідставним посиланням ЗАТ на невідповідність Інструкції УВЗ через те, що офіційне тлумачення норм діючого законодавства покладено на спеціально уповноважений орган.

Відповідно до ст. 25 Закону України "Про нотаріат", приватний нотаріус вчиняє свої дії в межах свого нотаріального округу. Нотаріус вправі відмовити у проведенні нотаріальних дій у випадку, якщо воно повинно бути проведено іншим нотаріусом. Платник за векселем знаходився в Луганській області. В свою чергу, ст. 174 Інструкції передбачає протест векселя за місцезнаходженням платника. Посилання на ст. 4 УВЗ про оплату векселя в будь-якому місці суд визнав таким, що не відноситься до протесту.

Наведений вище приклад із судової практики свідчить про недосконалість законодавства України у вирішенні питання про місце протесту векселя. На наш погляд, при врегулюванні даного питання у законодавстві слід виходити з наступного.

© Григоровська-Якубівська Л., 2006

Законний векселедержатель може вчинити протест векселя по місцю платежу, що є логічно та відповідає вимогам УВЗ, який у п. 5 ст. 1 говорить про обов'язковий реквізит векселя – місце платежу, проте за відсутності такої вказівки – місцем платежу є місцезнаходження трасата вказане поряд з його найменуванням та внесені (тобто місцезнаходження боржника). Така ситуація є зручною перш за все для векселедержателя і нотаріуса з технічної точки зору, бо строки надсилання нотисів та запиту боржника досить обмежені у часі.

Проте за певних обставин векселедержателю може бути проблематично або й неможливо вчинити протест за місцем платежу чи за місцезнаходженням боржника. А тому вважаємо за необхідне передбачити можливість вчинення протесту за місцезнаходженням кредитора. В цьому випадку доцільно керуватись п. 4 ст. 532 ЦК – де йдеться про виконання грошових зобов'язань за місцезнаходженням кредитора.

Таким чином, в законодавстві місце вчинення протесту варто врегулювати наступним чином:

- протести векселів про неоплату вчиняються нотаріусами за місцем знаходження платника або за місцем платежу (доміцильовані векселі, тобто векселі, які підлягають оплаті у третьої особи);
- протести векселів про неакцепт та недатування акцепту, протест про непред'явлення примірника векселя, надісланого для акцепту, держателю векселя, протест про неакцепт за другим примірником векселя, протест про неплатіж за другим примірником векселя – за місцезнаходженням платника;
- протест про непередавання оригіналу векселя законному держателю копії векселя – за місцезнаходженням держателя оригіналу векселя;
- протест про відмову у проставленні векселедавцем датованої відмітки про пред'явлення йому векселя – за місцезнаходженням векселедавця.

Вказані пропозиції варто закріпити у Законі України "Про обіг векселів в Україні". Така норма дозволить більш чітко врегулювати питання про місце вчинення протесту векселя і слугуватиме більш надійній охороні інтересів векселедержателя, оскільки дасть йому свободу вибору щодо визначення місця вчинення протесту.

ПЕРСОНАЛ – ЕЛЕМЕНТ ПІДПРИЄМСТВА ЯК ЄДИНОГО МАЙНОВОГО КОМПЛЕКСУ

Грущинська Н.

Львівський національний університет ім. І. Франка

На сьогоднішній день Цивільний кодекс України відносить до складу підприємства як єдиного майнового комплексу, у частині другій статті 191, усі види майна призначені для його діяльності, включаючи земельні ділянки, будівлі, споруди, устаткування, інвентар, сировину, продукцію, права вимоги, борги, а також право на торговельну марку або інше позначення та інші права, якщо інше не встановлено договором або законом.

Законодавець вперше розглядає підприємство не як організаційно – правову форму діяльності юридичних осіб (суб'єктів права), а як майновий комплекс (об'єкт права), що використовується для здійснення підприємницької діяльності.

Характеристика складових підприємства як об'єкта права буде неповною, якщо не проаналізувати фактор впливу участі в функціонуванні єдиного майнового комплексу персоналу фізичних осіб, які працюють за трудовим договором або згідно інших правових підстав та забезпечують діяльність підприємства.

Оскільки підприємство як єдиний майновий комплекс може виступати в цивільному обігу як існуючий цілісний "організм", то участь в ньому людського фактору є обов'язковою. Як зазначав В.П. Мозоліний, що об'єктом права згідно цивільно-правових договорів повинні бути "підприємства на ходу", а не підприємства, які виступають як омертвілі майнові комплекси (без колективу працівників).

Наявність у складі єдиного майнового комплексу колективу працівників – це одна з особливих ознак успадкована об'єктом права від носія права власності на підприємство. Аналізувати цей критерій неможливо без визначення його місця та ролі в підприємстві як суб'єкті права, колектив живих людей у складі підприємства, а не десь за його межами. Без людського фактору неможливо створити підприємство, а тим більше неможливо забезпечити його діяльність.

Визначена раніше участь підприємства як єдиного майнового комплексу у підприємницькій діяльності забезпечується не стільки сукупністю майна, правами вимоги, результатами інтелектуальної діяльності, скільки наявним людським субстратом, включенням працівників в підприємство в ролі основного рушійного критерію. Як зазначав В.С. Якушев, "індивідуально кожен працівник немов би протистоїть підприємству в ролі своєрідного контрагента, уклавши з ним договір. В той же час факт укладення договору приводить до того, що працівники стають елементом самого підприємства і в процесі виконання своїх трудових функцій стають видом діяльності всього підприємства. Колектив працівників (трудовий колектив) раніше був невід'ємним елементом державного соціалістичного підприємства. Більше того, часто в економічній літературі поняття підприємства і трудового колективу практично ототожнюються.

Безумовно, що колектив працівників і підприємство як окрема особа – зовсім різні правові категорії. Зберігаючи ознаки елемента підприємства, колектив працівників виступав у ролі самостійної соціальної групи, носієм власних інтересів, наприклад, стороною у колективному договорі. Правовий зв'язок окремих працівників з підприємством базувався, в основному, шляхом укладення індивідуальних трудових договорів.

В той час трудовий колектив відігравав значну роль в управлінні підприємством, соціальному захисті працівників. По суті колектив працівників визнавався свого роду суб'єктом, носієм права. Н.Г. Александров зазначав, що колектив соціалістичного підприємства – об'єднання людей вільних від експлуатації, пов'язаних спільністю інтересів між собою та соціалістичним суспільством в цілому, які здійснюють співпрацю в процесі виконання виробничо-господарської мети підприємства" і саме ця думка відображала домінуючу в той період часу теорію про суть трудового колективу.

© Грущинська Н., 2006

Соціальні та часто політичні елементи не відображали юридичну сторону взаємовідносин майна та працівників в межах підприємства. Трудове та цивільне право могли розглядати ті ж самі явища з точки зору різних оціночних понять.

В даній роботі слід обмежитись аналізом трудового колективу як необхідного елемент підприємства як єдиного майнового комплексу, що самостійно виступає в цивільному обороті.

Визнавши за необхідне наявність людського фактору у складі підприємства, потрібно визначити його основну функцію, а також позитивні та негативні особливості. Основна функція, яку виконує колектив працюючих на підприємстві полягає у наданні уречевленим елементам підприємства підприємницького руху.

Виключно через людей, через працівників, які мають відповідну кваліфікацію, досвід та повноваження, може проявлятися зовнішня та внутрішня діяльність підприємства. Реальна участь в підприємницьких відносинах неможлива без людського фактору, що сприяє виникненню, зміні та припиненню останніх.

Як зазначалось вище людський субстрат в складі підприємства має позитивні та негативні ознаки. До позитивних можна віднести:

- по-перше, пристосування людського фактору (працівників) до призначення майна підприємства, до його мети. Сюди слід віднести досвід, кваліфікацію, відповідну освіту та вміння управляти майном, отримувати від нього прибуток;
- по-друге, зв'язки трудового колективу як всередині єдиного майнового комплексу, так і у відношеннях з іншими особами та органами у зовнішніх - підприємницьких відносинах;
- по-третє – традиції, які склалися у трудовому колективі, деякі корпоративні групові інтереси (практика росту по службовій драбині, відношення до якості продукції фірми);
- по-четверте – сформована управлінська група осіб та наявність апробованих форм та засобів управління єдиним майновим комплексом.

Також можна виділити і негативні ознаки людського субстрату у складі підприємства:

- по-перше – соціально виправдана складність переорієнтації або зміни особистісного фактору при зміні сфери діяльності підприємства, втілення нових методів організації виробництва та праці;
- по-друге – встановлена психологічна установка, думка більшої кількості працівників, пов'язана з ідеологічно завищеною і в деякій мірі невиправданою думкою трудового колективу щодо управління підприємством;
- по-третє – встановлену десятиліттями систему адміністративного підпорядкування і відсутності навичок самостійного прийняття рішень працівниками;
- по-четверте – ненадання організаційної, економічної і правової свободи від державних органів, які необхідні підприємству для участі у підприємницькій діяльності;
- по-п'яте – "інстинктивний страх" навіть виправданих і легальних надвисоких заробітків середньо-управлінського персоналу, що проявляється у незацікавленості застосування праці робітників до засобів виробництва.

Людський фактор, особистісний момент – поняття термінологічного характеру, зовсім не означає, що працівники як такі, входять до складу єдиного майнового комплексу і можуть бути продані, здані в оренду (наслідувати долю підприємства).

Законодавець безумовно захищає працівників перед власником-роботодавцем шляхом встановлення конституційних і трудових прав, соціальних гарантій працівників (наприклад, при переході права власності на підприємство від однієї особи до іншої).

На думку Р. Саватьє: "Виробниче підприємство - не лише обладнання, але і людський фактор в основному, звичайно, без обладнання працівники виробляли б набагато менше цінностей, але без людського субстрату обладнання було б зовсім безрезультатним. Людська праця змушує підприємство працювати, збагачує його розумом та волею учасників виробничого процесу, розумом та волею, які є характерними для їх особистостей".

Слід відзначити, що спеціалізація підприємства є його характерною особливістю та одночасно виступає і як спосіб (форма) участі у підприємницькій діяльності. Практика свідчить, що початкове призначення єдиного майнового комплексу і є найбільш економічно ефективним, тому зміна напрямку

діяльності підприємства новим його власником є однією із соціальних гарантій працівників. Призначення підприємства як єдиного майнового комплексу і його місце в підприємницькому обігу зумовлюють значний вплив на формування майнових відносин, характер самих речей та їх підбір. Відповідним чином функціонує спеціально підібраний та підготовлений персонал, який є одним з основних критеріїв прояву підприємства. Безумовно спеціалізацію підприємства можна розглядати як позитивний елемент, якщо вона виступає в колі основного фактора для отримання максимального прибутку власником.

Отже, підсумовуючи все вище сказане, можна зробити висновок, що єдиний майновий комплекс як об'єкт цивільних прав являє собою не законсервоване у виробничих спорудах обладнання, а діючий у часі механізм, що спрямований на отримання прибутку. Не просто сукупність майна, а майно, яке фактично бере участь у підприємницькому обігу. Таку участь не можна здійснити без людського фактору, який і приводить весь майновий механізм в рух і спрямовує у потрібному напрямку для отримання прибутку.

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ СУБ'ЄКТА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Закорецька Г.

Київський національний університет ім. Т. Шевченка

Україна, прагнучи утвердити засади правової державності повинна надійно забезпечити права і свободи людини і громадянина, в тому числі і на результати її інтелектуальної, творчої діяльності. Надійний правовий захист результатів об'єктів інтелектуальної власності є умовою вступу України до СОТ. На сьогоднішній день, напевно, вже ніхто не буде спростовувати ту думку, що саме майнові права суб'єкта інтелектуальної власності є тим потужним імпульсом, який дає йому заряд творчої активності. Тому суб'єктивні майнові права інтелектуальної власності мають бути не тільки продекларовані законом, вони повинні бути наповнені реальним змістом і, саме головне, ці права мають виконуватися.

Раціоналізаторська пропозиція є об'єктом інтелектуальної власності, а отже, суб'єкт права інтелектуальної власності на раціоналізаторські пропозиції також повинен мати надійний і ефективний захист своїх майнових прав.

Конституція України гарантує захист інтелектуальної власності, моральних і матеріальних інтересів (ст. 54). Але в Україні ще не проголошені чітко права раціоналізаторів. Ще немає закону про раціоналізацію. Четверта книга Цивільного кодексу, що присвячена праву інтелектуальної власності, взагалі не згадує про винагороду за використання об'єкта промислової власності. Ніби винагорода за використання об'єкта промислової власності настільки незначне питання, що про нього не варто говорити в Цивільному кодексі. Правда, в ст. 1109 Цивільного кодексу йдеться про плату за використання об'єкта промислової власності за ліцензійним договором.

Очевидно, основні майнові, трудові та інші права і пільги авторів раціоналізаторських пропозицій мають бути визначені в законі про раціоналізацію. На відміну від чинних законів України про інтелектуальну власність закон про раціоналізацію має чітко і однозначно проголосити основним майновим правом інтелектуальної власності на раціоналізаторську пропозицію - право на винагороду за її використання.

Раніше чинне законодавство містило чіткий механізм обчислення, порядку та строків виплати винагороди за використання раціоналізаторської пропозиції. Цей механізм навряд чи придатний для застосування в сучасних умовах. Проте право на винагороду за використання раціоналізаторських пропозицій завжди хвилювало раціоналізаторів. В.А. Шумейко із Сміли писав: "Теперь все неспособные к творчеству на предприятии видят в рационализаторе чуть ли не своего врага".

Основною принциповою засадою механізму визначення порядку обчислення, порядку та строків виплати винагороди за використання раціоналізаторської пропозиції має бути принцип, за яким винагороді підлягає будь-яка пропозиція, в тому числі і незначна.

Розмір винагороди за використання раціоналізаторської пропозиції має обумовлюватися економічним та іншим позитивним ефектом, який юридична особа одержує від використання пропозиції. Досвід дії цього механізму в минулі роки показав, що не слід централізувати визначення розміру винагороди, порядку та строків її виплати. Юридичній особі, яка використовує раціоналізаторську пропозицію, на місці видніше як визначити позитивний ефект від використання пропозиції і на цій основі розмір винагороди, строки та порядок її виплати.

Проте, є раціоналізаторські пропозиції міжрегіонального, галузевого, міжгалузевого та державного значення. Стосовно таких раціоналізаторських пропозицій мають бути вироблені правила визначення позитивного ефекту від їх використання і на цій основі визначення розміру винагороди, порядку та строків її виплати.

Проблемним питанням, яке має знайти розв'язання в майбутньому законі про раціоналізацію, стане, хто, а саме який державний орган буде займатися підрахуванням позитивного ефекту, одержаного від використання зазначених раціоналізаторських пропозицій. Хто буде визначати розмір винагороди і з яких фондів її виплачувати.

© Закорецька Г., 2006

На сьогодні в Україні поки що немає центрального виконавчого органу, який би займався проблемами раціоналізації на державному рівні. Очевидно, в найближчі роки його і не буде. Ці функції повинен взяти на себе або Державний департамент інтелектуальної власності або якийсь інший державний орган.

Ще одна досить серйозна проблема, пов'язана з винагородою за використання раціоналізаторських пропозицій, це проблема строків, протягом яких виплачується винагорода за використання раціоналізаторських пропозицій. Законодавством про раціоналізацію минулих років виплата винагороди за використання раціоналізаторських пропозицій передбачалась протягом двох років від початку використання.

Зазначена норма відтворена і в проекті Типового положення про раціоналізаторські пропозиції в Україні (розділ V). Але постає резонне запитання, чому виплата винагороди за використання раціоналізаторської пропозиції обмежується лише двома роками. Правда, зазначена норма уточнювалася: протягом двох років використання, а якщо використання було менше двох років, то протягом строку використання.

Але ж якщо раціоналізаторська пропозиція використовується більш тривалий строк, і, отже , від такого використання юридична особа одержує певний позитивний ефект, то на якій підставі право раціоналізатора обмежується лише двома роками. Адже користувач раціоналізаторської пропозиції одержує користь від її використання.

Слід наголосити, що Методичні рекомендації по організації і проведенню раціоналізаторської роботи на підприємствах Російської Федерації орієнтують підприємства на виплату винагороди за використання раціоналізаторських пропозицій на умовах, передбачених договором між раціоналізатором і юридичною особою, яка використовує пропозицію.

Методичні рекомендації України подібної норми не містять. Проте, ст. 1109 Цивільного кодексу також передбачає можливість в ліцензійному договорі визначати розмір, порядок і строки виплати за використання об'єкта права інтелектуальної власності, а також інші умови, які сторони вважають за доцільне включити в договір.

Раціоналізаторська пропозиція є одним із об'єктів права інтелектуальної власності і, отже, чинність ч. 3 ст. 1109 Цивільного кодексу поширюються і на неї, крім того, договір між раціоналізатором і юридичною особою про використання раціоналізаторської пропозиції можна розглядати як ліцензійний договір.

Підсумовуючи сказане і на основі аналізу наведених норм напрошується висновок – пропозиція. Винагорода за використання раціоналізаторської пропозиції повинна виплачуватись протягом строку її використання. Якщо раціоналізаторська пропозиція використовується протягом п'яти – десяти років, протягом цього строку має виплачуватися раціоналізатору винагорода. Це має стати принциповою засадою механізму визначення розміру, порядку та строків виплати винагороди раціоналізатору.

Розмір винагороди визначається домовленістю сторін, але він повинен бути не меншим мінімального розміру, який буде встановлений майбутнім законом про раціоналізацію.

Як видно з наведених норм уже склалася стійка тенденція розв'язання складного питання визначення розміру винагороди за використання об'єкта промислової власності, в тому числі і за використання раціоналізаторської пропозиції, та порядку і строків її виплати. Ця тенденція не є розв'язанням, а саме розв'язання передали на розв'язання сторін – автора раціоналізаторської пропозиції і юридичної особи, яка почала використання пропозиції.

Такий підхід до даної проблеми видається на перший погляд досить демократичним: хай самі учасники правовідношення розв'язують свої проблеми на основі взаємного консенсусу, взаємної згоди. На мою думку, такий підхід, принаймні, не завжди на користь раціоналізатора. Він може створити раціоналізаторську пропозицію, але не завжди може сам визначити її позитивний ефект. Для цього потрібні відповідні фахівці – економісти, фінансисти, юристи та інші фахівці. Таких фахівців і таких знань раціоналізатор не має, але вони є у юридичної особи, яка прийняла пропозицію до використання. При укладенні договору сторони знаходяться не в рівному становищі, - перевага на боці юридичної особи. Раціоналізатору не легко буде довести справжній позитивний ефект, який може дати раціональне використання раціоналізаторської пропозиції.

Тому, видається, доцільним, щоб в законі про раціоналізацію була розроблена певна схема визначення розміру винагороди за використання раціоналізаторської пропозиції. Для вироблення такої схеми мають бути залучені економісти, фінансисти, юристи та інші фахівці. Зазначена схема повинна лише допомагати раціоналізатору при визначенні розміру винагороди, але вона не повинна зв'язувати юридичну особу у цих діях.

Таким чином, право інтелектуальної власності на раціоналізаторську пропозицію та інші пільги раціоналізатора, передбачені чинним законодавством є основною рушійною силою розвитку раціоналізації в Україні. Чим краще буде забезпечений раціоналізатор конкретними і реальними, передусім майновими правами та іншими пільгами, тим активніше і успішніше буде розвиватися раціоналізація. Ефективність раціоналізаторської діяльності знаходиться в прямій залежності від реальності наданих суспільством раціоналізатору прав і пільг.

ПРАВОВА ПРИРОДА БЕЗДОКУМЕНТАРНИХ ЦІННИХ ПАПЕРІВ: ТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ

Кохановська О.

Київський національний університет ім. Т. Шевченка

Надзвичайно дискусійними можна назвати на сьогодні також проблеми, пов'язані з таким об'єктом цивільних прав, як бездокументарні цінні папери.

Ці об'єкти не знайшли місце серед об'єктів права власності у законодавстві і не набули чіткого визначення, тому на сьогодні існують діаметрально протилежні точки зору з приводу принципово нового об'єкта правовідносин – бездокументарних цінних паперів.

"Документарні й бездокументарні цінні папери є закріпленими чинним законодавством формами виникнення і подальшого функціонування єдиного об'єкта цивільних прав. Поява в цивільному обороті бездокументарної форми випуску і обігу цінних паперів обумовила формування такого нового правового засобу і категорії цивільного права, як рахунок у цінних паперах і кліринг. Притаманний цінним паперам усіх форм випуску тісний правовий зв'язок між майновим правом і способом фіксації права є ознакою, що зберігає конститутивний характер і для бездокументарної форми їх випуску," – відмічає В. Яроцький.

Автори визначають цінні папери як специфічний об'єкт права власності, який виражений у документарній або бездокументарній формі, юридична природа якого визначається формою вираження, яка залежить від виду цінних паперів, і така, що надає відповідному суб'єкту права майнові і немайнові права.

Бездокументарні цінні папери – це, без сумніву, специфічний об'єкт права, який виражений через посередництво юридичної фікції – абстрактного документа (тобто виражена у бездокументарній формі), юридична природа якого визначається подібною формою виразу і залежить від виду цінних паперів, і така, що надає відповідному суб'єкту права майнові і немайнові права.

Подібне визначення дозволяє, на думку його автора вивести сутність цінного паперу, тобто саме по собі об'єктивне її розуміння як єдиної сукупності речових і зобов'язальних прав, за якої знищується чітка межа між абсолютними і відносними правами.

Ми вважаємо, між тим, що питання полягає в тому, що ні цінні папери як документ, ні бездокументарні цінні папери не можна розглядати як об'єкти цивільних прав без врахування їх нематеріальної складової - інформації.

Саме це об'єднує підходи як до класичного виду документарних цінних паперів, так і до їх бездокументарної форми – найціннішим залишається саме інформація, яка вкладається у матеріальну або електронну форму, тобто своєрідний „футляр".

Ми заперечуємо проти віднесення цих видів об'єктів до речових прав, до речей чи майна, відводячи їм місце, як це зазначено на сьогодні у ЦК, серед специфічних об'єктів цивільних прав, правова природа яких ще до кінця не визначена.

Єдність підходу до обох видів цінних паперів підтверджує і теза А.А. Маковського, який зазначає, що „необхідність однозначного підходу до регулювання угод з документарними і бездокументарними цінними паперами буде особливо очевидною в тому випадку, якщо цінні папери одного виду в межах однієї емісії будуть випускатися як у документарній, так і бездокументарній формі."

Загалом, якщо певною мірою можна погодитись з українським законодавцем в тому, що документарні цінні папери можуть бути у власності, враховуючи відповідні реквізити і встановлену форму (ст. 194 ЦК), то питання про власність на бездокументарні цінні папери – дискусійний.

Так, Е. Суханов стверджує: „Зрозуміло, що бездокументарні цінні папери не можуть бути об'єктом права власності, оскільки на відміну від класичних цінних паперів не є речами. У зв'язку з цим їх використання у цивільному обороті потребує спеціальних правил, а не традиційних норм, які розраховані на обіг речей – предметів матеріального світу."

© Кохановська О., 2006

На нашу думку, застосування терміну „власність” у законодавчому регулюванні і правозастосовчій практиці до бездокументарних цінних паперів є таким же умовним, як і до результатів творчої діяльності. Тут так само простежується суб’єктивна прив’язка прав до особистості, що відрізняє в цілому інформаційні права, в тому числі – права інтелектуальної власності.

Слід також підкреслити, що на підтвердження останньої тези можуть слугувати ознаки, які притаманні бездокументарним цінним паперам (хоча ці ознаки характерні і для документарних цінних паперів певною мірою):

1. втрата схожості з одним із способів передачі речових прав;
2. втрата безпосереднього зв’язку між документом і посвідченим у ньому правом;
3. навпаки, виникає новий зв’язок між ідеально існуючою інформацією, як абстракцією і правами, що надаються.

Не можна, на нашу думку, погодитись з ідеями, висловленими у літературі, про те, що „слід було б відмовитись від вузького трактування розглядуваного терміну у ст. 209 ЦК (РФ) і включити у зміст поняття „майно” нематеріальні об’єкти у вигляді певної абстракції, яка надає права.”

Показово, що і самі автори згодні з тим, що „безумовно вимагає обережності будь – яке з’ясування даного терміну, очевидно одне – неприйнятне універсальне трактування майна.”

Ми переконані, що прирівнювання нових об’єктів цивільних прав до майна, речей не тільки не буде сприяти вирішенню проблемних питань, але, замість того, щоб прискорити їх вирішення, може їх затримати і ускладнити. Підтвердженням тому є той факт, що навіть втрата форми цінним папером вже призвела до того, що перед доктриною виникло завдання: піти по одній з двох взаємовиключних шляхах – обґрунтувати появу нового об’єкта цивільних прав або визнати наявність нематеріальних речей – теж нового і чужого для українського цивільного права об’єкта цивільних прав.

Ці та ще багато інших особливостей інформації, про які буде мова нижче, не дають підстав до спрощення цього без перебільшення багатогранного явища.

ПРОБЛЕМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО СТАНОВИЩА ГОСПОДАРСЬКИХ ОБ'ЄДНАНЬ В УКРАЇНІ

Кравець І.

Київський національний університет ім. Т. Шевченка

З переходом України до засад ринкової економіки, переосмислюється надзвичайно багато явищ, які існували за часів планово-розподільчої економіки часів колишнього Радянського Союзу. Безперечно, до них належить і створення господарських об'єднань, які виконували роль проміжної ланки управління між підприємствами та структурними підрозділами органів державної влади з певних галузей народного господарства.

Перш за все, слід відзначити, що причини та умови виникнення господарських об'єднань в Україні та в зарубіжних країнах відрізняються.

В СРСР, до складу якого входила Україна, господарські об'єднання виконували роль проміжної ланки управління між підприємствами і управліннями органів державної влади, які управляли певною галуззю народного господарства. Доктрина розвитку народного господарства у радянський період базувалася на плановій економіці, концентрації виробництва і централізації системи управління.

В зарубіжних країнах господарські об'єднання виникали з метою об'єднання капіталів для ефективного здійснення господарської діяльності, вони створювалися як у результаті поглинань, так і внаслідок договірних форм з метою розширення інвестиційних можливостей юридичних осіб, які входять до господарського об'єднання, спрощення розрахунків між ними, диверсифікацій виробництва. Найважливішим принципом при створенні господарських об'єднань була максимальна ефективність виробництва (зниження затрат, підвищення об'ємів випуску продукції і максимізації прибутку).

У зв'язку з тим, що сьогоднішньому етапі розвитку України значного поширення набули господарські об'єднання, тому необхідним є вдосконалення господарського законодавства, яке регулює їх правове становище. Ми вважаємо, що проблеми, які виникають у процесі функціонування господарських об'єднань часто пов'язані саме з безсистемністю та прогалинами у чинному законодавстві.

Відомо, що вдосконалення господарського законодавства здійснюється за такими напрямами – за змістом, за формою, за системою.

Перший з названих напрямків передбачає врегулювання нових для економіки країни відносин та коригування регулювання відносин, що вже зазнали правового регулювання, з метою усунення прогалин, колізій, застарілих норм, а загалом – забезпечення адекватності правового регулювання сучасному стану господарських відносин.

Перш за все, слід відзначити, що глава 12 „Об'єднання підприємств" розділу ІІ Господарського кодексу України (далі – ГК України) регулює порядок створення та організацію діяльності господарських об'єднань. Ми вважаємо, що назва даної глави ГК України не відповідає її змісту, тобто не відображає тих правовідносин, які врегульовує глава 12 ГК України.

Відповідно до ч. 2 ст. 55 ГК України суб'єктами господарювання є:

1. господарські організації – юридичні особи, створені відповідно до Цивільного кодексу України, державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до цього Кодексу, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку;
2. громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці.

Проте, право на створення об'єднань відповідно до чинного законодавства мають не лише підприємства, а й інші суб'єкти господарювання, перераховані у п. 1 ч. 2 ст. 55 ГК України, тобто, ми вважаємо, що назва глави „об'єднання підприємств" є не повною, слід вище зазначену главу ГК України назвати „Господарські об'єднання".

© Кравець І., 2006

В цьому контексті вважаємо, що неточною є назва ст. 126 ГК України «Асоційовані підприємства. Холдингові компанії». Відповідно до ч. 4, 5 ст. 62 ГК України підприємство є юридичною особою, має відокремлене майно, самостійний баланс, рахунки в установах банків, печатку із своїм найменуванням та ідентифікаційним кодом. Підприємство не має у своєму складі інших юридичних осіб.

Відповідно до ч. 1 ст. 126 ГК України асоційовані підприємства (господарські організації) - це група суб'єктів господарювання - юридичних осіб, пов'язаних між собою відносинами економічної та/або організаційної залежності у формі участі в статутному фонді та/або управлінні. Залежність між асоційованими підприємствами може бути простою і вирішальною. Тобто, слід зробити висновок, що хоча підприємство, відповідно до чинного господарського законодавства, не має у своєму складі інших юридичних осіб, асоційовані підприємства визначаються як група суб'єктів господарювання – юридичних осіб, зрозумілим, що даним положенням закріплюється теза, що до складу асоційованих підприємств входять інші юридичні особи. Проблеми у назві ст. 126 ГК України є ще й тому, що там вказується «Асоційовані підприємства. Холдингові компанії», проте відповідно до ч. 5 ст. 126 ГК України - суб'єкт господарювання, що володіє контрольним пакетом акцій дочірнього підприємства (підприємств), визнається холдинговою компанією. Між холдинговою компанією та її дочірніми підприємствами встановлюються відносини контролю-підпорядкування відповідно до вимог цієї статті Кодексу та інших законів. Зважаючи на визначення асоційованого підприємства як групи суб'єктів господарювання – юридичних осіб, холдингова компанія не є видом асоційованого підприємства.

На нашу думку, доцільною була б така назва статті 126 ГК України, яка б забезпечила однозначність правничої термінології, що ми вважаємо є необхідним – «Асоційовані підприємства».

Відповідно до ч. 2 ст. 123 ГК - майно передається об'єднанню його учасниками у господарське відання або в оперативне управління на основі установчого договору чи рішення про утворення об'єднання. Вартість майна об'єднання відображається у його балансі.

Подібна норма відповідає відносинам, які складаються щодо господарських об'єднань, створюваних в розпорядчому порядку (в т.ч. державних і комунальних), але обмежує можливості суб'єктів підприємницької діяльності, позбавляючи їх права при створенні добровільного господарського об'єднання застосовувати право власності - як правовий титул майна, останній забезпечує більш значний рівень самостійності, ніж право господарського відання та право оперативного управління.

Комплексно проаналізувавши норми ГК України можна прийти до висновку, що учасники добровільних господарських об'єднань володіють корпоративними правами.

З огляду на все вище наведене, ми пропонуємо викласти ч. 2 ст. 123 ГК України у наступній редакції: „Майно передається господарському об'єднанню його учасниками у власність, а державному (комунальному) господарському об'єднанню у господарське відання або в оперативне управління на основі установчого договору чи рішення про утворення об'єднання."

Слід відзначити, що відповідно до ч. 1 ст. 119 ГК України залежно від порядку заснування об'єднання підприємств можуть утворюватися як господарські об'єднання або як державні чи комунальні господарські об'єднання.

Проте, ми вважаємо, що не зовсім науково коректно поділяти об'єднання підприємств на господарські об'єднання та державні чи комунальні господарські об'єднання, оскільки відбувається невідповідність родового і видового понять. Оскільки, наприклад, господарському об'єднанню відповідно до ч. 2 ст. 119 ГК властива ознака добровільності створення, державному (комунальному) господарському об'єднанню не властива така ознака, тому не виправданим є такий поділ господарських об'єднань.

На нашу думку, слід поділяти господарські об'єднання на ті, що створюються у добровільному і розпорядчому (примусовому) порядку, що доцільно відобразити у ГК, виклавши ч. 1 ст. 119 ГК України в такій редакції: «Залежно від порядку заснування господарські об'єднання поділяються на добровільні і ті, що створені у розпорядчому (примусовому) порядку. Добровільні господарські об'єднання створюються шляхом вільного волевиявлення їх засновників, що фіксується у засновницькому договорі та/або підписаному усіма засновниками статуті об'єднання. До господарських об'єднань, створених у розпорядчому (примусовому) порядку належать об'єднання підприємств (господарських організацій) одного власника (в т.ч. державні та комунальні господарські об'єднання), який приймає рішення про створення і затвердження його статуту, а також холдинги,

створені шляхом поглинань, заснування однією холдинговою (материнською) компанією двох і більше дочірніх господарських товариств (підприємств) та в інших випадках, передбачених законом».

Також необхідно поділяти господарські об'єднання на ті, учасники яких, як правило не пов'язані фінансовою залежністю (асоціації, корпорації, консорціуми, фінансово-промислові групи) та об'єднання, учасники яких пов'язані фінансовою залежністю, до них зокрема відносяться концерни і холдингові компанії, цю думку підтверджує визначення цих господарських об'єднань у ГК (ч. 5 ст. 120 ГК та ч. 5 ст. 126 ГК).

В залежності від наявності у господарських об'єднань статусу юридичної особи, господарські об'єднання класифікуються на: 1) господарські об'єднання, що мають статус юридичної особи (асоціації, корпорації, консорціуми та концерни); 2) господарські об'єднання, що не мають статус юридичної особи - промислово-фінансові групи та холдинги (холдингова компанія з мережею дочірніх підприємств).

Слід відзначити, що на рівні окремого Закону України, на сьогодні, врегульований лише порядок створення та організація діяльності такої форми господарських об'єднань як промислово-фінансових груп. Правове становище асоціацій, корпорацій, консорціумів та концернів врегульовано лише у Господарському кодексі України та окремих нормативно-правових актах. Порядок створення та організації діяльності холдингів врегульоване у ст. 126 ГК України та приватизаційному законодавстві.

Безперечно, кодекс – це стрижневий нормативно-правовий акт кожної галузі законодавства, тому у ньому не може і не повинні бути передбачені всі особливості, що характеризують ту чи іншу форму господарського об'єднання. Тому, вбачається доцільним і логічним прийняття Закону України „Про господарські об'єднання", оскільки безсистемність та неповнота правового регулювання щодо суб'єктів організаційно-господарських повноважень є істотною вадою господарського законодавства і негативно позначається на правозастосовчій практиці. У майбутньому Законі України „Про господарські об'єднання" повинні врегулюватися порядок створення різних форм господарських об'єднань, їх правовий режим майна, порядок управління господарськими об'єднаннями, відповідальність.

ВИНИКНЕННЯ ГРОШОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА СІМЕЙНО-ПРАВОВИМИ ДОГОВОРАМИ

Лепех С.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Однією із переваг реформування сімейного законодавства України є розширення можливостей договірного регулювання сімейних відносин в майновій сфері. Впровадження нових договірних механізмів обумовлює необхідність окреслення загальних засад застосування на практиці сімейно-правових договорів, визначення їх особливостей у порівнянні із цивільно-правовими договорами, з'ясування визначених законом меж свободи такої домовленості між членами сім'ї, родичами. Викликає інтерес також і дослідження питання особливостей виконання зобов'язань, які виникають на підставі таких договорів, насамперед, грошових, оскільки вони є найбільш поширеними.

Значну частину серед договірних форм складають домовленості щодо надання утримання. Можливість укладення таких договорів між подружжям передбачена статтями 78, 99, між батьками щодо утримання дітей – статтями 189, 109 Сімейного кодексу України (далі – СК України). Відсутність у СК України норм, які б визначали особливості загальних положень щодо застосування на практиці категорії «сімейно-правовий договір», специфіку зобов'язань, які виникають на підставі таких юридичних фактів, а також наявність лише загальної характеристики окремих видів цих домовленостей залишає відкритими для дискусії багато питань щодо впровадження визначених законом потенційних можливостей на практиці.

Розглянемо проблеми, які виникають в разі врегулювання на договірних засадах зобов'язань по утриманню батьками дітей. Відповідно до статті 189 СК України батьки мають право укласти договір про сплату аліментів на дитину, у якому визначити розмір та строки виплати. Умови договору не можуть порушувати права дитини, які встановлені цим кодексом. Договір укладається у письмовій формі і нотаріально посвідчується. У разі невиконання одним із батьків свого обов'язку за договором аліменти із нього стягуються на підставі виконавчого напису нотаріуса. На підставі такого договору виникає специфічне правовідношення – грошове зобов'язання по утриманню.

Насамперед, виникає питання щодо суб'єктного складу таких відносин. Закон визначає можливість бути сторонами договору для батьків. Статус дитини у таких відносинах не визначений ані як сторони, ані як третьої особи, ніби вона взагалі не має відношення до вирішення цього питання. Однак, кошти надходять саме для дитини, право на таке утримання є майновим правом дитини, а порядок реалізації цих прав визначений статтею 177 СК України. Зокрема, відповідно до частини 2 цієї статті батьки малолітньої дитини не мають права без дозволу органу опіки та піклування вчиняти такі правочини щодо її майнових прав, які підлягають нотаріальному посвідченню. Отже, договір про сплату аліментів, який стосується майнових прав малолітньої особи, батьки можуть вчиняти лише з дозволу органу опіки та піклування. Якщо ж дитина є уже неповнолітньою, то відповідно до частини 3 цієї ж статті батьки з дозволу органу опіки та піклування мали би давати згоду неповнолітній дитині на вчинення нею такого правочину. Отже, той з батьків, з ким залишається проживати дитина, мав би з дозволу органу опіки та піклування дати згоду їй на укладення такого договору з іншим з батьків, який надаватиме утримання. Очевидно, у такому ж порядку мали би діяти відповідно опікуни та піклувальники дитини. Залишається відкритим і питання подальшої долі таких договірних відносин, коли помирає той з батьків, який виступав в договорі «одержувачем аліментів». Не визначено також, чи могла б неповнолітня дитина, керуючись частиною 2 статті 179 СК України, самостійно одержувати ці аліменти, якщо вона не була стороною цього договору. Отже, визначення суб'єктного складу цього грошового зобов'язання вимагає приведення його у відповідність із обсягом дієздатності мало- та неповнолітніх осіб.

Щодо предмету виконання, то ним відповідно до статті 189 СК України має бути сплата аліментів. З цього приводу теж є низка застережень. По-перше, розмежування в цьому кодексі застосування терміна «утримання» для добровільного виконання обов'язку утримувати членів сім'ї, а терміна «аліменти» – для примусового його виконання не узгоджується із застосуванням терміна «аліменти» для характеристики договірних, тобто добровільних домовленостей між сторонами. По-друге, положення статті 189 щодо «сплати аліментів», тобто можливості надання утримання лише в

© Лепех С., 2006

грошовій формі не узгоджується зі статтею 181 СК України, яка передбачає, що способи виконання батьками обов'язку утримувати дитину визначаються домовленістю між ними, і далі – в грошовій і (або) натуральній формі. Отже, запропоноване у статті 189 визначення договору значно звужує межі договірної свободи, визначені статтею 181. Видається можливим укладенням такого договору не лише як підстави виникнення грошового зобов'язання по наданню утримання, але утримання в натуральній формі – забезпеченням одягом, продуктами, наданням житла для проживання.

Оскільки умови такого договору не можуть порушувати права дитини, які встановлені кодексом, то на 1 дитину розмір утримання не може бути меншим, ніж 30% прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку. Конкретний розмір цього утримання має визначатися у відсотках від заробітної плати платника, або заробітної плати та інших його доходів, на які може бути звернено стягнення, або у твердій грошовій сумі з відповідною індексацією, або у сумі, еквівалентній певній сумі іноземної валюти, або шляхом поєднання відсотків від доходів з твердою грошовою сумою, або з визначенням чіткого переліку майна, яке має передаватися в якості утримання. Ця умова може бути виписана в договорі на засадах альтернативного зобов'язання відповідно до статті 539 ЦК України, коли право вибору предмета виконання може належати як боржникові, так і кредиторові. В разі, якщо грошове зобов'язання буде визначене із еквівалентом в іноземній валюті, то при його виконанні слід керуватися вимогами статті 533 ЦК України про застосування офіційного курсу валюти на день платежу, якщо інше не передбачено договором.

Належність виконання даного грошового зобов'язання характеризуватиметься також вчасністю передачі відповідної суми чи майна. Періодичність виконання має визначатися теж в договорі – щотижня, щокварталу, щомісяця; у певне число, день тижня чи не пізніше певного числа. Прострочка такого виконання може мати наслідком сплату неустойки у розмірі, визначеному цим же договором. Доцільним є також обмеження максимального розміру такої пені, оскільки невизначеність цієї умови матиме наслідком застосування положень Закону України від 22.11.1996 року «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» щодо обмеження максимального розміру пені подвійною обліковою ставкою НБУ. Дострокове виконання цього зобов'язання без згоди кредитора є недопустимим, виходячи із самої його суті (стаття 531 ЦК України).

Щодо місця виконання такого грошового зобов'язання, то при відсутності інших вказівок в договорі слід застосовувати положення статті 532 ЦК України, відповідно до якого воно підлягає виконанню за місцем проживання кредитора. Обов'язок щодо сповіщення боржника про зміну місця проживання кредитора повинен бути теж обов'язково закладений в договорі.

Важливими і такими, що потребують вирішення як на законодавчому, так і на договірному рівні, питання щодо зміни та припинення цих специфічних зобов'язань. Зокрема, слід підкреслити можливість передбачити в договорі право на односторонню відмову від такого договору як платника, так і одержувача утримання.

З'ясування шляхів вирішення окреслених проблем, пошук нових варіантів більш вдалого правового регулювання цих відносин, узгодження положень різних статей того ж Сімейного кодексу України, запозичення позитивного досвіду договірного регулювання аліментних відносин в інших країнах забезпечить створення оптимальних умов реалізації прав дитини в сім'ї.

ДЖЕРЕЛА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ НА ПРОВЕДЕННЯ ПРОЕКТНИХ ТА ПОШУКОВИХ РОБІТ

Лукасевич–Крутник І.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Цивільний кодекс України у § 4 Глави 61 як один із різновидів договору підряду закріпив договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт.

В науковій літературі дослідженню цього договору присвячено недостатньо уваги. Насамперед потребує аналізу питання правового регулювання договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт, яке в сьогоднішніх умовах переходу до ринкової економіки набуває актуального значення.

Закріплення даного договору в системі договорів, визначеній Цивільним кодексом України, є новелою, оскільки Цивільний кодекс 1963 р. про такий договір не згадував. Проте договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт не є цілком новою конструкцією. В законодавстві Союзу РСР він згадувався як договір на виконання проектних і розвідувальних робіт і регулювався Правилами про договори на виконання проектних і розвідувальних робіт від 25 травня 1959р., затвердженими Держбудом СРСР, Держпланом СРСР та Міністерством фінансів СРСР. Виходячи зі змісту Постанови Верховної Ради України «Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР», цей підзаконний нормативний акт і сьогодні є чинним на території України та поширює свою дію на відносини, які не врегульовані законодавством України, за умови, що норми правил не суперечать Конституції України та законам України.

Розміщення договору на проведення проектних та пошукових робіт окремим параграфом у Главі 61 Цивільного кодексу України поряд з побутовим та будівельним підрядом дало можливість уникнути дискусії про правову природу цього договору, яка була невизначеною в радянському законодавстві.

Договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт присвячена стаття 324 Господарського кодексу України, де він має назву «договір підряду на проведення проектних і *досліджуваних* (курсив автора) робіт». Це не єдиний вияв недосконалості законодавчої техніки. Так, у деяких підзаконних нормативних актах роботи, які виконуються за цим договором, називають „проектно-*вишукувальними* (курсив автора) роботами”. Тому пропонуємо внести зміни до законодавства України – усунути відмінності у назві договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт і замінити існуючі назви досліджуваного договору єдиною – договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт.

Окрім кодифікованих актів, правове регулювання відносин, які виникають з приводу проведення проектних та пошукових робіт, здійснюється спеціальними законами України.

Так, Закон України «Про архітектурну діяльність» від 20 травня 1999р. визначає правові засади проведення проектних робіт, порядок укладення сторонами договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт, а також деталізує норми ст. 888 ЦК України, визначаючи, що вихідними даними для проектування є:

1. архітектурно-планувальне завдання;
2. завдання на проектування;
3. технічні умови щодо інженерного забезпечення об’єкта архітектури.

Вихідні дані складаються на підставі затвердженої містобудівної документації та місцевих правил забудови населених пунктів, які розробляються на основі вимог, встановлених відповідно Законами України «Про основи містобудування» від 16 листопада 1992р. , «Про планування та забудову територій» від 20 квітня 2000р.

Окремі питання проведення проектних та пошукових робіт регулюються підзаконними нормативними актами, зокрема Постановами Кабінету Міністрів України, серед яких: Порядок надання архітектурно-планувального завдання та технічних умов щодо інженерного забезпечення об’єкта архітектури і визначення розміру плати за їх втдачу від 20 грудня 1999р. № 2328; Порядок затвердження інвестиційних програм і проектів будівництва та проведення їх комплексної державної

© Лукасевич–Крутник І., 2006

експертизи від 11 квітня 2002р. № 438; Порядок державного фінансування капітального будівництва від 27 грудня 2001р. № 1764; Порядок проведення архітектурних та містобудівних конкурсів від 25 листопада 1999р. № 2137 та ін.

Особливістю правового регулювання договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт є те, що в даній сфері діють також акти відомчого характеру - державні будівельні норми та правила (далі - ДБН), які замінили собою союзні будівельні норми і правила. Ці акти містять положення, які регулюють порядок укладення та виконання договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт. Хоча за своєю правовою природою державні будівельні норми не є нормативно - правовими актами, а лише нормативним документом (в розумінні ст. 1 Закону України "Про стандартизацію" від 17 травня 2002р.). Адже згідно Декрету Кабінету Міністрів України "Про стандартизацію та сертифікацію" від 10 травня 1993р. вони прирівнюються до державних стандартів України. Проблемою видається і те, що державні будівельні норми не публікуються в офіційних джерелах опублікування і часто є недоступними для пересічного громадянина, який про існування таких норм може й не здогадуватись.

Відповідно до статті 28 Закону України «Про планування та забудову територій» порядок розроблення і затвердження проектної документації на будівництво об'єктів містобудування встановлюється спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади з питань архітектури та містобудування. Такий порядок розроблений у формі ДБН А.2.2-3-97 «Проектування. Склад, порядок розроблення, погодження та затвердження проектної документації для будівництва», затверджених наказам Державного комітету України у справах містобудування і архітектури від 15 серпня 1997р. № 143.

Складовою частиною проектної або іншої технічної документації, яка розробляється підрядником, є кошторисна документація. Порядок складання, узгодження та затвердження кошторисної документації визначений у ДБН Д.1.1-1-2000 «Правила визначення вартості будівництва», затверджених наказом Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики України від 27 серпня 2000р. № 174.

Із визначення договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт, яке міститься у ст. 887 ЦК України, випливає, що цей правочин є оплатним. Сторони визначають вартість проектних та пошукових робіт відповідно до ДБН Д.1.1-7-2000 «Правила визначення вартості проектно-вишукувальних робіт для будівництва, що здійснюється на території України», затверджених наказом Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики України від 14 грудня 2000р. № 285. Ці будівельні норми встановлюють основні правила визначення вартості проектно-вишукувальних робіт для нового будівництва, розширення, реконструкції та технічного переоснащення підприємств, будівель і споруд, ремонту житла, об'єктів соціальної сфери і комунального призначення та благоустрою, а також реставрації пам'яток архітектури і містобудування і носять обов'язковий характер при визначенні вартості проектно-пошукових робіт для об'єктів, будівництво яких здійснюється із залученням бюджетних коштів або коштів підприємств, установ і організацій державної форми власності. На об'єктах, будівництво яких здійснюється із залученням інших джерел фінансування, ці норми носять рекомендаційний характер, і їх застосування може обумовлюватися договором.

Таким чином, значення державних будівельних норм полягає у тому, що вони містять окремі положення, які регулюють відносини за договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт. Питання правового регулювання договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт і надалі залишається ґрунтом для наукових досліджень, які сприятимуть вдосконаленню законодавства України у цій сфері.

ЗНАЧЕННЯ ПОСЛУГИ ЯК ПРАВОВОЇ ТА ЕКОНОМІЧНОЇ КАТЕГОРІЇ

Мірзоян А.

Київський міжнародний університет

Зміни в економічному обороті, що відбувалися в останні роки в Україні, призвели до істотного оновлення вітчизняного цивільного законодавства. У правотворчій діяльності приділяється багато уваги категорії послуг, у цивільному законодавстві з'являються нові види договорів про надання послуг, які раніше були невідомі вітчизняній цивілістичній науці.

Розквіт сфери послуг у світі розпочався у першій половині 60-х років XX сторіччя і продовжується до наших днів.

Для того, щоб з'ясувати зміст та сутність поняття "послуги" як юридико-економічної категорії необхідно проаналізувати функціональні характеристики цього поняття. Багато науковців, як юристів, так і економістів, намагалися розкрити суть даної категорії, охарактеризувати послугу як об'єкт соціальних відносин, що певним чином врегульовані. Це стало особливо актуальним, коли зайнятість населення у сфері послуг почала підвищуватися, а послуги в економіці багатьох країн – займати значну частину валового доходу. Правовому регулюванню цієї проблематики присвячені праці таких авторів, як, Є.Д. Шешенін, М.В. Кротов, А.Ю. Кабалкін, Т.В. Ларіна, Н.П. Індюков та деяких інших.

Чинний Цивільний кодекс України визначає послуги як самостійний об'єкт цивільних прав (ст. 177 ЦК України), хоча, на відміну від інших об'єктів (наприклад, речей – ст. 179 ЦК України, цінних паперів – ст. 194 ЦК України, інформації – ст. 200 ЦК України), не містить їх легального визначення. Немає нормативного визначення послуг і в главі 63 ЦК України "Послуги. Загальні положення".

Незважаючи на те, що законодавець вживає поняття "послуги" не тільки в ЦК України, а й у цілій низці як законодавчих, так і підзаконних нормативно-правових актів, у жодному з них не міститься їх єдине визначення. Уявлення про розуміння послуги законодавцем ми отримуємо із різних норм цивільного законодавства.

Якщо звернутись до етимології слова, то під "послугою", переважно, розуміється: 1) дія, вчинок, що дає користь, допомогу іншому; 2) діяльність підприємств, організацій та окремих осіб, виконувана для задоволення чиїхось потреб; обслуговування; люб'язний вчинок, служіння, слугування. Жодне з цих значень не передає поняття про послугу як правову категорію.

Не зрозумілим є питання, чи можна вважати тотожними категорії "послуга" та "обслуговування". Під обслуговуванням розуміється виконання роботи, функції, пов'язаної із задоволенням чиїхось запитів, потреб. Що ж розуміється під послугою?

Єдиного визначення послуги як предмета договірного зобов'язання з надання послуг не було і в цивільному законодавстві СРСР. Не було його дано і наукою радянського цивільного права. Можна стверджувати, що це пояснюється різноманіттям договорів про надання послуг та відсутністю комплексного дослідження цієї групи договорів.

Послуга як правова категорія, а саме як предмет зобов'язання з надання послуг, у вітчизняній науці була вперше досліджена Є.Д. Шешеніним.

Необхідно зазначити, що в окремих працях були спроби розкрити економічну та юридичну сутність послуги як предмета конкретного зобов'язання.

Послуга в економічному розумінні розглядалася, наприклад, К. Марксом як "особлива споживча вартість праці, що "надає послуги не як річ, а як діяльність". Необхідно звернути увагу на те, що мова тут йшла не про будь-яку діяльність, а лише про ту, що не має упредметненого вираження, тобто нематеріального блага. К. Маркс, за великим рахунком, розрізняв дві категорії послуг:

- "послуги, тобто споживчі вартості, що представляють результат певних видів діяльності або праці", що втілюються в товарах. Послуги цієї категорії надаються особам за договорами підряду;
- послуги, що "навпаки, не залишають дотикальних результатів, що існують окремо від виконавців цих послуг; тобто результат їх не є придатний для продажу товар".

© Мірзоян А., 2006

Послуги останньої категорії можуть надаватися за різноманітними договірними зобов'язаннями на надання послуг (перевезення, доручення, зберігання, комісія та деякі інші). У цивілістичній літературі існує думка, що К. Маркс мав на увазі не те, що послуга не є товаром, навпаки, він вказував, що вона "не є придатним для продажу" товаром, а це – товар особливого роду.

Цікавим, на нашу думку, є те, що визначає товар "як продукт діяльності (включаючи роботи, послуги, а також цінні папери), призначені для реалізації". При цьому, під реалізацією продукції (робіт, послуг) розуміється "господарська операція суб'єкта підприємницької діяльності, що передбачає передачу права власності на продукцію (роботи, послуги) іншому суб'єкту підприємницької діяльності в обмін на еквівалентну суму коштів або боргових зобов'язань". Отже, за цивільним законодавством, послуга – це продукт діяльності, призначений для реалізації, тобто господарської операції суб'єкта підприємницької діяльності, що передбачає передачу права власності на послуги іншому суб'єкту підприємницької діяльності в обмін на еквівалентну суму коштів або боргових зобов'язань. Проте, необхідно зазначити, що ця позиція законодавця є дещо неточною. Так, товар, як уже зазначалось, на законодавчому рівні визначається "як продукт діяльності (включаючи роботи, послуги…), тобто слід розуміти, що роботи і послуги теж є товаром. Однак у радянський період законодавець визначав продукцію "як товари, роботи, послуги". На жаль, у сучасному українському законодавстві немає визначення продукції.

Звернемося до етимології слів "товар", "продукція", продукт". Так, під товаром прийнято розуміти продукт праці, призначений для обміну, що має споживчу й обмінну вартість, продукт праці, призначений для продажу і здатний задовольняти потреби покупця, будь-яка продукція, послуги, роботи, права інтелектуальної власності та інші немайнові права, призначені для продажу. Під продукцією розуміється сукупність продуктів, що є результатом виробництва окремого підприємства, галузі промисловості, сільського господарства або всього народного господарства країни за певний проміжок часу, а також плоди особистої творчості. Між тим, продукт – це предмет (те, на чому зосереджується чиясь увага, на що спрямована чиясь діяльність), що становить результат людської праці, діяльності. На підставі вищезазначеного, можна дійти до висновку, що ширшою є категорія "продукція", яка охоплює товари та результати особистої творчості, а також роботи і послуги як продукти людської праці.

У всіх зобов'язаннях з надання послуг предметом договірного зобов'язання виступає послуга. Що ж вона собою являє?

Є.Д. Шешенін, проаналізувавши економічну сутність відносин при наданні різноманітних послуг, дійшов до висновку, що послуга як предмет договірного зобов'язання, має такі ознаки: 1) послуга – це діяльність особи (фізичної або юридичної), яка надає послугу; 2) надання послуги не створює речового результату; 3) корисний ефект послуги (діяльності) споживається в процесі надання послуги, а споживча вартість послуги зникає. Відповідно до названих ознак Є.Д. Шешенін пропонує визначення послуги "як діяльності тієї або іншої організації, корисний ефект якої не має речового результату і споживається у процесі надання послуги".

У своєму монографічному дослідженні Кротов М.В. розглядає послугу в двох аспектах – як економічну категорію, так і правову категорію. Послуга як економічна категорія представляє собою єдність процесу та продукту праці, а в правовому розумінні послугою є та або інша сторона економічного змісту послуги: або продукт праці або процес праці. Так, послуга як процес праці (обслуговування) виступає як об'єкт трудових правовідносин, під яким розуміється виконання працівником певної трудової функції відповідно до його спеціальності, кваліфікації й посади. Тоді як продукт праці – послуга є об'єктом цивільних правовідносин, під яким розуміється певне благо – результат діяльності, що має властивості товару.

Щуковька О.М. визначає послугу як вид блага, що служить засобом задоволення потреб за рахунок здійснення діяльності (шляхом вчинення дій) одним суб'єктом, у корисних якостях якої і міститься суб'єктивний інтерес іншого суб'єкта, і на яку у останнього виникає право вимоги.

Відповідно до статті 901 ЦК України за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором. Отже, зазначена стаття визначає послугу, точніше, предмет договору про надання послуг, використовуючи категорії "дія" або "діяльність" (надати послугу означає "вчинити дію", "здійснити діяльність").

Аналіз статті 901 ЦК України дозволяє нам дійти висновку, що в послугах сама дія набуває значення явища, що здатне змінити стан предметів матеріального та нематеріального світу. Тут важливим є не виготовлення, обробка, переробка, ремонт речі або виконання іншої роботи з переданням її результату замовникові, що має місце при договорі підряду (ч. 2 ст. 837 ЦК України), а щось, що не має речового результату – продукт дії або діяльності, що не має майнового вираження, тобто сукупність якостей, що має сама дія або діяльність. У цьому і полягає корисний ефект послуги, що задовольняє потребу замовника і споживається в процесі надання, і саме це і є першою ознакою послуги як правової категорії.

Другою істотною ознакою послуги є те, що виконавець не може (і, мабуть, і не повинен) гарантувати певний позитивний результат, оскільки в послугах "продається" (передається) не сам результат, а дії, що призвели до нього. Результат лежить поза межами послуги. Тому, результат може бути позитивним, негативним або повністю відсутнім.

Наступна ознака послуги витікає зі змісту статті 901 ЦК України, згідно з якою виконавець зобов'язується надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, тобто процес надання послуги невідривний від виконавця послуги. Споживання послуги співпадає з процесом її надання. Усе це вказує на таку ознаку послуги, як невіддільність послуги від виконавця послуги.

Важливим є те положення в законодавстві (стаття 901 ЦК України), що виконавець надає послугу за завданням замовника і це є наступною специфічною ознакою послуги. Відповідно і в замовника виникає зобов'язання оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо є його попереднє завдання.

Таким чином, на підставі вищевказаного аналізу можна стверджувати, що послуга є багатостороннім і багатоаспектним явищем. Проблема легального визначення послуги (як об'єкта цивільних прав) залишається поки що відкритою. Проаналізувавши положення законодавства та доктрини, можна запропонувати таке визначення послуги як об'єкту цивільних прав.

Послуга – це специфічний об'єкт цивільних прав, продукт корисної дії або діяльності, що не має майнового вираження, результат якої не має юридичного значення і не може бути гарантованим, яка надається за завданням замовника і передбачає її надання особисто виконавцем і є невіддільним від нього (виконавця).

ОСКАРЖЕННЯ ЗАОЧНОГО РІШЕННЯ ЗА НОВИМ ЦПК УКРАЇНИ

Навроцька Ю.

Львівський національний університет ім. І. Франка

У випадку неявки відповідача в судове засідання та неповідомлення ним причин такої неявки за згодою позивача новим ЦПК України допускається заочний розгляд справи. Ухвалене за результатами такого розгляду цивільної справи рішення за формою та змістом нічим не відрізняється від рішення суду, постановленого у звичайному порядку. Єдина особливість – специфіка оскарження таких судових рішень.

Відповідно до ст. 228 ЦПК України заочне рішення може бути переглянуте судом, що його ухвалив, за письмовою заявою відповідача. Таким чином, законодавство імперативно визначає, що право подати заяву про перегляд заочного рішення належить лише відповідачу. Встановлюючи такий спосіб оскарження заочного рішення, законодавець відступив від передбаченого ч.2 ст. 218 ЦПК України принципу незмінності постановленого рішення, який не дозволяє суду скасовувати чи змінювати власне рішення. Варто погодитися, що такий підхід є об'єктивно необхідним та справедливим; можливість оскарження заочного рішення до суду, який його ухвалив, виступає гарантією захисту прав відповідача від зловживань зі сторони позивача в цивільному процесі; спрощений спосіб оскарження розглядають як компенсацію за те невигідне становище, в якому опинився відповідач при розгляді справи у його відсутності.

Заява про перегляд заочного рішення може бути подана протягом десяти днів з дня отримання його копії. Тобто процесуальний строк реалізації права відповідача на звернення із заявою про перегляд заочного рішення до суду, що його ухвалив, обчислюється не з моменту проголошення рішення суду (класичний порядок оскарження судових рішень), а з моменту інформування відповідача про винесене щодо нього рішення. Слід наголосити, що процесуальне законодавство не встановлює чітких правил щодо порядку повідомлення про заочне рішення. Ст. 227 ЦПК України передбачає, що відповідачам, які не з'явилися в судове засідання, направляється рекомендованим листом із повідомленням копія заочного рішення не пізніше п'яти днів з дня його проголошення. Однак при такому формулюванні виникає як мінімум два запитання: чи необхідним є вручення копії заочного рішення особисто самому відповідачу, а також яким чином повідомляти про заочне рішення відповідачам, місце проживання яких невідоме? Щодо першого питання, то варто погодитися з позицією, що для оголошення заочного рішення слід вважати цілком достатньою доставку його копії, при неможливості вручити її особисто відповідачу, в його місце проживання (перебування чи роботи) або місцезнаходження – вручення слід проводити за загальними правилами про судові виклики та повідомлення. Надсилаючи копію заочного рішення рекомендованим листом із повідомленням, суди, очевидно, користуватимуться послугами органів зв'язку, які, в свою чергу, керуватимуться загальними правилами доставки поштової кореспонденції. При такому підході легко дати відповідь і на друге запитання: якщо до порядку повідомлення про заочне рішення застосовувати загальні вимоги щодо судових викликів та повідомлень, то, виходячи з ч. 9 ст. 74 ЦПК України, повідомляти про заочне рішення відповідача, місце проживання або місцезнаходження якого невідоме, слід шляхом публікації в пресі.

Статтею 229 ЦПК України встановлено вимоги щодо змісту заяви про перегляд заочного рішення. Оскільки заява про перегляд заочного рішення характеризується властивостями не скарги на суд, а клопотання, зверненого до суду, то у заяві про перегляд заочного рішення зовсім не вимагається, як щодо апеляції (п. 5 ч.2 ст. 295 ЦПК України), зазначати, в чому полягає незаконність і (або) необгрунтованість рішення, а необхідно лише зазначити клопотання про перегляд заочного рішення - на тій підставі, що відповідач обов'язок повідомляти суд про причини неявки в судове засідання (ч. 2 ст. 77 ЦПК України) не виконав з поважних причин.

ЦПК України чітко визначає наслідки недотримання відповідачем при поданні заяви про перегляд заочного рішення вимог закону щодо її форми та змісту. В таких випадках застосовуватимуться такі інститути цивільного-процесуального права, як залишення заяви про перегляд заочного рішення без руху з наданням строку на усунення недоліків та повернення заяви.

© Навроцька Ю., 2006

Слід наголосити на тому, що прийняття належно оформленої заяви про перегляд заочного рішення не тягне за собою автоматичного визнання заочного рішення недійсним. Заява про перегляд заочного рішення за ЦПК України розглядається в судовому засіданні із повідомленням осіб, які беруть участь у справі. За результатами розгляду такої заяви суд, оцінивши аргументи відповідача щодо поважності причин його неявки в судове засідання і неповідомлення їх суду та істотності для правильного вирішення справи доказів, на які він посилається, може прийняти одне з таких рішень: 1) залишити заяву без задоволення; 2) скасувати заочне рішення і призначити справу до розгляду в загальному порядку.

Відповідно до ч. 4 ст. 231 ЦПК України у разі залишення заяви про перегляд заочного рішення без задоволення, заочне рішення може бути оскаржене в загальному порядку. В такому разі строк, протягом якого розглядалася заява, не включається до строку на апеляційне оскарження рішення. Буквальне тлумачення положень ЦПК України дозволяє зробити висновок, що тут мається на увазі 15-денний строк розгляду заяви про перегляд заочного рішення, передбачений ч. 2 ст. 230 ЦПК України.

Такий підхід законодавця видається не зовсім правильним. Адже строк апеляційного оскарження обчислюється з моменту проголошення рішення суду. Загальний строк апеляційного оскарження становить 30 днів, однак не варто забувати, що він складається з двох етапів: 1) подання заяви про апеляційне оскарження (протягом 10 днів з дня проголошення рішення суду); 2) подання апеляційної скарги (протягом 20 днів після подання заяви про апеляційне оскарження). Якщо ж до строку апеляційного оскарження заочного рішення не включати лише 15-денний строк розгляду заяви про перегляд заочного рішення, то, ймовірно, загальний строк апеляційного оскарження відповідачем пропущений не буде. Однак в такому випадку 10-денний строк на подання заяви про апеляційне оскарження буде обов'язково пропущений, оскільки після проголошення заочного рішення до початку перебігу строку розгляду заяви про перегляд заочного рішення пройде строк, що складатиметься із 5-денного строку повідомлення про заочне рішення, строку надсилання і вручення копії заочного рішення відповідачу та 10-денного строку для подання заяви про перегляд заочного рішення. А можливості подати апеляційну скаргу без попереднього подання заяви про апеляційне оскарження ЦПК України не передбачає (хіба що, якщо апеляційна скарга була подана у строк, встановлений для подання заяви про апеляційне оскарження - а такий строк в даному випадку виявляється пропущеним).

Тому при апеляційному оскарженні заочного рішення у разі залишення заяви про його перегляд без задоволення відповідачеві неодмінно доведеться клопотати про поновлення строку на подання заяви про апеляційне оскарження. А це, в свою чергу, створить зайві труднощі як для відповідача, так і для суду і абсолютно не сприятиме реалізації принципу процесуальної економії. На мою думку, оптимальним виходом із такої ситуації буде закріплення в ЦПК України положення, що у разі залишення заяви про перегляд заочного рішення без задоволення заочне рішення може бути оскаржене в загальному порядку; при цьому строк апеляційного оскарження обчислюється з дня проголошення ухвали про залишення заяви без задоволення.

У нормах ЦПК України, що регулюють заочний розгляд справи, абсолютно нічого не згадується про право відповідача оскаржити заочне рішення в загальному порядку, без звернення із заявою про його перегляд до суду, що ухвалив таке рішення. Те, що законодавець нічого про це не говорить, не дає підстав говорити, що, тим самим, він хотів позбавити відповідача такої можливості. Така позиція взагалі суперечитиме самій суті цивільного процесу, адже ст. 13 ЦПК України серед основоположних засад цивільного судочинства закріплює забезпечення апеляційного і касаційного оскарження судових рішень. Також не слід забувати, що за результатами розгляду заяви про перегляд заочного рішення воно підлягає скасуванню, якщо судом буде встановлено, що відповідач не з'явився в судове засідання та не повідомив про причини неявки з поважних причин і докази, на які він посилається, мають істотне значення для правильного вирішення справи. Якщо ж відповідач не має обґрунтування поважності причин своєї неявки в судове засідання, а оспорює законність та обґрунтованість заочного рішення, то він може зробити це лише в апеляційному порядку. Таким чином, системний аналіз цивільно-процесуального законодавства України дозволяє зробити висновок, що відповідач, окрім права подати заяву про перегляд заочного рішення в суд, що його ухвалив, наділений також правом апеляційного оскарження заочного рішення в загальному порядку.

Однак на практиці може виникнути питання, як тоді повинен визначатися початок перебігу строку апеляційного оскарження заочного рішення? Не можна визнати правильним тлумачення положень закону таким чином, що початок перебігу строку оскарження заочного рішення з дня отримання його копії відповідачем повинен поширюватися і на оскарження заочного рішення в

апеляційному порядку. Така позиція абсолютно не підкріплена законодавчими положеннями. Очевидно, якщо ми говоримо про можливість апеляційного оскарження заочного рішення в загальному порядку, то і строк апеляційного оскарження повинен обчислюватися з дня проголошення заочного рішення (ст. 294 ЦПК України).

Відповідач самостійно обирає один із двох наданих йому законодавством способів оскарження заочного рішення. І якщо на початковому етапі він скористався одним із них, то втрачає право в той же час користуватися іншим: це унеможливить виникнення подвійного провадження по справі. Обираючи спочатку спрощений спосіб оскарження, відповідач в майбутньому може скористатися другим способом оскарження заочного рішення (ч. 4 ст. 231 ЦПК України). А відмова відповідача від подання заяви про перегляд заочного рішення все ж не перешкоджає зверненню в апеляційну інстанцію (ч. 1 ст. 192 ЦПК України).

Разом з тим, неузгодженість законодавства щодо початку перебігу строків оскарження заочного рішення (з дня отримання копії заочного рішення – при поданні заяви про його перегляд та з дня проголошення – при апеляційному оскарженні заочного рішення) може призвести до певних суперечностей на практиці. Зокрема, можлива ситуація, коли право на подання заяви про перегляд заочного рішення виникне уже після того, як закінчилися строки на подання заяви про апеляційне оскарження (а саме це є неминучим при існуючому регулюванні розглядуваного питання в ЦПК України). Вихід із такої ситуації видається можливим у кількох напрямках. З одного боку, можна встановити щодо обох способів оскарження заочного рішення відповідачем строк однакової тривалості і обчислювати його в обох випадках з дня проголошення заочного рішення. З іншого – можна встановити, що строк апеляційного оскарження заочного рішення відповідачем починається після закінчення строку подання заяви про перегляд заочного рішення; при цьому строк подання заяви про перегляд повинен обчислюватися з дня проголошення заочного рішення, оскільки важко передбачити, хто і яким чином повинен встановлювати момент вручення відповідачу копії заочного рішення.

Аналогічна проблема вбачається і щодо оскарження заочного рішення позивачем. Відповідно до ч. 2 ст. 232 ЦПК України позивач має право оскаржити заочне рішення в загальному порядку; в такому випадку строк оскарження обчислюватиметься з дня проголошення заочного рішення. За таких обставин легко припустити ситуацію, коли виникатиме подвійне провадження: одне – в першій інстанції за заявою відповідача про перегляд заочного рішення, інше – в другій інстанції за апеляційною скаргою позивача. Чинне законодавство не врегулювало подібні випадки. Тому, щоби уникнути проблем у правозастосовній діяльності, в літературі справедливо пропонували встановити правило, за яким подання заяви про перегляд заочного рішення в суд першої інстанції повинно зупиняти провадження, розпочате за скаргою, поданою в суд апеляційної інстанції. Така пропозиція видається вірною і з огляду на те, що за результатами розгляду заяви про перегляд заочного рішення суд першої інстанції може скасувати заочне рішення і призначити справу до розгляду в загальному порядку. В такому випадку немає сенсу продовжувати провадження в апеляційній інстанції за скаргою позивача, оскільки рішення, яке він оскаржує, вже не існує.

Як бачимо, в законодавчому регулюванні порядку оскарження заочних рішень є багато прогалин та суперечностей. Вище були окреслені лише окремі з них та запропоновані шляхи їх подолання. Вирішення цих проблем на законодавчому рівні виступатиме гарантією права учасників процесу на захист шляхом забезпечення реалізації їхнього права на оскарження заочних рішень.

СПІВВІДНОШЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЖИТЛО ТА ІНШИХ МАЙНОВИХ ЖИТЛОВИХ ПРАВ ІЗ ПРАВОМ НА НЕДОТОРКАННІСТЬ ЖИТЛА

Породько В.

Національна академія Служби безпеки України

Зважаючи на місце, роль житла у житті кожної людини, враховуючи зміни, які відбуваються у житловому законодавстві, житловим правам громадян приділяється сьогодні значна увага. Проблеми приватизації житла, права власності на житло, права членів житлового-будівельних кооперативів, особливості договорів, що укладаються стосовно помешкання є предметом багатьох наукових досліджень. Водночас, серед ряду теоретичних питань житлового права, значний інтерес викликає питання співвідношення права власності на житло та інших майнових житлових прав із правом на недоторканність житла.

Першочерговою відмінністю цих двох видів житлових прав є те, що перша група відноситься до майнових прав, які нерідко називають основним комплексом житлових прав. Вони виникають при настанні відповідних юридичних фактів, передбачених законодавством, визначають належність конкретного помешкання певній особі на чітко визначеній правовій підставі та підлягають захисту одним із способів, передбачених ст.ст. 15-23 ЦК України.

До майнових житлових прав в першу чергу відносять право власності на житло - як найбільш повне самостійне майнове житлове право. Не всі дослідники погоджуються з такою думкою. Це пов’язано з тим, що в науковій літературі відносини власності на житло не завжди включають до складу житлових відносин. Як наслідок, ряд вчених правовідносини із приводу користування громадянином житлом, належним йому на праві приватної власності не вважають житловими . З такою думкою важко погодитись. Безсумнівно, що право власності на житло є цивільним правом, що регулюється відповідними нормами ЦК України, проте правовідносини, які виникають в даному випадку, утворюються щодо специфічного майнового об’єкту-житла. Саме житло, його особливості як нерухомого об’єкту, значимість у суспільстві обумовлюють специфіку цих правовідносин та особливості їх правового регулювання. ЦК України виділив право власності на житло в окрему главу, підкресливши тим самим його винятковість по відношенню до права власності на інше майно. На користь подібного бачення цього питання свідчить також позиція розробників проекту ЖК України, де відносини стосовно виникнення, здійснення і припинення права власності на житло прямо зазначені у складі відносин, що регулюються житловим законодавством (ч.1 ст.4), а отже, визнаються житловими.

Крім права власності на житло до майнових житлових прав належать права на користування чужим житлом. Назва "право на користування" пов’язана, перш за все, з тим, що відповідна правомочність розглядається як основна у відповідних житлових правовідносинах, хоча носії цих прав у більшості випадків набувають юридичні можливості і володіння, і, у встановлених законом межах, розпорядження помешканням.

До обмежених майнових житлових прав відносять: право членів житлово-будівельних кооперативів до викупу квартири та право на квартиру членів їх сімей, право членів сім’ї на житлове приміщення, що належить особі на праві власності; право на житло одержувача ренти; право відказоодержувачів, яким житло передано у користування за заповідальним відказом; право наймачів (орендарів) житла у приватному житловому фонді; право соціально незахищених та інших громадян, які одержали житло безоплатно з державного і громадського житлового фонду; права громадян, які проживають у службових житлових приміщеннях, гуртожитках та деякі інші.

На відміну від вищевказаних прав, право на недоторканність житла, визначене ст.30 Конституції України, ст. 311 Цивільного та ст.14-1 Кримінально-процесуального кодексами України, є особистим немайновим правом громадян. Як конституційне право громадян, воно підлягає особливому захисту. Законодавство передбачає випадки, коли носії майнових житлових прав можуть бути їх позбавлені. Так, як це відбувається, наприклад, при примусовому викупі житла у зв’язку із викупом з метою суспільної необхідності земельної ділянки, на якій воно розміщене, припиненні права на частку у спільному майні за вимогою інших співвласників, конфіскації житла, примусовому

© Породько В., 2006

виселенні із житла у порядку, передбаченому ст. 116 Житлового кодексу УРСР тощо. В той же час, громадяни не можуть бути позбавлені права на недоторканність житла, а лише тимчасово обмежені в його реалізації за підстав, визначених ст. 30 Конституції України.

Особисте право недоторканності житла визначає, яким чином відбувається користування особою помешканням, яким вона володіє на законних підставах. Саме завдяки недоторканності забезпечується повнота, стабільність, можливість вільно та безперешкодно здійснювати право користування житлом. Недоторканність житла визначає якісні характеристики користування помешканням, при тому, що останнє виступає складовою всіх майнових прав на житло. У зв'язку з цим, при тимчасовому обмеженні у випадках, визначених Конституцією України права на недоторканність житла, можна вести мову і про опосередковане обмеження майнових житлових прав, оскільки відбувається втручання у засади, принципи, яким має відповідати здійснення цих прав.

Водночас, іноді обмеження права на недоторканність житла пов'язується і з припиненням прав на житло, зокрема, при виселенні фізичної особи або примусовому позбавленні її помешкання іншим шляхом, передбаченим законодавством.

Право на недоторканність житла відноситься до особистих немайнових прав особи, пов'язаних із майновими. Незважаючи на те, що ним, як конституційним правом наділені всі громадяни України, іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, фактична можливість здійснення даного права залежить від набуття майнових прав (тобто, щоб користуватися правом на недоторканність житла, особа має десь проживати). Разом з тим, слід відмітити, що, поняття "житло" у контексті ст.30 Конституції України значно ширше за змістом, ніж наведене Цивільним кодексом України, і під нього підпадає все, що особа фактично використовує для проживання.

Під ним розуміють будь-яке приміщення, що призначене чи прилаштоване для постійного чи тимчасового проживання фізичних осіб – тобто все, що може використовуватись людиною як житло, а також складові частини, які використовуються для відпочинку, зберігання майна або задоволення інших потреб людини. Цим поняттям охоплюються житловий будинок, житлове приміщення, садиба, кімнати в гуртожитках, готелях, санаторіях та будинках відпочинку, дачні і садові будинки, келія в монастирі палата в лікарні, каюта на пароплаві, вагонне купе, трейлер, вагончик, туристична палатка, кухня, ванна, туалет, коридор, балкон, веранда, комора, підвал, горище, прибудова тощо. Необхідно звернути увагу й на те, що Конституція України гарантує недоторканність не лише житла, але й іншого володіння особи, куди відносять земельні ділянки, а також різного роду будівлі та приміщення, відокремлені від житла та призначені для виконання окремих робіт або для ведення господарства, які належить особі на законних підставах. Тобто у даному разі майнові права будуть виступати первинними по відношенню до права недоторканності житла, але це не завжди будуть майнові права на житло.

Таким чином, майнові житлові права та особисте право на недоторканність житла хоча й різні за своєю юридичною природою, проте, тісно пов'язані, що проявляється, передусім у значенні недоторканності житла для стабільного та всебічного користування останнім, в опосередкованому обмеженні майнових прав на житло внаслідок обмеження особистого права на недоторканність житла, а також у похідному значенні, у певних випадках недоторканності житла відносно майнових житлових прав.

ПРАВО НА ОСОБИСТУ БЕЗПЕКУ

Пунда О.

Хмельницький економічний університет

Цивільне законодавство України визначає, що серед нематеріальних благ – об'єктів цивільних прав – найвищою соціальною цінністю поряд з життям і здоров'ям людини, її честю і гідністю, є недоторканність та безпека (ч.2 ст.201 ЦК України). Конституція України містить положення: "Кожен має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди. Кожному гарантується право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення. У ст. 282 ЦК України зазначено, що фізична особа має право вимагати усунення небезпеки, створеної внаслідок підприємницької та іншої діяльності, яка загрожує життю та здоров'ю.

Особиста безпека людини поряд з її життям та здоров'ям є одним з базових елементів системи нематеріальних благ, на яких будується її природне благополуччя. Особиста безпека знаходить свій прояв у різних сферах життєдіяльності людини.

З нашого погляду, право на особисту безпеку вміщує у собі право на безпечне навколишнє середовище (природне), оточуюче соціальне та оточуюче техногенне (машинно-предметне) середовище. Право на безпечність умов соціального буття (праці, проживання, навчання, виховання, спілкування, відбування покарання) – це елемент права на особисту безпеку, пов'язаний з забезпеченням безпеки особи у сфері соціального життя людини.

Позитивний цивільно-правовий зміст права на безпечність умов соціального буття втілюється, з нашого погляду, у праві повнолітньої дієздатної особи самостійно вирішувати для себе можливість перебування в умовах ситуації ризику, загрози, небезпеки або, навпаки, її уникнення.

Певні категорії осіб унаслідок виконуваних ними обов'язків постійно перебувають під впливом ситуацій особистої небезпечності (зокрема, працівник правоохоронного органу, працівник, зайнятий на небезпечному виробництві, військовослужбовець при виконанні бойового завдання чи навчання). Проте небезпечний характер діяльності цих осіб не тягне за собою автоматичного висновку про те, що їхнє право на особисту безпеку підлягає обмеженню. Такі особи повинні мати всі необхідні засоби забезпечення особистої безпеки за умов надзвичайного характеру, з якими пов'язана їхня професійна діяльність і відповідно до існуючих стандартів (наприклад, бронежилетом, каскою, засобами хімічного захисту, антидотами – препаратами для нейтралізації в організмі токсичних отруюючих речовин – спеціальною технікою, обладнанням, засобами зв'язку). Тому у національному законодавстві вважаємо за доцільне закріпити заборону примушувати осіб виконувати обов'язки за умов відсутності необхідних засобів уникнення або зменшення ризиків, загроз або небезпек, пов'язаних з виконанням їхніх професійних завдань.

Право на самостійне вирішення питання щодо розпорядження особистою безпекою наділені й особи, що не виконують роботу або спеціальних завдань, пов'язаних з підвищеною ймовірністю впливу чинників особистої небезпеки. Розглянемо найтиповіші приклади цього.

Сьогодні можна виділити найманство як самостійну форму здійснення права на особисту безпеку з метою участі у збройних конфліктах інших держав. Кримінальне законодавство містить вказівку щодо можливості притягнення до кримінальної відповідальності за вербування, фінансування, матеріальне забезпечення навчання найманців з метою використання у збройних конфліктах інших держав, а також за участь у таких конфліктах без дозволу відповідних органів державної влади з метою одержання матеріальної винагороди (ч.1, 2 ст.447 КК України).

Отже, змістом правомірної поведінки, спрямованої на здійснення права на особисту безпеку, є *участь у збройних конфліктах інших держав без отримання матеріальної винагороди* (зумовлене ідеологічними, особистими мотивами та інтересами), а також здійснення такої діяльності з дозволу спеціальних органів державної виконавчої влади. Обмеження можливості здійснення цього права необхідно розцінювати як неправомірне.

Ще однією сучасною формою здійснення права на особисту безпеку є зайняття особою *охоронною діяльністю*, яка за своєю природою пов'язана з підвищеною можливістю впливу на життя

© Пунда О., 2006

та здоров'я охоронця негативних чинників. Вказівку на можливість віднести охоронну діяльність до форм здійснення права на особисту безпеку знаходимо у ст.978 ЦК України (договір охорони), предметом якого є забезпечення особистої та (або) майнової безпеки особи, яку охороняють, та (або) володільця майна.

Ми вважаємо, що такий договір може передбачати рівень, форми, види охорони особи або майна і, що особливо важливо, ступінь та джерела загрози, охорону від негативного впливу яких бере на себе охоронець. Відповідно до ступеня загрози охоронець погоджується на певний рівень ризику, загрози або небезпеки для себе.

Цивільний кодекс України визначає, що за договором охорони охоронець, який є суб'єктом підприємницької діяльності, зобов'язується забезпечувати недоторканність особи чи майна, які охороняються. Проте сучасний стан речей доводить, що посягання передусім спрямовуються не на благо особистої недоторканності, а на життя та здоров'я того, хто охороняється. Відповідно такий договір як форму здійснення права на особисту безпеку (з погляду охоронця) слід розглядати як діяльність, спрямовану на забезпечення життя, здоров'я, недоторканності особи, що охороняється.

І нарешті, положенням, що привертає до себе увагу у контексті права особи на особисту безпеку є особливий різновид ситуацій особистої небезпечності, пов'язаний з такими суспільно небезпечними явищами сьогодення, як тероризм та захоплення заручників. Особа, що опинилась у руках злочинців, зі зрозумілих причин не має можливості самостійно здійснити право на особисту безпеку – це її право незаконно обмежується. У цьому випадку особа має право на усунення, з боку уповноважених органів держави, небезпеки та застосування всіх можливих засобів захисту свого права.

Із викладеного випливають такі принципові висновки: самозахист своїх прав на життя та на здоров'я, у тому числі і необхідна оборона, є формою здійснення права на особисту безпеку (навіть тоді, коли вона здійснюється в інтересах інших осіб). З точки зору позитивного змісту права на особисту безпеку можна виділити як самостійний елемент цього права правомочність особи на усунення або (та) протидію впливові ситуації ризику, загрози або небезпеки. Очевидно, що перелік заходів забезпечення особистої безпеки, враховуючи діючий в межах цивільного права диспозитивний метод правового регулювання, може містити в собі будь-які дії стосовно застосування будь-яких засобів, прямо не заборонених законом, і таких, що відповідають вимогам моралі. Наприклад, це право на обладнання житла, транспорту засобами пасивного та активного захисту (куленепробивне скло, броньовані (металеві) елементи, засоби відеоспостереження, засоби реєстрації присутності – детектори руху та ін.).

До форм здійснення права на особисту безпеку відносимо право спортсменів на участь у змаганнях, що становлять підвищений ризик, загрозу або небезпеку для їхнього життя та здоров'я. Це стосується передусім "контактних" видів спорту, різного роду єдиноборств. Для спортсменів перебування під час бою у стані ризику або загрози для здоров'я, а іноді і для життя, досить часто пов'язане з природою самого змагання.

Ми вважаємо, що повнолітня дієздатна особа має право брати участь у *спортивних змаганнях з підвищеним рівнем особистої небезпеки*. Проте, якщо така особа дає самостійно згоду або їй пропонують угоду про відмову від претензій до організаторів змагань у випадках заподіяння шкоди здоров'ю або створення загрози для життя, то таку згоду треба розглядати у законодавстві як недійсну, а угоду нікчемною. Основою проведення спортивних змагань повинна бути спортивна боротьба, а не боротьба за виживання, а тому головним залишається обов'язок забезпечення безпеки атлетів. Отже, організатори зобов'язані зупинити змагання за умови виникнення прямої загрози життю або здоров'ю їхніх учасників.

До змісту права на особисту безпеку, крім традиційно визначеної фізичної та психічної безпеки, також віднесемо і *право на особисту психологічну безпеку*. Необхідність виділення такого елементу права на особисту безпеку зумовлена окремими маніпуляціями з емоційно-вольовою сферою людини та схильністю до навіюваності. Навіюваність – це схильність підпадати під психічний вплив іншої людини. Вона зумовлюється безвіллям, недостатнім розумовим розвитком і незрілістю емоційно-вольової сфери особи. Крім того, на навіюваність особи впливає емоційне та психологічне перенавантаження, тривалість стресів, втрата соціальних орієнтирів або цінностей, зниження власної самооцінки, тимчасові розлади психічної діяльності.

Особливого загострення набуває проблема навіюваності у контексті поширення і розширення впливу на громадян нетрадиційних релігійних культів, що мають "тоталітарний характер" (взагалі

термін “тоталітарна секта” у вітчизняному законодавстві не визначено). Вербування нових адептів цих релігійних культів часто супроводжується діяльністю, не сумісною з принципом забезпечення безпеки життя та здоров’я людини. У нашому законодавстві також залишається не врегульованою проблема визначення категорії “небезпечного психологічного впливу”, “потерпілий від небезпечного психологічного впливу нетрадиційного релігійного культу”.

Здійснення права на психологічну безпеку особи полягає в її свободі у виборі поведінки щодо визначення рівня впливу на свою свідомо-вольову сферу. Ми вважаємо, що повинна бути передбачена заборона залучення до діяльності релігійних організацій неповнолітніх осіб без дозволу їхніх законних представників.

У цьому контексті здійснення права на особисту безпеку з боку неповнолітніх осіб повинно бути обумовлено згодою з боку їхніх законних представників. Тобто згода законних представників неповнолітніх або малолітніх осіб щодо можливостей залучення цих осіб до діяльності, яка становить певний ступінь особистої небезпечності, має бути чіткою і безумовною. Така згода повинна бути належно оформлена (бажано у письмовій формі) і ґрунтуватись на повній та достовірній інформації щодо всіх можливих ризиків, загроз або небезпек для життя або здоров’я дитини.

На підставі викладеного ми спромоглися сформулювати такі принципові положення щодо необхідності доповнити Закон України “Про свободу совісті та релігійні організації” наступними положеннями:

Тоталітарна релігійна секта – релігійна організація діяльність якої спрямована на порушення прав і свобод громадян шляхом використання заходів небезпечного психологічного впливу;

Небезпечний психологічний вплив – психологічний вплив та інші маніпуляції з емоційно-вольовою сферою людини, з використанням емоційних та психологічних перенавантажень, стресів, індивідуальної схильності до навіюваності, безвіллям, недостатнім розумовим розвитком і незрілістю емоційно-вольової сфери особи, що веде до втрати соціальних орієнтирів або цінностей, зниження власної самооцінки, тимчасового розладу психічної діяльності;

Потерпілий від небезпечного психологічного впливу тоталітарної релігійної секти – фізична особа, членам її сім’ї якої або якій безпосередньо було завдано фізичної, моральної або матеріальної шкоди внаслідок небезпечного психологічного впливу з боку тоталітарної релігійної секти.

ЗАСТАВА ЗА ДОГОВОРОМ РЕНТИ. ЗАСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЧИ ЗАСІБ ПОРУШЕННЯ ПРАВ

Ручка О.

Інститут держави і права ім. В.М.Корецького НАН України

Договір ренти є абсолютно новим інститутом, що введений Цивільним Кодексом України.

Згідно з визначенням, що дається у цивільному законодавстві ***за договором ренти одна сторона (одержувач ренти) передає іншій стороні(платникові ренти) у власність майно, а платник ренти взамін цього зобов'язується періодично виплачувати одержувачу ренту у формі певної грошової суми або і в іншій формі***

Тобто аналізуючи законодавчі норми можна зробити логічний висновок, що за договором ренти передається майно, і право власності на це майно переходить до платника ренти.

Ми можемо констатувати деяку суперечливість норм, що регулюють рентні відносини, адже постає питання як трактувати статтю 735 ЦК України, яка визначає, що у разі передання під виплату ренти земельної ділянки або іншого нерухомого майна одержувач ренти набуває право застави на це майно. Платник ренти має право відчужувати майно, передане йому під виплату ренти, лише за згодою одержувача ренти.

Тобто, законодавець, який, наче б то визначив платника ренти власником майна і одній статті Цивільного кодексу України, іншим положенням цього ж нормативного акту закону звузив права власника майна у розпорядженні об'єктом ренти.

Як зрозуміти та як трактувати таке звуження прав власника майна на разі не зрозуміло, Оскільки за наведеного визначення договору ренти прямо випливає, що майно переходить за цим договором у власність платника ренти, ст. 319 ЦК України передбачено, що власник володіє, користується, розпоряджається своїм майном на власний розсуд.

Виходить є реальна проблема, адже законодавець , вводячи суперечливі положення, порушує загальні принципи цивільного права, так як забороняє власнику майна за договором ренти нерухомого майна вільно ним розпоряджатися, встановлює на законодавчому рівні право застави на таке майно.

Але чи правомірне таке встановлення права застави на майно?

Спробуймо проаналізувати дане питання:

З одного боку право застави є гарантією для одержувача ренти щодо не відчуження майна, що передається в ренту. Але ж згідно ст. 731 ЦКУ, за договором ренти переходить право власності на майно, тому згідно закону повинна діяти норма 319 ЦКУ, яка вже з іншого боку є захистом нового власника - платника ренти від втручань сторонніх осіб, але чомусь вона діє тільки частково.

Виявляється проблема, законодавець хотів захистити одержувача ренти, а тим самим порушив права платника ренти, як вже нового власника майна.

Тому постає логічне запитання, з чим пов'язана така суперечливість у нашому законодавстві і чи може законодавець на рівні Цивільного кодексу України вводити положення , які закріплені в ч.1 та ч.2. ст. 735 ЦК України.

Відповідь на це питання знайти складно, адже з одного боку гарантії для одержувача ренти повинні бути передбачені законодавством, але ж з іншого боку на якій підставі одержувач ренти набуває право застави на майно?

Згідно законодавства застава може виникати з договору, закону або рішення суду

Можна вести мову про те, що при укладенні договору ренти застава виникає з закону, але ж постають інші питання:

по перше згідно законодавства, якщо предметом застави є нерухоме майно, а також і в інших випадках, встановлених законом, договір застави підлягає нотаріальному посвідченню (ч.1 ст. 577 ЦК України)

по друге ризик випадкового знищення або пошкодження предмета застави несе власник заставленого майна, якщо інше не встановлено законом чи договором. (ч.1 ст. 580 ЦК України)

© Ручка О., 2006

по третє право застави виникає з моменту укладення договору застави, а у випадках, коли договір підлягає нотаріальному посвідченню – з моменту його нотаріального посвідчення (ч.1 ст. 585 ЦК України).

по-четверте, заставодавець має право користуватися предметом застави відповідно до його призначення, у тому числі здобувати з нього плоди та доходи, якщо інше не встановлено договором і якщо це не випливає із суті застави (ч.1. ст.586 ЦК України).

Як відповісти на дані питання не зрозуміло, можна лише констатувати, що застава виникла з закону, але ж як трактувати чітко визначені положення ч.1 ст.577 ЦК України щодо нотаріального посвідчення договору застави, що визначають, що укладення договору застави при укладенні договору ренти нерухомого майна законодавець не визначає обов'язком або хоче б правом сторони. Звернувшись до статті 735 ЦК України, ми не можемо констатувати необхідності укладання договору застави.

Тобто якщо договору застави законодавець не вимагає, то постають дві життєві ситуації: в одній з них, сторони укладуть договір застави, тут начеб то все зрозуміло, а в іншій договір застави між сторонами укладено не буде.

І як вийти з цих ситуацій, кожна з яких насправді дуже складна по своєму, звичайно.

Розглянемо перший варіант, договір застави не укладено:

Як діяти сторонам в такій ситуації і як доводити свої права, адже згідно положень про заставу право застави виникає з моменту укладення договору застави, крім того для договору застави нерухомого майна законодавцем передбачена особлива нотаріальна форма (ч.1 ст.585 ЦКУ).

А договору застави просто немає, його не просто не укладено, адже законодавство цього не вимагає.

А можливе виникнення реальних, життєвих наступних проблем:

По-перше чи виникло взагалі право застави, з якого моменту воно виникло?

По-друге цивільним законодавством передбачено, що заставодавець має право користуватися предметом застави відповідно до його призначення, у тому числі здобувати з нього плоди та доходи, якщо інше не встановлено договором і якщо це не випливає із суті застави, як діяти в ситуації, коли отримувач ренти, власне захоче скористатись цим правом?

По-третє на кому буде лежати ризик випадкової загибелі чи пошкодження майна об'єкта ренти та застави?

Ці питання залишаються проблемними, адже, щоб їх вирішити необхідно або припускати, що договір ренти є і власне паралельно договором застави, але ж на якій підставі так можна припустити, та чи буде це законним? Відповідь на це питання буде одна припускати можна, але чи буде це законним та вірним, напевно ні, тай не уникнути нам ускладнень з таким договором це вже напевне.

Розглянемо другу життєву ситуацію, сторони уклали договір застави.

І звичайно зразу одночасно уникнули всіх проблем, які поставали перед ними, як не можливі до вирішення за відсутності такого договору застави.

Тому підводячи підсумок, можемо зазначити, що законодавець повинен конкретизувати положення статті 735 ЦК України, вказавши, що одержувач ренти набуває права застави на це майно при укладенні договору застави, а якщо договір застави не укладено, положення договору ренти слід вважати положеннями договору застави, з усіма наслідками, що з цього випливають.

ПРЕДМЕТ ДОГОВОРУ СУБПІДРЯДУ У КАПІТАЛЬНОМУ БУДІВНИЦТВІ

Сеник С.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Відповідно до п.1 ч.2 ст. 638 ЦК України істотною умовою договору є умова про предмет договору. Отже, можемо констатувати, що істотною умовою договору субпідряду у капітальному будівництві є його предмет.

Специфіка предмета підрядного договору у будівництві є одним із тих визначаючих факторів, за яким юридична наука виділила його у самостійний тип договірних відносин. У ЦК України практично в одній Главі вперше вдалося об'єднати норми, які регулюють будівельні роботи у широких різновидах будівельних об'єктів.

Із змісту статті 838 ЦК бачимо, що генеральний підрядник залучає субпідрядника для виконання певних робіт. Стосовно договору субпідряду у капітальному будівництві, то зрозуміло, що ці роботи пов'язані саме із будівельною діяльністю.

У Словнику української мови дієслово "робота" нараховує близько 30 значень. Якщо ми будемо застосовувати кожне із цих значень, то до договору субпідряду найближче підходить "робити щось". Проте сенс договору субпідряду як такого полягає в обов'язку субпідрядника не просто "щось робити", а саме "зробити" і тим самим, виконавши певну роботу, одержати результат.

Тому, на підставі вищезазначеного, вбачаємо за необхідне звернутися до з'ясування співвідношення понять "предмет" та "об'єкт" договору субпідряду.

Слід зазначити, що з'ясування предмета договору субпідряду протягом тривалого часу викликало у юридичній літературі жваві суперечки.

Свої підходи до поняття предмета підрядних договорів науковці висловили і у науково-практичних коментарях до ЦК України. Так, у коментарі до ЦК України за редакцією В. Коссака сказано, що предметом договору будівельного підряду є завершений будівництвом об'єкт або будівельні роботи. У коментарі за редакцією Є. Харитонова (ст. 837) зазначено: "Предметом договору підряду є індивідуалізований результат праці підрядника, який набуває тієї чи іншої матеріалізованої форми, оскільки робота виконується з матеріалів сторін і здається у вигляді, придатному для оцінки (наприклад, ремонт годинника, радіоприймача,… тощо). Такі роботи можуть бути визнані підрядними, оскільки їх дія спрямована на відповідні зміни матеріальних об'єктів".

М. Венецька у коментарі до ст. 837 ЦК України вказує, що предметом договору підряду є індивідуально визначені речі… Роботами за договором підряду, наприклад за Законом України "Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти", може визнаватися будь-яка діяльність, пов'язана з проектування, будівництвом нових, розширенням, реконструкцією, капітальним ремонтом та реставрацією об'єктів і споруд виробничого і невиробничого призначення, технічним переозброєнням діючих підприємств, а також супровідні роботам послуги, у тому числі геодезичні роботи, буріння та інші, якщо вартість виконання цих послуг не перевищує вартості самого будівництва".

Аналіз чинного законодавства та наукових позицій, на наш погляд, дозволяє прийти до висновку, що предметом договору субпідряду у капітальному будівництві є закінчений комплекс робіт, тобто індивідуалізований результат праці субпідрядника, який набуває тої чи іншої матеріалізованої форми, оскільки робота виконується з матеріалів сторін і здається у вигляді, придатному для оцінки.

Виходячи із змісту Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві та Положення про взаємовідносини організацій-генеральних підрядників з субпідрядними організаціями можемо стверджувати, що договір субпідряду укладається генпідрядником з субпідрядником на виконання монтажних і інших спеціальних будівельних робіт.

Відповідно до ч. 2 ст. 875 ЦК України договір субпідряду може укладатися на "…виконання монтажних, пусконалагоджувальних та інших робіт, нерозривно пов'язаних з місцезнаходженням об'єкта".

© Сеник С., 2006

Крім цього, перелік будівельно-монтажних робіт визначено Постановою Кабінету Міністрів України від 6 квітня 1998 року "Про перелік окремих видів проектних та будівельно-монтажних робіт, інженерних вишукувань для будівництва, надання інжинірингових та інших послуг, які потребують відповідної атестації виконавця".

На практиці субпідрядні роботи найчастіше пов'язані із виконанням монтажу основного технологічного і енергетичного устаткування для забезпечення введення в дію виробничих потужностей, будинків та споруд.

Разом з тим, говорячи про субпідрядні роботи у будівництві, ми повинні враховувати і такий важливий елемент договору, як здійснення будівельних робіт. Слід зазначити, що у літературі висловлювалась точка зору, згідно з якою об'єкт договору підряду на капітальне будівництво складається з двох елементів: виконання роботи і її результату.

З цього приводу слушною є позиція С. Занковського, що здійснення робіт (як обов'язок, виконання якого кредитор вправі вимагати від боржника) і результат робіт (як дещо оречевлене, тобто майно), будучи взаємообумовленими, не можуть все ж у силу своєї специфіки охоплюватися одним і тим же поняттям "предмет договору" (навіть з посиланням на те, що вони складають два його елементи).

Тому, напевно, найбільш прийнятним є варіант, коли "те, на що направлено зобов'язання (здійснення дій чи утримання від них), іменується об'єктом, а майно, стосовно чи з приводу якого здійснюються дії, - предметом зобов'язання".

Стаття 857 ЦК України вказує, що робота, яка виконана підрядником (*субпідрядником*), має відповідати умовам договору підряду (*субпідряду*), а в разі їх відсутності або неповноти – вимогам, що звичайно ставляться до роботи відповідного характеру.

Якість виконуваних робіт є похідною функцією від вимог виконання завдання генпідрядника за договором субпідряду у будівництві. Крім цього, якість є необхідним складовим елементом завдання. Слід зазначити, що якість, враховуючи суб'єктивний характер цієї категорії, майже не піддається юридичному закріпленню у вигляді правової норми. Тому в оцінці якості законодавець завжди прибігав до загальних фраз. Зокрема, у ч. 2 ст. 857 ЦК України зазначено, що виконана робота має відповідати якості, визначеній у договорі підряду або вимогам, що *звичайно* ставляться, на момент передання її замовникові. Крім цього, результат роботи в межах розумного строку має бути придатним для використання відповідно до договору або для *звичайного* використання роботи такого характеру.

Погоджуємося із позицією тих науковців, які вважають, що умови про якість не є самі по собі істотними ні як такі, ні як частина умови про предмет договору.

Проте слід зазначити, що у договір субпідряду майже завжди включаються вимоги, пов'язані з гарантією якості здійснених будівельно-монтажних робіт. Якість робіт нерозривно пов'язана із обов'язком субпідрядника чітко виконувати їх відповідно до будівельних норм і правил, вимог технічної документації та ін.

З цих позицій можемо зробити висновок, що об'єкт субпідрядного договору включає *виконання* передбачених договором монтажних та інших будівельних робіт. Таке виконання має бути належним.

Належне виконання по об'єкту договору передбачає сувору відповідність здійснюваних субпідрядником робіт проектно-кошторисній документації. У випадках, коли замовник (генпідрядник) у встановленому порядку вносить зміни у передану субпідрядникові проектну документацію, належне виконання стосовно об'єкта означає здійснення робіт згідно зміненої документації.

Отже, предметом договору субпідряду є *результат* виконаних монтажних та інших будівельних робіт, а мета договору субпідряду у будівництві досягається шляхом *здійснення (виконання)* будівельно-монтажних робіт.

На підставі вищевикладеного, вважаємо, що правильне з'ясування сторонами предмета договору субпідряду в майбутньому послужить основою для розрахунку об'єму і вартості робіт, строків їх виконання, мір відповідальності, гарантійних строків та інших елементів договору.

ОСОБЛИВОСТІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

Слома В.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Відповідно до ст. 509 ЦК України зобов'язанням є правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку.

Проте будь-яке зобов'язання само по собі ще не гарантує вчинення боржником необхідних дій на користь кредитора. На випадок невиконання чи неналежного виконання зобов'язання законом передбачені загальні міри державного примусу, які застосовуються у всіх випадках порушення зобов'язань і незалежно від того, чи було таке застосування обумовлене сторонами. Основними з них є примушування боржника до виконання зобов'язання і відшкодування збитків, спричинених неналежним виконанням зобов'язання. Проте примушування до виконання не завжди може бути застосоване, а наявність і розмір збитків інколи важко довести. Навіть при використанні кредитором заходів відповідальності відносно несправного боржника у останнього може не знайтись необхідного для задоволення вимог майна.

Для попереднього забезпечення майнових інтересів кредитора, отримання ним гарантій належного виконання боржником зобов'язання, а також з метою запобігання або зменшення розміру негативних наслідків, що можуть наступити у випадку його порушення, використовуються спеціальні заходи забезпечувального характеру, передбачені законом або договором. Такі заходи називаються способами забезпечення виконання зобов'язань. Вони полягають у покладенні на боржника додаткових обтяжень на випадок невиконання чи неналежного виконання зобов'язання, або у притягненні до виконання зобов'язання поряд з боржником третіх осіб, як це відбувається, наприклад, при поруці, або у резервуванні майна, за рахунок якого може бути досягнуте виконання зобов'язання (застава, завдаток), або у видачі зобов'язання уповноваженими на те органами по сплаті визначеної грошової суми (банківська гарантія).

Відповідно до ч.1 ст. 546 ЦК України виконання зобов'язання може забезпечуватися неустойкою, порукою, гарантією, заставою, притриманням, завдатком.

На відміну від ЦК УРСР 1963 р., який давав вичерпний перелік способів забезпечення зобов'язань, що не підлягав розширеному тлумаченню, ЦК України містить принципово новий підхід до визначення способів забезпечення виконання зобов'язань, який полягає у тому, що договором або законом можуть бути встановлені інші види забезпечення виконання зобов'язання (ч. 2 ст. 546 ЦК України).

До способів, які можуть встановлюватись договором, можна віднести правочини, вчинені з відкладальною умовою. Так, щоб забезпечити виконання зобов'язання за кредитним договором, позичальник передав кредитору з відкладальною умовою майно. При цьому сторони ставлять виникнення права власності покупця-кредитора в залежність від наявності факту невиконання позичальником-продавцем своїх обов'язків за кредитним договором, а як оплату покупної ціни при настанні вказаної відкладальної умови розглядають суму неповернутого боргу.

У договірній практиці в якості способу забезпечення виконання зобов'язань використовуються угоди купівлі-продажу цінних паперів із зобов'язанням зворотного викупу, так звані договори РЕПО.

Окрім зазначених способів для забезпечення виконання зобов'язань використовують фідуцію (фідуціарну заставу). Суть даного способу полягає у тому, що боржник з метою забезпечення виконання свого зобов'язання передає у власність кредитора визначене у договорі майно, а останній зобов'язується у випадку належного виконання зобов'язання боржником повернути йому предмет фідуції.

Значне поширення у договірній практиці суб'єктів цивільного права одержало використання різних конструкцій попереднього договору як засобу забезпечення виконання зобов'язань. Йдеться про попередні договори купівлі-продажу, цесії, оренди, довірчого управління тощо.

© Слома В., 2006

Забезпечення зобов'язання будь-яким зі способів також створює зобов'язальні правовідносини між кредитором і боржником (чи іншою особою, яка забезпечує зобов'язання боржника). Але це зобов'язання особливого характеру, його специфіка полягає у додатковому (акцесорному) характері щодо забезпечуваного зобов'язання. Ця особливість забезпечувального зобов'язання, тобто його додатковий характер стосовно основного зобов'язання проявляється у багатьох моментах, які знайшли відображення у ЦК України та інших нормативних актах.

У юридичній літературі способи забезпечення виконання зобов'язань класифікуються за різними ознаками: за юридичною конструкцією; за правовою природою; за сферою дії; за відношенням виду забезпечення до основного зобов'язання; за обсягом відповідальності.

Існують ще й інші підстави для класифікації способів забезпечення зобов'язань на певні види. Так залежно від особи, яка надає забезпечення всі способи забезпечення можуть бути поділені на:

1. способи, де забезпечувальне зобов'язання надається і в разі необхідності виконується боржником;
2. способи, де забезпечувальне зобов'язання надається і виконується третьою особою.

При застосуванні поруки та гарантії виконання зобов'язання завжди забезпечує третя особа (поручитель, гарант).

Залежно від характеру забезпечення інтересів кредитора, можна розрізняти:

1. речово-правові;
2. зобов'язально-правові способи забезпечення зобов'язань.

Речово-правові характеризуються тим, що інтереси кредитора забезпечуються за рахунок наперед виділеного майна. Предметом забезпечення є це майно. До таких способів належать: застава, завдаток, притримання.

Зобов'язально-правові способи стимулюють боржника до належного виконання зобов'язання шляхом створення можливості пред'ялення до нього чи до третіх осіб, які вступили в договір, зобов'язальної вимоги. До них належать: неустойка, порука, гарантія.

Застосування того чи іншого способу забезпечення залежить від багатьох причин і визначається ступенем зацікавленості кредитора у виконанні зобов'язання. Тому від оптимального вибору кредитором способу забезпечення зобов'язання багато в чому буде залежати і поведінка боржника.

ПРО ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ТИМЧАСОВОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЦІН НА СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКУ ПРОДУКЦІЮ

Статівка А.

Національна юридична академія України ім. Я. Мудрого

Права сільськогосподарських товаровиробників на створення державою належних умов господарювання, умов для вільного ціноутворення та підтримки доходів селян гарантовані низкою приписів нормативних актів, що входять до системи аграрного законодавства України. Відносно новими та такими, що потребують наукового аналізу, є приписи нормативних актів, що стосуються механізмів державного регулювання та державної підтримки сільського господарства України. Серед різних видів державного регулювання аграрного ринку України доволі специфічним виступає тимчасове адміністративне регулювання цін на сільськогосподарську продукцію, правила здійснення якого вперше було закріплено нормами Закону України "Про державну підтримку сільського господарства України" від 24.06.2004 р. (далі по тексту – Закон).

Так, ст. 8 Закону закріплює, що тимчасове адміністративне регулювання цін на сільськогосподарську продукцію визначається як комплекс адміністративних заходів, спрямованих на упередження чи зупинку спекулятивного або узгодженого встановлення цін продавцями та/або покупцями об'єктів державного цінового регулювання на організованому аграрному ринку, яке не може бути виправлено за стандартними процедурами державних інтервенцій. З наведеного визначення можна вивести наступні ознаки тимчасового адміністративного регулювання: (а) воно являє собою комплекс адміністративних заходів; (б) цей комплекс спрямований на упередження чи зупинку спекулятивного або узгодженого встановлення цін продавцями та/або покупцями об'єктів державного цінового регулювання (сільськогосподарської продукції); (в) застосовується на організованому аграрному ринку; (г) застосовується у випадку неможливості упередження чи зупинки спекулятивного або узгодженого встановлення цін продавцями та/або покупцями сільськогосподарської продукції за стандартними процедурами державних інтервенцій.

Наведені визначення та ознаки дозволяють стверджувати, що названим Законом встановлено низку приписів щодо адміністративного регулювання цін на сільськогосподарську продукцію, що свідчить про існування спеціального правового режиму адміністративного регулювання цін. Отже, названому режиму притаманні наступні риси:

а) специфічні підстави його застосування. До таких належать випадки, визначених у підп. "в" п. 6.4 ст. 6 та підп. "в" п. 7.4 ст. 7 названого Закону. Йдеться про недосягнення згоди з учасниками біржових торгів щодо зменшення ціни попиту (або ж збільшення ціни пропозиції) до рівня, який не перевищує максимальної закупівельної ціни (або ж не є меншим рівня мінімальної закупівельної ціни).

б) чітке визначення компетентного органу, за рішенням якого здійснюється тимчасове адміністративне регулювання. Відповідно до Закону рішення про запровадження режиму адміністративного регулювання приймається Кабінетом Міністрів України за поданням Аграрного фонду.

в) обмежений термін дії режиму адміністративного регулювання. Пунктом 8.4. ст. 8 Закону встановлено, що строк дії режиму адміністративного регулювання не може перевищувати шість послідовних календарних місяців. При цьому до названого терміну включається місяць, у якому було прийнято рішення про запровадження такого режиму.

Важливим є визначення у законодавстві України з питань державної підтримки сільського господарства сфери дії режиму адміністративного регулювання цін на сільськогосподарську продукцію. Так, у ст. 8 Закону зазначається, що названий режим поширюється на правовідносини, які виникають як на організованому, так і на неорганізованому ринках України з окремим об'єктом державного цінового регулювання. Тут вже вбачається колізія норм п. 8.1. та п. 8.5. ст. 8 Закону. У першому з названих пунктів ст. 8 Закону при визначенні поняття тимчасового адміністративного регулювання цін йдеться виключно про його застосування щодо організованого аграрного ринку України. Проте у цій самій статті Закону (у п. 8.5.) вже закріплено правило щодо поширення названого

© Статівка А., 2006

режиму й на «неорганізований ринок». Очевидно, що таке протиріччя має бути усунуте. Також слід відмітити некоректність застосування у п. 8.5. ст. 8 Закону терміну «неорганізований ринок», оскільки його зміст як у Законі, так і в інших нормативно-правових актах України, не визначений.

Незважаючи на це, цінність приписів Закону полягає також в тому, що вперше у вітчизняному законодавстві ним визначено види адміністративного регулювання цін на сільськогосподарську продукцію, до яких належать: (а) обмеження рівня торгової націнки (знижки) на гуртовому або роздрібному ринку визначеного об'єкта цінового регулювання; (б) встановлення граничних рівнів рентабельності до витрат переробників товару, якщо внаслідок такої переробки виробляється об'єкт державного цінового регулювання; осіб, які надають послуги із зберігання (схову) об'єктів державного цінового регулювання; (в) встановлення граничних цін продажу об'єкта державного цінового регулювання на рівні максимальної закупівельної ціни або його придбання на рівні мінімальної закупівельної ціни; (г) встановлення нетарифних обмежень (квот) щодо імпорту або експорту окремого об'єкта державного цінового регулювання; (ґ) встановлення обов'язкової передумови митного оформлення експорту окремого об'єкта державного цінового регулювання придбанням такого об'єкта на експортній сесії аграрної біржі. Можливість виділення названих різновидів тимчасового адміністративного регулювання цін на сільськогосподарську продукцію дають додаткові підстави стверджувати про існування спеціального правового режиму тимчасового адміністративного регулювання цін.

Підтвердженню висловленої вище тези також слугує те, що окремий припис Закону (пункт 8.8. ст. 8) присвячений скасуванню (точніше моменту скасування) режиму тимчасового адміністративного регулювання цін. Зрозуміло, що режим такого регулювання діє у проміжку часу між його запровадженням та скасуванням. Чітке визначення дати (дня), з настанням якої припиняються введенні обмеження на аграрному ринку України, має принципове значення для належної реалізації норм Закону. Однак, у Законі слід було б вжити не термін «скасування», а «припинення дії», що є більш широким та всеохоплюючим.

Про справедливість висловленої думки свідчать приписи Закону, що встановлюють випадки припинення дії режиму тимчасового адміністративного регулювання цін. Зокрема, чинність такого режиму припиняється у разі закінчення строку його дії. Зрозуміло, що тут йдеться саме про припинення дії, оскільки воно (припинення) відбуватиметься не за рішенням певного органу, а в силу приписів Закону та відповідного підзаконного акту (постанови Кабінету Міністрів України). Припинення дії режиму адміністративного регулювання внаслідок закінчення його строку ми можемо спостерігати у двох випадках: коли дія такого режиму припиняється через перебіг терміну, на який його було запроваджено Кабінетом Міністрів України або ж «автоматичне» припинення на підставі п. 8.4. ст. 8 Закону. Таке «автоматичне» припинення дії режиму адміністративного регулювання цін, в силу приписів п. 8.4. ст. 8 Закону, відбудеться в останній день шостого послідовного календарного місяця з дня прийняття рішення про запровадження такого режиму.

Зовсім інша ситуація спостерігається із достроковим припиненням дії режиму тимчасового адміністративного регулювання цін. Таке припинення його дії (до закінчення терміну дії) може відбуватися за рішенням Кабінету Міністрів України шляхом скасування свого ж рішення щодо запровадження режиму адміністративного регулювання.

Проведене дослідження дозволяє зробити такі висновки. Аналіз норм чинного аграрного законодавства України, передусім Закону України "Про державну підтримку сільського господарства України", дозволяє стверджувати про наявність спеціального правового режиму тимчасового адміністративного регулювання цін на сільськогосподарську продукцію як різновиду державного регулювання аграрного ринку України. Названий правовий режим характеризується специфічними ознаками та підставами його застосування, чітким визначення компетенції відповідних органів державної влади, за рішенням яких здійснюється тимчасове адміністративне регулювання цін, обмеженою сферою дії такого режиму, обов'язковим граничним терміном його чинності, виділенням різних видів тимчасового адміністративного регулювання цін та особливими правилами припинення його дії.

ПРО СУТНІСТЬ ДЕРЖАВНИХ ЗАСТАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ ЗЕРНА

Суслова Є.

Національна юридична академія України ім. Я. Мудрого

Одним з ефективних видів підтримки виробників сільськогосподарської продукції та функціонування аграрного ринку є державні заставні закупівлі зерна. Такі закупівлі надають можливість сільськогосподарським товаровиробникам залучати необхідні для господарської діяльності грошові ресурси під заставу майбутнього врожаю (зерна).

Незважаючи на те, що правовий режим здійснення державних заставних закупівель зерна був закріплений у низці нормативних актів України, на сьогодні, у зв'язку із прийняттям 24.06.2004 р. Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» (далі за текстом – Закон) та внесенням певних змін до аграрного законодавства, виникла потреба звернутися до встановлення сутності названого виду державної підтримки селян.

Передусім зазначимо, що державні заставні закупівлі зерна як вид підтримки сільськогосподарських товаровиробників не є новелою для законодавства України. Можливість здійснення заставних закупівель зерна, окрім названого Закону, передбачена Законом України "Про зерно та ринок зерна в Україні" від 04.07.2002 р. Відповідно до ст. 1 останнього Закону (до моменту внесення змін до нього) заставна закупка зерна визначалася як гарантована державою закупка зерна у сільськогосподарських товаровиробників на певний термін за заставними цінами при зберіганні за ними, на встановлений у договорі заставних закупок зерна строк, права витребувати це зерно.

На відміну від Закону "Про зерно та ринок зерна в Україні", державні заставні закупівлі зерна, що проводяться відповідно до приписів ст. 12 Закону, здійснюються на організованому аграрному ринку України на період до запровадження системи державних форвардних закупівель зерна.

Зазначимо, що сутність державних заставних закупівель зерна, встановлена ст. 12 Закону є відмінною від «традиційного поняття» заставної закупівлі зерна, що існувало в законодавстві України до 31.05.2005 р. Отже, ст. 12 названого Закону фактично встановлює новий різновид фінансової допомоги сільськогосподарським товаровиробникам – надання бюджетної позики під заставу зерна.

Така бюджетна позика надається Аграрним фондом виробнику зерна, що є об'єктом державного цінового регулювання (позичальнику). Названа позика надається на підставі кредитного договору (як це зазначено у тексті ст. 12 Закону), що його укладає Аграрний фонд та позичальник. Стандартна форма названого договору затверджена наказом Міністерства аграрної політики України «Про затвердження Форми кредитного договору про бюджетні позики в межах режиму державних заставних закупівель» від 15.07.2005 р. за № 318.

Незважаючи на те, що позика та кредит є спорідненими поняттями, але вони мають різну юридичну природу, регламентуються різними приписами законодавства (відповідно ст.ст. 1046-1053 та ст.ст. 1054-1957 Цивільного кодексу України). Відповідно до цього й у тексті ст. 12 Закону мало йтися про укладання все ж таки договору позики, а не кредитного договору.

Порядок надання бюджетних позик у межах режиму державних заставних закупівель зерна встановлений постановою Кабінету Міністрів України від 09.07.2005 р. за № 546. Виробник зерна, який виявив бажання отримати бюджетну позику (позичальник), має подати Аграрному фонду або його регіональному відділенню заявку та необхідні документи. Після отримання заявки та зазначених документів регіональне відділення Аграрного фонду не пізніше наступного робочого дня після їх надходження передає їх Аграрному фонду. Аграрний фонд протягом п'яти робочих днів після надходження заявки (із доданими документами) має її розглянути та прийняти рішення про надання (або відмову у наданні) бюджетної позики. Пунктом 5 зазначеного Порядку на Аграрний фонд покладено обов'язок повідомити позичальника про прийняте рішення.

Вказаним Порядком надання бюджетних позик у межах режиму державних заставних закупівель зерна встановлено дві умови, за наявності яких Аграрний фонд має прийняти позитивне рішення про надання бюджетної позики. Такими умовами виступають: наявності у Державному бюджеті України коштів, передбачених на виплату бюджетної позики та відповідність позичальника

© Суслова Є., 2006

вимогам, встановленим Законом (зокрема, щодо відсутності обставин, що виключають надання бюджетної позики).

Бюджетна позика у даному разі надається під заставу зерна, що належить позичальнику. Факт передання зерна у заставу посвідчується переданням позичальником кредитору (Аграрному фонду) простого чи подвійного складського свідоцтва або складської квитанції. Названі документи належать до складських документів на зерно та виписуються, за загальним правилом, зерновим складом на підтвердження прийняття зерна (ст. 37 Закону України "Про зерно та ринок зерна в Україні").

Розмір суми бюджетної позики, що надається позичальнику Аграрним фондом, не може перевищувати 80 відсотків вартості застави, розрахованої, виходячи з розміру встановленої мінімальної закупівельної ціни. Строк, на який надається бюджетна позика, визначається сторонами у договорі. Сума бюджетної позики погашається єдиним платежем у строк, визначений у договорі.

Наслідками порушення позичальником зобов'язання щодо повернення Аграрному фонду у встановлений строк суми бюджетної позики та/або плати за її використання, є наступні: а) предмет застави переходить у власність держави та зараховується до складу державного продовольчого резерву за цінами, що діяли на момент оцінки такого предмета застави; б) зобов'язання між сторонами кредитного договору вважаються повністю виконаними (у тому числі щодо плати за користування бюджетною позикою та повернення її основної суми); в) обов'язок з оплати вартості подальшого зберігання колишнього об'єкта застави переходить на кредитора; г) кредитор набуває прав вигодонабувача за договором страхування такого колишнього об'єкта застави.

Зазначимо, що усі названі наслідки пов'язані із переходом права власності на предмет застави (зерно) до держави внаслідок прострочення позичальника. Моментом, з якого переходить назване право до держави Законом визначена дата порушення позичальником зобов'язання щодо повернення (погашення) бюджетної позики та/або плати за її використання. Зрозуміло, що після надходження предмета (об'єкта) застави до державної власності витрати з його подальшого зберігання на зерновому складі відшкодовуються Аграрним фондом.

Наведені вище приписи законодавства України дозволяють стверджувати, що на сьогодні сутність режиму державних заставних закупівель зерна зводиться до надання державою бюджетних позик у межах названого режиму під заставу такого зерна. Правова природа названого режиму державних заставних закупівель суттєво різниться від режиму таких закупівель, що був передбачений в законодавстві України до прийняття Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України».

ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ЕМІТЕНТІВ ЦІННИХ ПАПЕРІВ В УКРАЇНІ

Трофімова О.

Київський національний університет ім. Т. Шевченка

Відповідно до ст.164 ГК України суб'єкт господарювання – юридична особа у випадках і порядку, передбачених законом, має право випускати від свого імені акції та облігації підприємства і реалізовувати їх громадянам та юридичним особам.

Ст.2 Закону України від 18.06.1991 р. "Про цінні папери та фондову біржу" (далі – Закону "Про цінні папери та фондову біржу") визначає, що емітентом цінних паперів є держава в особі уповноваженого органу, юридична особа і, у випадках передбачених законодавством, фізична особа. (стаття 2 в редакції від 03.06.99р. – прим. автора). До внесення цих змін до ст.2 Закону "Про цінні папери та фондову біржу" емітентом цінних паперів визнавалися лише юридичні особи, які від свого імені випускають цінні папери та приймають на себе виконання обов'язків, визначених умовами їх випуску.

Проект Закону України від 15.07.2005 р. №7818 "Про цінні папери та фондовий ринок" (далі – законопроект), визначає емітента як юридичну особу, Автономну Республіку Крим або територіальну громаду міста в особі відповідних органів місцевого самоврядування, а також державу в особі уповноважених нею органів державної влади, яка від свого імені розміщує емісійні цінні папери та бере на себе зобов'язання щодо них перед їх власниками.

Перевагами цього визначення, з одного боку, є уточнення переліку емітентів, а з іншого, не обмеженість тільки перерахунком видів емітентів, а включення елементів правового статусу емітента – змісту діяльності емітента на ринку цінних паперів. Виключення в законопроекті з кола емітентів фізичних осіб видається цілком закономірним і обмовлено тим, що поняття емісія вживається в законопроекті тільки щодо групи емісійних цінних паперів, випуск яких не може здійснюватись фізичними особами.

До набрання чинності ЦК України єдиним цінним папером який мала право випускати фізична особа – суб'єкт підприємницької діяльності був вексель. З 01.01.2004 року, тобто із набуттям чинності ЦК України, Законом "Про іпотеку", що викликали появу нових видів цінних паперів таких, як застава, легалізацію похідних цінних паперів та надання правового режиму цінного паперу товаророзпорядчим цінним паперам, коло цінних паперів, випускати які можуть фізичні особи розширилось.

Недоліком визначення емітента в законопроекті, на нашу думку, є зведення змісту діяльності емітента на ринку цінних паперів тільки до розміщення цінних паперів. У значенні законопроекту розміщення цінних паперів – відчуження цінних паперів емітентом або андеррайтером шляхом укладення цивільно-правового договору з першим власником, а емісія – це установлена законодавством послідовність дій емітента щодо випуску та розміщення емісійних цінних паперів.

З урахуванням вищезазначеного, пропонується закріпити в законопроекті наступне визначення емітента цінних паперів – це юридична особа, Автономна Республіка Крим або територіальна громада міста в особі відповідних органів місцевого самоврядування, а також держава в особі уповноважених нею органів державної влади, яка від свого імені випускає та розміщує емісійні цінні папери та бере на себе зобов'язання щодо них перед їх власниками.

Таким чином, емітентом називають особу, яка випускає, розміщує емісійні цінні папери та є зобов'язаною за ними перед їх власниками.

Дуже часто в літературі та на практиці ототожнюють поняття "емітент" та "продавець" цінного паперу. Але таке ототожнення є помилковим тому, що продавець цінного паперу не завжди є їх емітентом. За звичай, емітент цінного паперу є його першим продавцем. Цінні папери може розміщувати також посередник (андеррайтер).

Визначення андеррайтера знайшло своє закріплення в ст.1 законопроекту, яка визначає андеррайтера як торговця цінними паперами, який за дорученням, від імені та за рахунок емітента

© Трофімова О., 2006

розміщує (підписка, продаж) або купує на первинному ринку цінні папери з метою їх наступного перепродажу.

Таким чином, коли андеррайтер купує цінні папери – він виступає їх покупцем, а коли продає (розміщує) – продавцем. Вже з цього простого прикладу можна побачити, що питання про те, хто є емітентом на фондовому ринку є непростим.

Емітент від свого імені випускає цінні папери і зобов'язується виконувати зобов'язання, що випливають з умов їх випуску. Права і обов'язки щодо цінних паперів виникають з моменту їх передачі емітентом або його уповноваженою особою (андеррайтером) одержувачу (покупцю) чи його уповноваженій особі.

Серед емітентів цінних паперів у першу чергу виділяють державу. По-перше, тому, що історично державні цінні папери – це один з перших видів фондових цінностей. По-друге, держава вважається найбільш крупним та надійним емітентом.

У країнах з розвиненою ринковою економікою та цивілізованим ринком цінних паперів держава є одним з найактивніших емітентів цінних паперів. В України до другої половини 90-х років держава не виявляла значної активності на ринку цінних паперів як емітент. Однак, розвиток ринкових відносин змусив її активізувати свою діяльність у цій галузі економіки. Саме державні цінні папери, на нашу думку, можуть стати основою для формування розвинутого вітчизняного фондового ринку.

Держава як емітент виступає на фондовому ринку в особі центральних органів виконавчої влади (Кабінет Міністрів України, Міністерство фінансів України).

Держава, як правило, випускає цінні папери з метою залучення коштів для фінансування поточного бюджетного дефіциту (облігації внутрішніх та зовнішніх державних позик, казначейські зобов'язання); погашення раніше розміщених позик; забезпечення касового виконання державного бюджету; вирівнювання нерівномірності надходження податкових платежів; забезпечення комерційних банків ліквідними резервними активами; фінансування цільових програм, що здійснюються місцевими органами влади; підтримки соціально важливих установ та організацій.

Випуск цінних паперів є більш ефективним методом фінансування бюджетного дефіциту порівняно з практикою позики грошей в Національного банку та залучення коштів від емісії грошей. Використання кредитних ресурсів Національного банку значно зменшує його можливості регулювання позикового ринку, і тому в усіх країнах з ринковою економікою встановлені значні обмеження на доступ уряду до цих ресурсів. Така практика було особливо поширеною в Україні в середині 90–х років минулого століття, що призвело до інфляції внаслідок надходження в обіг не забезпеченої реальними активами (капіталами, товарами тощо) грошової маси

Перший в Україні аукціон по розміщенню облігацій внутрішньої державної позики, випущених відповідно до постанови КМУ від 23.08.94 р. "Про випуск облігацій внутрішньої державної позики 1995 року" відбувся у березні 1995 року.

Поступово ринок державних цінних паперів перетворився в активний сектор ринку цінних паперів України. Інвесторів приваблює їх висока надійність та можливість (наприклад, для банків, страхових компаній) інвестування в державні цінні папери коштів, що обліковуються у складі обов'язкових резервів таких фінансових установ.

Емісію цінних паперів, крім центральних органів, можуть здійснювати також і місцеві органи влади. Необхідність у цьому виникає тоді, коли витрати місцевих органів перевищують їх доходи або коли починається здійснення великого інвестиційного проекту.

Вартість цінних паперів, випущених місцевими органами влади (муніципальних цінних паперів), визначається платоспроможністю їх емітента та ринком. Серед факторів які впливають на платоспроможність місцевих органів влади В.І.Альохін виділяє наступні: а) борг місцевих органів у розрахунку на душу населення. Чим він менший, тим привабливішими є цінні папери цього емітента; б) розмір надходжень з центрального бюджету; в) матеріальне багатство місцевості, на яку поширюється юрисдикція цього органу (забезпеченість природними ресурсами, рівень індустріалізації, обсяги сільськогосподарського виробництва, тощо).

Досвід Російської Федерації, свідчить, що привабливість муніципальних цінних паперів може бути значно збільшена такими способами:

- їх погашенням частками у статутних фондах підприємств, що приватизуються (така модель використовувалась при випуску муніципальних цінних паперів у Новосибірську, Курську, Москві);
- їх використанням як засобу платежу, в тому числі при сплаті податку на прибуток, що спрямовується до місцевого бюджету (Нижній Новгород);
- можливість їх обміну на акції приватизованих підприємств, часткою в статутному фонді яких володіє орган, що управляє муніципальною власністю (Москва);
- можливість їх використання для розрахунків з кредиторами;
- можливість їх використання як застави для одержання кредитів, тощо.

Протягом кількох останніх років зростають обсяги емісій державних ЦП (облігацій внутрішніх та зовнішніх державних позик, казначейських зобов'язань) та здійснені перші "пілотні" проекти по випуску облігацій внутрішніх місцевих позик. Активного поширення набувають випуски та розповсюдження на світових ринках українських єврооблігацій. Все це викликало необхідність у відповідному законодавчому регулюванні порядку випуску та обігу облігацій, що було здійснено у 2 половині 2003 року шляхом затвердження ДКЦПФР двох положень: Положення про порядок випуску облігацій внутрішніх місцевих позик від 7.10.2003р. та Положення про порядок випуску обілгацій підприємств від 17.07.2003р.

Поряд із державою та місцевими органами державної влади як емітенти важливе місце на ринку цінних паперів посідають юридичні особи – суб'єкти господарювання різних організаційно–правових форм та форм власності.

Ці емітенти здійснюють емісію цінних паперів для розширення виробництва або проведення іншої комерційної діяльності шляхом випуску боргових зобов'язань (облігації) або акцій. Серед інших цілей виділяють: приватизацію підприємств; залучення інвестицій; виконання певних нормативів, встановлених державою; перерозподіл влади в акціонерному товаристві. Якщо в другій половині 90-х років найбільші обсяги емісії припадали на акції, то в 2002–2004 роках спостерігався активний розвиток ринку облігацій, що має свої особливості та переваги і є перспективною та популярною формою інвестування вітчизняної економіки.

Серед українських емітентів найбільшу активність проявляють фінансові установи (банки, страхові компанії), що пояснюється необхідністю постійно нарощувати власний капітал та забезпечувати резерви високоліквідними активами відповідно до вимог Національного банку України, Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг та належністю до інститутів, які в умовах економічної кризи діють найбільш успішною. Діяльність банків як емітентів цінних паперів визначається трьома важливими умовами: станом економіки, грошово-кредитною політикою держави та діяльністю самих банків.

За станом на 01.01.05 в Україні зареєстровано як юридичні особи 33387 акціонерних товариств, з них 11556 - відкритих, 21831 - закритих. Загальна номінальна капіталізація (сума статутних капіталів емітентів) станом на 31.12.2003 року для закритих акціонерних товариств склала 25784,39 млн. грн. (22670,0 млн. грн. для емітентів – не банків та 3114,36 млн. грн. для банків), Для відкритих акціонерних товариств ця сума складала 67117,6 (62189 млн. грн. для підприємств та 4928,6 млн. грн. для банків), що у середньому на 20 % вище, ніж у попередньому році (на 10,8 % більше за підприємствами та на 29,35 % більше за банками).

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ ВІДВОДУ СУДДІВ В УКРАЇНСЬКОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

Угриновська О.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Відвід суддів є діючим механізмом забезпечення законності прийнятих судами рішень, своєрідним захистом від впливу на суд різних суб'єктивних факторів. Але зазначений процесуальний інститут буде сприяти захисту прав і законних інтересів учасників судового процесу тільки в тому випадку, якщо буде забезпечуватися ефективний і логічний механізм його реалізації.

На жаль, ситуація, що склалася з правовою регламентацією відводу суддів після малої судової реформи, викликає цілком закономірний подив як в учасників судового процесу, що вперше зіштовхнулися з практичною реалізацією свого права на відвід суддів, так і в закордонних юристів, яким за якимись причинами довелося познайомитися з українським процесуальним законодавством.

Метою даної статті є виявлення недоліків законодавства, що регламентує підстави і порядок відводу суддів у цивільному і господарському процесах, а також аналіз перспектив реформування даного процесуального інституту в Україні.

Відповідно до положень статті 20 ЦПК від 18 березня 2004 року, що вступив в силу 1 вересня 2005 року, суддя не може брати участь у розгляді справи і підлягає відводу (самовідводу), якщо:

1) під час попереднього вирішення цієї справи він брав участь у процесі як свідок, експерт, спеціаліст, перекладач, представник, секретар судового засідання;

2) він прямо чи побічно заінтересований у результаті розгляду справи;

3) він є членом сім'ї або близьким родичем (чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, брат, сестра, дід, баба, внук, внучка, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, член сім'ї або близький родич цих осіб) сторони або інших осіб, які беруть участь у справі;

4) якщо є інші обставини, які викликають сумнів в об'єктивності та неупередженості судді.

Основна проблема у застосуванні цього процесуального інституту - мотивування відводу. Якщо причини об'єктивні або очевидні (п. 1 і 3), суддя заявить самовідвід. Інші мотиви має шукати заінтересована особа.

В основі відводу - недовіра судді. Ми не довіряємо суду - і він нам не довірятиме. Якщо заява буде відхилена, заявник втратить тактичні можливості, в основі яких добрі стосунки із суддею. Тому недостатньо мотивовані відводи краще не заявляти, як вірно зазначають практики.

Якщо мотиву для відводу судді немає, його можна створити. Одним із можливих варіантів є залучення до процесу осіб, з якими суддя перебуває в особливих стосунках. Такі особи можуть вступити в процес, наприклад, як представники заінтересованої сторони.

Обставинами, що викликають сумнів в об'єктивності та неупередженості судді, можуть бути: незаконні дії судді під час розгляду справи, ігнорування законних вимог сторони, створення перешкод для реалізації процесуальних прав, нерівне ставлення до сторін, нетактовна поведінка судді тощо. Для того, щоб ці обставини лягли в основу заяви про відвід, вони мають бути доведеними.

Заінтересованість судді, яка також є підставою відводу, може полягати у виникненні певних наслідків для судді або близьких йому осіб залежно від результатів розгляду справи. Наприклад, надання вивільненої квартири в разі постановлення рішення про виселення відповідача.

Відповідно до статті 23 ЦПК, при наявності підстав, зазначених у статтях 20, 21 цього кодексу, суддя зобов'язаний заявити самовідвід. На цих же підставах судді може бути заявлений відвід особами, які беруть участь у справі.

Відвід (самовідвід) повинний бути мотивованим і заявленим до початку з'ясування обставин у справі та їх перевірки доказами. Заявляти відвід (самовідвід) після цього дозволяється тільки у випадках, коли про підставу для відводу (самовідводу) стало відомо після з'ясування обставин у справі та їх перевірки доказами.

© Угриновська О., 2006

У статті 22 ЦПК "Порядок вирішення заяви про відвід" вказується, що заява про відвід вирішується в нарадчій кімнаті ухвалою суду, що розглядає справу. Заява про відвід кільком суддям чи усьому складу суду вирішується простою більшістю голосів.

Залишається тільки з'ясувати, що входить у вищезгадане поняття "суд, що розглядає справу". На цьому етапі ситуація набуває анекдотичного характеру, оскільки, відповідно до пункту 1 статті 18 ЦПК, цивільні справи в судах першої інстанції розглядаються одноособово суддею, який є головуючим і діє від імені суду. З зазначеного логічно випливає, що, у випадку одноособового розгляду справи, судом, який розглядає дане клопотання безпосередньо, є сам суддя.

Якщо слідувати логіці законодавця, суддя, що одержав заяву про відвід, повинен вийти до нарадчої кімнати і там вирішити питання про те, чи дійсно він безсторонній і ніяким чином не зацікавлений у результаті розгляду справи. На думку психологів, самооцінка людиною своїх дій рідко буває об'єктивною (причому незалежно від займаної посади). Видається, при такому підході учасник судового процесу, який заявив про відвід судді, може бути упевнений, що його заява залишиться без задоволення.

Утім, такий результат розгляду заяви цілком закономірний і логічний. Набагато важче навіть теоретично уявити зворотнє – суддя задовольняє заяву про свій відвід, погоджуючись з тим, що він не безсторонній і за якихось причин зацікавлений у результаті розгляду справи.

Задовільнивши таку заяву, суддя автоматично визнає себе несумісним з посадою судді, адже однією з вимог, які висуваються до нього статтею 6 Закону України "Про статус суддів", є недопущення вчинків і будь-яких дій, що ганьблять звання судді і можуть викликати сумнів в його об'єктивності, неупередженості та незалежності.

Відповідно до статті 10 Закону України "Про статус суддів", вперше призначений суддя в урочистій обстановці приймає присягу такого змісту: "Урочисто присягаю чесно і сумлінно виконувати обов'язки судді, здійснювати правосуддя, підкоряючись тільки закону, бути об'єктивним і справедливим".

Задоволення заяви про відвід за вищевказаних підстав свідчить про порушення присяги судді з усіма наслідками, що випливають.

З огляду на викладене, можна зробити невтішний висновок - механізм відводу суддів, визначений ЦПК, носить винятково декоративно-декларативний характер і не може застосовуватися на практиці.

Таким чином, у новому ЦПК збережений аналогічний порядок вирішення питання про відвід судді, що й у кодексі, який діяв раніше, від 18 липня 1963 року. Залишається незрозумілим, чому законодавець двічі зберігає ці процесуальні обставини, адже з приводу змін, внесених у раніше діючий ЦПК після проведення малої судової реформи, фахівцями було висловлено чимало критичних зауважень, які необхідно було врахувати при розробці і прийнятті нового ЦПК.

На щастя, Господарський процесуальний кодекс (ГПК) не регулює питання відводу суддів настільки оригінальним чином, як ЦПК. Відповідно до статті 20 ГПК, суддя не може приймати участі в розгляді справи і підлягає відводу (самовідводу), якщо він є родичем осіб, що беруть участь у судовому процесі, або будуть встановлені інші обставини, що викликають сумнів в його неупередженості. Серйозні протиріччя виникають у сторін судового спору при тлумаченні поняття «інших обставин, що викликають сумніви в неупередженості судді». Переліку таких обставин не дається, і під упередженістю судді сторони можуть розуміти усе, що завгодно. Наприклад, позивач чи відповідач може побачити упередженість судді в тім, що той «є люб'язний» зі своїм однокурсником — прокурором у справі. ГПК також встановлює, що суддя, що брав участь у розгляді справи, не може брати участь у новому розгляді справи у разі скасування рішення, ухвали, прийнятих за його участю.

При наявності зазначених підстав суддя повинен заявити самовідвід. На цих же підставах відвід судді можуть заявити сторони та прокурор, який бере участь у судовому процесі.

Відвід повинен бути мотивованим і заявленим в письмовій формі до початку вирішення спору. Заявляти відвід після цього можна лише у разі, якщо про підставу відводу сторона чи прокурор довідалися після початку розгляду справи по суті.

Питання про відвід судді вирішується головою господарського суду або заступником голови господарського суду, а про відвід заступника голови - головою господарського суду, який виносить з цього приводу ухвалу в триденний термін з дня надходження заяви. Сторони дійсно подають письмові клопотання з проханням надати їм у засідання іншого суддю, однак такі клопотання найчастіше

ставлять перед собою мету не відвести заангажованого суддю (передбачається, що суддя справедливий), а затягти, іноді досить важливий в юридичному значенні, час. Поки питання відводу судді буде розглядатися головою господарського суду чи його заступником, сторона, що подала клопотання, одержує можливість підготувати додаткові документи й обґрунтування в справі. Саме з цієї причини відсоток задоволення клопотань про усунення судді від розгляду справи дуже низький.

Як бачимо, ГПК у порівнянні з ЦПК обмежує перелік підстав для відводу суддів (утім, не дивно, що однією статтею кодексу неможливо охопити всі правові аспекти інституту відводу суддів).

Особливо звертає на себе увага той факт, що ГПК не містить прямої вказівки про те, що відводу підлягає суддя, що брав участь як експерт, перекладач, прокурор, чи представник чи свідок в попередньому розгляді даної справи.

На практиці може виникнути і така ситуація: справа направляється Вищим господарським судом України на новий розгляд в суд першої інстанції. Закономірно, що до судді, який вже розглядав цю справу, вона не потрапить. Але не виключено, що помічник такого судді (на даний момент уже колишній) став суддею і справа потрапить саме до нього. Ні для кого не секрет, що помічники суддів грають далеко не останню роль у механізмі господарського судочинства. Досить часто судді "погоджуються" з текстом рішення, складеним помічником, не вникаючи в його деталі. Без сумніву, що в помічника вже сформувалася своя оцінка правових позицій сторін по даній справі, яка навряд чи підлягає корегуванню.

А що говорить проект ГПК?

У Верховній Раді України на сьогодні знаходиться проект Господарського процесуального кодексу № 4157-2, розроблений спільною робочою групою Верховного Суду, Вищого господарського суду і Міністерства юстиції, він був узятий за основу постановою Верховної Ради від 29 червня 2004 року (10 червня 2005 року були проведені громадські слухання по даному проекту).

Врегулюванню питання відводу суддів присвячена стаття 20 законопроекту, відповідно до якої відводу підлягає суддя, який:

- під час попереднього розгляду даної справи брав участь у ній як суддя;
- під час попереднього розгляду справи брав участь у процесі як свідок, експерт, спеціаліст, перекладач, представник, прокурор, секретар судового засідання;
- є близьким родичем чи свояком (батьки, подружжя, брати, сестри, діти, а також батьки, брати, сестри і діти подружжя), чи усиновлювачем, усиновленим, опікуном чи піклувальником сторони чи інших осіб, що беруть участь у справі;
- перебуває в особливих відносинах з особою, що бере участь у справі;
- робив публічні заяви чи давав оцінку даній справі, а також якщо існують інші мотивовані підстави вважати його заінтересованим у результаті розгляду справи.

У пункті 2 статті 20 даного законопроекту також вказується, що до складу суду не можуть входити особи, що є родичами чи свояками.

На жаль, у даній статті окреслено далеко не усі випадки, при настанні яких був би логічний відвід судді. Нагадаємо, що крім законопроекту № 4157 на розгляд Верховної Ради у свій час були подані ще два проекти - розроблений народними депутатами Н. Онищуком, М. Гапочкою і іншими (№ 4157), а також розроблений народним депутатом В. Мусіякою (№ 4157-1).

По-моєму, найбільше вдало питання відводу суддів врегульовано в законопроекті № 4157, поданий на розгляд Верховної Ради першим.

Стаття 15 проекту ГПК № 4157, крім підстав відводу (самовідводу) суддів, викладених у статті 20 проекту № 4157-2, передбачає і такі підстави для відводу, як:

1) участь судді в розгляді справи про скасування арбітражного рішення, прийнятого ним як арбітром;

2) участь судді в розгляді справи, пов’язаної із здійсненням державного регулювання підприємницької діяльності, якщо предметом розгляду є питання про правомірність дій чи актів органу виконавчої влади, місцевого самоврядування чи інших установ і організацій, посадовою чи службовою особою яких він був на момент вчинення цих дій або видання актів;

3) якщо він перебував у службовій чи іншій залежності від особи, що є стороною судового процесу чи його представником.

Слід зазначити, що поняття "інша залежність" може трактуватися дуже і дуже неоднозначно. До того ж незрозуміло, чому суддя може бути відведений тільки у випадку, якщо він перебував, а не перебуває в службовій і іншій залежності від особи, що є стороною в справі.

Відсутність можливості оскарження ухвал про відвід - загальна проблема цивільного і господарського процесів

Загальною проблемою як цивільного, так і господарського процесів є відсутність можливості оскарження ухвал про відмову в задоволенні заяви про відвід у вищу інстанцію. Звичайно ж, ніхто не може заборонити учаснику судового процесу викласти свої доводи про необхідність відводу суду в апеляційній чи касаційній скарзі, але навряд чи навіть найвагоміші доводи можуть послужити підставою для скасування судового рішення. А якщо справа перебуває в стадії касаційного розгляду, то і викласти свої обґрунтування про необхідність відводу судді просто нікуди (ГПК передбачає право на повторне касаційної оскарження постанов Вищого господарського суду України у Верховний Суд України, хоча навряд чи питання про відвід судді буде визнаний гідним уваги суддів ВСУ).

Питання допустимості відводу оскарження ухвал про відмову в задоволенні заяви про відвід суддів залишається відкритим не тільки на Україні, але й у Російській Федерації, і в інших станах СНД. Фахівці так і не прийшли до єдиної думки з даної проблематики.

З одного боку, можливість оскарження ухвал як про відвід суддів, так і про відмову у відводі - важлива гарантія законності судового процесу і належного забезпечення процесуальних прав сторін. З іншого боку - можливість такого оскарження несумлінна сторона може використовувати у своїх інтересах з метою затягування судового процесу. Проте, даний різновид процесуальних диверсій вимагає окремого детального обговорення.

Підводячи підсумок вищевикладеному, з жалем необхідно констатувати, що, як показує практика, інститут відводу суддів сьогодні не працює. Видається, що ситуацію покращить внесення змін до ЦПК і прийняття нового ГПК з урахуванням положень законопроекту № 4157. Одночасно слід визнати, що навіть після удосконалення нормативно-правової регламентації інституту відводу суддів очікувати кардинальних змін у його практичному застосуванні було б дуже і дуже ілюзорно.

На ситуацію може вплинути тільки "внесення змін" у морально-етичну свідомість як суддів, так і учасників судового процесу. У такому випадку сторона не буде побоюватися потрапити в немилість суду після заяви відводу, а суддя не буде очікувати від сторін зловживань їхнім правом на відвід з метою банального затягування судового процесу або, що ще гірше, з метою дискредитації судді безпідставними, але наполегливими відводами.

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ ПРИ ПРИТЯГНЕННІ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ ДО МАТЕРІАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Чудик-Білоусова Н.

Хмельницький університет управління та права

Після проголошення нашою державою стратегії реформування військових формувань потребує змін і доповнень зміст більшість правових норм та інститутів чинного військового законодавства, так як не повною мірою відповідає потребам та принципам правового регулювання суспільних відносин, які складаються у військовій сфері. Насамперед потребує вдосконалення інститут юридичної відповідальності, у тому числі й матеріальної відповідальності військовослужбовців. На сьогодні зазначені проблеми розглядалися лише частково, зокрема у роботах М.В. Артамонова, З.О. Ашитова, В.А. Дозорцева, М.І. Кузнєцова, К.С. Лиховидова, О.Е. Луньова, Ю.І. Мигачова, М.І. Павлова, К.І. Солнцева, С.В. Тихомирова, В. Чхіквадзе. Окремі питання юридичної відповідальності військовослужбовців висвітлювалися в українській правовій науці, зокрема в роботах М.В. Бєлоконєва, Ю.В. Білоусова, А.Ф. Моти, С.Д. Русу, В.В. Чумака, В.О. Шамрая.

Трудове законодавство, не вважає військовослужбовців суб'єктами матеріальної відповідальності, тому зазначені правовідносини регулює Положення про матеріальну відповідальність військовослужбовців за шкоду, заподіяну державі, затверджене постановою Верховної Ради України від 23 червня 1995 року (надалі — Положення), яке передбачає 3 види порядку відшкодування заподіяної шкоди.

Підставою для добровільного відшкодування заподіяної шкоди, яке можна здійснити добровільно повністю чи частково або за згодою командира (начальника) військової частини відновити пошкоджене майно державі є рапорт військовослужбовця, поданий на ім'я командира (начальника) військової частини, засвідчений начальником відділу кадрів військової частини, в якому обов'язково слід зазначити розмір суми, яка підлягає відшкодуванню, час та обставини при яких виявлено заподіяну шкоду, протиправні дії, якими заподіяно шкоду військовому майну. Добровільне відшкодування здійснюється шляхом внесення грошових сум у касу військової частини. Щодо відшкодування шкоди натуральним майном, то воно можливе при наявності взаємної згоди командира (начальника) військової частини та військовослужбовця, діями чи бездіяльністю якого заподіяно шкоду військовому майну. Так, при відшкодуванні шкоди, заподіяної військовослужбовцями Державної Прикордонної служби України, матеріальні засоби, які надходять до військової частини від винної особи в рахунок відшкодування заподіяної шкоди, до їх оприбуткування повинні бути оглянуті і засвідчені компетентною комісією, на предмет їх придатності до використання за прямим призначенням, відповідності вартості відновлюваного та втраченого майна. За результатами обстеження оформляється відповідний акт, який передається для прийняття рішення командиру (начальнику) військової частини та є підставою для списання заподіяної шкоди з книги обліку недостач військової частини. Приймальній комісії слід звернути особливу увагу на те, що у випадку відшкодування заподіяної шкоди натуральним майном, обов'язково слід пред'явити виправдувальні документи: касові чеки, рахунки-фактури, накладні, що посвідчують законність придбання цього майна. Відшкодування проводиться лише рівноцінним майном, крім випадків втрати чи пошкодження зброї, боєприпасів, спеціальної техніки, які у відповідності із дозвільною системою не можуть перебувати у власності громадян України.

Заподіяні державі збитки підлягають відшкодуванню військовослужбовцями на загальних підставах, однак у разі відмови добровільно повернути незаконно отримане військове майно чи його вартість, відшкодування здійснюється у судовому порядку за заявою прокурора (ст. 20 Закону України "Про прокуратуру").

Якщо військовослужбовець відшкодовує заподіяну шкоду відповідно до виданого командиром (начальником) військової частини наказу про притягнення його до матеріальної відповідальності, в ньому повинно бути вказано: прізвище, ім'я, по батькові, посада, військове звання військовослужбовця, обставини за яких заподіяно шкоду військовому майну та розмір заподіяної шкоди, докази на підтвердження вини військовослужбовця. Якщо шкода заподіяна кількома

© Чудик-Білоусова Н., 2006

військовослужбовцями, то її точний розмір визначається окремо для кожної особи з урахуванням ступеня вини.

Якщо військовослужбовець звільняється з військової служби у запас чи відставку (вибуття з військової частини) до повного відшкодування заподіяної шкоди чи прийняття рішення про стягнення заподіяної шкоди, військова частина повинна подати до суду позов на суму заподіяної шкоди. Підставою для звернення до суду є наказ командира (начальника) військової частини про звільнення військовослужбовця в запас (відставку), про переведення військовослужбовця в іншу військову частину, закінчення військових зборів. Тому цивільний позов на суму заподіяної шкоди подається командиром (начальником) військової частини до суду за місцем проживання (роботи) звільненого з військової служби військовослужбовця, хоча доречніше говорити про подання позову військовою частиною, а не її командиром (начальником), повноважним представником якої є останній. До позовної заяви обов'язково слід додавати документи, які підтверджують факт заподіяння шкоди. Ціна позову для позовів до військовослужбовців, звільнених з військової служби визначається сумою залишку, зазначеному в книзі обліку втрат і недостач при військовій частині за місцем служби чи проходження військових зборів. Відшкодування шкоди шляхом подання позову здійснюється і при притягненні військовослужбовця до кримінальної відповідальності.

Наданий час на осіб, які на момент звільнення з військової служби не відшкодували заподіяної шкоди, у 10-денний строк подаються виконавчі написи до органів, які вчиняють нотаріальні дії за місцем проживання відповідача. У відповідності з Переліком документів, за якими стягнення заборгованості проводиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів командиром (начальником) військової частини подається довідка про суму заборгованості, що підлягає стягненню для одержання виконавчого напису про стягнення з військовослужбовців звільнених з військової служби чи військовозобов'язаних після закінчення військових зборів, що не відшкодували заподіяної державі шкоди, оскільки дані суми облікуються у військових частинах за місцем служби чи проходження військових зборів до повного надходження грошових сум (п. 7 Переліку). Виконання написів, а також рішень, ухвал і постанов суду у цивільних справах та вироки, ухвали і постанови судів у кримінальних справах у частині майнових стягнень покладається на органи державної виконавчої служби. Підставою для виконання (відкриття виконавчого провадження) є заява стягувача або його представника, тобто командира (начальника) військової частини відповідно до виконавчого документу, заява прокурора. Виконавчі дії проводяться державним виконавцем за місцем проживання чи роботи військовослужбовця – боржника або за місцем знаходження його майна. Якщо в процесі виконання змінилося місце проживання чи місцезнаходження боржника або з'ясувалося, що майно боржника на яке можна звернути стягнення відсутнє чи його недостатньо, державний виконавець негайно складає про це акт і не пізніше наступного дня надсилає виконавчий документ разом з копією акта до відділу Державної виконавчої служби за новим місцезнаходженням боржника, про що одночасно повідомляють військову частину, майну якої заподіяна шкода та орган, який видав виконавчий документ.

Військове законодавство не містить норми про строки притягнення військовослужбовців до матеріальної відповідальності, але зазначає, що це доцільно зробити протягом трьох років. Тому термін притягнення військовослужбовців до матеріальної відповідальності повинен бути встановлений строком не більше одного року, а у виняткових випадках, три роки з дня виявлення шкоди.

Тому слід підтримати норми проекту Закону України про матеріальну відповідальність військовослужбовців за шкоду, заподіяну державі, який диференціюють порядок відшкодування заподіяної шкоди та строки притягнення до матеріальної відповідальності, так як вони насамперед спрямовані на захист майнових прав особи, хоча після переходу військових формувань на контрактну службу зазначені правовідносини повинні врегульовуватися трудовим законодавством.

ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ ФІНАНСОВОГО ЛІЗИНГУ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ

Якубівський І.

Львівський національний університет ім. І. Франка

На сучасному етапі законодавство України про фінансовий лізинг продовжує активно формуватися. Визначний вплив на становлення законодавства у цій сфері справило прийняття 16 січня 2003 р. Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України, а також прийняття у новій редакції Закону України "Про фінансовий лізинг" від 11 грудня 2003 р. Проте у 2005 р. Міністерством економіки України підготовлено проект Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України" (далі – Проект), який передбачає внесення істотних змін до лізингового законодавства України. З приводу пропозицій, що передбачені вказаним вище Проектом, хотілось би висловити низку зауважень і побажань.

Напевне, найбільш істотною новелою, що пропонується у Проекті, є скасування Закону України "Про фінансовий лізинг" за рахунок розширення положень Цивільного кодексу України про лізинг. З даною пропозицією важко погодитися з таких міркувань.

По-перше, Цивільний кодекс України як основний акт цивільного законодавства не може забезпечити комплексного правового регулювання лізингових відносин. Тому існування Закону України "Про фінансовий лізинг" – спеціального закону, в якому повинні знаходити свій розвиток ті основні положення про договір лізингу, які закріплені у Цивільному кодексі України, видається оптимальним варіантом законодавчого забезпечення лізингу.

По-друге, значна частина договорів, закріплених у Цивільному кодексі України, одержують більш детальне правове регулювання у спеціальному законодавстві. Йдеться, зокрема, про договори роздрібної купівлі-продажу, поставки, оренди земельної ділянки, будівельного підряду, перевезення, транспортного експедирування, складського зберігання, банківського рахунку та ін. Важко уявити варіант, коли б всі чи більшість цивільно-правових положень, вміщених у спеціальному законодавстві про окремі види (підвиди) цивільно-правових договорів, були перенесені до Цивільного кодексу України.

По-третє, варто враховувати, що Цивільний кодекс України – це кодекс приватного права. Тому в ньому можуть бути урегульовані лише цивільно-правові аспекти лізингу. В свою чергу, Закон України "Про фінансовий лізинг" дозволяє забезпечити комплексне регулювання лізингових відносин за допомогою норм не лише цивільного, але й деяких інших галузей права (наприклад, положення щодо амортизації лізингового майна відносяться до фінансового права).

При обґрунтуванні доцільності скасування Закону України "Про фінансовий лізинг" у пояснювальній записці поряд із Цивільним кодексом України згадується також Закон України "Про оподаткування прибутку підприємств". З даного приводу хотілось би наголосити на тому, що вказаний закон – це податковий закон, який закріплює умови та порядок справляння податку на прибуток підприємств. Положення даного закону не призначені для регулювання майнових відносин між сторонами договору лізингу. Таким чином, юридична конструкція лізингу повинна закріплюватись цивільним законодавством (в першу чергу, - Цивільним кодексом України та Законом України "Про фінансовий лізинг"), а Закон України "Про оподаткування прибутку підприємств" повинен визначати правовий режим оподаткування доходів від лізингових операцій, правила ведення податкового обліку цих операцій та інші пов'язані з оподаткуванням питання. Те, що у Законі України "Про оподаткування прибутку підприємств" багато уваги приділено визначенню понять фінансового, оперативного, зворотного лізингу, пов'язано з тим, що в час прийняття цього закону в Україні ще не було спеціального законодавства про лізинг. В сучасних умовах положення про лізинг, вміщені у вказаному законі, повинні бути приведені у відповідність із Цивільним кодексом України та Законом України "Про фінансовий лізинг".

Тому Закон України "Про фінансовий лізинг" як спеціальний закон, поза сумнівом, має право на існування. Інша річ, що потрібно працювати над узгодженням положень вказаного закону із положеннями Цивільного кодексу України.

© Якубівський І., 2006

Проектом також пропонується скасування положень Господарського кодексу України про лізинг. Цілком очевидно, що положення ст. 292 вказаного кодексу – це перенесені (з окремим змінами) основні положення Закону України "Про лізинг" в редакції від 16 грудня 1997 р. На сьогоднішній день ст. 292 Господарського кодексу України не узгоджується ні з Цивільним кодексом України, ні з Законом України "Про фінансовий лізинг" в редакції від 11 грудня 2003 р. Тому виключення з Господарського кодексу України положень про лізинг є доцільним. Тим більше, що відповідно до Цивільного кодексу України та Закону України "Про фінансовий лізинг", сфера застосування договору лізингу не обмежується лише господарськими, зокрема, підприємницькими, відносинами.

Виходячи з пояснювальної записки, Проект "з метою розширення переліку осіб, які мають право здійснювати операції лізингу" пропонує виключити лізингові компанії з переліку фінансових установ. Однак, чинне законодавство і зараз не обмежує коло можливих лізингодавців лише лізинговими компаніями. Це випливає зі змісту ст. 4 Закону України "Про фінансовий лізинг", ст. 5 Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг". Більше того, розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 22 січня 2004 р. № 21 затверджено Положення про надання послуг з фінансового лізингу юридичними особами – суб'єктами господарювання, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами. Видається, що в даному випадку слід ставити питання по-іншому – виключити фінансовий лізинг з переліку фінансових послуг і тим самим вивести його зі сфери регулювання Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг".

По-перше, договір фінансового лізингу за своєю правовою природою не є договором про надання послуг, в тому числі фінансових. Про це однозначно свідчить структурне розміщення положень про цей договір в рамках глави 58 Цивільного кодексу України. Договір фінансового лізингу спрямований, насамперед, на передачу майна в користування. Фінансування ж придбання майна – це засіб для досягнення вказаної цілі.

По-друге, фінансові послуги визначаються як операції з фінансовими активами (кошти, цінні папери, права вимоги боргу). Водночас, об'єктом лізингу є майно, яке надається в користування лізингоодержувачу, а не кошти, за які це майно придбавається лізингодавцем.

По-третє, включення фінансового лізингу до числа фінансових послуг створює певні публічно-правові бар'єри на шляху розвитку фінансового лізингу в Україні. Для підтвердження цієї позиції достатньо ознайомитися із згаданим вже вище Положенням про надання послуг з фінансового лізингу юридичними особами – суб'єктами господарювання, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами. По суті, необхідність одержання юридичною особою від Держкомфінпослуг довідки про взяття на облік є прихованою формою ліцензування лізингової діяльності.

Все це дозволяє зробити висновок про необхідність виведення фінансового лізингу зі сфери регулювання Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг".

Таким чином, запропоновані у Проекті зміни до лізингового законодавства України, в цілому, є неприйнятними. Зі змісту пояснювальної записки до Проекту випливає, що метою його розробки є забезпечення єдиного підходу регулювання лізингових операцій у законодавстві України. Не викликає жодних сумнівів, що усунення суперечностей та інших недоліків, які на сьогоднішній день мають місце в окремих нормативно-правових актах з питань лізингу, є одним із пріоритетних напрямків подальшого розвитку лізингового законодавства України. Однак, важко визнати достатньо аргументованими і виваженими пропоновані у Проекті засоби досягнення цієї мети. Йдеться, в першу чергу, про пропозицію щодо скасування Закону України "Про фінансовий лізинг". На мій погляд, більш оптимальним варіантом законодавчого регулювання лізингових відносин є той, що існує в Україні на даний час: закріплення основних положень про договір лізингу в Цивільному кодексі України і більш детальне правове регулювання цих відносин у спеціальному законі, яким на сьогоднішній день є Закон України "Про фінансовий лізинг".

ТАЄМНІ ТОВАРИСТВА (STILLE GESELLSCHAFT, SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION І НЕГЛАСНОЕ ТОВАРИЩЕСТВО)

Др. Адам Редзік (Adam Redzik)

Необхідність реалізації різного роду інтересів учасників господарських відносин спричиняє існування різних форм діяльності. Однією з таких форм є так зване таємне товариство[*] *(нім. stille Gesellschaft* - тихе товариство*)*. Торгові об'єднання, які нагадували сучасне таємне товариство, і полягали на приховуваній домовленості купців з метою отримання певних користей, відомі в торговому обороті ще в ранньому середньовіччі – як так зване *participatio*, що існувало на землях сьогоднішньої Італії і Франції.

Власне таємне товариство *(stille Gesellschaft)* сформувалося в німецькій правовій системі в процесі роботи над загально німецьким торговим кодексом (*Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* - далі ADHGB) в 1861 році. Вперше було воно врегульоване в статтях 250-265 ADHGB і ця регуляція містила визначення таємного товариства (ст.250). Однак це визначення було досить лаконічне та незрозуміле. Варто зазначити, що в проекті ADHGB котрий був підготований Нюрнберзькою комісією, під таємним товариством розуміли сучасне командитне товариство і лише в другому та третьому читаннях проекту виокремили дві різні форми. В 1862 році ADHGB набув чинності в Австрії, а в 1871 в цілій Німеччині. В 1900 році Прусія ввела нове регулювання торгового права - *Handelsgesetzbuch* (далі HGB), яке з певними змінами діє до сьогодні в Німеччині, а від 1939 року також в Австрії. Таємне товариство є врегульоване в другій книзі HGB *(Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft),* в § 230-237. На відміну від ADHGB, HGB не містить дефініції таємного товариства, однак на підставі § 230 та 231 таке визначення було введене доктриною. Згідно останньої, таємне товариство - це правові відносини на підставі угоди між явним учасником, що здійснює господарську діяльність та таємним учасником. Згідно угоди, таємний учасник переказує визначену суму капіталу явному учасникові, за що останній зобов'язаний виплачувати прибутки таємному учасникові. Сторони визначають відсоток від прибутку для таємного учасника та термін протягом якого підприємець зобов'язаний виплатити на користь таємного учасника його частку прибутку. Повноваження та обов'язки учасників повинні бути визначені в угоді товариства, яку необхідно укласти в письмовій формі.

Раніше вважалося, що таємне товариство є окремим видом товариства, однак сьогодні в німецькій правовій літературі домінує погляд, що таємне товариство є певним видом простого товариства згідно ст. 705 BGB (просте товариство за внутрішнім характером). Однак, воно не є господарським товариством. До недавна стверджувалося, що відносини в таємному товаристві за своєю сутністю обмежені двома суб'єктами права, при чому одна сторона (явний учасник) зобов'язана здійснювати господарську діяльність. Таємним учасником, натомість, може бути кожен – не зважаючи на те, чи здійснює він господарську діяльність чи ні. Зважаючи на вищесказане, існує стільки таємних товариств, скільки є таємних учасників. На сьогодні в Німеччині панівним є переконання, що є можливим існування багатьох учасників з обох боків. Крім того, в доктрині виокремлено так зване атипове таємне товариство *(atypische stille Gesellschaft)*. Воно полягає в тому, що таємний учасник отримує деякі додаткові повноваження, визначені в угоді товариства, які не регулює або регулює інакше HGB, наприклад, право контролю над діяльністю явного учасника, або право ведення справ товариства (якщо явним учасником є господарське товариство).

В сучасному праві Польщі таємне товариство (spółka cicha) не є врегульованим. Однак, від вступу в силу Торгівельного кодексу з 1934 (ст. 682-695) до моменту його відміни при прийнятті цивільного кодексу в 1964 році, норми щодо врегулювання таємного товариства в Торгівельному кодексі були. Від того часу, тобто від 1 січня 1965 року, ця інституція є лише формою співпраці в межах принципу свободи договорів, закріпленого ст. 353[1] Цивільного кодексу. Норми Торгівельного кодексу закріплювали, що таємне товариство не є учасником торгового обороту, а є видом торгової діяльності – щодо зобов'язань. Зигмунт Феніхел (Z. Fenichel) вважав, що правова сутність таємного товариства полягає в тому, що воно є однією з форм простого товариства з внутрішніми особливостями. Схожу позицію займав Станіслав Михальський (S. Machalski) стверджуючи, що „не

[*] Поняття „таємне товариство" взяли ми за А.С. Довгертом. В Україні можливі також назви: „анонімне товариство" і „тихе товариство". - А.С. Довгерт, Договір простого товариства. Цивільне право України. Підручник у двох книгах, книга 2, за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Київ 2002, с. 478.

© Др. Адам Редзік, 2006

підлягає сумніву, що таємному товариству притаманні всі властивості простого товариства і воно є його видом".

Іншим видом таємного товариства є французьке *société en participation*. Згідно визначення даного в кодексі, засновники можуть узгодити, що просте товариство не буде реєструватися. Таке товариство називається „участковим товариством". Воно не є юридичною особою і існує незалежно від реєстрації. У всіх неврегульованих питаннях кодекс відсилає до норм про прості товариства, а зміст статті дозволяє стверджувати, що *société en participation* є різновидом простого товариства. Однак, існує одна принципова різниця. Просте товариство згідно французького законодавства підлягає реєстрації та має юридичний статус. Слід зазначити, що засновники даного товариства *(société en participation)* залишаються власниками вкладів переданих товариству, водночас кожна угода укладається від власного імені партнерів і лише вони є відповідальними перед третіми особами. Французьке „товариство" може бути створене як одноразове товариство для досягнення певної мети, або як товариство на необмежений час з метою постійної діяльності. Як бачимо, таке регулювання відрізняється від правової схеми типового простого товариства.

Цікаве вирішення, в дещо подібне до французьких норм, містять кодекси Російської Федерації та Білорусі. Згідно п.1 ст. 1054 російського цивільного кодексу 1993 року та п.1 ст.924 білоруського цивільного кодексу від 1998 р., в угоді про просте товариство, може бути передбачено, що його існування не буде розголошуватись третім особам *(негласное товарищество)*. Щодо такої угоди застосовуються норми, що стосуються простого товариства *(простое товарищество),* якщо інше не передбачено в цитованій статті, або якщо інші положення не виникають з суті негласного товариства. Учасник відповідає всім своїм майном за свої зобов'язання, навіть якщо він приймав їх в спільних інтересах. Учасники вважаються сторонніми особами.

Поняття таємного товариства відсутнє в законодавстві України. Однак без сумніву в практиці присутній такий вид дофінансування підприємців. Термін таємне товариство (або анонімне товариство) наявний також в доктрині (*А. С. Довгерт*). Правовим підґрунтям існування таємного товариства в Україні може бути п.3 абз.1 ст.3 Цивільного кодексу України від 16.01.03 (далі ЦКУ) в якому закріплено один з фундаментальних принципів українського цивільного права – принцип свободи договорів (*А. В. Луць*). Статті 6 та 627 ЦКУ з врегулюванням простого товариства містять норму щодо спільної діяльності. Згідно абз. 1 ст. 1130 ЦКУ через угоду про спільну діяльність „сторони зобов'язуються спільно діяти без утворення юридичної особи з певною метою, яка не суперечить закону". Така спільна діяльність може бути реалізована через поєднання вкладів учасників (просте товариство) або теж без потреби об'єднання вкладів. Угода про спільну діяльність повинна бути оформлена в письмовій формі (абзю1 стю1131 ЦКУ). На підставі абз.2 ст.1131 ЦКУ відомо, що спосіб організації управління над майном і цілі спільної діяльності добровільно встановлюються сторонами (за згодою).

Підсумовуючи, слід зазначити, що таємне товариство в класичній формі *(Stille Gesellschaft)* це - правові відносини двох сторін, з яких хоча б одна сторона є підприємцем в правовому сенсі. Обидві сторони правових відносин зацікавлені в укладенні угоди про таємне товариство. Підприємець, який є одночасно явною стороною, потребує капіталу, а друга сторона (сторона таємна) має такий капітал і хоче його заінвестувати. За угодою таємного товариства, сторона таємна передає визначений капітал підприємцю, який в свою чергу зобов'язується виплачувати таємній стороні певний дохід. Сторони визначають відсоток прибутку таємної сторони, а також термін протягом якого підприємець повинен виплатити стороні таємній його долю доходу. Повноваження та зобов'язання сторін повинні бути закріплені в угоді товариства і мають відповідати принципам укладення угод, а також не можуть значно порушувати інтереси сторін. Таємна сторона може вкладати як кошти, так і нерухомість, та подібні права, авторське право, патент тощо. Таємна сторона ризикує втратити свої вклади в разі коли підприємець, попри всі спроби виправити ситуацію, збанкротує. Таємне товариство не є суб'єктом права, а є видом правових відносин, що виникли на підставі угоди, а суб'єктом, що виступає в зовнішніх стосунках є підприємець (сторони явна).

Безсумнівно в практиці економічного ринку існує багато видів неявної співпраці підприємців. Відкритим залишається питання чи повинне право їх детально врегульовувати.

KILKA UWAG Z ZAKRESU PRAWA AUTORSKIEGO

Mgr Ewelina Bereziewicz

Uniwersytet Marii-Curie Skłodowskiej w Lublinie; Polska

Prawa autorskie w obecnych czasach wydają się być bardzo istotnym problemem. Informują człowieka o jego uprawnieniach i obowiązkach. Brak informacji na temat zagadnień autorstwa lub niewłaściwe korzystanie z nich może człowiekowi przysporzyć sporo problemów np. przyczynić się do utraty przez niego dóbr osobistych lub materialnych.

Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych z dnia 4 lutego 1994 r., w art. 1 mówi, że: przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór). W szczególności przedmiotem prawa autorskiego są utwory wyrażone słowem, symbolami matematycznymi, znakami graficznymi (literackie, publicystyczne, naukowe, kartograficzne oraz programy komputerowe, plastyczne, fotograficzne, architektoniczne, muzyczne, sceniczne, audiowizualne). Tak więc utwór jest przedmiotem ochrony prawa autorskiego. Ochrona przysługuje twórcy. Ustawa wymienia dwa rodzaje praw autorskich: prawa autorskie osobiste i prawa autorskie majątkowe. Zgodnie z art. 16 i 17 ustawy autorskie prawa osobiste chronią nieograniczoną w czasie i nie podlegającą zrzeszeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem, a w szczególności prawo do: a*utorstwa utworu, oznaczenie utworu swoim nazwiskiem lub pseudonimem albo do udostępniania go anonimowo, nienaruszalności treści i formy utworu oraz jego rzetelnego wykorzystania, decydowania o pierwszym udostępnieniu utworu publiczności, nadzoru nad sposobem korzystania z utworu.*

Cofając się do historii prawa autorskiego, warto wspomnieć o tym, iż w krajach starożytnego Wschodu, starożytnej Grecji i Rzymie, regulacje prawne wtedy obowiązujące nie obejmowały dóbr niematerialnych-nie chroniły dzieł plastycznych, muzycznych ani utworów literackich. Każdy, kto był w stanie je skopiować i powielić miał prawo do ich rozpowszechniania. Wówczas autor nie miał także możliwości kontrolowania prezentowania własnych utworów. Zdarzało się też i tak, że część oddzielona od pierwotnego utworu czy dzieła uzyskiwała sławę jako element utworu innego autora, a autor pierwotny zanikał z pamięci społeczności. Tego typu sytuacje miały miejsce w okresie Średniowiecza i Odrodzenia. Poczucie autorstwa w tych epokach we współczesnym rozumieniu nie funkcjonowało. Z problemami na tle autorstwa w wyżej wymienionych okresach, wielu utworów m.in. literackich, muzycznych, borykają się historycy literatury, historycy sztuki czy muzykologowie w różnych krajach Europy. Na tle prawie każdej epoki odnotowano mniejsze lub większe skandale. Na liście osób, twórców, których utwory nigdy nie podlegały ochronie prawnej znajdują się takie nazwiska, jak Vivaldi (którego utwory były przerabiane przez chociażby samego Bacha), Palestrina, Cervantes, Monteverdi, Kartezjusz, Lully, Calderon, Molier, Couperin, Pascal, Bach, Haendel, Scarlatti, Haydn, Gluck i wielu innych.

Dopiero od okresu Oświecenia nastąpiły pewne zmiany co do ochrony autorstwa, wynikiem których było przeświadczenie, że twórca dzieła powinien być uważany za właściciela swego utworu. W 1791 roku we Francji zostały wydane ustawy, które po raz pierwszy chroniły prawa autorskie. Kilka lat później ustawy dotyczące ochrony praw autorów pojawiły się w innych krajach Europy.

Warto wrócić jeszcze do wyżej wymienionych twórców, których dzieła wykorzystywano nie troszcząc się przy tym o to, by zawsze poinformować publiczność o nazwisku pierwotnego autora. We współczesnym rozumieniu prawa autorskiego takie zachowanie byłoby pogwałceniem przede wszystkim autorskich praw osobistych. Twórcom, ich dzieła, nie przynosiły żadnych profitów poza jednorazowym wynagrodzeniu otrzymywanym wówczas, gdy twórca otrzymał na nie zamówienie. Za wykonanie kilkakrotnie dzieła jego autor nie otrzymywał żadnych z tego tytułu profitów, więc nie troszczono się o to, co współcześnie prawo nazywa autorskim prawem majątkowym. Oba rodzaje praw autorskich, których koncepcję stworzono w końcówce osiemnastego wieku we Francji, choć nie od razu, ale z czasem poprawiły sytuację twórców i wynalazców. Dość poważnym mankamentem ówczesnych ustaw było to, iż miały charakter lokalny, a prawa autorskie obowiązywały tylko na terenie danego kraju. Przypadki wykorzystywania wyników twórczości naukowej, artystycznej czy np. technicznej na terenach, które nie były objęte działaniem prawa autorskiego, doprowadziły do pomysłu by objąć ochroną nie tylko twórczość autorów z danego kraju, lecz także wziąć pod uwagę twórczość autorów pochodzących z innych krajów.

Wracając do polskiej ustawy o prawie autorskim, to przewiduje ona m.in. możliwość czynienia użytku z chronionych utworów i w art. 23 stanowi że: bez zezwolenia twórcy wolno nieodpłatnie korzystać z już

© Mgr Ewelina Bereziewicz, 2006

rozpowszechnionego utworu tylko w zakresie własnego użytku osobistego, który obejmuje krąg osób pozostających w związku osobistym.

Współczesne ustawy o prawie autorskim określają czas, w którym autorskie prawa majątkowe są chronione. Polska ustawa przewiduje, że gasną one, co do zasady z upływem siedemdziesięciu lat od śmierci twórcy.

Ustawa o prawie autorskim informuje nas także w jaki sposób twórca dzieła może zareagować na pogwałcenie jego praw. W artykule 78 znajdują się następujące treści:

Twórca, którego autorskie prawa osobiste zostały zagrożone cudzym działaniem, może żądać zaniechania tego działania. W razie dokonanego naruszenia może także żądać, by osoba, która dopuściła się naruszenia, dopełniła czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków, w szczególności, aby założyła publiczne oświadczenie o odpowiedniej treści i formie. Jeżeli naruszenie było zawinione, sąd może przyznać twórcy odpowiednią sumę pieniężną tytułem zadośćuczynienie za doznana krzywdę albo – na żądanie twórcy – zobowiązać sprawcę, aby uiścił odpowiednią sumę pieniężną na wskazany przez twórcę cel społeczny.

Jeśli chodzi o kwestie ochrony praw majątkowych to artykuł 79 przewiduje że: Twórca może żądać od osoby, która naruszyła jego autorskie prawa majątkowe, zaniechania naruszania, wydania uzyskanych korzyści albo zapłacenia w podwójnej, a w przypadku gdy naruszenie jest zawinione, potrójnej wysokości stosownego wynagrodzenia z chwili jego dochodzenia, twórca może również żądać naprawienia wyrządzonej szkody, jeżeli działanie naruszającego było zawinione.

W Polsce ustawa oczywiście nie pozostawia żadnych wątpliwości co do odpowiedzialności karnej osób, które naruszają autorskie prawa osobiste i majątkowe danych twórców. Jeśli osoba przywłaszcza sobie autorstwo albo wprowadza kogoś w błąd co do autorstwa całości lub części cudzego utworu to podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności do lat trzech. Tej samej karze podlega, także ten kto rozpowszechnia bez podania nazwiska lub pseudonimu twórcy cudzy utwór w wersji oryginalnej albo w postaci opracowania. Jeśli ktoś w celu uzyskania korzyści majątkowej w inny sposób niż określony w ust. 1 lub 2 naruszy cudze prawo autorskie podlega karze pozbawienia wolności do roku, ograniczenia wolności albo grzywny. Sankcje prawne dotyczą także osób, które bez uprawnienia albo wbrew jego warunkom rozpowszechnią cudzy utwór w wersji oryginalnej albo w postaci opracowania, to będą podlegać karze pozbawienia wolności do lat dwóch, ograniczenia wolności albo grzywny. Zaś jeśli sprawca dopuszcza się czynu określonego w ust. 1 w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, podlega karze pozbawienia wolności do lat trzech.

Podsumowując rozważania na temat najważniejszych elementów prawa autorskiego możemy dojść do wniosku, że wiedza na temat przysługujących człowiekowi praw jest w obecnych czasach bardzo istotna. Prawa autorskie informują nas o uprawnieniach i obowiązkach. Autor dzieła powinien znać przepisy upoważniające go do użytkowania swego dzieła jak i do dzieł innych twórców. Powinien wiedzieć, jakie korzyści może z niego czerpać i jaka grozi mu kara za niewłaściwe postępowanie, co do nieposzanowania cudzej wartości dzieła. Problemem obecnych czasów jest fakt, iż spora część społeczeństwa nie przestrzega zasad zawartych w prawie autorskim. Wynika to m.in. stąd, iż nie zna podstawowych jego praw. Egzekucja praw autorskich przez twórców dzieł w wielu przypadkach jest niemożliwa, rozległość łamania prawa w tej kwestii jest za obszerna do objęcia przez osobę w skali jednego kraju, a co dopiero w wielu innych krajach. Problem ten dotyczy wielu dziedzin nie tylko naukowych, ale i m.in. muzycznych, artystycznych, fotograficznych, architektonicznych, publicystycznych i fotograficznych.

SPROSTOWANIE PRASOWE W PRAWIE POLSKIM (UWAGI OGÓLNE)

Katarzyna Skubisz

doktorantka w I Katedrze Prawa Cywilnego

Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego

Polska

Nie ulega wątpliwości, że współcześnie - na skalę dotychczas niespotykaną – media oddziałują na sposób postrzegania świata, wartościowania i postępowania ludzi. Pojawiają się głosy specjalistów, iż między czytelnikiem (słuchaczem, telewidzem) z jednej strony a nadawcą informacji w osobach autora, redaktora naczelnego, wydawcy i pozostałych odpowiedzialnych za publikację z drugiej strony zawiązany jest "*pakt faktograficzny*" na mocy, którego odbiorca ma prawo uważać, że to, co zostaje mu przekazywane za pośrednictwem mediów przy użyciu gatunków informacyjnych jest prawdą (Z. Bauer). Czy takie założenie znajduje odzwierciedlenie w rzeczywistości można powątpiewać. Wspomniany "*pakt faktograficzny*" zostaje naruszony poprzez publikację wiadomości nieprawdziwej, czyli niezgodnej z prawdą albo publikację nieścisłą, wprowadzająca w błąd co do istniejącego stanu rzeczy. Zdarzają się przecież liczne naruszenia zasady prawdziwego przedstawiania zjawisk i osób w mediach. Nie zawsze dziennikarze przestrzegają nakazu szczególnej staranności i rzetelności przy zbieraniu i wykorzystywaniu materiałów prasowych, a nawet zachowanie takiego wymogu nie oznacza, że rezultatem pracy dziennikarskiej będzie zawsze publikacja informacji prawdziwych i ścisłych. W pogoni za sensacją dochodzi także do naruszenia prawa do prywatności czy dobrego imienia. W takim przypadku obserwujemy nie tylko, jak się powszechnie przyjmuje, starcie wolności prasy i prawa do prywatności czy szerzej – ochrony dóbr osobistych. W następstwie publikacji dotyczącej konkretnej osoby pojawia się również konflikt swobody wypowiedzi prasy (dysponującej przewagą ekonomiczną, strategiczną, techniczną) ze swobodą wypowiedzi bohatera publikacji.

Z całą pewnością przeciwdziałać należy jednostronnemu informowaniu odbiorców medialnych. Znaczenie zupełnie podstawowe ma zatem zagwarantowanie prawa do prostowania nieprawdziwych lub nierzetelnych informacji, zabezpieczone dodatkowo możliwością żądania opublikowania treści repliki przy pomocy przymusu, w jaki wyposażono władzę sądowniczą. Publikacja repliki chroni interesy osobiste autora, ale służy również szerokiemu informowaniu odbiorców. Papierkiem lakmusowym demokracji wydaje się realna możliwość przedstawiania w mediach przez bohatera publikacji swoich racji. Gwarancje takich uprawnień znalazły się w przepisach konwencji międzynarodowych tj. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z dnia 10 grudnia 1948 r., Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r., Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 16 grudnia 1966 r. Wskazano, że ograniczenia uprawnienia do repliki nie mogą być nadmierne i powinny mieć na celu m.in. ochronę dóbr osobistych, bezpieczeństwa, zdrowia, moralności, zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych, zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej. Dopuszczenie do otwartej dla odbiorców debaty pomiędzy odpowiedzialnymi za publikację a osobą (osobami), której owa publikacja dotyczy jest urzeczywistnieniem zasady tzw. równości szans, znanej też w ujęciu paremii rzymskiej - *audiatur et altera pars*, a szerzej, zapewnia po prostu obu stronom swobodę wypowiedzi. Pamiętać bowiem należy, że ta fundamentalna dla nowoczesnej demokracji wolność jest przywilejem nie tylko prasy, ale każdego - bez wyjątku - z obywateli. Granice owej swobody wypowiedzi można oznaczyć mniej lub bardziej restrykcyjnie w zależności od przyjętej koncepcji.

W nauce prawa wyróżnia się kilka modeli reakcji na treści zawarte w publikowanych materiałach prasowych, w szczególności francuski, niemiecki, angloamerykański oraz mieszane. W modelu francuskim sam fakt opublikowania materiału dotyczącego konkretnej osoby uprawnia ją do żądania zamieszczenia tekstu odnoszącego się do uprzedniej publikacji, nazywanego zazwyczaj odpowiedzią. Na autora odpowiedzi w żadnym razie nie nałożono wymogu wykazania naruszenia jakiegokolwiek dobra prawnie chronionego. Takie rozwiązanie przyjęto w systemach francuskim, belgijskim, włoskim, hiszpańskim, portugalskim. W modelu niemieckim dopuszczono jedynie prostowanie przez podmiot zainteresowany faktów a nie ocen. Poza Niemcami formę repliki w postaci sprostowania wybrali również Austriacy. Cechą typową tegoż modelu jest ograniczenie możliwości komentowania takiego sprostowania. Model angloamerykański, funkcjonujący w systemie common law, charakteryzuje się wewnętrznym zróżnicowaniem i nie zna instytucji odpowiedzi ani sprostowania. Przyjęty w Polsce model należy zakwalifikować jako mieszany.

© Katarzyna Skubisz, 2006

W polskim systemie prawnym uwzględniono zasady publikacji niektórych sformalizowanych replik prasowych. Podstawa prawna sprostowania i odpowiedzi znajduje się w przepisach art. 31 – 33 Prawa prasowego – ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. (ustawa wielokrotnie nowelizowana a po przełomie w Polsce, który dokonał się w 1989 r. dostosowana do wymogów społeczeństwa pluralistycznego i demokratycznego). Ustawodawca nie sprecyzował natomiast generalnych zasad zamieszczania w prasie polemik. Sprostowanie zostało ukształtowane jako wypowiedź o charakterze rzeczowym, odnosząca się do faktów, zawierająca korektę uprzednio podanej wiadomości prasowej, którą prostujący uznaje za nieprawdziwą lub nieścisłą. Przesłanką roszczenia o sprostowanie jest zatem twierdzenie o faktach uznanych następnie przez zainteresowanego za nieprawdziwe lub nieścisłe. Samo przekonanie o zagrożeniu dóbr osobistych poprzez zamieszczenie w prasie określonych informacji nie stanowi wystarczającej przesłanki do wystąpienia z żądaniem publikacji sprostowania - w takim przypadku jako właściwe roszczenie wskazano uprawnienie do opublikowania odpowiedzi. Odpowiedź również nie może być pozbawiona cechy rzeczowości, gdyż odnosić się ma do zawartych w materiale prasowym stwierdzeń. Jednakże jej charakter jest zdecydowanie bardziej polemiczny niż sprostowania, ponieważ punkt odniesienia dla odpowiedzi stanowią wyłącznie te stwierdzenia, które zagrażają dobrom osobistym. Na marginesie stwierdzić należy, że polski ustawodawca w sposób dość chaotyczny wyróżnia dwa środki repliki medialnej – sprostowanie i odpowiedź, korzystając w sposób nieuporządkowany z doświadczeń różnych systemów prawnych, próbując połączyć model niemiecki i francuski. W stosunku do konkretnego materiału prasowego nie zawsze możliwe jest przeprowadzenie dychotomicznego podziału. Pomimo przedstawienia w publikacji faktów, niewykluczona jest odpowiedź, gdy samo sprostowanie nie zabezpiecza interesów zainteresowanego. W sytuacjach granicznych ocena może być obudowana faktami. Nie wskazano dostatecznie wyraźnych kryteriów, które pozwalałyby rozróżnić sprostowanie od odpowiedzi. Granica pomiędzy tymi dwoma środkami ochrony podmiotu uprawnionego jest niezwykle płynna. Ostatecznie o tym, czy dany tekst uznać należy za sprostowanie czy za odpowiedź decyduje nie pojedyncze zdanie, ale całość wypowiedzi i jej sens. Konieczna wydaje się szersza debata na temat środków repliki medialnej i nowelizacja Prawa prasowego, by zapewnić obywatelom zarówno swobodę wypowiedzi, jak też i bezpieczeństwo prawne.

Wadliwe skonstruowanie instytucji nie jest jednak wyłącznym problemem publikowania sprostowań. W praktyce daje się zaobserwować po stronie prasy błędną tendencję do traktowania sprostowań wyłącznie jako środka korekty oczywistych pomyłek rzeczowych poprzez odmowę publikacji wypowiedzi, w których zainteresowany przedstawia przebieg wydarzeń odmiennie niż to uczyniono w materiale prasowym. Jak trafnie wskazuje B. Kordasiewicz, "*prawo zabrania głosu przed opinią publiczną urzeczywistnione sprostowaniem służy nie tylko dostarczeniu jednostce tej samej broni, którą operowały media, w celu stoczenia walki o naruszone dobra osobiste. W równym, a może nawet większym stopniu, zainteresowanemu dostarcza się owej broni po to, by opinii publicznej jako suwerenowi umożliwić wyrobienie poglądu na zagadnienie, które wskutek poruszenia przez media znalazło się w orbicie powszechnego zainteresowania. Oczywiście w takiej koncepcji sprostowania nie może zmieścić się przyznanie redaktorowi naczelnemu prawa do decydowania o tym, czy treść sprostowania odpowiada, czy nie kryterium prawdziwości. Prawo do takiej decyzji byłoby bowiem równoznaczne z przywilejem pośredniego rozstrzygania o tym, czy informacje podane przez media były prawdziwe i ścisłe. Ten zaś sąd ma być pozostawiony opinii publicznej, w każdym zaś razie osobą najmniej powołaną do ferowania werdyktów jest tu redaktor naczelny (...) W odniesieniu do typowych środków ochrony dóbr osobistych samo zastosowanie jakiejkolwiek sankcji oznacza, że dokonano już oceny naruszenia i jego bezprawności. Natomiast sprostowanie jest środkiem do przeprowadzenia takiej oceny.*" (Jednostka wobec środków masowego przekazu, Wrocław 1991, s. 97-98). Sprostowanie zatem, mimo że odnosić się winno do faktów, ma charakter subiektywny. Ta forma repliki medialnej umożliwia przecież zainteresowanemu zaprezentowanie własnej wersji wydarzeń. Podmiot uprawniony może, prostując wiadomość, przedstawić opinii publicznej to, jak te fakty odbiera. Korekta dotyczyć ma wiadomości podanej przez prasę, którą to prostujący uznaje za nieprawdziwą lub nieścisłą, co oznacza, że owa nieprawdziwość czy nieścisłość nie jest obiektywnie weryfikowana (tak w licznych orzeczeniach Sąd Najwyższy). Jedynym miernikiem, czy zainteresowany zasadnie wystąpił z roszczeniem mają być wiedza i przekonania samego zainteresowanego (J. Sobczak). To czytelnik ma dokonać obiektywizacji poprzez konfrontację obu wersji wydarzeń. Próby obiektywizacji kryterium nieprawdziwości czy nieścisłości wiadomości dokonywane przez redaktora naczelnego należy uznać za bezpodstawne, gdyż takie uprawnienie absolutnie nie wynika z treści przepisu art. 31 ust. 1 Prawa prasowego. Jak wskazała doktryna, "*fakt, iż redakcja uważa coś za prawdę nie wyklucza wniesienia sprostowania*" (B. Michalski).

Katalog przesłanek odmowy przez redaktora naczelnego opublikowania sprostowania jest zamknięty i ogranicza się do enumeratywnie wymienionych w przepisie art. 33 Prawa prasowego. Podstawy uzasadniające odmowę dzielą się na obligatoryjne i fakultatywne. Redaktor naczelny odmawia publikacji

sprostowania i odpowiedzi, gdy nie spełniają one wymogów ustawowych z przepisu art. 31 Prawa prasowego, zawierają treść karalną lub naruszają dobra osób trzecich, ich treść lub forma nie są zgodne z zasadami współżycia społecznego albo podważają fakty stwierdzone prawomocnym orzeczeniem. Redaktor naczelny może odmówić opublikowania sprostowania lub odpowiedzi, gdy nie dotyczą treści zawartych w materiale prasowym, zostały wystosowane przez osobę, której nie dotyczą fakty przytoczone w prostowanym materialne (wyjątek dotyczy sytuacji po śmierci bohatera publikacji), sprostowanie odnosi się do wiadomości poprzednio już prostowanej, replika została nadesłana po upływie odpowiedniego terminu, jest zbyt obszerna w stosunku o wymogów zawartych w przepisie art. 32 ust. 7 Prawa prasowego lub nie została podpisana w sposób umożliwiający redakcji identyfikację autora. Okolicznością wykluczającą prawo publikacji sprostowania nie jest w żadnym razie ani dobra wiara autora tegoż materiału prasowego ani też staranność w sprawdzeniu danych. Tym bardziej roszczenie o publikację sprostowania nie jest w żadnym razie uzależnione od winy osób odpowiedzialnych za publikację materiału stanowiącego podstawę przygotowania repliki. Zatem w sytuacji wystąpienia z roszczeniem o sprostowanie nie podlega żadnej weryfikacji stopień rzetelności pracy dziennikarza. W razie braku rzetelności w gromadzeniu i publikacji informacji autor materiału prasowego ponosi ewentualną odpowiedzialność na podstawie przepisu art. 12 Prawa prasowego.

Ponadto, zauważyć trzeba, że nazbyt często sądy, w tym również Sąd Najwyższy, zdają się nie dostrzegać, iż sprostowanie zostało w polskim systemie prawnym pomyślane jako instytucja prawa prasowego. Organy orzekające mylą sprostowanie stanowiące rodzaj repliki medialnej (art. 31 i in. Prawa prasowego) z odmienną instytucją, jaką jest oświadczenie o odpowiedniej treści i odpowiedniej formie przewidziane w celu ochrony dóbr osobistych (art. 24 Kodeksu cywilnego).

Podsumowując przyznać należy, że podstawową funkcją sprostowania jest z całą pewnością umożliwienie zainteresowanemu prezentacji swojej wersji zdarzeń. W istocie zatem, bez żadnej przesady można chyba stwierdzić, że wystarczającą i w zasadzie jedyną przesłanką roszczenia o sprostowanie jest publikacja materiału prasowego zawierającego informacje w bezpośredni sposób dotyczące występującego z żądaniem publikacji repliki. Przesłanka nieprawdziwości i nieścisłości, jakkolwiek obecna w treści przepisu, nie podlega weryfikacji, co oznacza, że jest prawnie obojętna. Taka konkluzja spowodować winna oczywiście znaczny wzrost ilości zamieszczanych w prasie sprostowań. Ich dotychczasowy nikły udział w ogólnej liczbie publikowanych materiałów prasowych uzależniony jest od wielu czynników. Po pierwsze, odpowiedzialni za publikację nadesłanych sprostowań lekceważą tenże obowiązek, po drugie zaś, co nie mniej istotne, potencjalnie uprawnieni wykazują zadziwiającą bierność w sporządzaniu repliki i dochodzeniu przysługujących im uprawnień. Z całą pewnością odbywa się to ze szkodą dla odbiorców medialnych.

NOVUM W PRAWACH I OBOWIĄZKACH CZŁONKÓW SPÓŁDZIELNI W ŚWIETLE ZMIENIONYCH PRZEPISÓW USTAWY PRAWO SPÓŁDZIELCZE

Mgr Marta Stepnowska – Michaluk

asystent w Katedrze Prawa Cywilnego KUL

Ustawa – Prawo spółdzielcze w dotychczasowy brzmieniu ani wcześniej obowiązujące ustawy z 29.10.1920 r. o spółdzielniach i z 17.02.1961 r. o spółdzielniach mieszkaniowych i ich związkach nie określały szczegółowo praw i obowiązków członków spółdzielni pozostawiając to regulacjom statutowym. Pełniejsze unormowanie w wyżej wymieniony zakresie dokonała ustawa z dnia 3.06.2005 r. zmieniająca m.in. ustawę – Prawo spółdzielcze z 1982 r. Tym też zmianom, zgodnie z założeniem ustawodawców mającym na celu wzmocnienie pozycji członków spółdzielni a poprze to skuteczniejszą ochronę prawną przyznanych ustawowo im prawom i obowiązkom, należy poświecić kilka uwag.

Dotychczasowy art. 18 ustawy Prawo spółdzielcze określał jedynie prawo członków spółdzielni do korzystania ze świadczeń spółdzielni w zakresie określonym w statucie. Obecne uregulowanie art. 18 § 1 i 7 Prawa spółdzielczego nawiązują do przyjętego w literaturze podziału praw i obowiązków członków spółdzielni na wynikające ze stosunku członkostwa oraz pochodnych (zależnych) od tego stosunku. Podział ten wynika i znajduje podstawę normatywną w przepisach dotyczących dotychczasowych uregulowań ustaw spółdzielczych (M. Gersdorf, J. Ignatowicz, Prawo Spółdzielcze. Komentarz, Warszawa 1985, L. Stecki, Prawo Spółdzielcze, Warszawa 1987, J. Ignatowicz, System ochrony praw członków spółdzielni, SKN 1987 nr 2,). Prawami wynikającymi ze stosunku członkostwa są różnego rodzaju prawa o charakterze niemajątkowym albo majątkowym składające się na treść stosunku członkostwa spółdzielni (T. Misiuk, Sadowa ochrona praw członków spółdzielni, Warszawa 1979). Prawa pochodne od członkostwa nie wynikają z samego nawiązania członkostwa w spółdzielni, lecz z innych zdarzeń, które nastąpiły już w czasie trwania członkostwa i dotyczą indywidualnie danego członka. (M. Wrzołek- Romańczuk, Postępowanie wewnątrzspółdzielcze, Warszawa 1991). Na ogół utożsamiane są owe prawa z prawami niemjątkowymi członków, niektóre z nich można również zaliczyć do prawa pochodnych majątkowych (prawa wynikające z członkostwa w organach spółdzielni).

Przepis art. 18 § 2 Prawa spółdzielczego zapewnia członkom każdej spółdzielni następujące prawa wynikające ze stosunku członkostwa:

1) uczestniczenia w walnym zgromadzeniu lub zebraniu grupy członkowskiej;

2) wybierania i bycia wybieranym do organów spółdzielni;

3) otrzymania odpisu statutu i regulaminów, zaznajamiania się z uchwałami organów spółdzielni, protokołami lustracji, rocznymi sprawozdaniami finansowymi, umowami zawieranymi przez spółdzielnię z osobami trzecimi;

4) żądania rozpatrzenia przez właściwe organy spółdzielni wniosków dotyczących jej działalności. Powyższe praw można zaliczyć do niemajątkowych.

Szczególne znaczenie mają prawa zawarte w pkt 1 i 4, gdyż dają możliwość poza wglądem w działalność władz spółdzielni, również sposobność bezpośredniego wpływu członków na działalność spółdzielni, co słusznie zauważa Prof. H. Cioch. Prawo członka spółdzielni wglądu do umów zawieranych z osobami trzecimi ustawodawca ograniczył wprowadzając § 3 art. 18 omawianej ustawy. Spółdzielnia może odmówić członkowi tego prawa, jeżeli naruszałoby to prawa osób trzecich lub jeżeli istnieje uzasadniona obawa, ze członek wykorzysta pozyskane informacje w celach sprzecznych z interesem spółdzielni i przez to wyrządzi spółdzielni znaczną szkodę. Odmowa powinna być wyrażona na piśmie. Członek, któremu odmówiono wglądu do umów zawieranych przez spółdzielnię z osobami trzecimi, może złożyć wniosek do sądu rejestrowego o zobowiązanie spółdzielni do udostępnienia tych umów. Wniosek należy złożyć w terminie siedmiu dni od dnia doręczenia członkowi pisemnej odmowy. W innych przypadkach i na podstawie obowiązującego prawa nie ma aktualnie podstaw do odmowy udostępniania uchwał i protokołów obrad spółdzielni, jak również fragmentów tych dokumentów. W dotychczasowym stanie prawnym nie było unormowań nakazujących spółdzielni udostępnianie członkom wymienionych dokumentów. Wyjątkiem było uregulowania art. 46 § 4 Prawa spółdzielczego, na podstawie którego jedynie rada nadzorcza w celu wykonywania swoich zadań mogła żądać od zarządu, członków i pracowników spółdzielni wszelkich sprawozdań i wyjaśnień, przeglądać księgi i dokumenty oraz sprawdzać bezpośrednio stan majątku

© Mgr Marta Stepnowska – Michaluk, 2006

spółdzielni. Natomiast dopiero w toku potencjalnego postępowania sadowego, na żądanie sądu, obowiązek ujawnienia dokumentów w stosunku do pozostałych członków mógł być aktualny. Członkowie spółdzielni, jak przesądził Naczelny Sąd Administracyjny w uchwale z 11.04.2005 r. nie mogli też żądając udostępnienia dokumentów powoływać się na przepisy ustawy z 6.09 2001 r. o dostępie do informacji publicznej. Utrudniony dostęp do dokumentów przez członków spółdzielni, rozwiązuje nowy art. 18 § 2, który jest potwierdzeniem słuszności wprowadzenia do ustawy Prawo spółdzielcze uregulowań w tym zakresie.

W ramach uprawnień natury majątkowej członkowi przysługuje zgodnie z dwoma pozostałymi pkt art. 18 § 2:

1) udział w nadwyżce bilansowej;

2) prawo do świadczeń spółdzielni w zakresie jej statutowej działalności.

Ustawa przeto zastrzega, że prawa i obowiązki wynikające z członkostwa w spółdzielni są dla wszystkich członków równe (art. 18 § 1 Prawa spółdzielczego), co znajduje potwierdzenie w art. 32 ust. 1 Konstytucji. Katalog praw wymienionych w art. 18 § 2 nie jest zamknięty, gdyż stosownie do art. 18 § 4 Prawa spółdzielczego członkowi spółdzielni przysługują również inne prawa określone w ustawie lub statucie. Inne nowododane przepisy, które dotyczą praw członkowskich to art. 36 § 2a Prawa spółdzielczego, zgodnie z którym członek ma prawo korzystania na własny koszt z pomocy prawnej lub pomocy eksperta, jednakże osoby, z których pomocy korzysta członek, nie są uprawnione do zabierania głosu. Podzielić należy pogląd Prof. M. Wrzołek-Romańczuk, że ograniczenie to nie dotyczy działań w postępowaniu wewnątrzspółdzielczym toczącym się przez walnym zgromadzeniem. Ostatni ważny przepis, w omawianym przeze mnie prawach jest dodany nowelizacją ustawy Prawo spółdzielcze art. 37 § 4 według, którego członek spółdzielni niebędący przedstawicielem może uczestniczyć w zebraniu przedstawicieli bez prawa głosu.

Przy pomocy porównywalnego sposobu legislacyjnego ustawodawca unormował obowiązki członków. Obowiązki, które wynikają ze stosunku członkostwa i podobnie jak prawa dzielą się na majątkowe i niemajątkowe, jak również obowiązki pochodne od stosunku członkostwa obejmuje identyczny podział.

Ustawa wprowadziła w art. 18 § 5 Prawa spółdzielczego obowiązki wynikające ze stosunku członkostwa charakterze niemajątkowym:

1) przestrzegania przepisów prawa, postanowień statutu i opartych na nich regulaminów;

2) dbania o dobro i rozwój spółdzielni oraz uczestników w realizacji jej zadań statutowych.

Obowiązki te odpowiadają wartościom znormalizowanym przez Kongres w Manchesterze. Zastrzeżone zostało, że członek spółdzielni wykonuje również inne obowiązki określone w ustawie lub w statucie (art. 18 § 6 Prawa Spółdzielczego). Najczęściej katalog obowiązków majątkowych członka spółdzielni w konkretnej spółdzielni jest ustalany nie jak obowiązki o charakterze niemajątkowym, na podstawie przepisów ustawy, lecz na postanowieniach statutu odpowiednio do zadań i przedmiotu działalności spółdzielni.

W ustawie zmieniającej Prawo Spółdzielcze przyjęto wiele rozwiązań zdecydowanie bardziej korzystnych dla członków spółdzielni od poprzednio obwiązujących. Ocena nie tylko treści nowododanych przepisów dotyczących praw i obowiązków członków spółdzielni, ale również sam fakt ich wprowadzenia do ustawy Prawo spółdzielcze zasługuję na aprobatę. Pozytywnie należy ocenić, że ustawodawca poprzez określenie w akcie normatywnym (art. 18, 36 § 2a i 37 § 4 Prawa spółdzielczego) praw i obowiązków członków spółdzielni wzmocnił ich pozycje umożliwiając nie tylko wgląd w działalność spółdzielni i jej władz, ale i możliwość wpływania na jej działalność. Nadmienię, że na uwagę i poparcie zasługują także zmiany i rozwiania dotyczące członków spółdzielni a nie ujęte w niniejszym artykule tj. korzystne dla członków regulacje przesłanek wykluczenia, trybu postępowania w razie wykluczenia lub wykreślenia oraz chwili, w której te czynności spółdzielni stają się skuteczne, nadanie postępowaniu wewnątrzspółdzielczemu charakteru wyłącznie fakultatywnego. Jednakże zmiany te jakkolwiek oceniane dobrze powinny korelować z całą ustawą Prawo spółdzielcze, która to przez ustawę z 3.06.2005 r. została zmieniona wycinkowo. Uzasadnia to pogląd wyrażany w piśmiennictwie i praktyce, że należy w miarę możliwości kontynuować i finalizować rozpoczęte prace nad nową ustawa Prawo spółdzielcze.

СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО, АГРАРНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

ПРОБЛЕМИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЕКОЛОГІЧНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ В СУЧАСНИХ УМОВАХ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ

Балюк Г.

Київський національний університет ім. Т. Шевченка

В умовах формування правової держави юридичній відповідальності належить провідне місце серед інших видів соціальної відповідальності: політичної, моральної, релігійної тощо. Така ситуація пояснюється тим, що застосування заходів юридичного впливу за правопорушення найефективніше забезпечує захист прав і свобод людини і громадянина, захищає від свавілля держави, посадових осіб, кримінальних структур. Про це свідчить історія розвитку нашої держави. Зокрема, за радянських часів повністю ігнорувалася релігійна відповідальність, принижувалась юридична відповідальність і гіпертрофовано застосовувалась моральна відповідальність. В умовах приниження ролі юридичної відповідальності правилом стала ситуація, коли допускалася невмотивованість дій і прийняття рішень з боку держави. Оскільки на сьогодні тенденції в цій сфері явно позитивно змінюються, на нашу думку, юридична відповідальність за екологічні правопорушення повинна стати важливим засобом впливу до правопорушників, зайнявши належне місце серед інших видів соціальної відповідальності.

Ефективність застосування юридичної відповідальності за екологічні правопорушення залежить від багатьох факторів: від рівня правосвідомості, стану екологічного виховання, рівня правової та зокрема, еколого-правової культури, упорядкованості законодавства в цій сфері, а також від стану вивчення умов і причин екологічних правопорушень та ряду інших обставин. На превеликий жаль, ці питання залишаються поки що поза увагою учених галузі екологічного права України. При цьому не можна не згадати, що теоретичні основи юридичної відповідальності в загальній теорії права були предметом дослідження в наукових працях ряду видатних як вітчизняних так і зарубіжних учених. Серед них в першу чергу слід назвати роботи С.С. Алєксєєва, О.Е. Лейста, Є.В. Назаренко, М.І. Козюбри, В.П. Сальникова, М.І. Матузова, О.В. Малько та інших.

Теорія юридичної відповідальності за екологічні правопорушення досліджувалась в роботах В.І. Андрейцева, О.І. Бобильова, С.О. Боголюбова, М.М. Брінчука, О.Л. Дубовик, О.С. Колбасова, В.Л. Мунтяна, Б.Г. Розовського, Ю.С. Шемчушенко та інших.

Однак, слід визнати, що в сучасних умовах все ж таки відсутнє як теоретичне обґрунтування концепції юридичної відповідальності за екологічні правопорушення, як одного з найважливіших інститутів екологічного права України, так і всебічне дослідження цього правового явища, його теоретичний аналіз і напрацювання науково-обґрунтованих рекомендацій по застосуванню різноманітних несприятливих наслідків до екологічних правопорушників.

Справедливо буде водночас зазначити, що в останнє десятиріччя дослідження теоретичних проблем юридичної відповідальності за екологічні правопорушення набуло певного відображення в науці екологічного права України. Проте цілий ряд зазначених проблем до цього часу недослідженими, або ж досліджені фрагментарно і є об'єктом постійних дискусій. Зокрема, визнаючи сукупність правових норм, які встановлюють юридичну відповідальність за екологічні правопорушення, самостійним правовим інститутом екологічного права, багато учених не виділяють еколого-правову відповідальність в самостійний вид юридичної відповідальності. Зважаючи на цю обставину, на нашу думку, дослідження екологічної відповідальності як правового інституту екологічного права могло б сприяти визначенню сутності екологічного права як галузі в системі права України, а також додатковому обґрунтуванню її самостійності. Досить суттєвими обставинами, які диктують необхідність всебічного і глибокого аналізу юридичної відповідальності за екологічні правопорушення, є кардинальні зміни, які відбулися в законодавстві України, або інакше – перегляд цього законодавства. Зазначимо, що лише за останні п'ять років, прийнято такі нові кодифіковані законодавчі акти, як Кримінальний кодекс України, Цивільний кодекс України, Цивільний процесуальний кодекс України, Кодекс адміністративного судочинства України та ряд інших, в яких йдеться про юридичну відповідальність за екологічні правопорушення та порядок її застосування.

© Балюк Г., 2006

Можна стверджувати, що їх прийняття викликане об'єктивними соціально-економічними та політичними умовами, що сталися і продовжують формуватися в Україні. При цьому звертає на себе увагу і той беззаперечний факт, що їх прийняття продиктоване численними порушеннями права власності на природні об'єкти (ресурси), нераціональним використанням природних ресурсів, посиленням забруднення навколишнього середовища і порушенням конституційного права громадян на безпечне для життя та здоров'я людини довкілля (ст. 50 Конституції України). Між тим, ст. 66 Конституції України закріплює обов'язок кожного не заподіювати шкоди природі. Вищезазначені закони саме і уточнюють склади екологічних правопорушень, за які настає той чи інший вид юридичної відповідальності. А такі правові аспекти, як ЦПК України, КПК України, Кодекс про адміністративне судочинство України, Господарсько-процесуальний кодекс України визначають процесуальний порядок притягнення винних до відповідного виду юридичної відповідальності. Все це вимагає наукового узагальнення, аналізу практики застосування нового законодавства щодо юридичної відповідальності за екологічні правопорушення.

Звертаємо увагу на те, що юридична відповідальність за екологічні правопорушення характеризується наявністю спеціальних еколого-правових заходів впливу до екологічних правопорушників. Зважаючи на це в науковій літературі існує декілька поглядів щодо взаємодії юридичної відповідальності за екологічні правопорушення з еколого-правовою відповідальністю за екологічні правопорушення. Так, в період становлення екологічного права як самостійної галузі права провідні учені в цій сфері визнавали і правовий інститут юридичної відповідальності за екологічні правопорушення, який лише по-різному іменувався, і наявність еколого-правової відповідальності за екологічні правопорушення. Зокрема, Петров В.В. вважав, що еколого-правова відповідальність – це комплексний міжгалузевий інститут екологічного права, оскільки він охоплює норми різноманітних галузей права, якому притаманна внутрішня єдність. На аналогічних позиціях щодо місця екологічної відповідальності в системі юридичної відповідальності стояли і інші вчені природоресурсового, екологічного, і навіть аграрного права.

Друга група учених розглядала еколого-правову відповідальність в вузькому розумінні, як таку, що існує поряд з адміністративною, кримінальною, цивільною, дисциплінарною, матеріальною відповідальністю за екологічні правопорушення. Така класифікація основних видів юридичної відповідальності проводилася лише за галузевими санкціями. Еколого-правова відповідальність наступала в зв'язку з застосуванням спеціальних еколого-правових заходів відповідальності, які більшою мірою передбачались в самому екологічному законодавстві. При цьому еколого-правова відповідальність також визнавалась правовим інститутом, який представляє собою сукупність юридичних норм , які закріплюють види, засоби і порядок застосування державою і її органами примусових засобів.

Третя група учених стоїть на позиції існування традиційних видів юридичної відповідальності в галузі охорони довкілля, раціонального природокористування та забезпечення екобезпеки і не виділяє еколого-правову відповідальність. В одних випадках така позиція не аргументується, а в інших обґрунтовується відсутністю самостійної галузі екологічного права, але при цьому авторами пропонується підручник з цієї дисципліни.

На нашу думку, на сьогодні немає підстав заперечувати факт існування самостійного виду юридичної відповідальності за екологічні правопорушення, який включає в себе наступні види: конституційну, адміністративну, кримінальну, цивільну, дисциплінарну, матеріальну, еколого-правову. Сукупність правових норм, що регулюють юридичну відповідальність за екологічні правопорушення, становлять правовий інститут екологічного права. При цьому під еколого-правовою відповідальністю слід розуміти обов'язок осіб зазнавати несприятливі наслідки еколого-правового характеру у випадку порушення ними вимог екологічного законодавства, які передбачені в санкціях правових норм, що застосовуються в визначеному процедурному порядку. Цьому виду юридичної відповідальності за екологічні правопорушення притаманні певні особливості і свої ознаки: 1) еколого-правова відповідальність – це самостійний вид юридичної відповідальності за екологічні правопорушення; 2) еколого-правова відповідальність це обов'язок правопорушника зазнавати несприятливих для нього наслідків; 3) несприятливі для правопорушника наслідки носять еколого-правовий характер, тобто виражаються в позбавленні права спеціального природокористування та інше; 4) несприятливі наслідки встановлюються в секціях правових норм, які містяться, як правило, в екологічному законодавстві; 5) еколого-правова відповідальність покладається в певному процедурному порядку, спеціально уповноваженими органами в сфері охорони навколишнього природного середовища, природокористування та забезпечення екологічної безпеки.

Вище викладене дозволяє автору привернути увагу представників науки, перш за все екологічного права, на необхідність вирішення в сучасних умовах державотворення наступних завдань: розкриття змісту поняття „юридична відповідальність за екологічні правопорушення” і його особливостей; розробці системи принципів юридичної відповідальності за екологічні правопорушення і виявлення їх змісту; формуванні поняття, виявленні сутності, аналізу складу і ознак екологічного правопорушення, за яке настає юридична відповідальність; здійснення класифікації екологічних правопорушень, за які настає юридична відповідальність; аналіз системи органів, які застосовують заходи юридичної відповідальності за екологічні правопорушення; аналіз основних санкцій юридичної відповідальності за екологічні правопорушення; виявлення процесуальних особливостей застосування заходів юридичної відповідальності за екологічні правопорушення; виявлення особливостей застосування юридичної відповідальності в екологічній сфері в умовах переходу України до усталеного розвитку і ринкової економіки; оцінка стану законодавства в сфері охорони довкілля, виявлення недоліків і прогалин в правовому регулюванні; підготовка наукових рекомендацій щодо підвищення ефективності правового регулювання, що стосується юридичної відповідальності в сфері охорони довкілля, природокористування та забезпечення екологічної безпеки.

КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ ЗЕМЕЛЬНИХ ПРАВ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ

Баран О.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Одним із основних напрямів розвитку Української держави є визнання та гарантування прав і свобод людини і громадянина. Конституція України встановлює, що людина, її життя і здоров'я, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю. Права і свободи громадян та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, яка бере на себе відповідальність перед громадянином за свої дії. Усі інші соціальні цінності мають бути підпорядковані і субординовані цінності людини.

На утвердження соціальної цінності людини в галузі земельного права спрямовані конституційні положення, які визначають основи розвитку земельного законодавства та гарантують кожній людині її невід'ємні природні права на землю.

В сучасний період ця важлива тема знаходиться серед найбільш актуальних проблем правової науки і розглядається як один з основних напрямів наукових досліджень галузі земельного права.

Відродження вчення про природні права людини в галузі земельного права зумовлено тим, що життя кожного невіддільне від землі. Створена без участі людини земля як об'єкт природи належить всьому суспільству, нинішньому і майбутньому поколінням. Кожна людина володіє природним правом використання землі в місці свого проживання і господарської діяльності. Право власності на землю належить кожному членові суспільства з моменту його народження, як право людини на життя. Без реалізації цього права життя кожної людини неможливе.

Слід зазначити, що Конституція, регламентуючи загальні засади суспільних відносин, окремо виділила саме земельні (ст.13 і 14). Істотне значення має ст.14, яка визнала землю основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. Особливо цінним об'єктом правових відносин є землі сільськогосподарського призначення. Саме ці землі, виконуючи важливі функції забезпечення продовольчої безпеки держави є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною.

Конституційне визнання землі основним національним багатством є підставою для встановлення її, в першу чергу, публічно-правової природи. Це вимагає забезпечення раціонального використання земельних ресурсів, збереження й відтворення родючості ґрунтів, захисту їх від псування і забруднення, забезпечення реалізації громадянами, юридичними особами та державою їхніх прав відповідно до закону.

Особлива охорона державою землі орієнтує, в першу чергу, на встановлення спеціального правового режиму та на відповідальне ставлення до її використання усіма суб'єктами. Важливою є вимога ст. 13 Конституції про те, що "власність зобов'язує". Це означає право і обов'язок раціонального використання і охорони землі таким способом щоб це відповідало її соціальному призначенню.

В Конституції право приватної власності на землю закріплено таким чином не як абсолютне суб'єктивне право особи, а як право соціальне. Соціальне призначення суб'єктивного права в громадянському суспільстві полягає в тому, щоб забезпечити інтереси не лише особи, а й суспільства та народу в цілому.

Аналогічні положення містяться і в Конституції Російської Федерації (ст.36), Конституції Республіки Молдова (ст.9, 46), Конституції Словацької Республіки (ст.20), Конституції ФРН (ст.14), Конституції Греції (ст.17), Данії (ст.43), Італії (ст.41) тощо. Історичний досвід цих країн показує, що на основі теорії соціальної функції земельної власності відбувається постійний пошук гармонії між правом приватної власності як свободою і як соціальним обов'язком.

На основі теорії соціальної функції земельної власності в цих країнах обґрунтовано закріплення не лише позитивних обов'язків власника в сфері земельних відносин, а й застосування до власника заходів впливу аж до припинення права власності при неналежному виконанні покладених на нього обов'язків.

© Баран О., 2006

Кожне суб'єктивне право здійснюється для задоволення певного інтересу суб'єкта. Конституція України вказує на те, що "власність не повинна використовуватися на шкоду людні і суспільства" (ч.3 ст.13), що передбачає можливість обмеження прав земельних власників в інтересах інших громадян і суспільства в цілому. Це означає можливість встановлення державою спеціального охоронного режиму земель, правил їх використання та санкцій юридичної відповідальності за порушення охоронних норм.

До конституційних засад земельних прав громадян України слід віднести ряд норм різного спрямування. Їх можна поділити на декілька груп.

В першу групу слід віднести ті конституційні положення, які визначають основи правового режиму землі:

1. як природного об'єкту. Частина 1 ст. 14 зазначає, що земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави (ч.1 ст.14);
2. як об'єкту права власності та господарювання:
   - Українського народу (ч.1 ст.13);
   - громадян, юридичних осіб і держави (ст.14);
   - територіальної громади (ст.142).

З аналізу загальних положень Конституції України можна виділити другу групу норм, які визначають принципи здійснення прав на землю та одночасно виступають межею їх здійснення. Окремо слід виділити:

1. принцип законності. Відповідно до нього суб'єкт має дотримуватися законодавчо-встановленого порядку здійснення суб'єктивного права, використовуючи при цьому допустимі засоби і способи.

Право власності на землю набувається та реалізується громадянами, юридичними особами та державою виключно відповідно до закону (ст.14), безпосередньо на підставі ЗК України.

2. принцип гарантії прав на землю. Істотно, що норми про гарантії прав на землю розміщені в розділі про загальні конституційні засади суспільного життя, а не в розділі про конституційні права, свободи і обов'язки людини і громадянина. Безпосередньо цей принцип закріплено в ст.14 Конституції. Інші гарантії прав на землю відображені в нормах про:

- рівноправність усіх суб'єктів права власності на землю (ст.13);
- непорушність права власності на землю (ч.4 ст.41);
- примусове припинення права приватної власності на землю, яке може бути застосоване як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановленому ЗК України та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості (ч.5 ст.41);
- право на безпечне для життя і здоров'я довкілля і на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди (ст.50);
- право на рівні можливості та умови захисту права власності на землю, що здійснюється судом (ст.55);
- важливою гарантією є ст.64 Конституції, яка проголошує, що конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, окрім випадків, передбачених самою Конституцією.

3. принцип здійснення прав на землю відповідно до соціального призначення землі. Здійснення громадянами права має відбуватися в межах соціального призначення землі в суспільстві, а тому відхід від цієї межі може кваліфікуватися як неправомірна дія з усіма негативними правовими наслідками, що випливають з цього факту.

Цей принцип конкретизується в ст.41, яка закріплює свободу власника у володінні, користуванні і розпорядженні землею, якщо це не завдає шкоди правам, свободам і гідності громадян, інтересам суспільства, не погіршує екологічну ситуацію і природні якості землі (ч.7 ст.41). Із цього положення Конституції випливає, що обмеження містяться в самому понятті права. Тому суб'єктивне право треба розглядати не тільки як встановлену законом міру можливої, а й обов'язкової поведінки самого власника.

Відповідно до цих загальних конституційних положень в державному регулюванні земельних відносин в Україні на сьогоднішньому етапі можна виділити два основні взаємозв'язані напрями. Вихідним положенням є визнання та гарантування прав на землю, використання яких повинно

служити для добра суспільства і кожного окремо. Тому зміст норм Конституції створює підстави для певних обмежень права приватної власності.

Інший самостійний напрям в регулюванні земельних відносин визначений ч.7 ст.41, де акцент переноситься на відповідальність за використання землі з порушенням її соціального призначення. Виходячи з даного положення земельне законодавство України має виходити не із привілеєвого встановлення обов'язку власника зазнавати обмежень його права, що безпосередньо наносить шкоду, яка не підлягає відшкодуванню, а спиратись на його відповідальність за невиконання обов'язків.

КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ ОХОРОНИ ПРАЦІ В УКРАЇНІ

Бек У.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Охорона життя та здоров'я громадян у процесі їх трудової діяльності, створення безпечних та нешкідливих умов праці є одним з найважливіших державних завдань. Головною метою української держави у сфері охорони праці є реалізація заходів загальнодержавного значення щодо створення належних, безпечних і здорових умов праці на підприємствах, в установах та організаціях усіх форм власності шляхом виконання конкретних завдань з організаційного, матеріально-технічного, наукового та нормативно-правового забезпечення їх діяльності у сфері охорони праці, подальшого вдосконалення системи державного управління та нагляду за охороною праці. Конституція України до числа соціальних прав зараховує право кожного на належні, безпечні та здорові умови праці (ч.4 ст. 43).

Право на належні, безпечні та здорові умови праці реалізується через охорону праці як систему правових, соціально-економічних, організаційно-технічних, санітарно-гігієнічних і лікувально-профілактичних заходів та засобів, спрямованих на збереження життя, здоров'я і працездатності людини у процесі трудової діяльності. Державна політика в галузі охорони праці спрямована на створення належних, безпечних і здорових умов праці, запобігання нещасним випадкам та професійним захворюванням. Вона базується на принципах пріоритету життя і здоров'я працівників (Конституція України передбачає невід'ємне право людини на життя і здоров'я), повної відповідальності роботодавця за створення належних, безпечних і здорових умов праці; підвищення рівня промислової безпеки шляхом забезпечення суцільного технічного контролю за станом виробництв, технологій та продукції, а також сприяння підприємствам у створенні безпечних та нешкідливих умов праці; комплексного розв'язання завдань охорони праці на основі загальнодержавної, галузевих, регіональних програм з цього питання та з урахуванням інших напрямів економічної і соціальної політики, досягнень у галузі науки і техніки та охорони довкілля; соціального захисту працівників, повного відшкодування шкоди особам, які потерпіли від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань; встановлення єдиних вимог з охорони праці для всіх підприємств та суб'єктів підприємницької діяльності незалежно від форм власності та видів діяльності; адаптації трудових процесів до можливостей працівника з урахуванням його здоров'я та психологічного стану; використання економічних методів управління охороною праці, участі держави у фінансуванні заходів щодо охорони праці, залучення добровільних внесків та інших надходжень на такі цілі, отримання яких не суперечить законодавству; інформування населення, проведення навчання, професійної підготовки та підвищення кваліфікації працівників з питань охорони праці; забезпечення координації діяльності органів державної влади, установ, організацій, об'єднань громадян, що розв'язують проблеми охорони здоров'я, гігієни та безпеки праці, а також співробітництва і проведення консультацій між роботодавцями та працівниками (їх представниками), між усіма соціальними групами під час прийняття рішень з охорони праці на місцевому та державному рівнях; використання світового досвіду організації роботи щодо поліпшення умов і підвищення безпеки праці на основі міжнародного співробітництва.

Конституція України окрім права на належні, безпечні і здорові умови праці, передбачила і ряд інших положень, які стосуються охорони праці окремих категорій працівників. Так, з огляду на особливий фізичний та психологічний стан неповнолітніх та жінок забороняється використовувати їх працю на небезпечних для їхнього здоров'я роботах, – це передбачено ч.5 ст.43. Для цих категорій працівників встановлюється спеціальне правове регулювання. Відповідно до ст.10 Закону України „Про охорону праці" забороняється застосування праці жінок на важких роботах і на роботах із шкідливими або небезпечними умовами праці, на підземних роботах (крім нефізичних робіт або робіт, пов'язаних з санітарним та побутовим обслуговуванням), а також залучення жінок до підіймання і переміщення речей, маса яких перевищує встановлені для них граничні норми, відповідно до переліку важких робіт і робіт із шкідливими і небезпечними умовами праці, граничних норм підіймання і переміщення важких речей, що затверджуються відповідним органом виконавчої влади. Забороняється залучення жінок до роботи у нічний час, окрім випадків коли це викликано особливою необхідністю, і дозволяється як тимчасовий захід. Забороняється залучати вагітних жінок і жінок, що

© Бек У., 2006

мають дітей до трьох років, до нічних, надурочних робіт, робіт у вихідні дні та заборонено направляти їх у відрядження. Також таким жінкам надано право працювати на умовах неповного робочого часу, першочергове право на надомну роботу. Для жінок, що мають дітей віком до півтора року, надаються додаткові перерви для годування дитини, що включаються у робочий час і оплачуються за середнім заробітком.

Закон України «Про охорону праці» та Кодекс Законів про працю встановлюють заборону залучення неповнолітніх до праці на важких роботах і на роботах із шкідливими або небезпечними умовами праці, на підземних роботах, а також до нічних, надурочних робіт та робіт у вихідні дні, чи до підіймання і переміщення речей, маса яких перевищує встановлені для них граничні норми. Важливим є положення законодавства про те, що неповнолітні приймаються на роботу лише після попереднього медичного огляду.

Стаття 45 Конституції встановила право на відпочинок, яке забезпечується наданням днів щотижневого відпочинку, а також оплачуваної щорічної відпустки, встановленням скороченого робочого дня щодо окремих професій і виробництв, скороченої тривалості роботи у нічний час, що можна розглядати як одну з гарантій охорони праці найманих працівників.

Конституційне право громадян на соціальний захист (ст..46), що включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності теж належить до сфери охорони праці. Адже в разі, коли працівник втратив здоров'я чи отримав травму у зв'язку з виконанням трудових обов'язків, йому виплачується соціальна допомога. Це право гарантується загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням за рахунок страхових внесків громадян, підприємств, установ і організацій, а також бюджетних та інших джерел соціального забезпечення; створенням мережі державних, комунальних, приватних закладів для догляду за непрацездатними, тощо.

У статті 55 Конституції гарантується право громадян на судовий захист. Кожен має право оскаржити до суду рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб, звернутися до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини чи до відповідних міжнародних судових установ та відповідних органів міжнародних організацій.

Крім вище перелічених, Конституція України містить норми, які сприяють реалізації зазначених прав з охорони праці, наприклад, право на об'єднання і участь у профспілках з метою захисту своїх трудових і соціально-економічних прав, право на страйк, на інформацію тощо. Ці та інші норми Конституції мають важливе значення для регулювання відносин з охорони праці, і знайшли свою конкретизацію в інших нормативно-правових актах.

Отже, ми бачимо, що Конституція України містить чіткі засади охорони праці працюючих громадян, а також гарантії реалізації ними права на охорону праці. Такими засадами, зокрема є право:

- на безпечні умови праці під час роботи на виробництві;
- на соціальне страхування від нещасних випадків та професійних захворювань;
- на пільги і компенсації за важкі та шкідливі умови праці;
- на забезпечення спецодягом та іншими засобами індивідуального захисту, миючими та знешкоджуючими засобами;
- на компенсацію власником матеріальної та моральної шкоди працівникові в разі ушкодження його здоров'я.

Принципове значення має також відмова працівника від дорученої роботи, якщо виробнича ситуація небезпечна для його здоров'я або для людей, які його оточують, а також для навколишнього природного середовища.

ПРАВОВІ ФОРМИ ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ І ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ ПРАЦІВНИКІВ

Бурак В.

Львівський національний університет ім. І. Франка

В умовах розбудови правової і соціальної держави однією з найважливіших гарантій трудових прав та інтересів працівників є їх правовий захист. Під захистом прав та законних інтересів працівників розуміють сукупність матеріально-правових заходів, організаційних і процесуальних способів припинення і попередження порушень трудового законодавства, відновлення порушених трудових прав громадян і відшкодування понесеної внаслідок цього шкоди. Пори цьому необхідно зазначити, що захист передбачає як діяльність державних і уповноважених державою органів, так і діяльність самих суб'єктів трудового правовідношення по усуненню перешкод у здійсненні трудових прав.

Захист включає в себе ряд наступних елементів. По-перше право на захист під яким розуміють право на звернення за захистом свого порушеного права, дії органу покликані відновити порушене право, а також виконання рішень цих органів у добровільному чи примусовому порядку.

Без виконання рішення органу, який приймав рішення для здійснення захисту порушених трудових прав, захист є неефективним. Виконання рішень органів може регулюватися як законодавством, так і угодою між працівником (чи працівниками) і роботодавцем.

Аналіз трудового законодавства свідчить про те, що право на захист включає в себе матеріально-правовий зміст, зокрема: можливість уповноваженої особи використати дозволені законом засоби примусового впливу на правопорушника, захищаючи належне їй право власними діями фактичного характеру, або можливість особи звернутися до компетентних органів з вимогою до спонукання зобов'язаної особи до правомірної поведінки. Звичайно, вказані можливості нерозривно пов'язані з характером суб'єктивного права, яке захищається.

В понятті права на захист також необхідно враховувати і процесуальний зміст.

В процесуальному аспекті право на захист включає в себе три можливості:

можливість особи звернутися з вимогою про захист порушеного сабо оспорюваного права чи охоронюваного законом інтересу до компетентного органу у передбаченій законом формі;

можливість користуватись усіма передбаченими законом правами в процесі розгляду своєї вимоги, встановленими щодо даної форми захисту прав;

можливість оскарження у встановленому законом порядку рішення органу по даній справі.

Захист передбачає лише урегульовану законом діяльність, спрямовану на відновлення порушених трудових прав.

Захист трудових прав та законних інтересів здійснюється в передбаченому законом порядку, тобто шляхом застосування відповідної форми, способів і засобів захисту. Під формою захисту розуміють комплекс внутрішньо узгоджених і урегульованих законом мероприємств по захисту трудових прав та законних інтересів.

Аналіз тенденцій розвитку трудового законодавства свідчить про розширення форм захисту трудових прав та законних інтересів.

Розрізняють дві форми захисту:

а) юрисдикційну;

б) неюрисдикційну.

Під юрисдикційною формою захисту розуміють діяльність уповноважених державою органів по захисту порушених або оспорюваних суб'єктивних прав. Суть юрисдикційної форми захисту полягає у тому, що особа яка оспорює право чи законний інтерес, звертається до державних або інших

© Бурак В., 2006

компетентних органів, на які законом покладено обов'язок прийняти необхідні заходи для відновлення порушеного права і припинення правопорушення.

В межах юрисдикційної форми розрізняють загальний і спеціальний порядок захисту трудових прав та охоронюваних законом інтересів.

За загальним правилом захист порушених або оспорюваних трудових прав чи законних інтересів в силу ст.ст. 55 і 124 Конституції України здійснюється в судовому порядку. Працівник може захистити своє право шляхом звернення до суду. В судовому порядку трудові права і законні інтереси можуть захищатися шляхом розгляду індивідуальних трудових спорів у судах загальної юрисдикції, а також у адміністративних судах. В якості засобу захисту в межах даної правової форми виступає позов. В деяких випадках засобом судового захисту виступає заява, наприклад, по справах про стягнення нарахованої але не виплаченої заробітної плати, яка стягується в наказному провадженні. Видається, що в рамках судового захисту необхідним є створення так званих соціальних судів, або трудових судів, які б розглядали справи, що виникають з трудових правовідносин.

Серед спеціальних форм захисту трудових прав та законних інтересів можна виділити адміністративний захист, який включає в себе захист органами прокуратури, а також іншими державними органами, які здійснюють контроль за дотримання трудового законодавства. Сюди також можна віднести розгляд індивідуальних трудових спорів в порядку підлеглості. Він здійснюється в порядку передбаченому законом України „Про звернення громадян". Правовим засобом захисту тут виступає скарга, або заява. Що ж стосується захисту трудових прав органами прокуратури, то він здійснюється в порядку передбаченому законом України „Про прокуратуру".

До спеціальних форм захисту трудових прав віднесемо також захист шляхом розгляду індивідуального трудового спору в комісії по трудових спорах. Видається, що в умовах правової держави КТС повинен виконувати не юрисдикційну функцію, а лише примирну. З таких позицій виходить проект Трудового кодексу України. При цьому видається незрозумілим, чому у кодексі збережено сьогодні існуючий перелік трудових спорів, які підлягають виключній підвідомчості суду. Видається, що КТС, як примирний орган може розглядати усі спори, які випливають з трудових правовідносин, якщо сторони про це попередньо домовилися.

Наступною формою захисту трудових прав та законних інтересів працівників є неюрисдикційна форма захисту, яка охоплює собою дії працівників по захисту порушених суб'єктивних прав, які здійснюються ними самостійно без звернення до державних або інших компетентних органів. Неюрисдикційні форми захисту трудових прав та законних інтересів працівників передбачені трудовим законодавством. До них належать:

а) примирно-третейські процедури, які застосовуються при вирішенні колективних трудових спорів;

б) самозахист;

в) громадський захист, який здійснюють виборні профспілкові органи.

Характерною ознакою неюрисдикційних форм захисту є не вирішення спору, а сприяння сторонам спору у досягненні компромісу, шляхом прийняття взаємоприйнятного рішення.

Під примирно-третейськими процедурами розуміють особливий спосіб вирішення колективного трудового спору без припинення роботи шляхом пошуку взаємоприйнятного для сторін рішення. До примирних процедур належать розгляд спору примирною комісією, незалежним посередником, а також трудовим арбітражем. Порядок здійснення цих процедур регулюється законом „Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів). Особливістю цих процедур є те, що вони здійснюються за взаємною домовленістю сторін колективного трудового спору.

Під самозахистом розуміють застосування особою правомірних засобів протидії, з метою захисту свого права від порушень і протиправних посягань, які не заборонені законом та не суперечать загальноприйнятим у суспільстві нормам поведінки. При цьому способи самозахисту обираються самим працівником, або законодавством. Так, ст.224 КЗпП України передбачає, що працівник, при виникненні індивідуального трудового спору, самостійно, або з участю профспілкової організації повинен врегулювати розбіжності при безпосередніх переговорах з роботодавцем. В даному випадку законодавством встановлено спосіб самозахисту безпосередні переговори. На жаль трудове

законодавство більше не вказує, які ще дії може вчиняти працівник для здійснення самозахисту своїх трудових прав.

Для того, щоб дії вважалися самозахистом необхідно, щоб вони відповідали наступним ознакам:

а) відповідати змістові порушеного права;

б) відповідати характеру вчиненого порушення;

в) відповідати наслідкам, які спричинені порушення суб'єктивного права.

В межах відповідної форми захисту працівник обирає відповідні способи захисту порушеного права, які передбачені законодавством.

Необхідно зазначити, що працівник має право вибору форми захисту в межах передбачених законом. Працівник самостійно визначає, яка форма захисту в даному випадку для нього є найбільш оптимальною. Вибір форми захисту залежить як від самого працівника, так і від характеру порушеного права. При цьому, вибравши відповідну форму захисту своїх порушених трудових прав він зобов'язаний дотримуватися встановлених законом або договором процедур, які можуть здійснюватися в межах відповідної форми. Відповідно в межах обраної форми захисту працівник звертається до передбаченого законом органу, який повинен використати усі передбачені законом можливості для захисту порушеного трудового права чи законного інтересу.

Розширення прав працівників у трудових правовідносинах повинно тягнути за собою розширення кола правових форм захисту цих прав в межах визначених законом.

ДО ПИТАННЯ ПРО ОБМЕЖЕННЯ ЩОДО РОЗПОРЯДЖЕННЯ ЗЕМЛЕЮ

Бусуйок Д.

Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України

До складу передбачених чинним законодавством України обмежень прав на землю входить такий вид обмежень здійснення права власності на землю, як обмеження у розпорядженні набутими у приватну власність земельними ділянками. Ми вважаємо, що встановлення юридичної природи цього виду обмежень прав на землю є актуальною проблемою науки земельного права України. Застосування необгрунтованих правових норм щодо обмеження власників земельних ділянок у розпорядженні ними може призвести до нераціонального використання земельних ділянок, позбавлення можливості вітчизняного виробника сільськогосподарської продукції набувати землі сільськогосподарського призначення у власність, зубожіння сільського населення тощо. У зв'язку з цим перед науковцями постало завдання визначити зміст цього виду обмежень прав на землю та встановити відповідність, закріплених у земельному законодавстві, обмежень щодо розпорядження землею соціально – економічним, політичним передумовам розвитку суспільства в Україні.

У науці земельного права дослідженням цієї проблематики займались М.Я. Ващишин, О.А. Вівчаренко, І.І. Каракаш, А.В. Луняченко, В.В. Носік, М.В. Шульга. Проте висвітлення цієї проблематики здійснювалось побічно, тобто при дослідженні науковцями інших проблем правового регулювання відносин власності на землю. У більшості випадків таке висвітлення носило фрагментарний характер і стосувалось переважно суб'єктів і об'єктів правовідносин власності на землю та розпорядчих дій землевласника. За цих умов виникла необхідність проведення системного аналізу обмежень щодо розпорядження землею на праві власності.

На наш погляд, суть такого обмеження права власності на землю як обмеження у здійсненні розпорядження земельними ділянками полягає у тому, що власники земельних ділянок обмежуються у здійсненні одного з правомочностей власника, а саме правомочності щодо розпорядження землею всіма або хоча б одним з передбачених чинним законодавством способів розпорядження землею.

Разом з тим, слід пам'ятати, що одним із основних завдань земельної реформи в Україні є якраз приватизація землі, тобто передача принаймні частини земельного фонду країни у власність громадян та юридичних осіб. А це відповідно означає, що одним з основних суб'єктів у сфері використання земель має стати не землекористувач, наділений правами володіння та користування землею, а власник, який крім зазначених двох правомочностей наділений ще й правомочністю розпорядження землею шляхом її відчуження на підставі цивільних правочинів, передачі у спадщину, оренду, заставу тощо. Таким чином, встановлення у законодавстві обмежень щодо розпорядження приватизованими земельними ділянками може розглядатися як певний крок назад від тих цілей, які були поставлені перед приватизацією земельного фонду країни. Крім того в юридичній літературі справедливо відзначається, що ще одним із важливих завдань сучасного етапу земельної реформи в Україні є формування прозорого ринку землі (А.І. Берлач).

З вищенаведеного випливає закономірне питання: чи доцільно вводити в законодавство норми, які б обмежували власників земельних ділянок у здійсненні розпорядження ними? На наш погляд, відповідь на поставлене питання має бути позитивною. Однак, потрібно уточнити, які обмеження щодо розпорядження земельними ділянками є доцільними і їх слід застосовувати у правовому регулюванні земельних відносин, а яких слід не допускати через можливі негативні наслідки їх застосування.

На наш погляд, до числа обмежень щодо розпорядження землею можна певним чином віднести обмеження щодо набуття земельних ділянок у власність певними категоріями суб'єктів. Зокрема, до такої категорії суб'єктів можна віднести іноземних громадян та осіб без громадянства. Адже будь-яке обмеження щодо набуття землі у власність для певної категорії осіб означає, що власники земельних ділянок, як публічні (держава та територіальні громади), так і приватні (громадяни та юридичні особи) не мають права здійснювати відчуження належних їм земельних ділянок саме цій категорії осіб. По суті, будь-яке обмеження щодо набуття землі у власність певним чином викликає й обмеження щодо її відчуження, оскільки звужується (обмежується) коло потенційних покупців (набувачів) земельних ділянок.

© Бусуйок Д., 2006

Однак, зазначені обмеження слід розглядати як непрямі обмеження щодо розпорядження земельними ділянками. Адже при встановленні таких обмежень власники земельних ділянок не позбавляються повністю правомочності щодо розпорядження належними їм на праві власності земельними ділянками. Вони лише стикаються в певних випадках із зниженням ліквідності земельних ділянок, тобто можливості їх продажу за якомога вищою ціною, так як обмежується коло потенційних покупців землі.

Разом з непрямими, в законодавстві України містяться й обмеження щодо розпорядження земельними ділянками, які можна кваліфікувати як прямі, тобто повні (майже повні) обмеження щодо розпорядження землею. Під повними (майже повними) обмеженнями права розпорядження землею слід, на наш погляд, розуміти такі обмеження, які або повністю забороняють відчуження земель, або дозволяють їх відчуження лише незначній кількості суб'єктів, наприклад, публічним власникам (державі чи територіальній громаді). В даному випадку мова йде про норми, якими встановлений так званий "мораторій" на відчуження земель сільськогосподарського призначення та земельних часток (паїв) їх власниками.

В юридичній літературі сформована концепція щодо недоцільності блокування вторинного ринку земель товарного сільськогосподарського виробництва, створення перепон у формуванні земельних масивів сільськогосподарських товаровиробників (П.Ф. Кулинич). Підтримуючи наведену концепцію, ми вважаємо, що норми, якими встановлений мораторій на відчуження земель сільськогосподарського призначення, не можна вважати такими, якими встановлені обґрунтовані обмеження здійснення власниками земельних ділянок правомочності розпорядження ними.

Стосовно визначення критерію поділу обмежень щодо розпорядження землею на прямі та непрямі, то виходячи зі змісту цих обмежень прав на землю, на нашу думку, буде цілком логічним до такого критерію віднести обсяг таких обмежень.

Разом з тим, заслуговує позитивної оцінки застосування таких обмежень правомочності щодо розпорядження земельними ділянками, які являють собою обтяження земельних прав. Відповідно до чинного законодавства України обтяженню підлягає право власності на земельні ділянки. По відношенню до права власності на земельну ділянку можуть виникати й права інших осіб на земельну ділянку. Ці права спричиняють виникнення обов'язку щодо утримання від вчинення дій, якими можуть бути порушені права інших осіб на земельну ділянку. Наслідком останнього є обтяження права власності на землю, по відношенню до якого були встановлені права інших осіб на земельну ділянку. Воно проявляється в звуженні обсягу права власності на землю по відношенню до якого були встановлені права інших осіб. Завдяки такому звуженню меж здійснення розпорядження земельною ділянкою її власником забезпечуються права на неї інших осіб.

Таким чином, виходячи із вищевикладеного, можна зробити такі висновки: обмеження щодо розпорядження землею поділяються на прямі та непрямі. Критерієм поділу обмежень щодо розпорядження землею на прямі та непрямі є обсяг таких обмежень; застосування таких обмежень права власності на землю, які полягають у обмеженні правомочності власника щодо здійснення розпорядження нею і спричиняють негативні соціально-економічні наслідки для економіки країни, має бути істотно обмежене періодом часу (наприклад, перехідним періодом від старого до нового земельного законодавства). Разом з тим, не суперечить економічним інтересам країни застосування таких обмежень щодо здійснення розпорядження земельними ділянками, які являють собою обтяження земельних прав.

ЮРИДИЧНІ ФАКТИ В АГРАРНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

Ващишин М.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Об'єктивне юридичне право є оптимальним регулятором суспільних відносин, які в процесі реалізації юридичних норм набувають форми правовідносин. Неодмінною передумовою існування і динаміки правовідносин є юридичні факти. Юридичні факти - це конкретні життєві обставини, з якими норма права пов'язує виникнення, зміну чи припинення правовідносин. Настання юридичного факту приводить в дію механізм правового регулювання суспільних відносин.

Проблема юридичних фактів була предметом дослідження багатьох представників теорії права (С.С. Алєксєєва, З.Д. Іванової, В.Б. Ісакова, С.Ф. Кечекяна, С.А. Комарова, В.В. Копейчикова, М.Н. Марченка, П.М. Рабіновича, Р.О.Халфіної та інших), комплексне дослідження цієї проблеми у праві соціального забезпечення провів Сташків Б.І., підстави виникнення індивідуальних трудових правовідносин детально проаналізовані П.Д. Пилипенком, юридичні факти у цивільних правовідносинах досліджувалися О.С. Іоффе, Л.А. Чеговадзе, поняття і види юридичних фактів у аграрних правовідносинах з'ясовуються А.Ж. Турабаєвою. Однак існує необхідність комплексного дослідження особливостей юридичних фактів у аграрних правовідносинах в рамках національної правової системи.

На думку А.Ж. Турабаєвої, юридичні факти виконують організуючу функцію – "попередньо" впливають на поведінку людей, а окремі з них можуть одночасно виконувати й регулятивну функцію. Функцію індивідуального нормативного регулювання виконують індивідуальні акти органів державного управління, акти юрисдикційних органів, автономні акти учасників регульованого суспільного відношення (договори, угоди). Так, ст. 11 Цивільного кодексу України містить перелік підстав виникнення цивільних прав та обов'язків, серед яких зазначено: договори та інші правочини, акти органів державної влади, органів місцевого самоврядування, рішення суду та інші.

Важливу роль в аграрних правовідносинах відіграють господарські договори, які моделюють поведінку їх учасників. Причому спеціалізовані (аграрно-правові) договори мають більше виражений регулятивний характер, ніж загальні (цивільні) договори. Договори контрактації сільськогосподарської продукції, меліоративного та агрохімічного обслуговування, оренди сільськогосподарських земель тощо не лише обслуговують правовідносини між контрагентами, одним з яких обов'язково виступає сільськогосподарський товаровиробник, але і опосередковують процес сільськогосподарського виробництва, тобто регулюють аграрні відносини.

Роль правостворюючого та праворегулюючого факту відіграє рішення місцевої ради про надання земельної ділянки для створення фермерського господарства, оскільки є ключовою ланкою в процедурі державної реєстрації фермерських господарств, також є визначальним в процесі їх діяльності, адже земля є основним і незамінним засобом сільськогосподарського виробництва. Нерозривний зв'язок фермерських правовідносин із земельними спонукав законодавця серед підстав припинення діяльності фермерського господарства закріпити припинення права власності на земельну ділянку чи права користування (оренди) землею (п. 2 ст. 29 Закону України "Про селянське (фермерське) господарство" від 22 червня 1993р., який зараз скасований новою редакцією Закону "Про фермерське господарство" від 19 червня 2003р.).

Певну "регулятивну" функцію виконують окремі рішення суду, серед яких можна виділити рішення господарських судів, які визначають процедуру відновлення платоспроможності сільськогосподарського підприємства чи визнання його банкрутом.

Позитивно, що особливості банкрутства сільськогосподарських підприємств врегульовані спеціальною ст. 44 Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом", якою передбачено, що санація сільськогосподарського підприємства вводиться на строк до закінчення відповідного періоду сільськогосподарських робіт з урахуванням часу необхідного для реалізації вирощеної сільськогосподарської продукції. Зазначений строк не може перевищувати 15 місяців. У разі погіршення фінансового становища сільськогосподарського підприємства протягом

© Ващишин М., 2006

строку санації у зв'язку із стихійним лихом, з епізоотіями та іншими несприятливими умовами, строк санації можу бути продовжено на один рік.

Не кожна життєва обставина (соціальний факт) є юридичним фактом. П.Д. Пилипенко виділяє комплекс вимог (критеріїв), відповідність яким надає соціальним фактам юридичної природи. Це матеріальний, правовий та сутнісний критерії. Матеріальний критерій – це настання факту реальної дійсності (конкретної, індивідуальної обставини).

Правовий критерій – це відображення юридичного факту в нормі права. Так, гіпотеза юридичної норми містить перелік умов за яких вона буде діяти. Наприклад, ст. 2 Закону України "Про фіксований сільськогосподарський податок" передбачає, що платниками фіксованого сільськогосподарського податку є сільськогосподарські підприємства різних організаційно-правових форм, в яких сума, одержана від реалізації сільськогосподарської продукції власного виробництва та продуктів її переробки за попередній звітний (податковий) рік, перевищує 75% загальної суми валового доходу підприємства.

Сутнісним критерієм юридичного факту є те, що він зумовлює виникнення, зміну або припинення правових відносин, що призводить до відповідних юридичних наслідків.

А.Ж. Турабаєва, аналізуючи характерні ознаки юридичних фактів, відносить також до них і соціально-значимий характер даних життєвих обставин. Соціальна значимість окремих юридичних фактів є настільки вагомою, що вони закріплюються у формі правових презумпцій (презумпції невинуватості, презумпції недієздатності неповнолітньої особи тощо).

Необхідною ознакою юридичних фактів є наявність в них інформації про стан суспільних відносин, що охоплюється предметом правового регулювання. Оскільки аграрне право є комплексною галуззю права, то окремі юридичні факти, що породжують, змінюють чи скасовують аграрні правовідносини, мають не тільки галузевий, але і міжгалузевий характер. До "міжгалузевих" юридичних фактів належать земельно-аграрні (приватизація земельної ділянки), аграрно-трудові (укладення трудового договору із найманим фермерським працівником), агрогосподарські (лізинг сільськогосподарської техніки), цивільно-аграрні (державна реєстрації особистого немайнового права інтелектуальної власності на сорт рослин чи породу тварин), фінансово-аграрні (сплата фіксованого сільськогосподарського податку тощо).

Обов'язковою умовою надання життєвим обставинам юридичного значення є належне їх встановлення і оформлення. Варто погодитися з А.Ж. Турабаєвою, яка вважає, що соціальні обставини лише тоді породжують правові наслідки, коли вони зафіксовані законними засобами, в певній процесуальній (процедурній) формі в правозастосувальному процесі. Для прикладу, умовою отримання земельної ділянки для ведення фермерського господарства є потенційна здатність претендента займатися сільським господарством (наявність досвіду чи спеціальної підготовки необхідної кваліфікації), що документально посвідчується дипломом про освіту, посвідченням чи витягом з трудової книжки. Однак остаточна фіксація цього юридичного факту здійснюється на засіданні спеціальної професійної комісії з питань створення фермерських господарств шляхом оформлення відповідного протоколу чи висновку (рішення) цієї комісії.

На наш погляд, варто усунути зайву альтернативність у формі документа, що відображає зміст рішення професійної комісії з питань створення фермерських господарств і у Наказі Міністерства аграрної політики України, Міністерства праці та соціальної політики України № 452/335, прийнятому 17 грудня 2003 року, яким затверджено "Положення про порядок проведення професійного відбору з питань створення фермерських господарств" зазначити, що хід засідання професійної комісії фіксується у протоколі, а єдиним документом, що подається до відповідного органу місцевого самоврядування чи місцевої державної адміністрації, яка приймає рішення про надання земельної ділянки для створення фермерського господарства є належно оформлений висновок професійної комісії, який може бути позитивним, або негативним.

Б.І. Сташків розглядає юридичні факти у широкому і вузькому розумінні. У широкому розумінні юридичні факти породжують будь-які правові наслідки. Таке вживання цього терміну є можливим лише у правовій теорії, а у галузевих юридичних дослідженням і у правозастосувальній діяльності необхідне вузьке розуміння юридичного факту як обставин, що зумовлюють виникнення, зміну та припинення конкретного (галузевого) правовідношення.

Характерною рисою сучасного аграрного права є виникнення нових інститутів, що зумовлює розширення предмету правового регулювання та системи цієї галузі права. Якщо досі предмет аграрного права охоплював лише сферу сільськогосподарського виробництва, то зараз він включає

також й інститут соціального розвитку села, тому дефініцію юридичних фактів у аграрних правовідносинах необхідно формулювати з врахуванням цієї новели, яка була обґрунтована Н.О. Багай.

Тому підсумовуючи проведене дослідження загальних характерних ознак юридичних фактів та з'ясовані особливості їх моделювання у аграрному праві можна запропонувати наступне визначення: юридичні факти в аграрних правовідносинах – це соціально значимі, належно оформлені конкретні життєві обставини, які мають спеціалізований або міжгалузевий характер, за наявності яких норми аграрного права передбачають виникнення, зміну чи припинення правовідносин у сфері сільськогосподарського виробництва та соціального розвитку села.

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ЗЕМЕЛЬ ФЕРМЕРСЬКИХ ГОСПОДАРСТВ

Жиравецький Т.

Львівський національний університет ім. І. Франка

У економічній структурі сучасного сільськогосподарського виробництва важливе місце займає діяльність громадян України, які протягом останніх п'ятнадцяти років одержували земельні ділянки для ведення фермерських господарств і займались вирощуванням сільськогосподарської продукції з метою реалізації продукції рослинництва і тваринництва на ринку.

Прийнятий 25 жовтня 2001 р. Земельний кодекс суттєво змінив правове регулювання фермерського землевикористання. Кодексом змінена назва господарства: тепер воно називається "фермерське господарство", а не "селянське (фермерське) господарство", як раніше, що є правомірним оскільки ці господарства завжди є селянськими. До новел позитивного характеру можна віднести також і визнання суб'єктом права власності на землю самого фермерського господарства, що свідчить про зміцнення правового статусу господарства як юридичної особи.

Відповідно до ст.31 Земельного кодексу України, землі фермерського господарства можуть складатися із:

а) земельної ділянки, що належить на праві власності фермерському господарству як юридичній особі;

б) земельних ділянок, що належать громадянам – членам фермерського господарства на праві приватної власності;

в) земельної ділянки, що використовується фермерським господарством на умовах оренди.

Особливості правового статусу фермерського господарства зумовили необхідність прийняття спеціального закону. Закону України "Про фермерське господарство" від 19 червня 2003 р. Він визначає правові засади цих господарств, особливості правового режиму земельних ділянок фермерських господарств.

Одержання встановленим порядком земельної ділянки громадянином є тим правовстановлюючим фактом, який є юридичною основою для створення і подальшого функціонування фермерського господарства.

До новел земельного законодавства можна віднести ст.13 Закону України „Про фермерське господарство", яка передбачає право безплатної передачі у приватну власність земельних ділянок у розмірі земельної частки (паю) громадянам України – членам фермерських господарств із земель державної і комунальної власності.

Членам фермерських господарств передаються безоплатно у приватну власність із раніше наданих їм у користування земельні ділянки у розмірі земельної частки (паю) члена сільськогосподарського підприємства, розташованого на території відповідної ради.

Громадяни України, які до 1 січня 2002 року отримали в постійне користування або оренду земельні ділянки для ведення фермерського господарства, мають переважне право на придбання (викуп) земельних ділянок розміром до 100 гектарів сільськогосподарських угідь, у тому числі до 50 гектарів ріллі, у власність з розстрочкою платежу до 20 років.

Як свідчить практика, основною і найпоширенішою формою землевикористання селянських (фермерських) господарств з часу їх виникнення на початку 90-х років минулого століття і по сьогоднішній день, є право постійного користування земельною ділянкою. Однак за ст.92 нового Земельного кодексу України право постійного користування земельною ділянкою належить лише суб'єктам, заснованим на праві державної чи комунальної власності, до яких фермерські господарства не відносяться. Тому ФГ повинні до 1 січня 2008 року переоформити у встановленому порядку право власності або право оренди на ті земельні ділянки, які знаходяться у постійному користуванні (п.6 Перехідних положень Земельного кодексу України). Проте Конституційний суд України визнав неконституційними положення п.6 Перехідних положень щодо зобов'язання переоформити право

© Жиравецький Т., 2006

постійного користування земельною ділянкою на право власності або право оренди без відповідного законодавчого, організаційного та фінансового забезпечення.

При переоформленні права постійного користування земельними ділянками, наданими для ведення селянських (фермерських) господарств, у довгострокову оренду строк оренди визначається селянським (фермерським) господарством відповідно до закону. Щоби знівелювати розбіжності права постійного користування земельною ділянкою і довгострокової оренди, законодавець встановив обмеження розміру орендної плати за земельні ділянки – він не повинен перевищувати розміру земельного податку.

Дещо суперечливою є позиція Земельного кодексу України стосовно права власності на землю громадян-членів фермерського господарства. Так, ст.31 у п.б визначає їх приватними власниками земельних ділянок (поряд із самим господарством, не розмежовуючи цих прав), а стаття 89 у п.б говорить про те, що члени фермерського господарства мають земельні ділянки на праві спільної сумісної власності, якщо інше не передбачено угодою між ними. На майбутнє пропонується усунути цю законодавчу колізію і з переліку суб'єктів права спільної сумісної власності на землю визначеного статтею 89 ЗК України виключити членів фермерського господарства.

Права фермерських господарств та їх членів у сфері землевикористання визначаються Земельним кодексом, спеціалізуються Законом "Про фермерське господарство" та конкретизуються Статутом господарства.

Права всіх власників земельних ділянок закріплено у статті 90-й Земельного кодексу України. Норми цієї статті мають загальний характер для всіх суб'єктів, які використовують землі сільськогосподарського призначення.

Як у Земельному кодексі, так і в Законі "Про фермерське господарство" земельні права самого господарства та права членів господарства регламентовано сукупно, без їх суб'єктної спеціалізації. Це розраховано на такий варіант землевикористання, коли всі члени ФГ ведуть одне спільне сумісне господарство і коли його члени не претендують на персоніфікацію своїх прав. В іншому випадку земельні права фермерського господарства і земельні права членів господарства (всіх або окремих) можуть бути врегульовані окремо. А оскільки такого розподілу не дає ані ЗК, ані спеціальний Закон, то це доцільно зробити у Статуті фермерського господарства, або оформити окремою угодою.

Земельний кодекс України (ст.90) та Закон України "Про фермерське господарство" (ст.14) встановили такі права власників земельних ділянок, у тому числі ФГ та його членів:

- продавати або іншим шляхом відчужувати земельну ділянку, передавати її в оренду, заставу, спадщину;
- самостійно господарювати на землі;
- власності на посіви і насадження сільськогосподарських та інших культур, на вироблену сільськогосподарську продукцію;
- використовувати у встановленому порядку для власних потреб наявні на земельній ділянці загальнопоширені корисні копалини, торф, лісові насадження, водні об'єкти, а також інші корисні властивості землі;
- на відшкодування збитків, у випадках, передбачених законом;
- споруджувати жилі будинки, виробничі та інші будівлі і споруди.

У Законі "Про фермерське господарство" ці загальні для всіх землевласників права мали би бути закріплені у спеціалізованому вигляді. Зокрема, переважне право придбання земельних ділянок, що продаються фермерським господарством або його членами, слід надати іншим членам цього господарства або іншим фермерським господарствам; особи, які хочуть купити такі земельні ділянки, повинні мати достатній досвід роботи в сільському господарстві або необхідну сільськогосподарську кваліфікацію, як це передбачено у випадку продажу цілісного майнового комплексу ФГ.

Фермерські господарства та члени господарства, як власники земель, мають право продавати або іншим шляхом відчужувати свої земельні ділянки. Проте, згідно перехідних положень Земельного Кодексу, до 1 січня 2007 року, вони не вправі це робити. Виняток складає передача земельної ділянки в спадщину.

Відповідно до статті 56-ї ЗК України, якщо у складі угідь фермерських господарств є замкнені земельні ділянки лісового фонду, то, за рішенням органів місцевого самоврядування або органів виконавчої влади, вони можуть передаватися у власність цих господарств, якщо їх площа не перевищує 5 га. Крім того, вони у такому ж порядку можуть безоплатно одержувати у власність замкнені природні водойми (загальною площею до 3 гектарів). На умовах оренди фермерським

господарствам можуть передаватися земельні ділянки прибережних захисних смуг, смуг відведення і берегових смуг водних шляхів, а також озера, водосховища, інші водойми, болота, острови для сінокосіння, рибогосподарських потреб тощо.

Поза безпосередньо сільськогосподарським землевикористанням фермерські господарства та їх члени можуть використовувати землі і для спорудження жилих будинків, виробничих та інших будівель і споруд, організації сучасної інфраструктури тощо.

У випадках, передбачених законом, фермерські господарства та їх члени мають право на відшкодування завданих їм збитків. Стаття 156 Земельного кодексу встановила підстави для цього. До них, зокрема, віднесено вилучення (викуп) сільськогосподарських угідь, лісових земель та чагарників для потреб, не пов'язаних із сільськогосподарським і лісогосподарським виробництвом, тимчасове зайняття зазначених земель для інших видів використання; встановлення обмежень щодо використання земельних ділянок; погіршення якості ґрунтового покриву та інших корисних властивостей сільськогосподарських угідь, лісових земель та чагарників; приведення цих земель у непридатний для використання стан; неодержання доходів за час тимчасового невикористання земельної ділянки.

Відшкодування цих збитків ФГ та його членам проводиться органами виконавчої влади та місцевого самоврядування, а також громадянами та юридичними особами, з вини яких завдано збитки.

Особливістю правового режиму земель фермерського господарства є те, що законодавець у ст. 21 Закону України "Про фермерське господарство" відокремлює земельні ділянки із загального масиву майна, на яке може бути звернене стягнення. Звернення стягнення на земельні ділянки, надані у власність для ведення фермерського господарства допускається лише у виключному випадку – тоді, коли у фермерського господарства відсутнє інше майно, на яке може бути звернено стягнення.

Пам'ятаючи, що землі фермерського господарства, можуть складатися із земельних ділянок, власниками яких є саме господарство і/або його члени, то варто уточнити, на які ж з цих земельних ділянок може бути звернено стягнення. Земельним кодексом України серед підстав припинення права власності на земельну ділянку передбачено звернення стягнення на земельну ділянку на вимогу кредитора (п. 2 ст. 140 ЗК), а п. 1 ст. 143 ЗК уточнює, що примусове звернення стягнень на земельну ділянку відбувається лише по зобов'язанням власника цієї земельної ділянки.

Оскільки відповідальність за своїми зобов'язаннями несе фермерське господарство, то можна зробити висновок, що на вимогу кредитора може бути звернене стягнення на земельну ділянку, яка є власністю самого ФГ, а не членів цього господарства.

Прийнятий ЗК 2001р. вніс суттєві зміни в правовий режим земель фермерського господарства. Нова редакція закону "Про Фермерські господарства" 19.06.2003р. в свою чергу конкретизувала їх і доповнила, що дозволило усунути низку прогалин і суперечностей, що існували в правовому регулюванні фермерського землевикористання. Однак залишається не вирішеною проблема спадкування і пріоритетного продажу земель, наданих для ведення фермерського господарства.

ТРУДОВЕ ПРАВО ЯК ЕЛЕМЕНТ СИСТЕМИ ПРАВА УКРАЇНИ

Жолнович О.

Львівський національний університет ім. І. Франка

У зв'язку із політичними та економічними змінами в Україні, система вітчизняного права перебуває у стані перебудови. У ній проходять процеси переосмислення і переоцінки природи і значимості правових утворень, їх оновлення та пере формулювання відповідно до нових вимог правотворчості й правозастосування. Внаслідок цих процесів повинна утворитися якісно нова, збалансована та ефективно діюча система права, яка мусить охопити всі норми держави, згрупувати їх за видом і родом відносин, що ними регулюються, встановити чітке розмежування окремих елементів системи та визначити їх взаємодію, а також врахувати всі національно-психологічні особливості соціально-історичного розвитку народу.

Система права, як цілісне утворення охоплює всі норми, що діють у державі та утворює собою складний багаторівневий комплекс, тобто має свою структуру. Структуру системи права складають: норми права, інститути права, галузі права, та враховуючи те, що українська наука права сприйняла існуючий у світі поділ системи права на приватне і публічне, ще й правові спільності.

Трудове право на рівні з іншими галузями права є одним з елементів у системі права України. А тому визначення його місця у структурі системи права дозволить краще зрозуміти його правову природу, принципи на яких воно побудоване та завдання, які перед ним ставляться.

Розглядаючи місце трудового права у системі права України необхідно звернути увагу на те, що воно знаходиться на перетині приватного та публічного права. Приватноправові способи регулювання суспільних відносин притаманні трудовому праву з часу його зародження, адже воно вийшло з цивільного права, яке є центральною галуззю приватного права і уособлює його принципи. У сфері цивільно-правового регулювання залишилися також деякі види договорів пов'язаних з працею (договори підряду, побутового замовлення, доручення).

Проте трудовому праву сьогодні було б „тісно" в рамках цивільної галузі, оскільки особливості регулювання трудових відносин пов'язані із специфікою носія здібності до праці – людини. Воно покликане захищати у відносинах пов'язаних з працею слабшу сторону – працівника. Для здійснення такого захисту трудове право збагатилося публічно-правовими методами впливу у регулюванні трудових відносин. Таким чином вказане право з приватної сфери перейшло до соціально-правової.

Зважаючи на викладене, можна ствердити, що трудове право остаточно й безповоротно полишило рамки цивільного права, а разом з ним і приватного права та перебуваючи на стику публічного та приватного права стало серцевиною соціального права і покликане виконувати соціальну функцію держави.

Соціальне право – це ще одна правова спільність, яка сформувалася в кінці 19ст і у системі права знаходиться між приватним та публічним правом.

Як цивільне право відображає принципи приватного права, адміністративне – принципи публічного права, так і трудове право в найбільшій мірі охоплює принципи і засади соціального права, є його центральною галуззю.

Україна, визнавши себе соціальною державою, закріпила у Основному Законі – Конституції України перелік соціальних прав людини і громадянина: право громадян на працю, належні, безпечні й здорові умови праці, на заробітну плату, не нижчу від визначеної законом (ст.43), на соціальний захист, що включає право на забезпечення їх в разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом (ст.46), право на житло (ст.47), право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї (ст.48), право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування (ст.49) тощо.

Розвиток і деталізацію ці права і гарантії дістають у трудовому праві. Виникнувши в кінці 19 ст. з потреби згладити гострі соціальні конфлікти між роботодавцями та найманими працівниками, трудове право і сьогодні не втратило свого соціального значення. Як пише Кисельов І.Я., в наш час суспільство ще не зовсім здатне допустити суттєве розширення дії принципу свободи договору в

© Жолнович О., 2006

трудових відносинах. Цьому перешкоджають і відсутність історичного досвіду, і відсутність доброякісного ринку праці, який ще належить „цивілізувати", і традиції в суспільній свідомості, яка пропонує активний патронат держави в соціальній сфері суспільства, тому на період становлення ринкового господарювання в нашій країні трудове право повинно містити в собі значний блок норм імперативного характеру, так чи інакше обмежуючих свободу ринкових відносин в галузі праці. І хоча автор писав це про суспільні відносини Росії, для України такі аргументи є також дуже актуальним. Дальше Кисельов І.Я. зазначає, що критерієм розумного втручання в трудові відносини має бути розуміння трудового права як права охорони праці, як права соціального захисту, причому в перехідний період цей захист повинен бути більшим, оскільки організації працівників в наш час ще слабкі, а роботодавці-підприємці в умовах первинного накопичення капіталів, не рахуються з правами та інтересами працівників, внаслідок чого закони ринку перетворюються в закони джунглів. Противагою цьому може бути активна соціальна політика держави, як повинна бути соціальною державою.

Захисні функції трудового права в умовах переходу до ринкової економіки набувають особливого значення з позиції досягнення мети соціальної держави – забезпечення гідного життя та вільного розвитку людини.

В зв'язку з цим фундаментального значення набуває право на свободу праці, як право людини на свободу розвитку. Тому, як справедливо зазначає О.І. Процевський, потрібно розмежовувати такі поняття як „праця" і „робота", що на жаль, Основний закон України не робить. Праця – це не відокремлена функція людського існування і буття. Робота – так би мовити, зовнішня форма виразу минулої чи сучасної людської праці. Тому точніше було б сказати, що людина вільно обирає чи погоджується не на працю, як це записано у ст.43 Конституції, а на роботу, яку для неї створює і пропонує держава. Держава повинна створити робочі місця і пропонувати роботу, яку людина може тільки обирати чи на яку вільно погоджуватися. Саме роботу, а не працю, бо працею володіє людина, а роботу створює держава.

Отже, держава загалом і через трудове право зокрема, повинна не тільки охороняти працю людей, але, насамперед, має забезпечити можливість людини самоутвердитися. Не секрет, що праця є необхідною не тільки для фізичного виживання, але й для духовного самовдосконалення людини, служить засобом для розкриття її талантів та прагнень, допомагає людині здобути суспільну свободу, самостійність. Таким чином, можна сказати, що право на працю пов'язане з правом на самореалізацію.

Разом із встановленням та забезпеченням здійснення прав і гарантій працівників варто не забувати про проблему співвідношення соціальної та виробничої функцій трудового права. Виходячи з пріоритету прав і інтересів працівника над інтересами виробництва, не можна не враховувати інтереси роботодавця. Як справедливо зазначає П.Д. Пилипенко, трудове право, незважаючи на його соціальну природу, не може не захищати інтереси другої сторони у трудових відносинах. Інакше воно або ж вступить у колізію з іншим законодавством, у першу чергу з законодавством про власність і про підприємництво, або ті ж самі власники-роботодавці змушені будуть ігнорувати трудове законодавство і шукати інших правових шляхів для використання робочої сили, поза тими, що передбачені цим законодавством.

Підсумовуючи, можна зробити висновок, що роль трудового права у нашому суспільстві значно посилюється, воно займає чільне місце серед інших галузей права і є складовою соціального права, яке розташоване поряд з приватним та публічним правом у системі права України.

ПІДВИЩЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДИСЦИПЛІНИ ПРАЦІ

Запара С.

Запорізький національний університет

Поняттям „трудова дисципліна" та „дисципліна праці" в науковій літературі приділяється значна увага. Автори М.Г. Александров, Н.Б. Болотіна, Г.І. Чанишева використовують їх як тотожні, інші П.Д. Пилипенко, О.В. Смирнов вважають, що дисципліна праці є ширшим поняттям та включає трудову, виробничу, технологічну, фінансову, службову та інші види дисциплін.

Глава XV Проекту Трудового кодексу України має назву „Дисципліна праці. Дисциплінарна відповідальність", що, дає підстави вважати, про обрання законодавцем більш широкого спектру застосування поняття дисципліни праці.

На наш погляд, не втратив актуальності розгляд категорії „дисципліна праці" крізь призму інститутів трудового права (такі як: оплата праці, охорона праці тощо), які суттєво впливають на ефективність дисципліни праці, а також різних галузей права (господарське, фінансове тощо).

При виробленні принципів забезпечення дисципліни праці необхідно максимально враховувати специфіку підприємства, установи, організації, що переміщує акцент правового забезпечення дисципліни праці на виробничий рівень. Цілком виправданим є державний підхід в питанні дисципліни праці загального плану, який створює правову основу забезпечення дисципліни праці рекомендаційного характеру. Однак слід звернути увагу на якісний рівень таких нормативних актів.

І сьогодні ще актуальні Типові правила внутрішнього трудового розпорядку для робітників та службовців підприємств, установ, організацій затверджені постановою Держкомпраці СРСР за погодженням з ВЦРПС від 20 липня 1984 року, хоча вони в багатьох аспектах морально застаріли і потребують оновлення. Не винятком є розділ VI „Заохочення за успіхи в роботі", який передбачає наступні заохочення: оголошення подяки, видача премії, нагородження цінним подарунком, нагородження почесною грамотою, занесення в Книгу пошани, на Дошку пошани.

Згідно із чинним законодавством, трудова дисципліна на підприємствах, установах, організаціях забезпечується створенням необхідних організаційних та економічних умов для нормальної високопродуктивної роботи, свідомим відношенням до праці, методами переконання, виховання, а також заохоченням за сумлінну працю.

Існує необхідність формування комплексного характеру показників ефективності дисципліни праці. З урахуванням особливостей мотивації до праці працівника та можливостей підприємства, установи, організації, можна виділити такі **види заохочення** для формування ефективної дисципліни праці:

1. ***Матеріальне заохочення трудової діяльності індивідуального та колективного характеру:***
   - забезпечення житлом працівника;
   - надання кредиту для придбання житла, автомобіля тощо;
   - зростання заробітної плати адекватно до розширення вмінь та навичок працівника, ефективності результату праці;
   - преміювання працівника;
   - нагородження цінним подарунком;
   - зацікавленість працівника у результаті праці, шляхом отримання відсотка від прибутку підприємства;
   - надання санаторно-курортної путівки тощо;
   - створення та належне забезпечення інфраструктури для працівників підприємства (службові автобуси, дитячі садки, школи для дітей працівників тощо);
   - надання туристичних путівок для колективу підприємства (кращого відділу) тощо;
2. ***Покращення організаційно-технічних умов праці працівника:***
   - ремонт приміщень, в яких здійснюється праця;

© Запара С., 2006

- обладнання службових приміщень сучасною оргтехнікою, меблями;
- закупівля літератури тощо;

3. Морально-професійне заохочення працівників:

- створення психологічно-комфортних умов праці працівника;
- наявність культури управління працівниками та культури виробництва;
- створення умов для професійного зростання та реалізації творчих здібностей працівника, шляхом навчання на курсах підвищення кваліфікації, навчання без відриву від виробництва за рахунок роботодавця), вибудовуванням перспективи службового зростання працівника;
- надання творчих відпусток;
- просування працівника по службовій драбині;
- нагородження працівника за досягнення та успіхи в роботі грамотою тощо.

Трудова дисципліна – багатоаспектне явище, ефективність якої залежить від багатьох чинників. Добре, що роботодавець вже розуміє пріоритетність застосування заохочення порівняно із покаранням, намагається активізувати маркетингову діяльність підприємства, розвинути роботу з персоналом. Однак, часто такі дії виходять за межі правового регулювання, а кодекс законів про працю виглядає чимось архаїчним, не сучасним. І це - попри соціального наповнення переважної більшості норм трудового законодавства. Трудова дисципліна є не просто важливим правовим принципом галузі права, вона є елементом трудових правовідносин, за допомогою якої здійснюється фактична поведінка учасників таких правовідносин. Таким чином, подальший розвиток трудового законодавства повинен створити правові можливості для ефективного застосування праці, покращення умов її здійснення та зростання добробуту громадян України.

ПРАВОВІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ КОМПЕНСАЦІЇ ШКОДИ ЗА ЕКОЛОГІЧНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Краснова М.

Київський національний університет ім. Т. Шевченка

У контексті означеної для даної конференції тематики актуальними є проблеми формування державної екологічної політики як необхідної складової становлення правової, демократичної, соціальної держави Україна, а в її межах – розробка, впровадження та реалізація конкретно визначених засобів охорони та захисту екологічних прав громадян, які в сучасних умовах постійно порушуються, внаслідок чого звичайним явищем стало глобальне погіршення якості та безпечності стану навколишнього природного середовища, а відтак перевищення смертності над народжуваністю, в тому числі й від небезпечних факторів забрудненого довкілля. Розробка дієвих механізмів правового регулювання реалізації та захисту екологічних прав громадян обумовлено також необхідністю здійснення в Україні заходів адаптації національного законодавства до законодавства ЄС відповідно до затвердженої Верховною Радою України Загальнодержавної програми такої адаптації.

За таких умов відповідною правовою проблемою стають питання визначеності поняття "*компенсація шкоди за екологічним законодавством*", оскільки у більшості випадків законодавство фактично закріпило юридичну можливість осіб вимагати в установленому законодавством порядку відшкодування (компенсації) шкоди, заподіяною: а) порушенням права на безпечне для життя і здоров'я довкілля (ч. 1 ст. 50 Конституції України); б) їх здоров'ю та майну внаслідок негативного впливу на навколишнє природне середовище (п. "з" ст. 9 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища"). Такі права конкретизуються у спеціальному природоресурсовому, природоохоронному законодавстві, що входить до системи екологічного законодавства у якості прав природокористувачів, а також у якості засобів захисту інших екологічних прав громадян, за порушення яких може бути призначено компенсацію майнової та моральної шкоди.

Юридичним можливостям закон завжди кореспондує виконання обов'язків у цій сфері, зокрема, згідно зі ст.66 Конституції України кожен зобов'язаний *не заподіювати шкоду природі*, культурній спадщині, *відшкодовувати* завдані ним збитки. Відповідно ст. 12, п. "д" Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" зобов'язує компенсувати шкоду, заподіяну забрудненням та іншим негативним впливом на навколишнє природне середовище.

Такий засіб знаходить місце і серед законодавчо визначеної системи гарантій екологічних прав та обов'язків громадян у вигляді: а) невідворотності відповідальності за порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища; б) компенсації в установленому порядку шкоди, заподіяної здоров'ю і майну громадян внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища (п.п. "е", "д" ст. 10 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища").

Крім цього, екологічне законодавство питання компенсації шкоди виводить у розряд одного з найважливіших принципів охорони навколишнього природного середовища, який базується на вимогах інших міжнародних принципів: "забруднювач платить" та невідворотності несення відповідальності у справі охорони навколишнього природного середовища (п. "і" ст. 3 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища").

Для законодавства України, при встановленні відповідальності за шкоду, заподіяну навколишньому природному середовищу, життю і здоров'ю громадян від негативного впливу небезпечного довкілля, притаманним є застосування загальних положень цивільного та господарського законодавства при визначенні обсягів шкоди, що підлягає компенсації. Однак, положення цих кодексів включають положення про відповідальність, яка компенсує шкоду, заподіяну особі або власності. З правових та історичних причин такі нормативно-правові акти не дуже використовуються для запровадження широкої відповідальності за екологічну шкоду, особливо за шкоду, заподіяну природним ресурсам, які знаходяться в державній власності. За таких умов необхідним є розробка спеціального екологічного закону, який будуватиметься на засадах консолідації норм приватного та публічного права.

© Краснова М., 2006

Закон України "Про охорону навколишнього природного середовища" до певної міри врахував принципи приватного та публічного права шляхом встановлення так званого у міжнародному праві *стандарту відповідальності*, який виступає критичним елементом схеми юридичної відповідальності за екологічну шкоду і який існує у двох видах: а) відповідальність на основі вини та б) строга (strict) відповідальність. Зокрема, *відповідальність на основі вини* настає у разі вчинення правопорушення в галузі охорони навколишнього природного середовища, зокрема, відповідно до вимог ст. 68 зазначеного Закону на підприємства, установи, організації та громадян покладається обов'язок *відшкодувати* шкоду, заподіяну ними внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища, в порядку та розмірах, встановлених законодавством України. Одночасно зазначається, що застосування заходів дисциплінарної, адміністративної або кримінальної відповідальності не звільняє винних від *компенсації* шкоди, заподіяної забрудненням навколишнього природного середовища та погіршення якості природних ресурсів.

Особливостями застосування цивільно-правової відповідальності у цій сфері є те, що шкода, заподіяна внаслідок порушення такого законодавства, підлягає *компенсації*, як правило, в повному обсязі без застосування норм зниження розміру стягнення та незалежно від плати за забруднення навколишнього природного середовища та погіршення якості природних ресурсів. Особи, яким завдано такої шкоди, мають також право на *відшкодування* неодержаних прибутків за час, необхідний для відновлення здоров'я, якості природних ресурсів до стану, придатного для використання за цільовим призначенням. Однак, такий вид відповідальності має основний недолік, який полягає в тому, що потерпілі особи повинні доказувати, що інша сторона порушила зобов'язання, які вона повинна була виконувати, що практично складно здійснити з огляду на складну процедуру встановлення причинного зв'язку.

Строга, або об'єктивна відповідальність вважається найширшою формою відповідальності, яка накладає обов'язок компенсувати шкоду, що виникла в результаті дій або невжиття відповідних заходів, що може і не являти собою порушення законодавчих вимог або зобов'язання. Така форма відповідальності традиційно застосовується для дуже небезпечних видів діяльності, які пов'язані з серйозними ризиками і для яких такі ризики не можна усунути застосуванням навіть найкращих запобіжних заходів. В українському законодавстві така форма відповідальності пов'язана із статусом володільців джерел підвищеної небезпеки, осіб, які здійснюють екологічно небезпечні види діяльності і які відповідно до вимог ст. 69 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" зобов'язані *компенсувати* заподіяну шкоду громадянам та юридичним особам, якщо не доведуть, що шкода виникла внаслідок стихійних природних явищ чи навмисних дій потерпілих. Перевагами такої форми відповідальності є те, що по-перше, вона робить набагато легшим виграш справи постраждалих, бо першорядними елементами доказу є: а) сторона, яка підпадає під ознаки особи щодо якої встановлена така відповідальність; б) діяльність, або те що сталося, було передбачене законом про відповідальність; в) збитки були понесенні постраждалою особою; г) саме діяльність або те, що трапилось було причиною понесених збитків. Постраждала сторона не повинна доводити, що існувало законне зобов'язання або порушення зобов'язань. По-друге, шкідливі підприємства мають потужний стимул вирішити екологічні проблеми проведенням власних досліджень негативного впливу їх діяльності на довкілля (таких як експертизи, аудит, виробничий контроль та моніторинг), здійсненням превентивних природоохоронних, відновленням та відтворенням пошкодженого, не доводячи справи до суду та інше.

Важливими заходами запровадження механізмів таких видів відповідальності є закріплення можливості державних органів приймати рішення про обмеження, тимчасову заборону чи повне припинення діяльності, яка шкодить довкіллю, або винести постанову з вимогою вжити заходів по запобіганню шкоді довкіллю, або ж подати позови про компенсацію шкоди, заподіяної в результаті порушення вимог екологічного законодавства. Такі повноваження мають Кабінет Міністрів України, Міністерство охорони навколишнього природного середовища України (ст.ст. 17, 20 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища"). Корисною в цій частині є практика США, де в Законі про Всебічне Регулювання, Компенсацію і Відповідальність (відомий як ЗВЕРКВ або Суперфонд) передбачено можливість адміністративному органу видавати постанову або одержати постанову суду, яка вимагає від відповідальної сторони вжиття таких заходів, які уряд визначить як необхідні для захисту здоров'я або благополуччя населення чи середовища. Відповідальна сторона повинна виконати вимоги постанови або сплачувати штраф до $25 000 в день. Як альтернатива, уряд може вирішити виконати роботу самостійно і відшкодувати видатки за рахунок відповідальної сторони. Також уряд може відшкодувати збитки за пошкодження або знищення природних ресурсів.

Особливу проблему в екологічному законодавстві складають відсутність визначень термінів "компенсація" та "відшкодування"; "екологічна шкода" та "збитки, втрати"; "неодержані доходи" або "упущена вигода"; "майнова та моральна шкода". Здебільшого науковці у значення цих термінів закладають різне значення та зміст. Так, *відшкодуванням* називають дії, що спрямовані на заміну утраченого (витраченого, недоліченого, втраченого) майна, яке виражається в передачі (наданні) потерпілому майна того ж роду, якості, вартості (натуральне відшкодування), або в оплаті грошової суми в розмірі, відповідному вартості втраченого майна (грошове відшкодування). *Компенсацією* ж називають дії, що мають за мету зрівноважити майнову, або немайнову втрату шляхом оплати потерпілому грошей в такій сумі або передачі (наданні) йому якого-небудь іншого майна такого ж роду, якості і вартості, які дозволять потерпілому зневажати понесеною втратою. При цьому вважається, що *предметом відшкодування є збитки* – шкода, яка може бути виражена в грошах, а *предметом компенсації є шкода, але не збитки*, при чому компенсації належить не лише майнова, але й немайнова шкода.

Термін *"компенсація"* є терміном іншомовного походження, який пройшов історичний етап прилаштування до особливостей української мови і зараз тлумачиться як *винагорода, плата* за що-небудь *те саме що й відшкодування*; *урівноваження* чого-небудь порушеного, *надолуження*; *компенсація моральних збитків*. Тому, з урахуванням світової практики його вживання, термін "компенсація" слід розглядати як синонім "відшкодування" та застосовувати окремо або одночасно у значенні пояснення процесу, у межах якого відбувається приведення майнових, немайнових та інших інтересів осіб еколого-правових відносин у попередній стан, який існував до порушення відповідних вимог.

У свою чергу, *"шкода"* тлумачиться як *збитки, непередбачені видатки, втрати, в тому числі людські жертви, потрава тощо; знищення, понівечення тощо внаслідок стихійного лиха або чиїхось навмисних чи випадкових дій.* З урахуванням положень приватного законодавства екологічне законодавство в поняття екологічної шкоди включає *повний обсяг понесених затрат без застосування норм зниження розміру стягнення.* Іншими словами, винні у заподіянні екологічної шкоди зобов'язані: *компенсувати збитки, які включають в себе втрати та неодержані доходи, а в разі можливості – відшкодувати втрачене в натурі.* Такий обсяг екологічної шкоди можна назвати майновою шкодою (ст. 22 Цивільного кодексу України).

Екологічне законодавство України включає також у поняття екологічної шкоди певні форми, як от: а) шкода життю і здоров'ю громадян; б) шкода, заподіяна навколишньому природному середовищу; в) шкода, заподіяна природним ресурсам; г) шкода, заподіяна майну потерпілих осіб. На відміну від цього, законодавство ЄС та законодавство деяких держав не включає в поняття екологічної шкоди шкоду життю і здоров'ю. На нашу думку, шкода життю і здоров'ю, заподіяна забрудненням навколишнього природного середовища може бути компенсована шляхом страхування цивільної відповідальності осіб, що здійснюють екологічно небезпечні види діяльності, а також відшкодуванням моральної шкоди у порядку, визначеному ст. 23 Цивільного кодексу України.

Проведене дослідження дозволяє визначити компенсацію шкоди за екологічним законодавством як: 1) закріплений екологічним законодавством важливий державно-правовий принцип охорони навколишнього природного середовища, у межах якого забезпечуються реалізація екологічних прав та обов'язків громадян, правосуб'єктність зобов'язаних щодо додержання екологічних вимог та несення юридичної відповідальності у цій сфері осіб. Держава, в особі спеціальних природоохоронних та правозахисних органів є обов'язковим суб'єктом – посередником у цих взаємозв'язках, або ж позивачем чи навіть відповідачем у справах по компенсації шкоди; 2) правовий спосіб (гарантія) захисту матеріальних і нематеріальних екологічних благ та інтересів фізичних і юридичних осіб, який може бути застосований як у досудовому порядку, так і шляхом подання позову до суду; 3) сукупність правових норм, які формують в екологічному законодавстві відповідний підінститут у складі інституту юридичної відповідальності за екологічну шкоду, які за прикладом міжнародного екологічного законодавства, екологічного законодавства ЄС та законодавчих актів інших держав, доцільно виокремити в спеціальний екологічний закон з метою сучасного регулювання питань захисту прав осіб еколого-правових відносин.

СУБ'ЄКТИ, ЩО СПРИЯЮТЬ У ОТРИМАННІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Кульчицька О.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Серед суб'єктів права соціального забезпечення окрему групу складають суб'єкти, які сприяють у отриманні соціального забезпечення. У галузевій науковій літературі характеристиці правового статусу цих суб'єктів приділяється недостатня увага, очевидно, в зв'язку з їх допоміжною роллю у сфері соціального забезпечення. Адже ці суб'єкти не надають соціального забезпечення, а лише сприяють фізичним особам у отриманні такого забезпечення шляхом підтвердження юридичних фактів, що є підставою виникнення права на соціальне забезпечення, або підтвердження наявності спеціального правового статусу (статусу ветерана війни, учасника бойових дій тощо). Спробуємо визначити особливості правового статусу цих суб'єктів права соціального забезпечення.

Суб'єкти, які підтверджують юридичні факти, що є підставою виникнення права на соціальне забезпечення, здійснюють правовстановлюючу діяльність. До них, зокрема, належать: органи медико-соціальної експертизи, комісії із встановлення пенсій за особливі заслуги перед Україною, комісія або уповноважений підприємства, установи, організації із загальнообов'язкового державного соціального страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими народженням та похованням.

Однією із особливостей правового статусу цієї категорії суб'єктів є мета їхньої діяльності у сфері соціального забезпечення. Такою метою є прийняття індивідуальних актів застосування норм права соціального забезпечення, які носять правовстановлюючий або правопідтверджуючий характер. Наприклад, відповідно до Положення про медико-соціальну експертизу, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 22 лютого 1992 року, медико-соціальні експертні комісії (МСЕК) визначають ступінь обмеження життєдіяльності людини, причину, час настання, групу інвалідності, а також ступінь втрати професійної працездатності працівників, які одержали каліцтво чи інше ушкодження здоров'я, пов'язане з виконанням їх трудових обов'язків. Рішення МСЕК про встановлення вищезазначених обставин є правозастосувальним актом, який встановлює право громадянина на відповідні види соціального забезпечення (пенсію, допомогу, страхові виплати, послуги тощо), тобто основним завданням МСЕК є прийняття рішення про підтвердження наявності юридичного факту, який є підставою виникнення права на соціальне забезпечення, або його відсутності.

Відповідно до Положення про Комісію з встановлення пенсій за особливі заслуги перед Україною при Кабінеті Міністрів України основним її завданням є призначення пенсій за особливі заслуги перед Україною особам, зазначеним у пп. 1, 3-5 ст. 1 Закону України "Про пенсії за особливі заслуги перед Україною", а в разі смерті цих осіб – членам їх сімей.

Прийняття правовстановлюючого рішення також є завданням комісії або уповноваженого підприємства, установи, організації із загальнообов'язкового державного соціального страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими народженням та похованням (надалі – комісія (уповноважений) із соціального страхування підприємства). Правовий статус цих суб'єктів права соціального забезпечення визначено Положенням про комісію (уповноваженого) підприємства, установи, організації із загальнообов'язкового державного соціального страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими народженням та похованням, затвердженим постановою правління Фонду соціального страхування з тимчасової втрати працездатності від 9 липня 2001 р.

Отже, ці суб'єкти здійснюють у сфері соціального забезпечення виключно правозастосувальну діяльність шляхом прийняття право-підтверджуючих або правовстановлюючих актів.

Наступна особливість їх правового статусу полягає в тому, що усі ці суб'єкти права соціального забезпечення лише приймають рішення про встановлення права на відповідні види соціального забезпечення, а виконання цього рішення, тобто надання відповідного виду соціального забезпечення, відповідно до законодавства покладається на інші органи (Пенсійний фонд, Фонд соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань України, управління праці та соціального захисту, Фонд соціального захисту інвалідів, роботодавця тощо).

© Кульчицька О., 2006

Спільною ознакою медико-соціальних експертних комісій, Комісії з встановлення пенсії за особливі заслуги перед Україною при Кабінеті Міністрів України і комісії (уповноваженого) із соціального страхування підприємства є невизначеність їх правового статусу. Так, відповідно до Положення про медико-соціальну експертизу, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 22 липня 1992 року, медико-соціальні експертні комісії організуються в самостійні центри, бюро при управліннях охорони здоров'я обласних, Київської та Севастопольської міських державних адміністрацій. Вони перебувають у віданні Міністерства охорони здоров'я України. Більше того, МСЕК утворюються, реорганізовуються і ліквідуються Міністерством охорони здоров'я України, Міністерством охорони здоров'я Автономної Республіки Крим, обласними, Київською та Севастопольською міськими держадміністраціями. Витрати на утримання МСЕК провадяться за рахунок асигнувань, передбачуваних відповідно Державним бюджетом України, бюджетом Автономної Республіки Крим та місцевими бюджетами.

За наведеними ознаками медико-соціальні експертні комісії відповідають ознакам державних установ. Однак державні установи, як і інші суб'єкти права, наділені статусом юридичної особи, а Положення про медико-соціальну експертизу не передбачає, що медико-соціальні експертні комісії є юридичними особами.

Подібним чином врегульовано правовий статус Комісії з встановлення пенсій за особливі заслуги перед Україною при Кабінеті Міністрів України. Ця Комісія створена на підставі постанови Кабінету Міністрів України "Питання Комісії з встановлення пенсії за особливі заслуги перед Україною при Кабінеті Міністрів України" від 20 жовтня 2000 року. Вона є постійним органом, до складу якого входять представники державних органів, громадських та інших організацій. Робочим органом Комісії є апарат, який утворений у складі Секретаріату Кабінету Міністрів України. Матеріально-технічне та фінансове забезпечення діяльності Комісії здійснюється Кабінетом Міністрів України. Положення про розглядувану Комісію не містить положення про те, що ця Комісія має статус юридичної особи.

Що ж до комісії (уповноваженого) із соціального страхування, то вони створюються (обираються) на підприємстві, в установі, організації незалежно від форм власності і господарювання, що використовує найману працю. Робота комісії здійснюється на паритетних засадах делегованими до неї роботодавцем –власником або уповноваженим ним органом – та представником застрахованих осіб членами. Комісія із соціального страхування підприємства підзвітна роботодавцеві та представнику застрахованих осіб, її робота в установленому порядку підлягає перевірці органами Фонду соціального страхування з тимчасової втрати працездатності. Положення про комісію із соціального страхування підприємства не передбачає, що цей суб'єкт має статус юридичної особи.

На підставі наведених положень правомірним є твердження про те, що медико-соціальні експертні комісії, Комісія з встановлення пенсій за особливі заслуги перед Україною та комісії із соціального страхування підприємств не є юридичними особами. Їхній правовий статус, на нашу думку, можна визначити як правовий статус структурних підрозділів тих суб'єктів, при яких вони створені: управліннях охорони здоров'я відповідних місцевих державних адміністрацій, Кабінеті Міністрів України, підприємствах, установах, організаціях.

Окрему групу суб'єктів, які сприяють у отриманні соціального забезпечення, складають органи, які видають посвідчення, що підтверджують відповідний спеціальний правовий статус (посвідчення учасника бойових дій, посвідчення ветерана війни, посвідчення інваліда війни, посвідчення біженця, посвідчення учасника ліквідації наслідків аварії на Чорнобильській АЕС і потерпілого внаслідок Чорнобильської катастрофи тощо). Такими органами, зокрема, є військові комісаріати та органи Міністерства оборони України, Служби Безпеки України, Управління державної охорони України, Міністерства внутрішніх справ України, які видають "Посвідчення учасника бойових дій", посвідчення "Ветеран військової служби", органи міграційної служби, які видають посвідчення біженця, обласні та регіональні відділення Українського національного фонду "Взаєморозуміння і примирення" при Кабінеті Міністрів України, які видають посвідчення жертви нацистських переслідувань. Усі перелічені вище органи належать до державних органів, які видають документи (посвідчення), що підтверджують спеціальний правовий статус, на основі якого надаються відповідні пільги і компенсації. Про це прямо зазначено у постановах Кабінету Міністрів України, які регулюють порядок видачі цих документів.

Отже, метою діяльності цих органів у сфері соціального забезпечення також є прийняття правозастосувальних актів, які носять правопідтверджуючий характер. Це означає, що названі органи приймають рішення про видачу посвідчень, які виступають юридичним фактом, що підтверджує право відповідної особи на передбачені законодавством види соціального забезпечення. У такий спосіб ці органи сприяють фізичним особам у реалізації їхнього права на соціальне забезпечення.

ВСТАНОВЛЕННЯ СТАЖУ З ВРАХУВАННЯМ ПОКАЗАНЬ СВІДКІВ

Кучма О.

Київський національний університет ім. Т. Шевченка

Показання свідків (докази стажу роботи) словник термінів до навчальних курсів "Трудове право" та "Право соціального забезпечення України" тлумачить, як спосіб доказування, не менше двох свідків загального або спеціального стажу роботи при призначенні пенсії, коли відсутні документи про стаж роботи і немає можливості отримати їх у зв'язку з надзвичайними обставинами (стихійним лихом, аварії, катастрофи) або при відсутності архівних документів.

Постановою Кабінету Міністрів України від 12 серпня 1993 року №637 затверджено Порядок підтвердження наявного трудового стажу для призначення пенсій за відсутності трудової книжки або відповідних записів у ній (далі у тексті – Порядок).

Відповідно до пункту другого Порядку у разі коли документи про трудовий стаж не збереглися, підтвердження трудового стажу здійснюється органами Пенсійного фонду на підставі показань свідків.

На виконання даної норми органами Пенсійного фонду створені комісії, які діють на підставі положення про комісію по вирішенню питань, пов'язаних з призначенням, перерахунком та виплатою пенсій при райуправлінні міськуправління Пенсійного фонду України. Формою роботи комісії є засідання, які проводяться у разі потреби.

Підтвердження трудового стажу показаннями свідків може бути лише за відсутності документів про наявний стаж роботи та неможливості їх одержання у зв'язку з воєнними діями, стихійним лихом, аваріями, катастрофами або іншими надзвичайними ситуаціями. Дані обставини мають бути підтверджені документально компетентними органами, якими є Торгово-промислові палати України, органи МВС та інші у межах наданих їм повноважень.

В такому ж порядку показаннями свідків підтверджується час роботи громадян із числа національних меншин, примусово виселених з місць постійного проживання в 30 - 40 роки, а також час роботи в колгоспі до 1965 року у випадках, коли неможливо одержати документи про наявний стаж роботи, незалежно від причин відсутності необхідних документів.

За відсутності документів про наявний стаж роботи і неможливості одержання їх внаслідок ліквідації підприємства, установи, організації або відсутності архівних даних з інших причин, ніж ті, що зазначені в пункті 17 цього Порядку, трудовий стаж установлюється на підставі показань не менше двох свідків, які б знали заявника по спільній роботі на одному підприємстві, в установі, організації (в тому числі колгоспі) або в одній системі і мали документи про свою роботу за час, стосовно якого вони підтверджують роботу заявника.

Обов'язковою вимогою у вищезазначених підтвердженнях трудового стажу є наявність не менше двох свідків, і лише винятком є підтвердження трудового стажу за відсутності документів про час перебування у фашистських концтаборах, гетто та інших місцях примусового утримання в період війни осіб, у тому числі дітей, примусово вивезених з тимчасово окупованої території у період Великої Вітчизняної війни, проживання в м. Ленінграді в період його блокади з 8 вересня 1941 р. по 27 січня 1944 р. Зазначені періоди можуть бути встановлені на підставі показань одного або більше свідків, які мають у своєму розпорядженні відповідні документи (довідки, видані архівними установами, органами Служби безпеки або внутрішніх справ за місцем прибуття зазначених осіб до України, евакуаційні посвідчення, мобілізаційні розпорядження тощо).

Комісія приймає рішення простою більшістю голосів у присутності не менше двох третин членів комісії.

Але не завжди можна було встановити будь-який період стажу роботи по показаннях свідків.

Відповідно до параграфа 209 Коментаря законодавства про працю (1967рік) показаннями свідків не могло підтверджуватися:

© Кучма О., 2006

а) загальний стаж для встановлення надбавки за нього при призначенні пенсії за віком;

б) безперервний стаж для встановлення надбавок до пенсії.

Крім зазначених вище випадків, коли стаж не міг встановлюватися по показаннях свідків, ці показання не могли прийматися також:

а) для підтвердження різноманітних видів діяльності, які зараховуються в стаж нарівні з роботою (наприклад, навчання у візі, військової служби);

б) для уточнення інформації, що зазначалася в документах про стаж (назва професії, характер роботи, умови праці і т.д.);

в) для підтвердження роботи у окремих громадян (в якості домашніх працівників, водіїв і т.д.).

У параграфі 92 Коментаря законодавства про працю (1975 рік) року вже була виключена заборона на встановлення стажу по показаннях свідків для підтвердження різних видів діяльності, яка зараховується в стаж нарівні з роботою.

Показання свідків підтверджують наявний трудовий стаж для призначення пенсії і відповідно до абзацу третього пункту 2.9. Інструкції про порядок ведення трудових книжок працівників, затвердженої наказом Міністерства праці України, Міністерства юстиції України, Міністерства соціального захисту населення України від 29 липня 1993 р. №58 не можуть бути підставою для виправлення занесених раніше записів до трудової книжки.

Показання свідків заносяться до протоколу, підписуються свідками та лягають в основу прийняття рішення про підтвердження певного періоду трудової діяльності особи.

Є ситуації, коли роботодавці свідомо не видають працівникам довідки, що встановлюють тривалість пільгового стажу або ж роботодавці інколи свідомо зазначають в документах факти, які не підтверджують пільгового стажу працівника.

Відповідно до статті 256 Цивільного процесуального кодексу України суд розглядає справу про встановлення факту, від якого залежить виникнення, зміна або припинення особистих чи майнових прав фізичних осіб, якщо законом не визначено іншого порядку їх встановлення.

Є випадки, коли роботодавець і в суді стверджує, що працівник не має права на призначення пенсії на пільгових умовах, і тоді доводиться в суді встановлювати факти, що мають юридичне значення. Органи пенсійного фонду по даних справах зазвичай залучаються у якості зацікавлених осіб. Залучення органів пенсійного фонду до даних судових процесів дозволяє вірно визначити, які саме юридичні факти необхідно встановити в судовому засіданні, щоб винесене рішення стало підставою для встановлення тривалості страхового (трудового) стажу і, відповідно, для призначення пенсії на пільгових умовах.

Так, гр. Н. У 2003 році звернувся до пенсійного фонду з документами для призначення пенсії на пільгових умовах. Оскільки пакет документів був не повністю сформованим (не вистачало довідки, що підтверджувала б пільговий стаж роботи електрозварювальником , а саме: факт роботи повний робочий день). Роботодавець тривалий час не видавав довідку, а потім видав довідку про втрату з архіву документів, що стосувалися періоду роботи працівника на даному підприємстві.

Працівник звернувся до суду з заявою про встановлення факту його роботи електрозварювальником, у якості свідків було запрошено двоє його колег, які підтвердили правомірність його вимог. Але, зважаючи на те, що рішення суду фактично підтвердило лише запис в трудовій книжці, працівнику довелося повторно звернутися до суду і встановити факт роботи в шкідливих умовах повний робочий день.

В зв'язку з запровадженням у державі пенсійної реформи та прийняттям Закону України "Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування" (далі у тексті – Закон) поняття "трудовий стаж" було замінено на "страховий стаж" - період (строк), протягом якого особа підлягає загальнообов'язковому державному пенсійному страхуванню та за який щомісяця сплачені страхові внески в сумі не меншій, ніж мінімальний страховий внесок.

Відповідно до частини другої статті 24 Закону Страховий стаж обчислюється територіальними органами Пенсійного фонду відповідно до вимог цього Закону за даними, що містяться в системі персоніфікованого обліку, а за періоди до впровадження системи персоніфікованого обліку - на

підставі документів та в порядку, визначеному законодавством, що діяло до набрання чинності цим Законом.

Персональна облікова картка застрахованої особи зберігається в Пенсійному фонді протягом усього життя цієї особи, а після її смерті - протягом 75 років на паперових носіях та в електронному вигляді за наявності засобів, що гарантують ідентичність паперової та електронної форми документа.

Відповідно до частини четвертої статті 24 Закону періоди трудової діяльності та інші періоди, що враховувалися до стажу роботи для призначення пенсії до набрання чинності цим Законом, зараховуються до страхового стажу в порядку і на умовах, передбачених законодавством, що діяло раніше.

Таким чином, підтвердження періоду роботи особи з 01.01.2004 року (дня набрання чинності Законом) має здійснюватися з врахуванням вимог Закону.

Адже міститься принципова різниця понять “трудовий стаж” та “страховий стаж”, де в основі поняття “трудовий стаж” є трудовий внесок, праця людини, що і може бути встановлено на основі показань свідків, то в основі поняття “страховий стаж” є сплата страхового внеску, підтвердженням якого можуть бути лише бухгалтерські документи, а не показання свідків. І навіть, якщо буде встановлено факт трудової діяльності працівника, то для зарахування певного періоду роботи до страхового стажу, необхідна сплата страхових внесків, у розмірі, визначеному законодавством.

Але і на сьогодні є актуальним підтвердження за допомогою показань свідків спеціального стажу, який дає право на пенсію на пільгових умовах.

ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ВІДНОСИН ПО НАГЛЯДУ І КОНТРОЛЮ ЗА ДОТРИМАННЯМ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Лещух Д.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Сьогодні в сфері трудових відносин проявились дві негативні тенденції: зростання порушень трудових прав працівників і послаблення контролю за їх дотриманням. До числа основних причин подібного стану треба віднести недостатньо чітке правове регулювання таких понять, як контроль і нагляд за дотриманням трудового законодавства, механізм реалізації трудових прав та юридична відповідальність за їх порушення. Слід також зазначити, що зменшення регулюючої ролі держави в трудових відносинах має супроводжуватись посиленням контролюючої функції, особливо якщо врахувати, що в Україні відбувається перехід до ринкової економіки.

Для забезпечення ефективності реалізації права громадян на працю держава передбачає систему органів нагляду і контролю за дотриманням трудового законодавства. В неї входять органи, що здійснюють як державний, так і громадський нагляд та контроль в цій сфері.

Відносини, які виникають в результаті здійснення нагляду та контролю за дотриманням трудового законодавства, традиційно вважають відносинами, що тісно пов'язані з трудовими та які існують для забезпечення функціонування останніх. Саме тому ці відносини у науці трудового права розглядають, як правило, у якості невід'ємної складової предмета трудового права. Загальні засади здійснення нагляду і контролю за дотриманням трудового законодавства визначено у главі XVIII КЗпП України. В окрему книгу виділено згаданий комплекс відносин і у проекті Трудового кодексу України.

Поряд з цим у сучасних дослідженнях предмету трудового права не зовсім чітко визначено юридичну природу згаданої групи відносин з огляду на ряд характерних ознак останніх. Більшість науковців відзначають, що правовідносини контролю (нагляду) за дотриманням трудового законодавства завжди мають державно-владний (публічно-правовий) характер, оскільки один з його суб'єктів (контрольно-наглядовий орган) наділений державою владними повноваженнями щодо іншого (роботодавця). Тобто чітко проглядається домінування однієї волі над іншою, а саме, адміністративно-управлінська діяльність, яка є характерною для адміністративно-правового методу правового регулювання. Тому характеризуючи особливості контролю і нагляду за дотриманням трудового законодавства доцільно використати відповідні конструкції адміністративного права.Зокрема, це буде торкатись визначення згаданих понять та їх класифікації, принципів та методів здійснення контрольно-наглядової діяльності тощо.

Контроль та нагляд - основні способи забезпечення законності й дисципліни у державному управлінні. Водночас вони є найважливішими функціями держави. Без організації та здійснення контролю і нагляду неможлива ефективна робота державного апарату, інших державних та недержавних структур.

У державному управлінні контроль перебуває у тісному зв'язку з іншими функціями управління й разом з тим призначений для оцінки відповідності здійснення цих функцій завданням, що стоять перед управлінням. Контроль забезпечує конкретність управління й здійснення його відповідно до прийнятих рішень.

З врахуванням згаданих положень, окремі дослідники(а до їх числа входять і відомі вчені-трудовики Н.Б. Болотіна та Г.І. Чанишева) роблять висновок про те, що відносини з нагляду і контролю за дотриманням трудового законодавства є адміністративно-правовими і щодо трудових відносин виступають як зовнішні, пов'язані з організацією процесу праці. Виняток повинні становити лише правовідносини з громадського контролю за дотриманням трудового законодавства, оскільки його суб'єкти (роботодавці, профспілки та трудові колективи) не наділені владними повноваженнями, крім випадків, встановлених трудовим законодавством.

Щодо галузевої приналежності відносин громадського контролю за дотриманням трудового законодавства, то це, безперечно, відносини, що становлять предмет трудового права. Однак досліджувати їх слід не у співвідношенні з державним контролем у відповідній сфері, а у контексті

© Лещух Д., 2006

загальної характеристики складу колективних трудових правовідносин(відносин соціального партнерства). Це можна пояснити тим, що безпосередня реалізація суб'єктами громадського контролю(професійними спілками, трудовими колективами та роботодавцями) своїх організаційно-управлінських повноважень відбувається в межах саме цієї групи відносин. Ще одним аргументом на користь такої позиції автора є ототожнення термінів "громадський контроль" і "профспілковий контроль" у відповідному положенні проекту Трудового кодексу України. У статті 394 чітко сказано, що громадський контроль за дотриманням трудового законодавства здійснюють професійні спілки та їх об'єднання.

Висновок про те, що відносини державного нагляду і контролю за дотриманням трудового законодавства є адміністративно-правовими не позбавлений логіки, однак викликає ряд застережень. Для чіткого визначення юридичної природи цієї групи відносин слід врахувати сучасні тенденції розвитку трудового права як окремої галузі.

У зв'язку із характеристикою предмету трудового права як системи правовідносин, в літературі досить часто пропонують очистити предмет галузі від невластивих йому відносин, під якими, як правило, розуміють ті чи інші відносини, тісно пов'язані із трудовими (зокрема, відносини з приводу зайнятості та відносини нагляду і контролю за дотриманням трудового законодавства). Однак система права повинна відповідати не лише певному колу правовідносин, але й певній системі законодавства. А система трудового законодавства і зараз і в майбутньому дозволяє визначити предмет трудового права саме як комплекс трудових відносин і відносин, які тісно з ним пов'язані. В статті 2 проекту Трудового кодексу України до відносин, які регулюються цим кодексом віднесено, зокрема, відносини щодо застосування праці працівників, організації та управління працею, працевлаштування, забезпечення договірного регулювання умов праці, забезпечення договірного регулювання умов праці, професійного навчання, перепідготовки та підвищення кваліфікації, відповідальності роботодавців і працівників, нагляду і контролю за дотриманням трудового законодавства, розв'язання індивідуальних і колективних трудових спорів.

Характеризуючи предмет трудового права, слід також відзначити, що згадана галузь права займає проміжне становище в системі публічного та приватного права і поряд з іншими галузями становить так зване соціальне право. А характерна особливість всіх галузей соціального права, на думку відомого цивіліста Ю.К.Толстого, полягає у специфіці об'єкту відносин, яка передбачає "об'єктивну необхідність в широкому масштабі регулювати відносини по охороні і використанню їх об'єкта на принципах влади і підпорядкування, відступаючи з метою загальносоціальних функцій від принципу рівності сторін". Тому не випадково одним з основних напрямів державної політики розвитку трудового потенціалу є створення правових, економічних, соціальних і організаційних засад щодо його збереження, відтворення та розвитку, спрямованих на створення умов для забезпечення захисту прав і гарантій громадян у сфері соціально-трудових відносин шляхом посилення нагляду і контролю за додержанням законодавства про працю.

З'ясування цих моментів дозволяє зробити висновок про те, що відносини державного нагляду і контролю за дотриманням трудового законодавства хоч і мають характерні ознаки адміністративно-правових (управлінських) відносин, однак на даний час є невід'ємною складовою предмету трудового права України. Ці відносини виникають між органами контролю та роботодавцями в процесі здійснення контрольно-наглядової діяльності компетентних державних органів. Контроль та нагляд за дотриманням трудового законодавства здійснюється спеціальними органами, для яких така функція є основною та найважливішою.

Основною відмінністю, за якою відрізняють контроль від нагляду, - є те, що контролюючий орган, на відміну від наглядового, має право втручатися в оперативну діяльність підконтрольного , а також те, що контролюючі органи мають право самостійно притягувати винних до певних видів юридичної відповідальності. В законодавстві та науковій літературі чіткого розмежування між згаданими термінами майже не існує. Нагляд розглядається як елемент контролю, як звужений контроль, в процесі здійснення якого відбувається перевірка виключно на предмет законності.

Результати аналізу правового статусу органів, спеціально уповноважених на здійснення контролю та нагляду за дотриманням трудового законодавства, дають підставу стверджувати , що всі вони здійснюють виключно контролюючу діяльність(у тому числі й Державний департамент нагляду за додержанням законодавства про працю). Тому під контролем за дотриманням трудового законодавства слід розуміти діяльність спеціально уповноважених державних органів, у процесі якої вони попереджують і виявляють порушення законодавства про працю з боку роботодавця,

уповноважених ним осіб і працівників, поновлюють трудові права працівників та притягують до відповідальності винних у порушенні цих прав.

Під поняття нагляду за дотриманням трудового законодавства України підпадає в традиційному розумінні лише здійснювана в порядку загального нагляду діяльність органів прокуратури щодо додержання законності і дисципліни в регулюванні й реалізації трудових та тісно пов'язаних з ними відносин, що здійснюється без безпосереднього втручання в оперативну та іншу діяльність роботодавця. А ,як відомо, діяльність цього органу входить в предмет правового регулювання інших галузей права.

Проведений аналіз юридичної літератури дав змогу зробити загальний огляд різних точок зору на сутність і призначення державного контролю за дотриманням трудового законодавства. У кожній з них присутній той чи інший переважаючий фактор чи позиція, яку автори намагаються розкрити при дослідженні проблеми контролю. Це засвідчує багатоплановість державного контролю та притаманну йому різнобічність, яку слід розуміти як здатність аналізувати, спостерігати та перевіряти загальні явища та ситуації і можливість акцентувати увагу на конкретних питаннях з глибоким їх аналізом у сфері трудових відносин. На основі аналізу існуючих поглядів на проблему робиться висновок, що при розгляді державного контролю можна керуватися поняттям його, як об'єктивної функціональної діяльності, яку держава здійснює з метою перевірки дотримання і виконання поставлених завдань, прийнятих рішень та їх правомірності.

Якщо поняття державного контролю за дотриманням трудового законодавства включає аналіз, перевірку та спостереження за дотриманням установлених правил, норм, стандартів та управлінських рішень, то сутність його значно ширша і повніша. Вона полягає у проведенні інформаційно-аналітичної роботи стосовно стану чи ситуації, що виникають, перевірці раціональності, економічності, економності, доцільності організації процесу управління та об'єктивності рішень, коли мається на увазі не лише їх правомірність (законність), але також і їх професійна обґрунтованість.

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВИЗНАННЯ НЕДІЙСНИМИ ТРУДОВИХ ДОГОВОРІВ

Парпан Т.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Одним з аспектів дослідження трудового договору є проблеми, пов'язані з визнанням його недійсним. Хоча, чинне трудове законодавство не містить підстав визнання трудового договору недійсним, проте, як показує практика, необхідність в усуненні цього законодавчого недоліку існує.

В нашій доповіді приділимо увагу проблемі визнання трудових договорів недійсними внаслідок порушення вимог, встановлених законодавством щодо його сторін.

Найперше нагадаємо, що для того щоб стати учасником трудового договору, особа повинна володіти відповідним обсягом трудової дієздатності (трудової правосуб'єктності). Дієздатність – це, передбачена нормами права здатність індивіда самостійно, своїми усвідомленими діями здійснювати (використовувати та виконувати) суб'єктивні юридичні права, обов'язки та нести відповідальність. Дієздатність залежить від віку, стану здоров'я особи, та інших якостей, які з'являються у неї в міру фізичного, розумового, соціального розвитку. Трудова дієздатність працівника характеризується не тільки його віком та станом здоров'я, а й такими ознаками, як: стать, громадянство, освіта, стан здоров'я, судимість. Отже, йдеться про те, що трудовий договір повинен бути визнаний недійсним, якщо порушено встановлені чинним законодавством вимоги щодо трудової правосуб'єктності працівника.

Зокрема, трудова дієздатність особи у повному обсязі виникає з досягненням 18-річного віку, хоча законодавець встановлює і нижчий мінімальний вік прийняття на роботу (від 14 до 15 років та від 15 до 18 років). Повнота трудової дієздатності для кожної з цих вікових категорій громадян не залежить від цієї вікової градації, проте залежить від волевиявлення і дій інших осіб. На це, зокрема, вказують деякі статті КЗпП, зокрема ст. 188, якою передбачено, що за згодою одного із батьків або особи, яка їх замінює, можуть, як виняток, прийматися на роботу особи, які не досягли 15 років; або ж ст. 199, згідно з якою батьки, усиновителі і піклувальники неповнолітнього, а також державні органи та службові особи, на яких покладено нагляд і контроль за додержанням законодавства про працю, мають право вимагати розірвання трудового договору з неповнолітнім, коли продовження його чинності загрожує здоров'ю неповнолітнього або порушує його законні інтереси.

Поряд з цим законодавством встановлюються й інші вікові вимоги для зайняття певних посад. Наприклад, ст. 7 Закону України „Про статус суддів" від 15 грудня 1992 р. передбачено, що на посаду суддів може бути рекомендований громадянин, не молодший двадцяти п'яти років; у ст. 46 Закону України „Про прокуратуру" від 5 листопада 1991 р. проголошується, що на посади прокурорів Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва та Севастополя, та прирівняних до них прокурорів призначаються особи, віком, що досягли 30 років.

Тому при визначенні підстав визнання недійсними трудових договорів, у зв'язку з порушенням вимог щодо його сторін (у даному випадку – працівника) потрібно враховувати, зокрема, вікову градацію працівників (особи до 16 років та особи від 16 до 18 років) та необхідність одержання згоди одного із батьків або особи, яка їх замінює, на укладення трудового договору з неповнолітнім. Наприклад, недійсним буде визнано трудовий договір, укладений неповнолітнього особою без згоди одного із батьків або особи, яка їх замінює, або укладений з порушенням вікового цензу, встановленого для працівника.

Як уже зазначалося, на трудову дієздатність працівника впливає не тільки вік, але й інші чинники (громадянство, стать, судимість, стан здоров'я, освіта). Наприклад, Законом України „Про державну службу" передбачено, що право на державну службу мають лише громадяни України. До того ж, не можуть бути обраними або призначеними на посаду в державному органі та його апараті особи, які мають судимість, що є не сумісною із зайняттям посади; у разі прийняття на службу будуть безпосередньо підпорядковані або підлеглі особам, які є їх близькими родичами чи свояками.

Також, недійсним має бути визнаний трудовий договір, який був укладений із порушенням законодавчих вимог щодо обмежень при прийнятті на роботу (наприклад, при прийнятті неповнолітніх осіб на роботу в нічну зміну (ст. 192 КЗпП) або на роботу пов'язану із шкідливими чи

© Парпан Т., 2006

небезпечними умовами праці (ст. 190 КЗпП), за сумісництвом Стаття 5 Закону України „Про статус суддів" від 15 грудня 1992 р.).

Чинним трудовим законодавством, зокрема ст. 7 КЗпП, встановлено, що коли спеціальною нормою законодавства України передбачено обмеження на прийняття на роботу за певних умов (наприклад, осіб позбавлених вироком суду обіймати певні посади або займатись певною діяльністю протягом визначеного судом строку), може мати місце звільнення за цими підставами.

Вважаємо, що у цих випадках трудовий договір також повинен бути визнаний недійсним, оскільки йдеться про здатність особи бути учасником трудового договору. А, наслідком визнання його недійсним буде звільнення працівника. Разом з тим, специфіка трудових правовідносин, а також функції, які виконує трудове право не дозволяють відразу припинити трудові відносини. Тому, такі звільнення повинні проводитись лише за умов, що неможливо продовжити роботу (або ж, при відмові працівника від переведення на іншу роботу).

З цього приводу, підтримаємо авторів проекту Трудового кодексу України від 5 липня 2004 р., які пропонують щоб трудовий договір визнавався судом недійсним, зокрема, у разі його укладення, з особою, визнаною в установленому законом порядку недієздатною; з особою, яка не досягла п'ятнадцятирічного віку; без письмової згоди одного з батьків чи особи, яка їх замінює, якщо така згода є обов'язковою; в інших випадках, встановлених цим Кодексом та законами. Наслідком визнання трудового договору недійсним відповідно до частини першої статті 54 цього проекту є припинення трудових відносин, якщо їх продовження відповідно до вимог закону неможливе. При цьому, статтею 115 виділено правові наслідки припинення трудового договору у зв'язку із порушенням правил прийому на роботу, залежно від вини сторін.

Поряд з цим, у проекті не йдеться про визнання недійсним трудового договору у разі недотримання вимог щодо трудової правосуб'єктності роботодавця. Хоча, як видається, підстави для цього є.

Так, коли йдеться про трудову правосуб'єктність (трудову дієздатність) роботодавця, прийнято виділяти такі головні її ознаки, як: право приймати і звільняти працівників (у роботодавців – юридичних осіб воно виникає з моменту їх державної реєстрації а у роботодавців – фізичних осіб із досягненням повноліття); майнову самостійність; здатність забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін. Отже, якщо немає таких роботодавчих можливостей, то це є підставою для визнання трудового договору недійсним. З цього правила можуть бути винятки. Наприклад, трудовий договір може залишатися в силі, якщо він укладався з роботодавцем, в якості якого виступав структурний підрозділ юридичної особи, який не має права приймати на роботу працівників, за умови, що роботодавець – юридична особа погоджується із виникненням або продовженням трудових відносин.

Відтак вважаємо, що було б доцільно у новому Трудовому кодексі закріпити підстави визнання трудового договору недійсним унаслідок недотримання вимог, встановлених законодавством щодо трудової правосуб'єктності його сторін. А також, передбачити особливі правові наслідки недійсних трудових договорів, залежно від виду договору та вини сторін. При цьому, встановити власні матеріальні санкції (із встановленням мінімального розміру відшкодування) за завдану тій чи іншій стороні шкоду.

АКТИ, ЩО РЕГУЛЮЮТЬ ВНУТРІШНІЙ ТРУДОВИЙ РОЗПОРЯДОК НА ПІДПРИЄМСТВІ

Пилипенко Ю.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Виконання трудової функції працівником безпосередньо пов'язане з обов'язком дотримуватися визначеного нормами трудового права порядку організації праці, який отримав назву внутрішнього трудового розпорядку. Внутрішній трудовий розпорядок визначає організацію та порядок роботи, а також пов'язані з цим права та обов'язки незмінних суб'єктів трудового права – працівника та роботодавця.

Внутрішній трудовий розпорядок виступає об'єктом централізованого та локального правового забезпечення. При цьому актами правового регулювання внутрішнього трудового розпорядку є Кодекс законів про працю, закони, що стосуються певних категорій працівників, а також відповідні статути та положення. До актів локального характеру належать правила внутрішнього трудового розпорядку, колективні договори та акти роботодавця.

Кодекс законів про працю України, зокрема, визначає основні засади регулювання внутрішнього трудового розпорядку. Цій темі присвячена Глава X Кодексу, в якій визначено основі права та обов'язки сторін трудового договору, що спрямовані на забезпечення трудової дисципліни, а також система пільг, заохочень, стягнень і порядок їх застосування. Норми Кодексу, безперечно поширюються на всі категорії працівників та роботодавців незалежно від форми власності, виду діяльності, галузевої належності тощо.

Праця окремих категорій працівників потребує спеціального правового регулювання, з огляду на специфіку правового статусу, характеру та змісту й порядку виконання трудових функцій, а також засобів стимулювання та дисциплінарної відповідальності. До таких працівників відноситься Президент України, Голова Верховної Ради України та його заступники, народні депутати, Прем'єр –міністр України, судді Конституційного Суду України, Верховного Суду України, вищих спеціалізованих судів України, Генеральний прокурор України та його заступники. Правове регулювання внутрішнього трудового розпорядку щодо цієї категорії осіб здійснюється Законом України „Про прокуратуру" від 05.11.1991 р., Законом України „Про статус суддів" від 15.12.1992 р., Законом України „Про статус народного депутата" в редакції 22.03.2001р., Законом України „Про судоустрій України" від 07.02.2002 р. Законом України від "Про державну службу" 16.11.1993 р. визначено права та обов'язки інших категорій державних службовців.

Крім цього у деяких галузях народного господарства діють статути та положення про дисципліну, які регулюють внутрішній трудовий розпорядок певних категорій працівників. При цьому Кодекс законів про працю України не конкретизує ті галузі народного господарства, у яких можуть діяти такі статути і положення про дисципліну, а також не визначає кола осіб (працівників), на яких ці статути та положення поширюють свою чинність. А отже, можна вважати, що легітимність статутів і положень про дисципліну визначається наявністю у відповідних органів повноважень затверджувати такі акти, а також законами, що прямо передбачають затвердження таких статутів та положень про дисципліну.

В Україні нині діє цілий ряд статутів та положень про дисципліну, серед яких можна виділити передусім ***Положення про дисципліну працівників залізничного транспорту***. Воно поширюється на всіх працівників підприємств, об'єднань, установ і організацій залізничного транспорту, що перебувають у державній власності, за винятком працівників житлово-комунального господарства і побутового обслуговування, будівельних організацій, служб постачання, дорожніх ресторанів, навчальних закладів, науково-дослідних і проектно-конструкторських організацій, бібліотек, методичних кабінетів, будинків культури, клубів, спортивних, дитячих і медичних закладів, пансіонатів і будинків відпочинку галузі. Кабінет Міністрів України, затверджуючи це Положення не звернув увагу на чітку вказівку законодавця про те, що статути та положення повинні розроблятися і діяти саме для окремих категорій працівників, конкретної галузі народного господарства (ч.2 ст.142 КЗпП). Натомість Положення визначає тих працівників щодо яких воно не діє, замість того, щоб обмежитися вказівкою на коло працівників, праця яких підпадає під дію його норм.

Положення про дисципліну працівників гірничих підприємств поширює свою чинність на правовідносини у сфері діяльності гірничих підприємств, установ, організацій, гірничих об'єктів, що займаються розвідкою, розробкою, видобутком та переробкою корисних копалин і веденням гірничих

© Пилипенко Ю., 2006

робіт, будівництвом, ліквідацією або консервацією гірничих підприємств, науково-дослідною роботою, ліквідацією аварій у межах території України, її континентального шельфу та виключної (морської) економічної зони, незалежно від їх форми власності та підпорядкування, а також підприємства, установи, організації, громадян України, іноземних юридичних та фізичних осіб, осіб без громадянства.

З поміж статутів, які забезпечують внутрішній трудовий розпорядок можна відзначити ***Дисциплінарний статут прокуратури України***. Чинність цього статуту поширюється на прокурорсько-слідчих працівників, а також на працівників навчальних, наукових та інших установ прокуратури, які мають класні чини. Існує також ***Статут про дисципліну працівників спеціальних (воєнізованих) аварійно-рятувальних служб.*** Він визначає сутність дисципліни працівників спеціальних (воєнізованих) аварійно-рятувальних служб незалежно від відомчої підпорядкованості, обов'язки працівників їх підрозділів, види заохочень та дисциплінарних стягнень і права командирів (начальників) щодо їх застосування.

Крім вищеперерахованих Статутів та положень, які були прийняті в Україні за роки незалежності, нині юридичну чинність зберігають і деякі Статути про дисципліну, затверджені ще Радою Міністрів СРСР.

Та найбільшого значення надається локальним нормативно-правовим актам, які регулюють внутрішній трудовий розпорядок. До них належать Правила внутрішнього трудового розпорядку, колективний договір та акти роботодавця, що ухвалюються ним особисто або за погодженням органу профспілки.

Чинний Кодекс законів про працю вказує, що правила внутрішнього трудового розпорядку, затверджуються трудовим колективом за поданням власника або уповноваженого ним органу і виборним органом первинної профспілкової організації (профспілковим представником) на основі Типових правил. Це правило чинний кодекс продублював із ст.9 Закону СРСР „Про трудові колективи і підвищення їх ролі в управлінні підприємствами, установами, організаціями", але на сьогодні ця норма є доволі застаріла, як і самі Типові правила внутрішнього трудового розпорядку, які були затверджені ще в липні 1984 року. Правилами внутрішнього трудового розпорядку, як правило, регламентуються права та обов'язки працівника і роботодавця, порядок прийняття та звільнення з роботи працівників, робочий час та час відпочинку, заохочення за добросовісну працю та дисциплінарна відповідальність, а також організація праці. Видається, що в умовах ринкової економіки більш логічною була б норма, яка уповноважувала роботодавця, а не колектив працівників, затверджувати правила внутрішнього трудового розпорядку. Безперечно, що врахування пропозиції виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника) могло б стати однією з умов ухвалення роботодавцем правил внутрішнього трудового розпорядку.

Колективний договір – правовий акт, що регулює трудові та соціальноекономічні відносини між працівниками і роботодавцем, встановлює трудові та соціальноекономічні права і гарантії для працівників. Він укладається на підприємствах, установах, організаціях, а також в структурних підрозділах у межах їх повноважень. На майбутнє не зайвим було б прогнозувати укладення колективного договору із роботодавцем-фізичною особою. Зміст колективного договору порівняно із змістом Правил внутрішнього трудового розпорядку є більш широким, однак нерідко містить аналогічні положення, що й Правила. Вони стосуються, насамперед, організації виробництва і праці, режиму робочого часу, наданні працівникам певних пільг та благ.

Що стосується питання встановлення прав та обов'язків найманих працівників кожного окремого підприємства, установи, організації, безпосередньо у наказах і розпорядженнях роботодавця, то видається, що це є цілком закономірне явище. При цьому вони повинні бути обов'язковими до виконання та не суперечити чинному законодавству.

Крім цього, обов'язки працівників можуть встановлюватися також у технологічних і посадових інструкціях, інструкціях з охорони праці, пожежної безпеки тощо. В разі якщо, технологічні інструкції чи інші акти роботодавця змінюватимуть зміст трудової функції працівника, то вони повинні вводитися в дію за правилами, що регулюють зміну істотних умов праці – тобто не раніше ніж із закінченням двомісячного терміну після ознайомлення з ними відповідних працівників під розписку.

Отож, система нормативно-правових актів, завдяки яким здійснюється правове забезпечення внутрішнього трудового розпорядку на сьогодні є далеко неідеальною та потребує суттєвих змін. Можна сподіватися, що у новому трудовому кодексі України, норми, що регулюють відповідні відносини будуть спрямовані на подальше розширення сфери договірного регулювання цього важливого інституту трудового права Так, „анахронізмом" є дія Типових правил внутрішнього розпорядку, потребують значного покращення норми Кодексу законів про працю України, необхідно розвивати договірне регулювання досліджуваної теми.

МІЖНАРОДНО – ПРАВОВІ АКТИ ПРО ЗАПОБІГАННЯ КОНКУРЕНЦІЇ У ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

Рим О.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Серед нормативно – правових актів, які регулюють відносини конкуренції сторін трудового договору, важливе місце займають міжнародно-правові акти.

Відповідно до ст. 9 Конституції України діючі міжнародні договори, згода на обов'язковість яких дана Верховною Радою, є частиною національного законодавства України. Якщо міжнародним договором або міжнародною угодою, в яких бере участь Україна, встановлені інші правила, ніж ті, які містить законодавство України про працю, то застосовуються правила міжнародного договору або міжнародної угоди (ст. 8-1 КЗпП України).

Основним міжнародно-правовим актом, який містить норми про припинення недобросовісної конкуренції є Паризька конвенція про охорону промислової власності.

Основою міжнародного захисту від недобросовісної конкуренції вважається стаття 10 bis Паризької конвенції 1883 року в редакції 1967 року (набула чинності для України 25 грудня 1991 р.). Згідно з нормами цієї статті країни - учасниці зобов'язані забезпечити громадянам країн – учасниць Конвенції ефективний захист від недобросовісної конкуренції. Актом недобросовісної конкуренції вважається будь-який акт конкуренції, що суперечить чесним звичаям у промислових і торговельних справах.

Забезпечуючи ефективний захист від недобросовісної конкуренції кожна держава сама визначає, які дії чи бездіяльність підпадають під цю категорію.

У різних країнах існують різноманітні концепції поняття «недобросовісна конкуренція». А тому конкурентні дії працівника стосовно його роботодавця можуть визнаватися проявами недобросовісної конкуренції в одних країнах – учасницях цієї Конвенції, і не бути такими в інших.

Проявом недобросовісної конкуренції, майже у всіх державах світу, визнається розголошення комерційної таємниці роботодавця працівником. У деяких з них сторони трудового договору можуть укласти угоду про заборону конкуренції як протягом тривалості трудових правовідносин, так і після їх припинення, якщо у процесі своєї роботи працівник має або мав доступ до цінної комерційної інформації, розголошення якої може завдати шкоди інтересам підприємства. Крім того, у деяких країнах на законодавчому рівні обмежено право працівника на здійснення конкурентної діяльності стосовно його роботодавця.

Встановлення заборони конкуренції працівника і роботодавця, у багатьох іноземних державах, ефективно використовується для охорони комерційної таємниці підприємства та іншої конфіденційної інформації, тобто для регулювання взаємовідносин сторін трудового договору щодо недобросовісної конкуренції.

Першою комплексною багатосторонньою домовленістю, що забезпечує охорону комерційної таємниці, стала Угода з торгових аспектів прав інтелектуальної власності, укладена в рамках Світової організації торгівлі (далі – Угода ТРІПС).

Стаття 1 Угоди ТРІПС визнає комерційну таємницю (вживає термін «закрита інформація») інтелектуальною власністю разом з іншими об'єктами. У єдиній статті 39 розділу 7 «Охорона закритої інформації» (Protection of Undisclosed Information) цієї Угоди, йдеться про наступне:

«1. У процесі забезпечення ефективного захисту від недобросовісної конкуренції, як це передбачено статтею 10bis Паризької конвенції (1967), країни - учасниці повинні охороняти закриту інформацію відповідно до частини другої цієї статті та дані, надані урядам або урядовим органам відповідно до частини третьої цієї статті.

2. Фізичні та юридичні особи повинні мати можливість перешкоджати тому, щоб інформація, яка правомірно перебуває під їхнім контролем, була без їхньої згоди розкрита, отримана або використана іншими особами в спосіб, що суперечить чесній комерційній практиці, якщо ця інформація:

© Рим О., 2006

(a) є секретною у тому розумінні, що вона загалом або в конкретному поєднанні та розташуванні її складових, не є відомою або легко доступною для певного кола осіб, що звичайно мають справу з подібною інформацією;

(b) має комерційну цінність з огляду на її секретність; та

(c) у конкретних обставинах стала предметом розумних дій для збереження її секретності з боку особи, яка правомірно контролює цю інформацію...».

Способом, що суперечить чесній комерційній практиці вважаються, зокрема, такі дії як порушення договору, у тому числі трудового договору або іншої угоди укладеної між учасниками трудових правовідносин, порушення довіри та спонукання до такого порушення, що включають отримання закритої інформації третіми особами, які знали або повинні були знати, що подібні дії супроводжували це отримання.

Стаття 1711 Північноамериканської угоди про вільну торгівлю (укладена в 1994 році між Канадою, США та Мексикою) фактично відтворює положення статті 39 Угоди ТРІПС з деякими незначними відмінностями.

Правова система Європейського Союзу (acquis communautaire) не містить окремого акту для охорони добросовісної конкуренції у трудових правовідносинах загалом, і для охорони комерційної таємниці щодо її нерозголошення працівником зокрема. У ЄС немає конкретних юридичних положень щодо охорони конкуренції у трудових відносинах, комерційної таємниці або нерозкритої інформації, не зважаючи на те, що національне законодавство різних країн - членів Союзу регулює зазначені відносини.

Це пов’язане з тим, що охорона прав на комерційну чи промислову власність неминуче призводить до обмеження конкуренції. Основна мета цих правових інститутів полягає у тому, щоб забезпечити власникам такої інформації певний захист від конкуренції шляхом надання їм монопольних прав на неї на визначений період часу як винагорода за творчі зусилля. Ще у 1957 р. Римським договором було встановлено, що будь-яка заборона або обмеження, які перешкоджають вільному потоку товарів і виникають з прав на промислову власність, можуть бути встановлені тільки в разі, якщо вони не є засобом свавільної дискримінації або обмеження в торгівлі між країнами - учасниками. Далі це положення було посилене в Маастрихтській угоді, яка передбачає, що існування прав на інтелектуальну власність не може порушити правила конкуренції згідно з Угодою ЄС, однак, неналежне застосування або зловживання цими правами може бути таким порушенням. Тим самим, створення в ЄС єдиного ринку вільної конкуренції залежить від вирішення двох взаємно – протилежних проблем: про вільну конкуренцію і про охорону прав на комерційну і промислову власність. З одного боку, практика застосування права ЄС (наприклад, у сфері конкуренції) звертає серйозну увагу на запобігання розголошенню комерційно цінної інформації. Так, законодавством Європейського Союзу у сфері конкуренції передбачено складні процедури щодо опублікування рішень про злиття компаній. Такі публікації зазвичай містять повне обґрунтування відповідних рішень, але при цьому не можуть необґрунтовано розкривати інформацію, що є комерційною таємницею. З іншого боку, те ж законодавство у сфері конкуренції встановлює обмеження на невизначену лімітацію розкриття інформації у трудових договорах та інших угодах, зокрема щодо компаній, які займають домінуюче становище, оскільки надміру довге засекречування ними інформації може призвести до зниження конкуренції. Таким чином, особливості правового режиму охорони комерційної таємниці, як і інших об’єктів інтелектуальної власності, зумовлюються, насамперед, політикою забезпечення вільної конкуренції. Враховуючи усі ці обставини, можна зробити висновок, що в Європейському Союзі правотворча діяльність щодо охорони комерційної таємниці не є перспективною, оскільки така охорона, принаймні в деяких випадках, може тлумачитися як зловживання домінуючим становищем на ринку або неправомірним обмеженням конкуренції.

Огляд міждержавних угод, що стосуються конкуренції у трудових правовідносинах, засвідчує, що охорона її більше не є справою винятково національного законодавства. Міжнародна торгівля та зовнішні інвестиції створили передумови для розвитку міжнародно-правових інструментів захисту комерційної конфіденційної інформації. Основною рушійною силою цих змін стали глобальні вкладення коштів розвинутих країн в економіку держав, що розвиваються, оскільки вони не бажають інвестувати за кордон свої комерційні секрети, якщо при цьому відсутній певний рівень охорони цінної для них комерційної інформації, визнаний учасниками міжнародної торгівлі. Саме торгові та інвестиційні угоди визнаються імпульсом розвитку нових систем заходів охорони цінної комерційної інформації у законодавстві зарубіжних країн. Серед них знайшли своє місце і трудові договори із застереженнями про неконкуренцію та угоди про заборону працівнику займатися конкурентною діяльністю щодо роботодавця.

ДО ПИТАННЯ ПРО КЛАСИФІКАЦІЮ РОБОТОДАВЦІВ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

Рослюк Х.

Львівський національний університет ім. І. Франка

В сучасній правовій літературі можна знайти найрізноманітніші варіанти класифікації роботодавців. Та вони, як видається, не зовсім відображають суттісні характеристики цього важливого учасника трудових правовідносин. Класифікація має враховувати закономірності правового регулювання відповідних суспільних відносин, повинна мати об'єктивну основу і бути доступною для сприйняття. Класифікуючі ознаки є важливими для поглибленого дослідження правових явищ, встановлення їх спільних та відмінних рис, що має неабияке значення для правотворчої діяльності.

Найбільш поширеною класифікацією роботодавців є їх поділ на фізичних осіб-роботодавців, роботодавців юридичних осіб та їх відокремлені підрозділи, а також виділяють роботодавців – державні органи. При цьому стосовно класифікації фізичних осіб-роботодавців в юридичній літературі немає особливих дискусій, а щодо іншого їх виду – юридичних осіб, які складають левову частку цих роботодавців, існують об'єктивні підстави для уточнення їх класифікаційного ряду. І тут за основу можна взяти поділ юридичних осіб, який подається у новому Цивільному кодексі України. Він, як видається, доволі грунтовно розподілив суб'єктів, які можуть мати роботодавчі властивості, а це дає нам можливість найбільш повно охарактеризувати роботодавця юридичну особу, оскільки сама юридична особа – це категорія цивільного, а не трудового права.

Чинний Цивільний кодекс України поділяє всіх юридичних осіб на юридичних осіб *приватного права* та юридичних осіб *публічного права*. Критерієм такого поділу виступає природа акта, на підставі якого виникає сама юридична особа. Юридична особа приватного права створюється на підставі приватноправового акта (статут, засновницький договір, установчий акт) та підлягає державній реєстрації (при цьому підставою для створення всіх юридичних осіб приватного права є правочин). Юридична особа *публічного права* створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування і вважається створеною з моменту її державної реєстрації. При цьому необхідно відзначити, шо суб'єктами створення юридичних осіб публічного права виступають не наведені вище органи, а відповідно – держава, Автономна Республіка Крим та територіальні громади, які, згідно з Цивільним кодексом України, визнаються юридичними особами публічного права.

Ознаками юридичних осіб публічного права є також публічний характер їхніх цілей, наявність у багатьох випадках владних повноважень чи особливого характеру членства.

Чинний Цивільний кодекс встановлює порядок створення, організаційно-правові форми, правовий статус юридичних осіб приватного права. Основними організаційно-правовими формами юридичних осіб цього виду закон визначає товариства та установи. Товариства, в свою чергу поділяються на підприємницькі та непідприємницькі.

Безперечно, що найчисельнішу групу юридичних осіб-роботодавців становлять ***підприємницькі товариства***. Тобто ті товариства, які згідно із законом здійснюють самостійну, ініціативну, систематичну, на власний ризик господарську діяльність з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками. Вони наділені правом укладати з громадянами договори щодо використання їхньої праці, що, як відомо, є одним з основних принципів підприємницької діяльності в Україні. Стаття 84 Цивільного кодексу України закріплено вичерпний перелік підприємницьких товариств: 1). господарські товариства; 2). виробничі кооперативи.

Господарські товариства відповідно можуть бути створені у формі повного товариства, командитного товариства, товариства з обмеженою відповідальністю товариства з додатковою відповідальністю або акціонерного товариства.

Незалежно від виду підприємницького товариства та його форми, роботодавчі властивості такої юридичної особи-роботодавця повинні бути рівними. Відмінності безперечно стосуються лише органів, уповноважених здійснювати від імені юридичної особи прийом на роботу та звільнення

© Рослюк Х., 2006

працівників. Ці питання, як правило, визначаються в установчих документах підприємницьких товариств – засновницькому договорі або статуті. Зазвичай у корпоративних утвореннях право прийому та звільнення працівника належить виконавчому органу відповідної юридичної особи. Навіть якщо, виконавчий орган товариства доволі часто є колегіальним, однак право укладати трудові договори належить до компетенції одноособових керівників цих органів – директорів, голів правління тощо.

Виробничий кооператив утворюється шляхом об'єднання фізичних осіб для спільної виробничої або іншої господарської діяльності на засадах їх обов'язкової трудової участі з метою одержання прибутку. Таке корпоративне утворення має, передусім, на меті задоволення економічних, соціальних та інших потреб членів кооперативу на основі поєднання особистих та колективних інтересів, поділу між ними ризиків, витрат і доходів, розвитку їх самоорганізації, самоуправління та контролю. Принципово важливим моментом при цьому є обов'язкова особиста трудова участь учасників кооперативу у його діяльності. Разом з тим, закон дозволяє і визначає одним із основних завдань кооперації залучення у виробництво додаткових трудових ресурсів. Тобто, для здійснення мети і статутних завдань кооперативна організація може залучати до роботи за трудовим договором осіб, які не є її членами. А у разі залучення таких осіб на визначений строк чи на час виконання певної роботи за згодою сторін між кооперативом та найманим працівником може укладатися трудовий договір.

Другу групу юридичних осіб-роботодавців становлять ***непідприємницькі товариства***, якими згідно із ст. 85 Цивільного кодексу України визнаються товариства, які не мають на меті отримання прибутку для його наступного розподілу між учасниками. Таким чином, критерієм розмежування виступає не сама можливість отримання чи неотримання прибутку (адже всі юридичні особи можуть займатися підприємницькою діяльністю та отримувати прибуток), а можливість його подальшого розподілу. В непідприємницьких товариствах учасники не можуть розподіляти між собою прибуток від підприємницької діяльності., оскільки цей прибуток повинен спрямовуватися на фінансування діяльності цієї юридичної особи. Такими товариствами є насамперед об'єднання осіб, які мають так звані ідеальні цілі – організація роботодавців, торгово-промислова палата, громадські організації, молодіжні та дитячі громадські організації, політичні партії, релігійні організації, споживчі товариства об'єднання співвласників багатоквартирного будинку, органи самоорганізації населення тощо. При цьому метою найму працівників такими юридичними особами є не задоволення основної мети підприємництва – досягнення прибутку, а – здійснення за допомогою працівників основних завдань і функцій, задля яких утворюються і діють відповідні непідприємницькі товариства. Крім цього, політичним партіям та громадським об'єднанням у визначеному законом порядку надається право створювати видавничі, поліграфічні, виробничі, реставраційно-будівельні, сільськогосподарські та інші підприємства, а також добродійні заклади, яким теж надається статус юридичної особи. Саме ці юридичні особи виступатимуть роботодавцями, а не ті, що їх утворили.

Окремої уваги заслуговує з'ясування роботодавчих властивостей юридичної особи – установи. Аналіз ст. 83 Цивільного кодексу України дає підстави стверджувати, що установа належить до тих юридичних осіб у яких засновники не беруть безпосередньої участі в управлінні нею. Вона створюється для задоволення інтересів третіх осіб. При цьому основною метою діяльності установи не може бути отримання прибутку.

Пристосування форми юридичної особи до установ відбулося ще в пізньому римському праві. Причина цього полягала в намаганні надати міцності і постійності служінню певним цілям спеціально призначеного для цього майна. Необхідно зазначити, що для вітчизняного права приватні установи не є новою формою юридичних осіб. Вона широко використовувалася ще до 1917 року. Навіть Цивільний кодекс 1922 р. за інерцією ще передбачав можливість створення привантих установ. Однак, в наступні роки використання такої форми було практично неможливим. Термін „установа" за новим Цивільним кодексом слід відрізняти від аналогічного терміну, що вживався у Цивільному Кодексі 1963р. і використовується до тепер в українському законодавстві. Установа, в попередньому значенні цього терміну, належить до юридичних осіб, які фінансуються з бюджетів різних рівнів (державні органи, органи місцевого самоврядування, установи освіти, охорони здоров'я тощо). Привантою установою за чинним Цивільним кодексом вважається організація, яка створюється одним або кількома засновниками, шляхом об'єднання їх майна для служіння певній меті та визначаються ті органи, які експлуатуватимуть його відповідно до призначення. Така організація не є об'єднанням осіб, але користується статусом юридичної особи і, відповідно, є правозданою та незалежною від будь-яких учасників правовідносин.

Згідно із Законом України „Про кредитні спілки” від 12 грудня 2001 р. кредитною спілкою визнається неприбуткова організація, заснована фізичними особами, професійними спілками, їх об’єднаннями на кооперативних засадах з метою задоволення потреб її членів у взаємному кредитуванні та наданні фінансових послуг за рахунок об’єднаних грошових внесків членів кредитної спілки. Кредитна спілка є фінансовою *установою*, виключним видом діяльності якої є надання фінансових послуг, передбачених Законом. При цьому управління кредитною спілкою (як і будь-якою іншою недержавною установою) не може здійснюватися її засновниками. Для керівництва поточною діяльністю створюється правління кредитної спілки, до складу якого входять особи, що перебувають у трудових відносинах з кредитною спілкою. Саме воно діє від імені кредитної спілки. Всі інші органи (загальні збори, спостережна рада, кредитний комітет, ревізійна комісія) складаються з членів кредитної спілки.

Роботодавчі властивості щодо найму на роботу юридичних осіб-установ повинні визнаватися рівними. Принципово важлива різниця полягає в тому, що в державних установах від імені юридичної особи виступає одноособовий орган: директор, начальник тощо, який уповноважений здійснювати прийом на роботу та звільнення працівників. Він призначається на посаду відповідним міністерством або іншим органом державної виконавчої влади, а у приватних установах – голова правління, який призначається спостережною радою установи, при цьому керівництво її поточною діяльністю здійснюється колегіальним органом.

Таким чином, класифікація роботодавців юридичних осіб має важливе не тільки теоретичне, але й практичне значення, оскільки дозволяє визначити їх соціальну та правову природу і сприяє вдосконаленню законодавства, важливо длдя подальшого правового правового забезпечення їх діяльності.

ОБ'ЄКТИ СОЦІАЛЬНО-ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Синчук С.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Об'єкт соціально-забезпечувальних (матеріальних) правовідносин - це конкретне благо, з приводу якого вони виникають, тобто конкретний вид соціального забезпечення. Видами соціального забезпечення є: пенсії, соціальні допомоги, соціальні пільги та соціальне обслуговування. Кожний вид соціального забезпечення має ряд характерних особливостей, які дозволяють відрізняти їх від інших виплат чи послуг.

Варто зазначити, що при надзвичайній активності використання самих термінів та, враховуючи тривалу історію існування та розвитку законодавства про соціальне забезпечення громадян, легального закріплення поняття жодного із видів соціального забезпечення до цього часу немає. Його не було у законодавстві досоціалістичного етапу розвитку права соціального забезпечення; не було воно вироблене і за більш як сімдесятирічний період соціалістичних перетворень у державі; не містить його і сучасне законодавство про соціальне забезпечення. І, навіть ті положення законів, які сьогодні легалізують поняття окремих видів пенсії, допомоги чи пільг є нічим іншим, як спробою законодавця пояснити, в якому значенні вживаються відповідні терміни у законах.

На відміну від правотворчих органів в юридичній літературі питання поняття та ознаки видів соціального забезпечення піднімалось неодноразово. Це наукові праці В.С. Андріїва, К.С. Батигіна, А.Д. Зайкіна, А.Н. Єгорова, Н.Б. Болотіної, В.М. Андріїва, Б.І Сташківа, О.Є. Мачульської, Е.Г. Тучкової, К.С. Гусова, В.С. Аракчеєва, М.Д. Бойка, Д.Г. Іосіфіді та інших відомих вчених – представників науки права соціального забезпечення..

Проаналізуємо найбільш вагомі на нашу думку ознаки, які характеризують кожен із видів соціального забезпечення.

Найбільш поширеним видом соціального забезпечення є пенсія.

Поняття пенсія – латинського походження і у буквальному перекладі означає платіж. Беручи за основу таке розуміння цього поняття, вчені визначаються пенсію як щомісячну (регулярну), періодичну виплату, яка надається громадянам у грошовій формі.

Визначаючи пенсію як платіж, дослідники права соціального забезпечення акцентують увагу на необхідності виділення такої ознаки пенсії як її грошова форма. Чинне законодавство не передбачає натуральної форми забезпечення пенсіонерів. Історії сучасного пенсійного забезпечення все ж відомі випадки здійснення пенсійного забезпечення в натуральній формі. Такі приклади мали місце у пенсійній практиці з огляду на дефіцит Пенсійного фонду України у 90-х роках XX ст. Думаємо, що грошова форма пенсійного забезпечення як випробувана часом та визнана світовим співтовариством, є найбільш прийнятною та оптимальною, перш за все тому, що вона не обмежує можливості пенсіонера у задоволенні своїх потреб.

Традиційно у галузевій літературі називають епізодичний, регулярний, систематичний характер пенсійних грошових виплат. Пенсія виплачується не у вигляді одноразової виплати, не епізодично, а щомісячно (систематично на протязі тривалого проміжку часу) з тим, щоб бути постійним джерелом засобів до існування. Як виняток, недержавна пенсійна система передбачає одноразову виплату пенсії у випадках прямо і виключно передбачених законодавством.

Наступною ознакою пенсії називають її компенсаційний характер. Компенсаційний характер пенсійних виплат відображено через механізм призначення пенсії: обсяг пенсії визначається у прямій залежності від обсягу винагороди, яку особа отримує за трудову діяльність. Розмір пенсії завжди нижче заробітної плати, і, як правило, встановлюється у відсотковій залежності щодо неї.

Ряд авторів при визначенні поняття пенсії, звертають увагу на підстави її призначення та виплати: виплата, що провадиться державою у зв'язку з настанням певної обставини у житті людини, - досягнення відповідного віку, інвалідності, смерті годувальника (М.Л. Захаров, З.Г. Тучкова). На нашу думку, включати таку ознаку у визначення пенсії є не доцільним із наступних міркувань. По-перше, перерахунок всіх підстав пенсійного забезпечення лише ускладнює поняття пенсії та позбавляє його лаконічності. По-друге, воно не ідентифікує пенсію в системі інших видів соціального забезпечення,

© Синчук С., 2006

адже право на будь-який вид соціального забезпечення (в т. ч на допомоги, соціальні пільги тощо) виникає за умови настання соціальних ризиків (пенсійного віку, інвалідності, втрати годувальника тощо).

Підсумовуючи все вищевикладене, пенсію можна визначити, як грошове зобов'язання держави чи уповноваженого нею суб'єкта, яке виплачується особі з метою її утримання з підстав, на умовах, в розмірі та порядку передбаченому законом співвідносно страховому стажу особи та доходу, який служить основою для її пенсійних внесків.

Відповідно до національного законодавства виплачуються страхові та спеціальні пенсії.

Страхова пенсія - це щомісячні страхові виплати, які здійснюються застрахованим громадянам при досягненні пенсійного віку, інвалідності чи втраті годувальника з коштів соціальних страхових фондів у порядку і розмірах визначених Законом України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» та «Про недержавне пенсійне забезпечення»

Страхова пенсія складається з трьох пенсійних виплат, які призначаються та виплачуються особі окремо у солідарній, накопичувальній обов'язковій та недержавній пенсійних системах. У кожній з них особа має право лише на один, визначений законом чи пенсійним контрактом вид пенсії.

У солідарній пенсійній системі особа має право на пенсію за віком, пенсію з інвалідності, пенсію у зв'язку з втратою годувальника; у накопичувальній обов'язковій - на довічну пенсію або одноразову пенсійну виплату; у системі недержавного пенсійного забезпечення - на довічну пенсію, пенсію на визначений період, або ж одноразову пенсійну виплату.

Другим видом пенсії є спеціальні пенсії. Умови та порядок призначення спеціальних пенсій встановлюються окремим законодавством, що врегульовує особливий правовий статус осіб, які виконують державні чи інші суспільно значимі функції, мають особливі заслуги перед державою а також тих, які постраждали внаслідок техногенних та екологічних катастроф. Єдиного закону про спеціальні пенсії в Україні немає. Тому чинне законодавство у цій частині є доволі різне.

За суб'єктами спеціальні пенсії можна класифікувати на пенсії: військовослужбовців, осіб начальницького та рядового складу внутрішніх справ; осіб, які виконують обов'язки державної служби (державні службовці та прирівняні до них особи, посадові особи місцевого самоврядування, народні депутати, судді та службові особи органів прокуратури); наукових (науково-педагогічних) працівників; осіб, які мають особливі заслуги перед Україною; осіб, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи.

Варто зазначити, що за цільовим спрямуванням спеціальні пенсії виплачуються як додаток чи надбавка до страхової пенсії у солідарній пенсійній системі; відповідно є спеціальні пенсії за віком, з інвалідності чи втраті годувальника.

Різновидом пенсії за віком тут виступає пенсія за вислугу років. Основною особливістю, яка характерна лише пенсії за вислугу років є те, що вона призначається за умови припинення особою виконання трудової діяльності, яка зумовила право на такий вид пенсії. З огляду на це, пенсія за вислугу років визначається як щомісячні грошові виплати із державного бюджету чи Пенсійного фонду, що призначаються пожиттєво, з метою компенсації заробітку, втраченого у зв'язку з припиненням роботи чи служби, особам, які мають встановлену законом тривалість вислуги років.

Суб'єктами такої пенсії є всі професійні категорії, які маються право на спеціальну пенсію за віком за окремими законами (військовослужбовці, особи начальницького та рядового складу внутрішніх справ; державні службовці та прирівняні до них особи, посадові особи місцевого самоврядування, народні депутати, судді та службові особи органів прокуратури; наукові (науково-педагогічні) працівники.

Наступною видовою групою матеріального соціального забезпечення є соціальні допомоги.

В юридичній літературі існує чимало визначень допомоги як виду соціального забезпечення, однак всі вони містять в собі стандартний набір ознак та особливостей, які характерні соціальній допомозі як виду соціального забезпечення особи.

До найбільш важливих ознак соціальних допомог, на нашу думку, можна віднести.

По-перше, допомоги, у переважній більшості, надаються лише у грошовій формі.

По-друге, допомоги, як правило, є підтримкою, що тимчасового характеру: виплачуються, як правило, одноразово або періодично на протязі нетривалого конкретно визначеного терміну. Так допомога по вагітності та пологах за загальним правилом призначається на весь період однойменної соціальної відпустки допомога для догляду за дитиною - до досягнення дитиною трьох років.

По-третє, цільове призначення соціальних допомог залежить від виду допомоги, яка надається особі. Вони можуть слугувати компенсацією втраченої заробітної плати особи (наприклад, допомога в разі тимчасової непрацездатності особи) чи бути додатковою підтримкою особі, незалежно від факту її трудової діяльності, у визначених; законом випадках (наприклад, одноразова допомога при народжені дитини є нічим іншим як додатковою соціальною підтримкою сім'ї у випадку народження дитини).

По-четверте, умови та порядок призначення допомог передбачені у законах. Органи місцевого самоврядування за рахунок коштів місцевого бюджету можуть на своїй території прийняти рішення про надання додаткових місцевих допомог, запровадження яких не позбавляє права особи на всі, передбачені законодавством види допомог.

По-п'яте, за законодавством, допомога може виплачуватися у відсотках співвідносно до заробітної плати особи та еквівалентно її страховому стажу (такі розміри переважно характерні соціальним допомогам, які виплачуються в системі загальнообов'язкового держаного соціального страхування) або ж у встановленій законом твердій сумі (фіксований розмір характерний допомогам, які виплачуються за рахунок коштів місцевих бюджетів).

Підсумовуючи, соціальну допомогу можна визначити як короткострокову виплату, цільовим призначенням якої є компенсація втраченого заробітку чи додаткова підтримка громадян у випадку настання соціального ризику за рахунок коштів соціальних страхових фондів чи бюджетів різних рівнів.

Видовий поділ допомог та критерії їх розмежування визначаються здебільшого законодавцем у відповідних нормативно-правових актах. Тому у науковій літературі соціальні допомоги прийнято класифікувати за соціальним ризиком та суб'єктом. Це допомоги по тимчасовій непрацездатності, по безробіттю, від нещасного випадку на виробництві чи професійного захворювання, сім'ям з дітьми, допомоги на поховання, допомоги малозабезпеченим сім'ям, дітям-інвалідам чи інвалідам з дитинства. Кожен із названих нами видів можна продовжувати класифікувати на підвиди залежно від соціальних ризиків.

Ми ж групуємо всі допомоги залежно від джерела їх виплати, адже саме це в першу чергу визначає особливості правової природи тої чи іншої допомоги. Розрізняють страхові та державні (нестрахові) соціальні допомоги.

Страхові допомоги - одноразова або періодичні грошові виплати короткострокового характеру, які здійснюються за рахунок коштів соціальних страхових фондів при настанні страхового випадку. На відміну від страхових, державні допомоги виплачуються незастрахованим особам з державного або місцевого бюджетів. В свою, чергу страхові та не страхові соціальні допомоги можна класифікувати на види за суб'єктами та соціальними ризиками. При чому, окремі види соціальних допомог можуть бути лише страховими (допомоги у зв'язку з тимчасовою непрацездатністю, нещасним випадком на виробництві), лише нестраховими (допомоги малозабезпеченим сім'ям, особам, постраждалим від Чорнобильської катастрофи, дітям-інвалідам чи інвалідам з дитинства), або ж мати змішаний характер, залежно від того застрахована особа в системі загальнообов'язкового державного соціального страхування (так, допомоги сім'ям з дітьми можуть виплачуватись як в системі соціального страхування, так і за рахунок коштів місцевих бюджетів).

Ще одним видом соціального забезпечення громадян є соціальні пільги. Соціальні пільги є законодавчо закріпленим дозволом конкретній особі не вчиняти загальнообов'язкових дій конкретного виду, які за загальним правилом є обов'язковим для всіх громадян (не оплачувати проїзд у приміському транспорті тощо) чи привілеєю особи щодо переважного вчинення нею певних дій чи отримання послуг (переважне право на вступ у вищий навчальний заклад тощо). Вони слугують певною підтримкою, є додатковим соціальним забезпеченням особи, що надається їй незалежно від будь-яких інших видів соціального забезпечення.

Основною особливістю соціальних пільг є те, що їх призначення та надання пов'язане як правило із соціальними ризикам публічного характеру, коли особа постраждати від певних подій в державі чи, навпаки, її діяльність стала особливо значимою для держави та була визнана особливими заслугами.

Соціальні пільги надаються: ветеранам війни; ветеранам праці; особам, які мають особливі заслуги перед державою; багатодітним сім'ям; особам, які відносяться до постраждалих від Чорнобильської катастрофи; дітям-сиротам; реабілітованим особам, пенсіонерам, інвалідам, дітям-інвалідам. Зважаючи на те, що соціальні пільги надаються не

Отже, соціальні пільги - передбачене законодавством повне чи часткове звільнення особи від виконання обов'язку або надання додаткових прав при настанні соціального ризику чи наявності у особи значних заслуг перед державою, пов'язаних із публічними подіями.

За змістом всі соціальні пільги можна поділити на: житлово-комунальні; медико-реабілітаційні; транспортні; соціально-побутові; пенсійні; соціально-трудові.

Наступним видом соціального забезпечення є соціальне обслуговування особи. Соціальне обслуговування – це діяльність державних органів, чи уповноважених державою установ щодо надання громадянам соціально-побутових, соціально-медичних, психолого-педагогічних, соціально-правових послуг та матеріальної допомоги, проведення їх соціальної адаптації та реабілітації.

Відповідно до національного законодавства, соціальне обслуговування може надаватись як соціальні послуги або як матеріальна підтримка громадян. Залежно від суб'єкта соціальні послуги є різноманітними. Соціальні послуги, що надаються застрахованим в системі загальнообов'язкового державного соціального страхування або особам, прирівняних до них (тут доречним міг би бути їх поділ за соціальним ризиком (соціальні послуги безробітним, тимчасово непрацездатним, та особам похилого віку); соціальне обслуговування громадян похилого віку та одиноких непрацездатних громадян (за формою їх можна поділити на соціальні послуги на дому чи стаціонарне соціальне обслуговування); стаціонарне соціальне обслуговування інвалідів, з числа вивільнюваних з місць позбавлення волі; соціальне обслуговування дітей; соціальна реабілітація та адаптація інвалідів; санаторно-курортне лікування; забезпечення протезно-ортопедичними виробами; забезпечення засобами пересування. Матеріальна підтримка у переважній більшості є натуральною за формою та полягає у наданні особі, яка перебуває у важкій життєвій ситуації матеріальних благ: речей, одягу, засобів пересування і т. д.

ПЕРІОДИЗАЦІЯ РОЗВИТКУ ЗЕМЕЛЬНОГО ПРАВА

Федорович В.

Львівський національний університет ім. І. Франка

У сучасний період, коли характер та зміст земельних правовідносин зазнали значних змін, істотного значення набуває вивчення історичного досвіду регулювання земельних відносин. Це дає можливість застосування позитивних аспектів земельно-правового регулювання в той чи інший період у чинному земельному законодавстві України.

Історія розвитку земельного права України дає можливість виділити два основних періоди земельно-правовому регулюванні: докодифікаційний і кодифікаційний.

Докодифікаційний період розвитку земельного прав в земельно-правовій літературі прийнято розглядати з часів становлення та розвитку звичаєвого і писаного права на території України і до прийняття Тимчасового земельного закону, тобто до 18 січня 1918 року. У цей період земельне законодавство тільки починало формуватися у вигляді розрізнених нормативних актів. Характерною рисою цього періоду було те, що земельні відносини регулювалися в основному нормами цивільного права.

Ряд інститутів земельного права проходили стадію становлення і розвитку саме в галузі цивільного права. Це перш за все інститути права приватної власності на землю.

Разом з тим відбувалося й поступове обмеження права приватної власності на землю, що, переважно, обумовлювалося прийняттям ряду спеціальних нормативно-правових актів, що доповнили приватно-правовий порядок регулювання земельних відносин публічно-правовим. Такими спеціальними нормативно-правовими актами були в більшості акти природоресурсового характеру (надрового, лісового, водного і т. ін.).

Необхідно підкреслити, що на території сучасної України власне земельне законодавство стало розвиватися лише в процесі втілення в життя реформи 1861 року і Столипінської аграрної реформи.

У земельно-правовій літературі виділяють такі основні етапи розвитку земельного права декодифікаційного періоду:

1. період феодалізму до скасування кріпосного права у 1861 році. Він включає: а) земельні відносини на території сучасної України давніх часів; б) регулювання земельних відносин нормами звичаєвого права; в) період з 1654 року після возз'єднання України з Росією; г) у період політики закріпачення селян.
2. правовий режим земель на території України від скасування кріпосного права до встановлення радянської влади (1861-1917рр.).

Чи не найбільше значення в дослідженні різних аспектів історії земельно-правового регулювання має земельна реформа 1906-1907 років, яка цілком справедливо отримала назву "Столипінська" за прізвищем її основного теоретика та організатора.

Характер земельної політики держави у цей період переорієнтувався на впровадження принципу індивідуалізації селянського землеволодіння.

Початок реформи поклали урядові укази від 4 березня 1906 року "Про новий пільговий порядок виділу з общини" та від 8 листопада 1906 року "Про доповнення деяких настанов чинного закону, що стосується селянського землеволодіння та землеустрою", з яким найбільше були пов'язані радикальні зміни земельного ладу Російської імперії. Положеннями цих указів фактично ліквідувалися всі можливі за законодавством перешкоди реалізації селянами прав на надільні землі. Кожен господар, який володів надільною землею на общинному праві, мав право у будь-який момент вимагати закріплення за собою в особисту власність належної йому частини зазначеної землі. Будучи об'єктами права приватної власності селян, надільні землі було включено до сфери цивільно-правового обігу.

Аграрна реформа Столипіна оцінюється як безпрецедентна за темпами, масштабами глибиною трансформації існуючого укладу в сільському господарстві в прогресивний тип господарювання.

Однак вона мала й свої недоліки. По-перше, знищення общини супроводжувалося зосередженням землі у власності небагатьох осіб і розоренням селянства, по-друге, в багатьох

© Федорович В., 2006

випадках селянам доводилося роками очікувати своєї черги на виділення земельних ділянок. Проте у вказаних процесах були й деякі позитивні моменти, які полягали в тому, що продаж селянами своїх земельних наділів і переселення їх у міста значно сприяли розвитку промисловості.

Столипінська аграрна реформа заклала міцні підвалини для формування земельного законодавства, розвиток якого мав вирішальний вплив і для виокремлення самостійної галузі – земельного права, яку часто називали галуззю селянського, поземельного права та вкладали у ці поняття різний зміст.

Якщо критерієм розвитку земельного права докодифікаційного періоду визнати ґенезу земельно-правових інститутів, то періодизація земельного права матиме такий вигляд:

- регулювання земельних відносин нормами звичаєвого права;
- період феодальної роздрібненості, який увінчався становленням великого феодального землеволодіння;
- період з 1654 по 1835 р.;
- земельний лад першої половини XIX ст.;
- земельний лад другої половини XIX ст.

Кодифікаційний період розвитку земельного права характеризується наявністю в системі земельного законодавства акту кодифікованого характеру.

Попередніми дослідженнями першого земельного законодавства обґрунтовано висновок про те, що першим кодифікаційним актом земельного законодавства України був Тимчасовий земельний закон, прийнятий УНР 18 січня 1918 року, а до першого кодифікованого акту радянського земельного законодавства відносять Декрет ВЦВК "Про соціалізацію землі" від 19 лютого 1919 року.

Комплексне дослідження розвитку процесу кодифікації земельного законодавства належить О.М. Пащенку, який поділив цей період на ряд окремих етапів: 1) 1917-1928рр.; 2) 1928-1970рр.; 3) 1970-1990рр.; 4) 1990-28.06.1996р.; 5) з 28.06.1996 року. Запропонована періодизація відповідає переважно прийняттю кодифікованих актів земельного законодавства у різні роки, за винятком хібащо Конституції України.

Перший кодифікаційний акт земельного законодавства України скасував право приватної власності на землі з їх водами і підземними багатствами в межах УНР, а їх власникам проголошувався народ УНР. Цим актом фактично було кодифіковано інститут користування землею.

З відміною приватної власності на землю було ліквідовано всі дореволюційні речові земельні права. Проте поряд з першими декретами радянської влади ("Про землю" та "Про соціалізацію землі") положення Земельного закону, незважаючи на короткий період їх дії, стали позитивним досвідом у справі кодифікації земельного законодавства України.

В цілому земельне законодавство перших років Радянсько влади було направлене, перш за все, на проголошення й юридичне оформлення націоналізації землі, її надр, лісів і вод. "Основні земельні перетворення постреволюційного періоду – як підкреслила І.А. Іконіцька, - зводилась до: 1) відміни права приватної власності; 2) оголошення землі загальнонародним надбанням, яке в подальшому стало ототожнювати із виключною державною власністю на землю; 3) вилучення землі із цивільного обігу; 4) закріплення в законодавстві єдиного суб'єктивного права, на основі якого здійснювалося господарське використання землі – права постійного (тимчасового) землекористування".

У 20-х роках ідея націоналізації землі стала пріоритетним напрямом кодифікації всього земельного законодавства. Разом з націоналізацією на законодавчому рівні закріплено всі ті радикальні перетворення земельних відносин, що відбулися в постреволюційний період. У зв'язку з цим положення першого Земельного кодексу УРСР 1922 року в юридичній літературі прийнято розглядати досить категорично: закріплення націоналізації землі і скасування приватної власності на неї, повна заборона купівлі-продажу, оренди та інших правовідносин, пов'язаних з відчуженням землі.

Земельний кодекс 1922 р., у порівнянні з Тимчасовим законом, найбільш повно урегулював усі ті земельні відносини, які склалися на момент його прийняття та діяв найдовше з усіх земельних кодексів – потягом наступних 50 років.

Значення ЗК УРСР 1922 р. як джерела земельного права, визначається насамперед тим, що ним повно і вичерпно було врегульовано такі інститути як трудове землекористування, трудова оренда землі, землеустрій, застосування найманої праці. Досить багато уваги Земельний кодекс приділив питанням, що випливали із порядку розгляду земельних спорів.

ЗК УРСР закріпив принцип цільового використання землі, який як в попередньому, так і в сучасному земельному законодавстві України дозволяє класифікувати землі в залежності від їх цільового (господарського) призначення на відповідні категорії.

В 1928 р., з прийняттям Союзного акту – Загальних засад землекористування та землеустрою, земельні фонди всіх союзних республік були перетворені в єдиний земельний фонд СРСР, який фактично став єдиним суб'єктом права державної власності на землю. Право власності СРСР не протиставлялося праву власності союзних республік. Це положення прямо випливало із ст. 14 Конституції СРСР, у відповідності до якої кожна союзна республіка мала право самостійно здійснювати свою владу. По суті йшлося про розподіл компетенції між СРСР і союзними республіками щодо здійснення правомочності права власності на землю.

Подальший розвиток союзного і республіканського законодавства пішов шляхом удосконалення сформованих інститутів земельного права: права виключної державної власності на землю; права землекористування і його різновидів; землеустрою.

Проведена кодифікація земельного законодавства 70-х років, безумовно, мала важливе правове значення для диференціації предмету земельного права, як закономірного результату розвитку земельних, надрових, водних та лісових відносин. Процес виділення із земельних правовідносин надрових, водних та лісових відносин неможливо розглядати окремо від диференціації предмету земельного права.

Новий етап у розвитку земельного права та законодавства започатковано з прийняттям 25 жовтня 2001р. Земельного кодексу України. Земельний кодекс 2001 р. суттєво відрізняється від попереднього Земельного кодексу як за формою та змістом, так і за структурою.

Через досить суттєві зміни в регулюванні відносин, які стосуються основного національного багатства, Земельний кодекс заслуговує на таку ж пошану, що й Конституція України.

Передусім слід визнати, що Земельний кодекс України урахував переважну більшість недоліків і проблем, що мали місце під час дії старого Земельного кодексу в редакції 13 березня 1992 року. Уточнено поняття "земельні відносини", закладено нові принципи земельного законодавства, розширено перелік підстав набуття у власність земельних ділянок, підстав припинення права власності тощо.

В силу різних причин не можна з упевненістю сказати, що цей документ позбавлений недоліків. Недоліки мають різний характер і загалом ускладнюють реалізацію механізмів, передбачених Земельним кодексом, ведуть до виникнення низки правових колізій під час правозастосування.

Більшість неточностей Земельного кодексу пов'язані з непрямим характером дії його норм. це потребує розробки інших законодавчих чи підзаконних актів в яких слід врахувати та у перспективі вирішити як змістовні так і редакційні вади "земельної конституції". Тому з прийняттям Земельного кодексу поглибився процес розвитку земельної реформи. Перспективним напрямом розвитку земельного законодавства є встановлення нових земельно-правових інститутів.

ОПЛАТА ПРАЦІ ПРИ ВИКОНАННІ ОБОВ'ЯЗКІВ ТИМЧАСОВО ВІДСУТНЬОГО ПРАЦІВНИКА

Фурик І.

Львівський національний університет ім. І. Франка

На практиці доволі поширеними є випадки виконання обов'язків тимчасово відсутнього працівника іншим працівником без звільнення останнього від своєї основної роботи. При цьому, питання оплати праці при вказаному виконанні обов'язків у правничій літературі є недостатньо опрацьованим, а на практиці ця проблема вирішується досить однобічно. Ні теорія, ні практика не беруть до уваги колізійний аспект правового регулювання оплати праці, що має місце при заміщенні одного працівника іншим, без звільнення останнього від його основної роботи.

Вітчизняні автори, що працюють над проблемами правового регулювання оплати праці, цих питань у своїх дослідженнях практично не торкаються. Натомість російські автори проявляють інтерес до проблеми оплати праці, що мають місце в разі виконання обов'язків тимчасово відсутнього працівника.

Зокрема Є. Воробйова, В. Глазирін та Л. Чіканова вважають, що в зазначеному випадку необхідно застосовувати правила, які визначають оплату праці працівників при виконанні ними обов'язків, що властиві для суміщення професій або посад.

Свого часу В.І.Нікітінський, посилаючись на чинне до тепер роз'яснення Державного комітету Ради Міністрів СРСР з питань праці та заробітної плати і секретаріату ВЦРПС від 29 грудня 1965 р. „Про порядок оплати тимчасового замісництва" відзначав, що при виконанні обов'язків тимчасово відсутнього працівника без звільнення від основної роботи особи, яка його замінює, потрібно користуватись правилами, які регулюють оплату праці при виконанні робіт різної кваліфікації.

Таким чином, з приводу оплати праці при виконанні обов'язків тимчасово відсутнього працівника, в юридичній літературі існує два різні погляди. Одні автори прирівнюють це виконання обов'язків до суміщення професій та вважають, що його необхідно регулювати за правилами ст.151 ТК РФ (ст.105 КЗпП України). Інші автори вважають це виконання обов'язків виконанням робіт різної кваліфікації та відносять його регулювання до ст.150 ТК РФ (ст.104 КЗпП України).

Ст.105 КЗпП України не містить будь-яких обмежень сфери своєї дії. Тому її слід розповсюджувати на будь-які випадки виконання обов'язків тимчасово відсутнього працівника без звільнення працівника, який його заміщає від своєї основної роботи. На відміну від цього ст. 104 КЗпП України регламентує оплату праці при виконанні робіт різної кваліфікації, тому розповсюджується тільки на такі випадки виконання обов'язків, при яких робота, що виконується за іншого працівника, відрізняється за кваліфікацією від основної роботи. Таким чином, виконання обов'язків тимчасово відсутнього працівника при суміщенні професій (посад) і без звільнення замісника від своєї основної роботи ст.105 КЗпП України є загальною нормою, а статтею 104 КЗпП України регулюється особливий випадок. Якщо робота, що виконується за іншого працівника, здійснюється в межах цієї ж кваліфікації, що й основна робота, то в цьому випадку застосовується ст.105 КЗпП України. Якщо ж робота, яка виконується за іншого працівника, відрізняється за кваліфікацією від основної роботи, то необхідно застосовувати як ст.105, так і ст.104 КЗпП України.

Згідно із ст.105 КЗпП України, розмір доплати за суміщення професій чи посад або виконання обов'язків тимчасово відсутнього працівника встановлюється на умовах, передбачених у колективному договорі. Раніше, згідно п. 10 постанови Ради Міністрів СРСР від 4 грудня 1981р. „Про порядок та умови суміщення професій (посад)" розмір вказаної доплати обмежувався 50% тарифної ставки (окладу) відсутнього працівника, незалежно від кількості осіб, між якими розділялись ці доплати. На даний час розмір вказаної доплати законодавчо не обмежений, однак він передбачений Генеральною угодою між Кабінетом Міністрів України, всеукраїнськими об'єднаннями організацій роботодавців і підприємців та всеукраїнськими профспілками і профоб'єднаннями на 2004 – 2005 роки. В додатку №3 до Угоди зазначається, що за суміщення професій (посад) доплати одному працівнику не обмежуються максимальними розмірами і визначаються наявністю економії за тарифними ставками і окладами суміщуваних посад працівників. За виконання обов'язків тимчасово

© Фурик І., 2006

відсутнього працівника розмір доплати складає до 100 відсотків тарифної ставки (окладу, посадового окладу) відсутнього працівника. При аналізі колективних договорів можна зробити висновок, що на багатьох підприємствах він традиційно встановлюється в межах 50% тарифної ставки (окладу) відсутнього працівника.

Наприклад такий розмір доплати за виконання обов'язків тимчасово відсутнього працівника встановлений у колективному договорах ЗАТ "Пролісок" (м. Стрий), Волинського державного університету ім. Лесі Українки. Досить часто доплата за виконання обов'язків тимчасово відсутнього працівника встановлюється у розмірі 100% тарифної ставки (окладу) відсутнього працівника (ВАТ "Іскра", ВАТ "Галант" (м. Львів), ДП "Львівські Авіалінії", ТзОВ "ТВП" (м. Калуш), іноді 40% (ТзОВ "Миколаївспецрембуд"), 30% (АТ "Світоч" (м. Львів)) і навіть 15% (АТ НПК "Галичина" (м. Львів)). Та, як правило, розмір такої доплати у колективних договорах не передбачається взагалі (ВАТ "Комерція" (м. Львів), ТзОВ "Галикон", ТзОВ "Легат", СП "Консум" (м. Львів), ВАТ "Стрітекс" (м. Стрий)) або ж у колективному договорі зазначається, що така доплата здійснюється згідно чинного законодавства (ВАТ "Бродівський консервний завод", регіональне відділення Фонду Держмайна по Івано-Франківській області).

Згідно ст.104 КЗпП України при виконанні робіт різної кваліфікації праця почасових працівників оплачується за роботою вищої кваліфікації. Відповідно до вищеназваного роз'яснення Держкомпраці СРСР та ВЦРПС від 29 грудня 1965 р. це реалізується таким чином, що працівнику, який заміщає, виплачується різниця між його окладом та окладом працівника, якого він заміщає.

Таким чином, статті 105 та 104 КЗпП України в одному й тому ж випадку передбачають різні умови оплати праці. Зрозуміло, що доплата за виконання обов'язків, передбачених ст.105 КЗпП України, може відрізнятись за розміром від виплати різниці в окладах, передбаченої ст.104 КЗпП України. Очевидним є випадок колізії норм закону, який регулює трудові відносини.

При цьому цілком природно виникає запитання щодо того, яку статтю слід застосовувати при оплаті виконання обов'язків тимчасово відсутнього працівника, якщо робота, що виконується за іншого працівника, відрізняється за кваліфікацією від основної роботи працівника, який заміщає. Як ст.105, так і ст.104 КЗпП України є чинними і їх обох необхідно дотримуватись. Видається, що у даному випадку оплата праці повинна здійснюватись таким чином, щоб були дотримані обидві статті закону.

Дотримання обох статей може бути забезпечене лише в тому випадку, якщо при виконанні обов'язків тимчасово відсутнього працівника робота оплачується згідно тієї статті, яка передбачає більший розмір оплати. В цьому випадку будуть дотримані також норми статті, яка передбачає менший розмір.

Якщо доплата за виконання обов'язків відсутнього працівника, передбачена ст.105 КЗпП України, перевищує різницю в окладах, встановлену ст.104 КЗпП України, то оплату праці працівника, який заміщує тимчасово відсутнього працівника, потрібно здійснювати в розмірі, який визначається ст.105 КЗпП України. При цьому буде дотримано і розмір оплати праці, передбачений ст.104 КЗпП України. Це правило повинно застосовуватись також і в тих випадках, коли виконуються роботи різної кваліфікації, однак виплати різниці в окладах не проводиться. Наприклад, якщо розряд роботи яка виконується за іншого працівника, є нижчою, ніж кваліфікація працівника, який заміщає, а різниці в окладах, яка має бути виплачена, немає, тоді робота працівника, який заміщає, підлягає оплаті згідно із ст.104 КЗпП України за його основною роботою, як роботою з більш високою кваліфікацією. Однак він в цьому випадку повинен отримати доплату згідно ст. 105 КЗпП України, за винятком випадків, коли працівник, який заміщає і якого заміщають, належить до категорії працівників, що зазначені у п. 15 постанови Ради Міністрів СРСР від 4 грудня 1981р., тобто до тих категорій, на які вказана постанова не поширюється.

За умови, що доплата за виконання обов'язків тимчасово відсутнього працівника, передбачена ст.105 КЗпП України, виявляється меншою різниці в окладах, передбаченої ст.104 КЗпП України, то оплачувати необхідно у розмірі, який встановлений ст.104 КЗпП України. Це правило особливо актуальним стає при значній різниці в окладах працівників, які заміщають, і яких заміщають. Наприклад, працівник за основним місцем роботи має оклад 400 грн. Тимчасово відсутній начальник цеху має оклад 1600 грн. При виконанні обов'язків начальника цеху, різниця в окладах досягає 1200 грн., або три оклади працівника, який заміщає. Встановлення такої високої доплати на підставі

ст.105 КЗпП України є нетиповим. Разом з тим, в цьому випадку доплата не може бути меншою вказаного розміру в силу дії ст.104 КЗпП України.

Якщо розмір доплати при суміщенні професій та за виконання обов'язків тимчасово відсутнього працівника встановлений і нормативно-правовим актом і колективним договором, то для визначення розміру оплати праці працівника, якого заміщають, в кожному конкретному випадку слід співставити розмір доплати, передбачених вищеназваними актами і договорами та різницю в окладах працівників, яких і які заміщають. Більш висока з вказаних величин і належить встановленню працівнику, який заміщає.

У тому випадку, коли розмір доплати за виконання обов'язків тимчасово відсутнього працівника не передбачений вищеназваними актами і договорами та визначається сторонами трудового договору індивідуально для конкретного випадку, то доплату працівнику, який виконує обов'язки тимчасово відсутнього працівника, належить встановлювати у розмірі не нижчому різниці в його окладі і окладі тимчасово відсутнього працівника. Таким чином, буде забезпечене необхідне дотримання статей 104 та 105 КЗпП України.

ЮРИДИЧНІ ФАКТИ ЯК ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ ПРАВОВІДНОСИН ПО ПЕНСІЙНОМУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЮ ІНВАЛІДІВ

Шлапко Т.

Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

Правовідносини по пенсійному забезпеченню інвалідів, як і будь-які інші правовідносини, виникають за наявності певних життєвих обставин – юридичних фактів, з якими пов'язані конкретні правові наслідки. Значення юридичних фактів не можна зменшувати, оскільки право на пенсію по інвалідності особа може реалізувати лише в певному правовідношенні, при цьому до їх числа входять і правовідносини, пов'язані із встановленням цих юридичних фактів. Крім того, об'єктивні підстави пенсійного забезпечення є головним критерієм класифікації пенсійних правовідносин.

Дослідженню юридичних фактів в пенсійному забезпеченні приділено велику увагу в літературі, але на сьогодні не існує єдиного наукового підходу щодо вирішення деяких дискусійних питань. У зв'язку з цим постає необхідність дослідження юридичних фактів у пенсійних правовідносинах з інвалідами.

Отже, метою даного дослідження є визначення кола та особливостей юридичних фактів у пенсійних правовідносинах з інвалідами.

Науковці зазначають, що для виникнення правовідносин необхідні як загальні, так і особливі передумови. Загальними передумовами, з одного боку, виступають норми права, які закріплюють право осіб на пенсійне забезпечення у випадку настання інвалідності, з іншого – наявність у них правосуб'єктності.

Норми права, вказуючи на конкретні умови, обставини, факти, за наявності яких виникають правовідносини між інвалідом та відповідним державним органом, виступають як загальна передумова виникнення правовідношення. Самі по собі юридичні норми не можуть ні викликати, ні змінити, ні припинити пенсійне правовідношення. Для цього потрібна наявність таких фактів, з якими норми права пов'язують виникнення, зміну або припинення пенсійного правовідношення.

У юридичній літературі загальнопоширеною є точка зору про те, що юридичні факти - це обставини (життєві факти), наявність яких необхідна для виникнення, зміни або припинення правовідносин, у тому числі і правовідносин по пенсійному забезпеченню інвалідів. Вони складають особливу передумову руху цих правовідносин, бо пов'язують норми права з суб'єктивними правами і обов'язками конкретного суб'єкта.

Щодо оцінки змісту юридичного факту як підстави виникнення, зміни або припинення пенсійних правовідносин існує дві основні точки зору. Одні науковці вважають, що юридичні наслідки виникають за наявності одного юридичного факту, що являє собою конкретну обставину чи сукупність обставин. Інша точка зору полягає в тому, що юридичний факт означає завжди одну обставину, а їх сукупність називається юридичним складом. Для виникнення правовідносин по пенсійному забезпеченню інвалідів необхідний складний юридичний фактичний склад. При цьому деякі обставини, що раніше мали юридичне значення, втрачають його, деякі навпаки – визнаються юридично значимими. Так, на даний час трудовий стаж як проміжок часу, протягом якого особа займалася певним видом трудової діяльності, або іншою суспільно корисною діяльністю, як правило, втрачає своє значення. Закон України „Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування" від 9 липня 2003 року в основу пенсійного забезпечення поклав страховий стаж, при цьому у визначенні не вказується прив'язка саме до трудової діяльності, головне, щоб особа підлягала загальнообов'язковому державному пенсійному страхуванню та якою або за яку щомісяця сплачувались страхові внески в розмірі, не менше мінімального. Але тут слід згадати винятки. Наприклад, при призначенні пенсії по інвалідності за Законом України „Про державну службу" від 16 грудня 1993 року враховується стаж державної служби, при призначенні пенсії по інвалідності за Законом України „Про наукову та науково-технічну діяльність" від 13 грудня 1991 року – стаж наукової роботи та ін.

Слід також зазначити, що роль окремих юридичних фактів в юридичному фактичному складі правовідносин по пенсійному забезпеченню різних категорій інвалідів неоднакова. Так, наприклад,

© Шлапко Т., 2006

умова припинення державної служби для призначення пенсії по інвалідності за Законом України „Про державну службу" виконує тільки підготовчу роль в утворенні складного юридичного фактичного складу, подання особою-інвалідом заяви про призначення пенсії викликає виникнення самостійних процедурних правовідносин, встановлення відповідної групи та причини інвалідності впливає на розмір об'єкту правовідношення. Крім цього, одні й ті ж юридичні факти можуть бути в одних випадках правостворюючими, в інших – правозмінюючими, в третіх - правоприпиняючими.

Проте виділення власне юридичного факту, наявність якого викликає необхідність правового регулювання відповідних відносин (наприклад, інвалідність), і юридично значимих обставин та передумов (наприклад, стаж роботи), тобто всіх інших юридичних фактів, викликало критику. Безперечно, всі ці названі види елементів фактичного складу є в рівній мірі необхідними та з їх сукупністю закон пов'язує певні правові наслідки, а отже, всі вони є юридичними фактами. За відсутності будь-якого потрібного факту досягнення бажаного юридичного наслідку неможливе.

Таким чином, специфіка правовідносин з пенсійного забезпечення інвалідів виражається у тому, що вони виникають із складного юридичного фактичного складу, який включає: об'єктивні правові підстави пенсійного забезпечення; волевиявлення особи, у якої виникає право на пенсію; рішення органу пенсійного забезпечення про призначення пенсії по інвалідності. Загальною підставою виникнення пенсійного правовідношення по інвалідності є інвалідність. Поряд з цим до юридичного фактичного складу включаються в одних випадках - тривалість (страхового) трудового стажу, в інших – відповідні обставини, за яких наступила інвалідність, причини інвалідності. Виходячи з аналізу ч.1 ст.30 Закону України „Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування" для виникнення права на пенсійне забезпечення по інвалідності необхідна наявність наступних юридичних фактів: настання інвалідності, що спричинила повну або часткову втрату працездатності внаслідок загального захворювання та наявність відповідного страхового стажу. Для виникнення права на пенсію по інвалідності внаслідок трудового каліцтва чи професійного захворювання необхідним є лише факт встановлення групи інвалідності з відповідною причиною інвалідності незалежно від віку та наявного стажу роботи (страхового стажу). Для виникнення права на пенсію по інвалідності для окремих категорій інвалідів (наприклад, державних службовців, працівників Національного банку України, працівників дипломатичної служби, визначених помічників-консультантів народного депутата, посадових осіб митної служби України, судових експертів, наукових (науково-педагогічних) кадрів), крім цього, встановлюється наявність відповідного стажу роботи, який дає право на пенсію по інвалідності відповідно до спеціального законодавства; чи настала інвалідність саме під час перебування на відповідній посаді (державного службовця, наукового (науково-педагогічного) працівника); чи було звернення за призначенням пенсії по інвалідності з цих посад, за певними винятками (наприклад, для державних службовців незалежно від місця роботи на час досягнення пенсійного віку при умові не менше 20 років стажу роботи на посадах, віднесених до категорій посад державних службовців).

Але саме виникнення права на пенсію ще не тягне автоматичне виникнення правовідносин з пенсійного забезпечення. Тому необхідна ініціатива суб'єкта в сфері пенсійного забезпечення у вигляді його заяви про призначення пенсії по інвалідності та рішення органу пенсійного забезпечення про призначення пенсії по інвалідності.

Для виникнення пенсійних правовідносин за участю інвалідів необхідна наявність конкретного юридичного складу, який має свою специфіку залежно від виду категорій осіб-інвалідів, причини інвалідності, в деяких випадках виду трудової діяльності.

Юридичні факти, що включаються у пенсійний фактичний склад, складають цілісну систему, спрямовану на досягнення єдиної мети - можливості реалізації інвалідом права на пенсію. Визначення особливостей юридичних складів в сфері пенсійного забезпечення інвалідів полегшить застосування та дотримання положень пенсійного законодавства, а також виключатиме можливість його розширеного трактування.

ДО ПИТАННЯ ПРО КЛАСИФІКАЦІЮ ПРИРОДНИХ РЕКРЕАЦІЙНИХ РЕСУРСІВ

Шмигова О.

Київський національний університет ім. Т. Шевченка

Реальне забезпечення реалізації права громадян на рекреаційне природокористування, про конституційне гарантування якого можна говорити виходячи з положень статей 13 та 45 Конституції України про право на користування природними об'єктами та право на відпочинок, можливе лише за допомогою формування природних рекреаційних ресурсів (далі – ПРР) та здійснення їх класифікації. Правові засади формування ПРР визначені у постановах Кабінету Міністрів України. На доктринальному рівні питанню створення кадастру ПРР приділяли увагу такі вчені у галузі екологічного права, як Бобкова А.Г., Бондар Л.О., Ткаченко О.М.

Незважаючи на це, на законодавчому рівні в Україні до цього часу не визначено, які природні ресурси відносяться до категорії рекреаційних та не проведено їх класифікації, що на практиці позбавляє можливості в певних випадках застосовувати до того чи іншого природного ресурсу, що фактично використовується у рекреаційних цілях, правовий режим використання та охорони ПРР.

У зв'язку з цим можна стверджувати про важливість і необхідність проведення наукового дослідження у даній роботі, метою якого є вироблення концептуальних засад, які б сприяли визначенню і класифікації ПРР в Україні. Для досягнення такої мети, в якості завдань автор визначає: проведення порівняльно-правового аналізу нормотворчого досвіду деяких зарубіжних країн стосовно визначення і класифікації ПРР.

Порівняльно-правовий аналіз законодавства деяких зарубіжних країн, що регулює суспільні правовідносини, пов'язані з використанням та охороною ПРР, дозволяє виокремити як мінімум два підходи до визнання тих чи інших природних ресурсів природними рекреаційними ресурсами.

Для першого підходу характерним є те, що у законодавстві наводиться виключний перелік ПРР загальнодержавного значення із чітко встановленими географічними межами кожного такого ресурсу, а віднесення певного нового природного ресурсу до категорії рекреаційних здійснюється шляхом його включення до такого переліку. Такий підхід застосовується, зокрема у законодавстві США та Швеції.

Так, відповідно до природоресурсового законодавства США виділяються 4 федеральні системи, що характеризуються наявністю ПРР: Національна система заповідників; Національна система рекреаційних територій; Національна система стежок; Національна система диких і мальовничих річок. Так, своєрідний кадастр 38 національних рекреаційних територій міститься у Зведеному Кодексі США, у відповідних параграфах якого визначені географічні межі кожної такої території, а також спеціальний правовий режим її використання та охорони. Федеральний акт США про національну систему стежок 1968 р. фактично уявляє собою кадастр 8 національних мальовничих стежок та 12 національних історичних стежок, а також визначає вимоги стосовно віднесення до категорії національних рекреаційних стежок, яких зараз у США налічується понад 800. При цьому статус національних мальовничих та історичних стежок присвоюється Конгресом США, шляхом включення нових стежок до Переліку, наведеного у Федеральному акті про національну систему стежок, а статус рекреаційних стежок присвоюється стежкам місцевого значення Міністром внутрішніх справ або Міністром аграрної політики. У свою чергу Федеральний акт США про дикі і мальовничі річки 1968 р. уявляє собою кадастр 154 ділянок річок, які визначені як дикі річки (48%), як рекреаційні річки (30%) або як мальовничі річки (22%).

У Швеції перелік ПРР державного значення міститься у ст. 2 глави 4 Екологічного кодексу Швеції 1998 р., у якій до них віднесено: 8 ділянок прибережної зони моря, 2 острови, 12 озер з прибережною зоною, 1 лісова територія, 3 території вздовж річок, 1 долина річки, 1 гірська територія та 5 інших територій.

Прикладом створення кадастру ПРР місцевого значення на теренах СНД є Рішення Приморської крайової ради народних депутатів (Російська Федерація) від 5 липня 1993 р. № 300 "Про землі рекреаційного призначення Приморського краю", в якому наведений перелік земельних ділянок, віднесених до земель рекреаційного призначення, у тому числі території вздовж туристських стежок,

© Шмигова О., 2006

пляжі, міські парки, лісопаркові зони, зони відпочинку, острови з чітко визначеними географічними межами.

Другий підхід характеризується тим, що у законодавстві до категорії ПРР відносяться всі природні ресурси, що потенційно можуть використовуватися з метою задоволення рекреаційних потреб і використання яких з цією метою не заборонено або не обмежено законом. Такий підхід застосовується, зокрема, у законодавстві Великобританії та Норвегії.

Так, у Норвегії у відповідності із Законом про рекреаційне природокористування від 28 червня 1957 р. № 16 з метою встановлення різного правового режиму рекреаційного використання та охорони всі землі поділені на 2 категорії: культивовані та некультивовані. При цьому до категорії культивованих земель відносяться земельні ділянки фермерських господарств, земельні ділянки біля будинків, оброблені поля, сіножатні луки, культивовані пасовиська, молоді плантації і подібні до них території; території, що використовуються для індустріальних або інших спеціальних цілей, де доступ громадян може завдати шкоди власнику, користувачу або іншим особам. До категорії некультивованих земель відносяться всі інші земельні ділянки. При цьому, право користування некультивованими землями для задоволення рекреаційних потреб, як правило, не обмежується. У той час як право користування культивованими землями для цих потреб обмежується періодом, коли земля вкрита льодом або снігом (як правило, це період з 15 жовтня по 29 квітня), у деяких випадках необхідним є також отримання дозволу власника землі. Крім того, як правило, право рекреаційного природокористування не розповсюджується на фермерські господарства або земельні ділянки біля будинків, інших територій, огороджених для спеціальних цілей.

Аналогічний підхід до визначення ПРР був застосований у Великобританії в Акті про права на природокористування у сільській місцевості від 30 листопада 2000 р. (вступив в силу 31 жовтня 2005 р.) з тією лише відмінністю, що при цьому передбачено створення карт, які містять відомості про всі зареєстровані землі загального користування і всі ділянки сільської місцевості відкриті для суспільного доступу. Крім того, у Додатку 1 до цього Акту міститься перелік земель, що не можуть визнаватися землями, доступними для загального природокористування (наприклад, 20 метрова земельна ділянка навколо житлових будинків, землі транспорту, оборони тощо).

Як можна побачити, обидва вищезазначені підходи є не взаємовиключними, а навпаки є такими, що доповнюють один одного. При цьому перший підхід, як правило, характерний для ПРР державного значення, тобто ПРР, що користуються попитом не лише у місцевого населення, а завдяки своїй унікальності приваблюють населення з інших регіонів країни, а також іноземців, у зв'язку з чим (унікальність, значне антропогенне навантаження) потребують встановлення більш жорсткого правового режиму їх використання та охорони. У свою чергу другий підхід характерний для ПРР місцевого значення, тобто ПРР, що, як правило, користуються попитом лише у місцевого населення і не зазнають значного антропогенного навантаження.

Враховуючи вищезазначене, на нашу думку, в українському законодавстві можливо поєднати позитивний досвід обох розглянутих підходів. Зокрема, у зв'язку з тим, що значна кількість ПРР на території України має загальнодержавне значення, на що вказують багаточисельні переміщення населення України, зокрема у літній і зимовий період, для задоволення своїх рекреаційних потреб на значні відстані від місця свого проживання, виникає необхідність класифікації ПРР на:

- ПРР державного значення і
- ПРР місцевого значення.

При цьому, віднесення до ПРР державного значення доцільно здійснювати використовуючи досвід США та Швеції щодо визначення і закріплення у законодавстві чіткого переліку ПРР державного значення, а також правового режиму їх використання та охорони, що, на нашу думку, доцільно було б зробити у спеціальному законі України. Стосовно ж ПРР місцевого значення, що знаходяться у сільській місцевості, можна використати підхід Великобританії та Норвегії щодо права громадян використовувати некультивовані землі у сільській місцевості для рекреаційних потреб. Основні засади правового режиму використання та охорони ПРР місцевого значення, на нашу думку, доцільно було б визначити у відповідній постанові Кабінету Міністрів України. У свою чергу для ПРР місцевого значення, що знаходяться у межах населених пунктів, можливо було б розробити регіональні кадастри ПРР місцевого значення, що знаходяться у межах населених пунктів, ведення яких віднести до повноважень органів місцевого самоврядування адміністративних одиниць, на території яких вони знаходяться.

Виходячи із вищезазначеного, одним із варіантів класифікації ПРР в Україні може бути наступний:

- до ПРР державного значення відносяться: пляжі та інші ділянки прибережної смуги Азовського та Чорного морів, користування якими з метою задоволення рекреаційних потреб не заборонено або не обмежено законом; ліси рекреаційного призначення Карпатських та Кримських гір; навчально-туристичні та екологічні стежки, марковані траси на території Автономної Республіки Крим та Карпатських гір; земельні ділянки природно-заповідного фонду загальнодержавного значення, встановлений режим використання яких допускає їх рекреаційне використання; геоморфологічні об'єкти загальнодержавного значення (печери, ущелини, водоспади та інші форми рельєфу), що мають особливу цінність для рекреації;
- до природних рекреаційних ресурсів місцевого значення відносяться: пляжі річок, озер, водосховищ, інших водних об'єктів, а також інші ділянки їх прибережної смуги, користування якими з метою задоволення рекреаційних потреб не заборонено або не обмежено законом; зелені зони та зелені насадження міст та інших населених пунктів; міські парки; земельні ділянки природно-заповідного фонду місцевого значення, встановлений режим використання яких допускає їх рекреаційне використання; некультивовані землі за межами населених пунктів.

ЗВ'ЯЗОК МЕТОДУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ З ФУНКЦІЯМИ ТРУДОВОГО ПРАВА

Щербина В.

Академія митної служби України

Ступінь дослідження проблеми. Проблеми функцій права та методу правового регулювання досліджувалися С.С. Алексєєвим, С.О. Івановим, О.С. Пашковим, О.І. Процевським, Т.М. Радьком, Д.Г. Хецеріані, В.І. Шкатуллою та іншими вченими. Проте, в переважній більшості досліджень відсутня характеристика зв'язку функцій із предметом, методом та принципами правового регулювання.

Актуальність проблеми. Обумовлюється тим, що за останній час проблемам функцій права, як у загальній теорії права, так і в галузевих науках, не приділяється достатньої уваги. Хоча проблеми функцій права – це проблеми реального існування права, через яке виявляється його істинне значення для суспільства.

Наукова новизна. Полягає в тому, що автор на прикладі трудових відносин показує цілком реальний зв'язок методу правового регулювання та функцій трудового права. Цей зв'язок вбачається в ефективності правового впливу на суспільні відносини і поведінку людей, та впливає на визначення змісту трудового законодавства.

Зміст роботи. С.С. Алексєєв під методом правового регулювання розуміє сукупність юридичних прийомів і засобів, за допомогою яких здійснюється правовий вплив на певні відносини. Інше бачення на цю категорію у О.І. Процевського, який визначає метод як спосіб впливу (здійснюваний за допомогою права), мета якого – спонукати людей діяти на користь суспільства. На нашу думку, ці позиції можуть бути поєднані. Підстави для такого твердження криються у філологічному тлумаченні термінів „метод" і „спосіб". Метод – це: „1. Свідомі систематичні й послідовні дії, що ведуть до досягнення якої-небудь мети. 2. Чітко окреслений спосіб дій, що провадяться з науковою метою" (з лат. methodus „прийом, спосіб, метод). Спосіб – це: „напрям, характер дій, метод, прийом для здійснення чогось".

Наше **завдання** полягає в тому, що б показати зв'язок методу правового регулювання з функціями права. Тобто, якщо метод правового регулювання відповідає на питання яким чином здійснюється вплив, то функція визначає куди направлено правове регулювання і який нормативний масив забезпечує цей напрямок. Тобто йдеться про те, куди законодавець зосереджує свою увагу, направляє всю силу правового регулювання, формулює відповідні приписи та забезпечує їх виконання всією силою правового примусу. Тому, ми погоджуємось з думкою О.І. Процевського про те, що метод правового регулювання розкривається через характер норм права, тільки до певної міри. Так, коли О.І. Процевський пише: „Соціальна спрямованість законодавства про працю України сьогодні визначається у такій послідовності правових можливостей суб'єктів права: працівник-роботодавець-держава. Працівник, його інтереси займають перше місце у цій формулі", він пише про метод трудового права. Бо так дається відповідь на питання: яким чином?

О.І. Процевський яскраво показує зв'язок методу правового регулювання та функцій коли пише: „...ефективність правового регулювання трудових і тісно з ними пов'язаних відносин залежить не від кількості нормативно-правових актів, а від їх змісту, якості і спрямованості, тобто відображення в них конституційної формули". Проте, не можна погодитись з іншою його тезою. „Значення має також механізм реалізації і захисту прав і свобод працівника, контролю з боку держави за додержанням того первинного, що передбачила Конституція. Від цього залежить вплив законодавства на трудові відносини, а значить – ефективність методу їх правового регулювання". Ми погоджуємось з його думкою висловленою раніше, що метод правового регулювання не розкривається через форми забезпечення норм права. З нашої точки зору, форми забезпечення норм права характеризують функції права. Тому, про ефект від правового регулювання можна говорити за умови, правильного поєднання того, куди законодавець зосередить свою увагу, направить всю силу правового регулювання, сформулює відповідні приписи, забезпечить їх виконання всією силою правового примусу, та того, яким чином він це зробить. Крім того, ефективність правового регулювання – це категорія яка характеризує функцію права, як діяльність права з впорядкування суспільних відносин, тобто ефективність діяльності права. Про ефективність того, яким чином здійснюється цей вплив, можна говорити тільки в контексті ефективності правового регулювання в цілому.

© Щербина В., 2006

У розрізі такого бачення співвідношення методу правового регулювання і функцій права, ми поділяємо думку Д.Г. Хецуріані, що метод правового регулювання не поглинається категорією функції права і не співпадає з нею. Відмінність між ними така: якщо метод – це своєрідний спосіб правового впливу на суспільні відносини, то функції відображають основні напрямками цього впливу. Спільне в обох категоріях те, що вони характеризують право з точки зору його впливу на суспільні відносини. Проте, ми знову наголошуємо на тій позиції, яку відстоюють переважно дослідники функцій права. Ця позиція виражається в тому, що функція права повинна розглядатися як більш ширша категорія, ніж метод правового регулювання, і саме у функціях знаходять віддзеркалення певні аспекти методу.

У рамках такого бачення проблеми, нам імпонує думка Д.Г. Хецуріані, що вибір способів і засобів правового впливу в значній мірі залежить безпосередньо від законодавця, проте це зовсім не означає, що законодавець у цих випадках діє тільки на свій розсуд і бажанням. Навпаки, законодавець зобов'язаний на основі пізнання об'єктивних закономірностей розвитку суспільства і з урахуванням характеру конкретних суспільних відносин визначити форми, методи, правові засоби, що сприяють оптимальному впливу правової форми на розвиток суспільних відносин.

Особливо це актуально, коли йдеться про встановлення адекватних засобів, що забезпечують громадянам в умовах ринкових відносин реалізацію їх трудових прав та інтересів. Бажання законодавця вирішити ряд нових проблем у взаєминах між працівниками і роботодавцями старими методами, може привести лише до непорозуміння та конфліктів, яких можна було б запобігти правовими засобами. Ігнорування економічних реалій у регулюванні, наприклад, примусових заходів у трудовому праві, може призвести до повної їх неефективності. Складеться ситуація коли в законі буде передбачено цілу низку юридичних гарантій для працівника, але їх ефективність дорівнюватиме нулю.

Перше, що, повинно характеризувати метод трудового права – це оптимальне поєднання централізованого, локального та індивідуального правового регулювання трудових відносин. Із урахуванням нових економічних реалій необхідно визначитись, які аспекти трудових відносин будуть регулюватися на рівні трудового законодавства, а які на рівні локального правового регулювання. На нашу думку, трудове законодавство визначає основні правові засади і гарантії здійснення громадянами України конституційного права на працю (тобто реалізує соціальну і захисну функції трудового права) та встановлює ефективні примусові засоби забезпечення реалізації норм трудового права (тобто реалізує охоронну функцію трудового права). Ми не погоджуємось із формулюванням мети Трудового кодексу України, визначеної в ч. 1 ст. 1 проекту цього закону. Ця норма викладена набагато гірше, ніж преамбула нині чинного Кодексу законів про працю України. Тому, пропонуємо преамбулу Трудового кодексу України викласти в такій редакції: „Трудовий кодекс України визначає основні правові засади і гарантії здійснення громадянами України конституційного права на працю та встановлює примусові засоби забезпечення реалізації норм трудового права".

Другий важливий аспект цієї проблеми – це визначення місця і значення локального правового регулювання трудових відносин. На нашу думку, в умовах ринкових відносин, виникла нагальна потреба посилення локального правового регулювання, врахування реальних можливостей конкретного підприємства, установи, організації. Такий підхід особливо важливий у питаннях правового регулювання нормування та оплати праці, ефективного використання робочого часу, участі працівників в органах виробничої демократії, створенні комфортного виробничого середовища та вирішенні соціальних проблем працівників. Таким чином будуть реалізовані декілька функцій трудового права: виробнича, захисна, соціальна та управлінська.

Наступна важлива складова методу трудового права – це індивідуальне правове регулювання трудових відносин. Вважаємо необґрунтованою відмову законодавця України від такого різновиду трудового договору як контракт, у проекті Трудового кодексу України. Бо контракт відрізняється від звичайного письмового трудового договору не формою, а сутністю. Контракт є вираження індивідуального правового регулювання трудових відносин. Підставою для такого твердження є норма ч. 3 ст. 21 КЗпП України, де зазначається, що відповідальність сторін (в тому числі матеріальна, умови матеріального забезпечення (наприклад, оплати праці) і організації праці працівника (наприклад, встановлення режиму роботи), умови розірвання договору (тобто можуть передбачатися додаткові підстави ніж у законі), в тому числі дострокового, можуть встановлюватися угодою сторін. Із цього випливає, що йдеться не про умови трудового договору, а про встановлення індивідуальних правил поведінки. Наприклад, про додаткові підстави припинення трудового договору. З урахуванням викладеного вище, вважаємо, що особливий різновид трудового договору – контракт, та критерії його застосування, повинні бути закріплені в Трудовому кодексі України.

Висновки. Таким чином, зв'язок методу та функцій трудового права вбачається в головному – ефективності правового впливу на суспільні відносини і поведінку людей.

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ

ДОЦІЛЬНІСТЬ СПІВІСНУВАННЯ СТ. 188-1 ТА СТ. 192 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Антонюк Н.

Львівський національний університет ім. І. Франка

31 травня 2005 року Кримінальний кодекс України (далі – КК України) було доповнено статтею 188-1 "Викрадення електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання". Законодавець, внесенням зазначених змін у КК України, яскраво виразив своє бачення у вирішенні проблеми кваліфікації незаконних посягань на енергію. Адже, в кримінально-правовій літературі не було однакового підходу до кримінально-правової кваліфікації так званого "незаконного користування енергією". Одні вчені обґрунтовували доцільність кваліфікації незаконних посягань на енергію за статтею, що встановлює кримінальну відповідальність за крадіжку, другі аргументували наявність у діях винного складу іншого злочину – "заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою".

Проте, видається, що позиція законодавця не є безспірною. Очевидно, що вираження волі законодавця шляхом доповнення КК України ст. 188-1 повинно зняти всі запитання, що виникають у правозастосовчій діяльності. Однак, не можна стверджувати, що виділення окремої статті буде сприйнято вченими як єдино правильне.

Єдиного законодавчого підходу до вирішення питання про кримінально-правову оцінку ухилення від оплати за споживання енергії немає й в інших державах. Так, у КК Японії, Німеччини, Молдови, Туреччини, Австрії, Франції під предметом викрадення розуміють майно як річ, предмет матеріального світу, однак прирівнюють енергію до майна і чітко вказують на те, що остання теж виступає специфічним предметом викрадення. У Литві, Швейцарії, Латвії, Естонії енергію розглядають як благо, що має економічну цінність, а її незаконне використання кваліфікують за спеціальною статтею, що встановлює кримінально-правову відповідальність за незаконне використання енергії і послуг зв'язку. У Російській Федерації, Казахстані, Азербайджані, Вірменії, Грузії, Киргизії, Узбекистані, Республіці Білорусь "незаконне використання енергії" кваліфікується як "заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою".

Зупинимося докладніше на питанні обґрунтованості доповнення КК України статтею 188-1 "Викрадення електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання". Внесенням зазначених змін в КК України, законодавець намагався реалізувати конкретну ціль – забезпечити належну, реальну і дієву охорону енергії, як блага, що має економічну вартість і перебуває у цивільно-правовому обороті. Навіть під час розгляду законопроекту "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за порушення в галузі електроенергетики", одним з положень якого є доповнення КК України ст. 188–1, було зазначено, що "крадіжки енергії" громадянами зросли до вражаючих масштабів. Цей показник постійно збільшується, при чому надзвичайно стрімкими темпами. В доповіді наголошено на необхідності своєчасного і негайного реагування на порушення при споживанні енергії.

Варто зазначити, що законодавець не врахував міркувань з приводу доповнення КК України ст. 188-1, які містяться у висновках Головного юридичного управління Верховної Ради України і Головного науково-експертного управління на законопроект. У висновках звернуто увагу на недоцільність встановлення кримінальної відповідальності за викрадення електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання в окремій нормі, оскільки в діючому КК України є відповідна стаття (ст. 192), що повністю охоплює зазначені діяння.

Окрім цього звертає увагу і той факт, що склад злочину, що передбачений ст. 188-1 КК України, має місце лише за умови настання значної шкоди, яка відповідно до примітки до аналізованої статті, становить 100 і більше неоподатковуваних мінімуми доходів громадян (далі – н.м.д.г.). До доповнення КК України ст. 188 –1, кримінально-караним було заподіяння майнової шкоди у розмірі, що у 50 і більше разів перевищує н.м.д.г. (примітка до ст. 192 КК України). Навряд чи фактичне збільшення

© Антонюк Н., 2006

розміру значної шкоди вдвічі сприятиме активнішій боротьбі з злочинними посяганнями на енергію. Не слід забувати того, що розмір н.м.д.г., який використовується при кваліфікації злочинів, прямо залежить від розміру соціальної пільги, а розмір соціальної пільги щороку зростатиме (станом на 2005 р. 100 н.м.д.г. = 13100 грн.). Тому нам видається, що мета, з якою КК України доповнювався ст. 188-1 – забезпечення дієвішої кримінально-правової охорони енергії, залишилася нереалізованою.

Якщо зупинитися на формулюванні диспозиції ст. 188-1 КК України, слід зазначити наступне. По-перше, викликає сумнів правильність використаного законодавцем формулювання, що характеризує діяння при посяганні на енергію як "викрадення". Адже енергія не річчю, тобто не має "матеріальної" суті, а викрасти, відповідно до теорії кримінального права, можна лише майно в розумінні речі. З фізичної сторони, майно, як предмет викрадення, повинно бути предметом матеріального світу. Погляд на предмет викрадення як на майно в розумінні речі має історичне підґрунтя, оскільки у правових джерелах під крадіжкою – "воровством" ("татьбою") розумілося вилучення речі у законного власника і перенесення її. Саме спосіб злочинного діяння і визначив природу предметів, що можуть бути викраденими. О.І. Бойцов з цього приводу відзначає, що вести мову про "викрадення" безтілесних предметів можна лише у фігуральному змісті, розуміючи, що в строго юридичному змісті можна викрасти тільки річ. З огляду на підхід до предмета викрадення, що вироблений теорією кримінального права, здається, що формулювання в диспозиції ст. 188-1 КК України злочинного діяння як "викрадення енергії" не можна вважати правильним.

По-друге, законодавець у ст. 188-1 КК України називає лише два найбільш розповсюджених і загальнодоступних види енергії: електричну і теплову. Така конкретизація є надмірною і зайвою, оскільки людство усе активніше використовує інші види енергії, а надмірна деталізація може призвести до необхідності внесення нових змін з метою розширення кола цінностей, що можуть виступати предметами аналізованого суспільно-небезпечного діяння.

По-третє, досить спірним є застосування терміну "самовільне використання" енергії, оскільки остання в процесі так званого „використання" споживається і не повертається власнику. Термін „споживання" є більш точним і враховує особливості енергії як специфічного об'єкта власності. Слід звернути увагу і на неможливість охопити терміном "самовільне використання" усіх посягань на енергію. Адже, термін "самовільне" означає незаконне, недозволене. Фактично самовільне використання енергії – це її незаконне споживання (наприклад, внаслідок самовільного підключення до електричних мереж, гальмування диска електролічильника, тощо). Але, споживання громадянами енергії в цілому є законним. Незаконною є неоплата за таке споживання (наприклад, подання громадянами документів про наявність пільг по оплаті за електричну чи теплову енергію). Навряд чи таке законне споживання енергії із подальшим ухиленням від оплати за неї можна назвати "самовільним використанням". Видається, що незаконні посягання на енергію слід позначати, як "ухилення від оплати за спожиту енергію". Адже не "незаконне споживання енергії" є суспільно-небезпечним, а саме ухилення від оплати за таке споживання.

Якщо глянути на питання кримінально-правової кваліфікації посягань на енергію в цілому, треба вказати, що підстав для виділення окремої статті, що встановлює кримінальну відповідальність за викрадення електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання не було. Не доцільно встановлювати кримінальну відповідальність в окремій кримінально-правовій нормі, оскільки в діючому КК України є відповідна стаття – "заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою" (ст. 192 КК України), що цілком охоплює зазначені діяння. Встановлення кримінальної відповідальності за посягання на окреме нематеріальне благо, у даному випадку енергію, створить передумови для необхідності окремого встановлення кримінальної відповідальності за посягання на інші нематеріальні блага (наприклад, Інтернет-час). Вважаємо, що недоцільно виділяти частину з цілого, а саме злочинне ухилення від оплати за енергію з діянь по заподіянню майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою.

Повертаючись до поставленого нами запитання про доцільність співіснування у КК України ст. 188-1 "Викрадення електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання" і ст. 192 КК України "Заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою", вважаємо за можливе зробити наступні висновки: 1) з огляду на невідповідність диспозиції ст. 188-1 КК України теоретичним положенням науки кримінального права, з врахуванням ряду інших зауважень і аргументів, що вказують на недоліки диспозиції даної статті, вважаємо, що її існування є зайвим; 2) диспозиція ст. 192 КК України ("Заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою") повною мірою охоплює злочинні діяння по ухиленню від оплати за споживання енергії.

ПОНЯТТЯ ЕКОНОМІЧНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ У ВІТЧИЗНЯНІЙ ЛІТЕРАТУРІ

Боднарчук Р.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Приступаючи до емпіричного дослідження економічної злочинності, ми зіткнулися з необхідністю з'ясування і уточнення понятійного апарату цієї проблеми. Розглянемо деякі принципові точки зору, які зустрічаються у вітчизняній кримінологічної літературі, але для початку звернемось до визначення, яке подається в юридичній енциклопедії, де під економічною злочинністю розуміється сукупність суспільно небезпечних діянь, що посягають на валютно-фінансову систему країни, вчинених на певній території за певний період часу. Окремо тут розглядаються господарські злочини, як такі, що вчиняються в господарській сфері (отже економічна злочинність та господарські злочини, за енциклопедичним визначенням, поняття не тотожні).

У працях радянських кримінологів 20-х років під економічними злочинами розуміли такі діяння, які впливають на загальний господарський стан країни, порушуючи інтереси держави і трудівників, оскільки проявляються у господарській діяльності підприємств і приватних осіб.

Професор Г.А. Матусовський розрізняє два поняття: "злочини в сфері економіки" (майнові відносини) як більш широке, що охоплює не тільки власні економічні злочини, але й ті, що посягають на відносини власності, а також корисно-насильницькі діяння, що посягають на чуже майно (розбої, грабежі, вимагання), і більш вузьке поняття "економічні злочини" (тобто злочини в господарській діяльності). Проте, недоліком даної позиції, а саме щодо поняття "злочини в сфері економіки", на мою думку, є те, що у сфері економіки можуть вчинятися й не економічні злочини, але всі економічні злочини вчиняються у сфері економіки.

Проведений аналіз літературних джерел, в яких дається визначення поняття „економічна злочинність", дозволив дійти висновку, що цей термін вживається в трьох видах: у широкому розумінні, серединному, і вузькому. У широкому значенні розуміють усі види злочинів, які зазіхають на економіку, права, свободи, потреби учасників економічних відносин, що порушують нормальне функціонування економічного механізму, спричиняють цим соціальним цінностям і благам шкоду.

Надзвичайно широке визначення цьому поняттю дає В.М. Попович: „Економічні злочини – це діяння (дії чи бездіяльність), вчинені з завуальованим протиправним використанням легітимних технологічно-облікових операцій, фінансово-правових інструментів, організаційно-регулятивних та контрольно-управлінських прав і повноважень, які з корисливих чи інших протиправних мотивів (підрив репутації, розголошення комерційної таємниці тощо) посягають на відносини, що охороняються кримінальним законом, пов'язані з фінансово-господарськими, господарсько-регулятивними, технологічно-обліковими і цивільно-правовими операціями щодо цивільного обороту коштів, речей, прав, дій. Наведене визначення має декілька зауважень. По-перше, необґрунтовано розширюється коло економічних злочинів за рахунок введення цивільно-правових понять („операціями щодо цивільного обороту"). По-друге, необґрунтовано розширюється суб'єктивна сторона цих діянь („інших протиправних мотивів"). По-третє, розмиті кримінально-правові межі їх визначення („посягання на відносини, що охороняються кримінальним законом"). На нашу думку, таке визначення у практичному плані не дає можливості оцінки тих чи інших злочинів як економічних.

Визначаючи поняття економічних злочинів у серединному значені, деякі автори до цієї категорії відносять як злочини проти власності, так і господарські і корисливі посадові злочини.

І.М. Даньшин, звернув увагу на те, що при вирішенні питання про віднесення конкретного злочину до кола економічних потрібно враховувати основний критерій – антисоціальна спрямованість діяння проти економічної системи суспільства (об'єкт) і його наслідки (заподіяння істотної матеріальної шкоди об'єкту). Вже згодом І.М. Даньшин до даного критерію додає ще один – характер криміногенної мотивації поведінки винної особи. За першим критерієм (підставою) розчленування всієї злочинності на окремі групи, тобто за антисоціальною спрямованістю злочинного посягання, до економічної злочинності слід віднести усі злочини, спрямовані проти економічної системи суспільства. Це, по-перше, власність в розумінні суспільних відносин по володінню, користуванню та

© Боднарчук Р., 2006

розпорядженню майном (іноді у зв'язку з цим використовується словосполучення "економічні відносини власності"). І, по-друге, до економічної злочинності відносяться господарські злочини, які посягають на суспільні відносини, що забезпечують нормальну, правомірну господарсько-економічну діяльність у суспільстві. Згідно з другим критерієм класифікації злочинності, тобто за характером криміногенної мотивації поведінки винного, економічна злочинність має включати до себе ті вищевказані злочини, які вчинені з корисливих мотивів. До економічної злочинності в її кримінологічному розумінні професор І.М. Даньшин відносить: умисні корисливі злочини проти економічних відносин власності; умисні корисливі господарсько-економічні злочини; злочини посадових осіб, пов'язані із заподіянням істотної шкоди економічній діяльності; злочини, які вчиняються злочинними організованими групами та злочинними організаціями і завдають шкоду економічним відносинам власності, а також комерційній, фінансовій, банківській та іншій господарсько-економічній діяльності.

Основні риси економічних злочинів, на думку авторів підручника з кримінології за редакцією І.М. Даньшина, полягають у тому, що вони: 1) вчиняються у сфері економічних відносин; 2) суб'єктами цих злочинів можуть бути фізичні (громадяни) та службові особи; 3) спрямована на одержання значної економічної вигоди; 4) вчиняються лише умисно з мотивів користі; 5) засоби їх вчинення можуть бути як насильницькими, так і не насильницькими. Виходячи з наведеного дані автори дають таке визначення поняття економічної злочинності: економічна злочинність - це сукупність умисних корисливих злочинів у сфері легальної і нелегальної економічної діяльності, основним безпосереднім об'єктом яких виступають відносини власності і відносини у сфері господарської діяльності.

О.М. Литвак, визначаючи поняття „економічна злочинність", він пише: „Економічна злочинність – це сукупність умисних корисливих злочинів, :які вчиняються посадовими особами, іншими працівниками підприємств та установ, незалежно від форм власності, шляхом використання службового становища і місця роботи, а також так званих злочинних промислів, здійснення яких не пов'язане з використанням службового становища".

На наш погляд, визначення поняття економічної злочинності у широкому і серединному розумінні не може бути визнане задовільним, оскільки воно охоплює собою не тільки злочини у сфері господарювання, а й ті, котрі ніякого відношення до господарської діяльності не мають. Але, як справедливо зазначається багатьма авторами, економічні злочини порушують інтереси держави та інших суб'єктів, перш за все, у сфері економічної діяльності, і головним тут є, згідно з кримінально-правовою теорією, об'єкт злочинного посягання.

Є.Л. Стрєльцов, вважає що економічна злочинність – це передбачені кримінальним законом діяння, спрямовані на порушення відносин власності (майнові відносини) і існуючого порядку здійснення господарської діяльності. Він також вважає, що до економічних злочинів, виходячи з положень чинного кримінального законодавства, можна віднести злочини проти власності та господарські злочини. Всі інші злочинні діяння, що здійснюються в сфері економіки, не є економічними за своєю суттю. Якщо вони і порушують хід економічних процесів, то роблять це не прямо, а опосередковано.

Вітчизняне кримінальне право і правозастосовна практика традиційно до „злочинів у сфері економіки", виходячи з родового об'єкта цих злочинів, відносять господарські злочини і деякі злочини проти власності, які вчинюються у процесі економічної діяльності. З точки зору кримінологічної теорії і завдань попередження злочинності такий підхід, на наш погляд, найбільш продуктивний і його необхідно законодавче закріпити.

На думку В.Т. Білоуса: "З врахуванням таких критеріїв, як антисоціальна спрямованість злочинного посягання і характер криміногенної мотивації поведінки особи, яка скоїла злочин, економічна злочинність включає в себе: умисні корисливі злочини проти економічних відносин власності; умисні корисливі господарсько-економічні; злочини посадових осіб, що завдають істотної шкоди у сфері економічної діяльності; злочини, що скоюються організованими групами і злочинними співтовариствами, які завдають шкоди економічним відносинам власності, а також комерційній, фінансовій, банківській та іншій господарсько-економічній діяльності. Отже, економічна злочинність – це складна інтеграційна система, що складається з чотирьох вищевказаних елементів. Згодом, автор дає вже інше визначення поняття „економічної злочинності", до складу якої входять такі суспільно небезпечні діяння, які порушують існуючі відносини власності і встановленої господарської діяльності, та, з чим я повністю згідний, наголошується на недоцільності розширення

групи економічних злочинів за рахунок посадових, так як сьогодні переважна їх більшість здійснюється саме в економічній сфері, однак вони посягають також на інші суспільні відносини.

Дещо іншим чином, шляхом простого перелічення ознак без врахування їх істотності професор Джужа О.М. дає таке визначення: ”Економічна злочинність-це явище, що: властиве будь-якій державі та виникає в результаті високоінтелектуальної діяльності осіб з метою незаконного спрямування частини економічних ресурсів на свою користь. У країнах з низьким рівнем ринкових відносин їй додатково сприяє невідповідність законодавчої бази економічним реаліям; виникає у сфері управління державним чи приватним майном і пов’язана з використанням службового становища з корисливими намірами;стримує розвиток ринкових відносин, вільної конкуренції, а у кінцевому підсумку – підриває основи економічної безпеки держави; стимулює тіньовий капітал, корупцію та організовану злочинність; викликає соціальну нестабільність, зневіру законослухняних громадян у спроможності держави захистити їх інтереси.

Згідно підходу, запропонованого О.Г. Кальманом, який спочатку наводить перелік таких ознак, а вже потім дає визначення поняття: „Основні риси економічних злочинів полягають у тому, що: 1) вони вчиняються у сфері легальної і нелегальної економічної діяльності; 2) суб’єктами цих злочинів можуть бути як підприємці, так і інші особи, які сприяють виконанню господарської діяльності; 3) вони завдають економічної, політичної, моральної шкоди суспільству і державі; 4) спрямовані на одержання економічної вигоди; 5) вчиняються тільки навмисно; 6) можуть здійснюватися різноманітними засобами, передбаченими чинним законодавством.” На нашу думку, зазначені основні риси економічних злочинів дають реальну змогу провести їх кримінологічну класифікацію.

Виходячи з наведеного Кальман О.Г. дає таке визначення економічної злочинності: економічна злочинність – соціально-економічне деструктивне для економіки держави явище, яке проявляється у вчиненні навмисних корисливих злочинів особами у сфері легальної і нелегальної економічної діяльності, основним безпосереднім об’єктом яких виступають відносини власності і відносини у сфері виробництва, обміну, розподілу і споживання товарів і послуг з метою отримання доходу. На нашу думку, запропоноване визначення дозволяє більш рельєфно відокремити коло тих злочинів, що належать до економічних, від інших злочинів, у яких додатковим об’єктом виступають відносини власності, відносини у сфері економічної діяльності.

Історія українського законотворення знає спробу законодавчого закріплення поняття економічної злочинності у проекті закону «Про боротьбу з економічною злочинністю», який був відхилений Верховною Радою України. Тому пропоную прийняти закон «Про боротьбу з економічною злочинністю», за основу якого взяти даний проект, проте визначення економічного злочину та економічної злочинності викласти наступним чином:

Економічна злочинність – це історично-мінливе, соціально-економічне, кримінально-правове явище, яке становить собою сукупність злочинів, що посягають на суспільні відносини у економічній сфері, що утворюють систему господарювання держави і визначають порядок володіння, користування і розпорядження майном фізичних і юридичних осіб, що використовується у процесі господарювання, порядок виробництва, обміну, розподілу і використання вироблених благ, товарів і послуг, валютно-фінансову і банківську системи, та на законні права споживачів, умисно вчинених з корисливих мотивів з метою одержання значної незаконної економічної вигоди у сфері легальної і нелегальної економічної діяльності, заподіюючи при цьому істотну шкоду даним відносинам, вчинених у певному регіоні держави за певний період часу.

Економічний злочин – це передбачене Кримінальним кодексом України суспільно небезпечне діяння, що посягає на врегульовані державою суспільні відносини у економічній сфері, що утворюють систему господарювання держави і визначають порядок володіння, користування і розпорядження майном фізичних і юридичних осіб, що використовується у процесі господарювання, порядок виробництва, обміну, розподілу і використання вироблених благ, товарів і послуг, валютно-фінансову і банківську системи, та на законні права споживачів, умисно вчинених з корисливих мотивів з метою одержання значної незаконної економічної вигоди у сфері легальної і нелегальної економічної діяльності, заподіюючи при цьому істотну шкоду даним відносинам. Сюди відносяться злочини проти власності фізичних та юридичних осіб, яка використовується у процесі господарювання та господарські злочини.

Звичайно, можуть бути висловлені і додаткові судження про кримінологічну природу економічної злочинності. Але очевидним є одне: слід виробити стале кримінологічне робоче поняття даного структурного різновиду всього масиву злочинності, необхідне для упорядкування поточного статистичного обліку, який на практиці ще є недосконалим.

ЗАКОНОМІРНОСТІ ВІДМЕЖУВАННЯ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ ВІД СКЛАДІВ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Брич Л.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Порівняльний аналіз Особливої частини Кримінального кодексу України 2001 року (далі КК, якщо інше не обумовлено в тексті) і Особливої частини Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі КпАП) дозволяє виділити 58 пар чи груп, сформованих складами злочинів і складами адміністративних правопорушень, які мають спільні ознаки. Крім того, як доречно зауважує М.І. Хавронюк, іншими законами, що передбачають відповідальність за адміністративні правопорушення, часто встановлюється відповідальність за ті самі діяння, за які КК передбачає кримінальну відповідальність. Цей вчений у роботі „Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України" наводить 21 групу правопорушень, де збігаються усі ознаки складів злочинів і складів адміністративних правопорушень, передбачених іншими, крім КпАП, законами, що встановлюють адміністративну відповідальність.

Внаслідок наявності спільних ознак виникає проблема відмежування складів злочинів від складів адміністративних правопорушень як в теорії, так і в конкретних випадках застосування права. Наскільки гострою є ця проблема, свідчить стан судової практики. Дослідники, які займались проблемою злочинів проти довкілля, зокрема Дубовік О.Л. та Жалінскій А.Е. у праці «Причины экологических преступлений» відзначали, що в більшості, а Жевлаков Е.Н. у роботі «Уголовно-правовая охрана природной среды в Российской Федерации», що у 100% випадків кваліфікації посягань як адміністративних правопорушень, діяння мали ознаки злочинів.

Проведене мною вибіркове вивчення практики відмежування складів злочинів від складів адміністративних правопорушень дозволяє дійти до таких взаємопов'язаних висновків.

Насамперед, в тих випадках, коли ознаки, за якими відрізняється склад злочину від складу адміністративного правопорушення, в законі позначені формально визначеними поняттями, чи оціночними поняттями, критерії встановлення змісту яких конкретизовані в актах інших галузей законодавства, проблем у відмежуванні не виникає. Наприклад, не виявлено випадків неправильної кваліфікації у відмежуванні дрібного розкрадання державного або колективного майна (ст.51 КпАП в редакції, яка діяла до вступу в силу Закону України від 2 червня 2005 р.) від крадіжки (ст.185 КК), шахрайства (ст.190 КК), так як ознака, за якою у цих випадках проводилося відмежування, – розмір наслідків у порівнюваних складах визначений чітко. Єдиний же випадок неправильного відмежування названих складів правопорушень був пов'язаний із встановленням змісту оціночного поняття, названого у ч.3 ст.51 КпАП (в редакції, яка діяла до вступу в силу Закону України від 2 червня 2005 р.), як одного з критеріїв, які визначали, що розкрадання є дрібним, а саме: значення викрадених предметів для народного господарства. В цьому випадку викрадення 10,1 тонн піску вартістю 34 грн. було оцінено судом першої інстанції, як вчинене у значних розмірах і кваліфіковане як крадіжка.

Прикметно, що у ст.51 КпАП „Дрібне викрадення чужого майна" в редакції Закону України від 2 червня 2005 р. законодавцем застосовано лише один, але чіткий, критерій, за наявності якого викрадення чужого майна, якщо воно вчинене способом, передбаченим у ч.1 цієї статті, вважається дрібним, – це вартість викраденого майна. Разом з тим, за час дії ст.51 КпАП у новій редакції, виявлено випадки кваліфікації працівниками правоохоронних органів як адміністративних правопорушень відповідних діянь, вчинених у значних розмірах, а тому злочинних. Причиною таких помилок стало неправильне застосування методики обчислення розміру податкової соціальної пільги, яке не відповідає положенню підпункту 6.1.1. Закону України від 22 травня 2003 р. „Про податок з доходів фізичних осіб" про те, що розмір податкової соціальної пільги обчислюється залежно від розміру мінімальної заробітної плати за станом на 1 січня відповідного року.

Проблеми у відмежуванні складів злочинів від складів адміністративних правопорушень виникають, головним чином тоді, коли відмінні ознаки, за якими склад злочину відрізняється від складу адміністративного правопорушення, сформульовані в законі за допомогою оціночних понять, зміст яких в нормативному порядку не уточнений. Наприклад, на перший погляд, відмежування

© Брич Л., 2006

складів злочинів проти довкілля і відповідних їм складів адміністративних правопорушень за КК 2001 р. порівняно з КК 1960 р. істотно спростилось. Наявність суспільно небезпечних наслідків – істотної шкоди – є найбільш поширеною ознакою, за якою можна відрізнити ці склади злочинів від відповідних складів адміністративних правопорушень. Але ні у КК, ні у нормативних актах інших галузей законодавства, зокрема у постанові Кабінету Міністрів України від 5 грудня 1996 р. „Про такси для обчислення розміру шкоди, заподіяної лісовому господарству", ні у постанові Пленуму Верховного Суду України від 10 грудня 2004 р. „Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля" не вказані ті кількісні і вартісні критерії, за якими можна було б визначити, що заподіяна відповідним посяганням майнова шкода є істотною. Вивчення практики, яка існувала до прийняття Пленумом Верховного Суду України названої постанови, показало наявність різнобою у визначенні розміру істотної шкоди як ознаки незаконної порубки лісу (ст.246 КК). Межі цієї ознаки в різних випадках розтягнулись від 7 тис. грн.. до 176 тис. грн.

Найбільш гостро проблема відмежування постає у тих випадках, коли одне і те ж діяння передбачене у КК як злочин і в КпАП, або іншому законі, що встановлює адміністративну відповідальність, як адміністративне правопорушення. Це має місце тоді, коли диспозиції відповідних статей КК і КпАП, чи іншого закону, що передбачає адміністративну відповідальність за певні посягання, збігаються текстуально, або тотожні за змістом. Щодо останнього маються на увазі ті випадки, коли в диспозиціях відповідних статей КК та КпАП, чи іншого закону про адміністративну відповідальність, використані різні терміни, які, однак, позначають одне й те ж поняття. Наприклад, склади правопорушень, передбачені ст.213 КК „Порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом" та ст.164^{10} КпАП „Порушення законодавства, що регулює здійснення операцій з металобрухтом".

Прикладом же текстуального збігу є склад злочину, передбаченого ч.1 ст.310 КК „Посів або вирощування снотворного маку чи конопель" і склад адміністративного правопорушення, передбаченого ст.106^2 КпАП „Незаконні посів і вирощування снотворного маку чи конопель". Проблема полягає в тому, що диспозиції ч.1 ст.310 КК і ст.106^2 КпАП сформульовані абсолютно однаково. Виникла ситуація функціональної колізії в праві. В таких випадках просте порівняння диспозицій, тлумачення змісту ознак не дозволяє встановити, яка норма: кримінально-правова чи адміністративно-правова повинна застосовуватися.

Законодавчі приписи в цій частині суперечливі. Так відповідно до ч.2 ст.9 КпАП, адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо ці порушення за своїм характером не тягнуть за собою відповідно до чинного законодавства кримінальної відповідальності". А в ч.2. ст.11 КК сказано: „Не є злочином дія чи бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки...". Одним із критеріїв малозначності у кримінально-правовій літературі називають ту обставину, що відповідне діяння передбачене в КпАП. Також не зрозумілим залишається й те, що ж таке характер діяння, про який іде мова у ч.2 ст.9 КпАП, і як він визначається.

Сказане ілюструє, що проблема відмежування складів злочинів від складів адміністративних правопорушень обумовлена, насамперед, недоліками закону.

Ще один характерний недолік практики застосування закону, в частині відмежування складів злочинів від складів адміністративних правопорушень, виявляється в тому, що діяння, які мають кваліфікуватися як адміністративні правопорушення, кваліфікуються як замах на злочин. Непоодинокими є випадки й зворотної ситуації – коли діяння, яке містить ознаки замаху на злочин, кваліфікується як адміністративне правопорушення. Такі вади кваліфікації мають місце у відмежуванні складів злочинів від складів адміністративних правопорушень, що відрізняються між собою за наявністю суспільно небезпечних наслідків у складі злочину та відсутністю їх у складі правопорушення, або за розміром наслідків, які є обов'язковою ознакою і складу злочину, і складу правопорушення. Причиною хибної кваліфікації у таких випадках ставало те, що органами, які здійснювали кваліфікацію, не бралось до уваги, яким видом вини характеризувалось ставлення винного до наслідків, та з яких причин – що залежали, чи не залежали від волі винного, не настали суспільно небезпечні наслідки у видах та розмірах, передбачених відповідною статтею КК.

Для того, щоб уникати помилок в практиці застосування закону та в законотворчій практиці потрібно закласти теоретичні основи відмежування складів злочинів від складів адміністративних правопорушень – виявити ті закономірності, які лежать чи повинні бути закладені в основу такого відмежування.

Таким чином, відмежування складів злочинів від складів адміністративних правопорушень має такі закономірності:

1. Необхідність відмежування складів злочинів від адміністративних правопорушень обумовлена наявністю у них спільних ознак – ознак, які мають однаковий зміст, хоч можуть не збігатися термінологічно.
2. Суспільна небезпека є ознакою, яка в цілому визначає відмінність між злочинами і адміністративними проступками. Але не її ступінь, а факт наявності чи відсутності цієї ознаки злочину вказує на те, має місце злочин чи інше правопорушення. Як відомо, суспільна небезпека не є самостійною ознакою складу злочину. Це ознака загального поняття злочину, яка стосовно кожного конкретного складу злочину визначається сукупністю його об'єктивних і суб'єктивних ознак. Тому вона не може слугувати відмежувальною.
3. Можливість відмежування складів злочинів від складів адміністративних правопорушень обумовлена наявністю відмежувальних ознак, або, як їх ще в літературі називають, критеріїв відмежування. Оскільки, мова йде про ознаки складу злочину, точніше їх було б називати не критеріями, а відмежувальними ознаками. Використання терміну „ознака" принаймні позбавляє хибного уявлення про те, що відмежування можливе з використанням якихось обставин, факторів, які знаходяться поза межами складу правопорушення.

   Відмежувальними ознаками пропонується вважати однойменні ознаки конкретних складів, які виступають обов'язковими у складі злочину і одночасно обов'язковою є їхня відсутність у складі адміністративного правопорушення; або, якщо це стосується наслідків злочину, то в складі злочину порівняно із складом адміністративного правопорушення їх розмір визначений значно вищим.
4. У відмежуванні складів злочинів і адміністративних правопорушень принциповим є те, що стосовно злочинів ознаками, за якими проводиться відмежування, можуть бути тільки ознаки основного складу злочину. Кваліфікуючі ознаки складу злочину не можуть слугувати для відмежування між складами злочинів і адміністративних правопорушень через те, що їхнє призначення – розмежовувати основні і кваліфіковані склади злочинів. Отже, відсутність кваліфікуючих ознак вказує лише на те, що відсутній кваліфікований, тобто більш суспільно небезпечний, ніж основний, склад злочину. Але це не може однозначно свідчити про відсутність складу злочину взагалі.
5. Відмежувальні ознаки повинні бути вказані в законі як ознаки складу злочину з використанням формально визначених понять.
6. У випадку повної збіжності ознак складу злочину і ознак складу адміністративного правопорушення відмежування не можливе. В такій ситуації потрібно змінювати закон, як це було зроблено Законом України від 18 травня 2004 р. та Законом України від 3 квітня 2003 р., якими були виключені із КК відповідно: ст.331 «Незаконне перетинання державного кордону» та ст.230 „Порушення антимонопольного законодавства". А у кваліфікації керуватися принципом: всі сумніви тлумачаться на користь особи, діяння якої кваліфікується. Тому кваліфікувати вчинене як адміністративне правопорушення.
7. Якщо ж об'єктивна сторона вчиненого діяння одночасно передбачена адміністративно-правовою нормою і кримінально-правовою нормою про готування чи замах на злочин, то кваліфікувати вчинене як проступок, а не як злочин можна в тих випадках, коли діяння вчиняється не з прямим умислом. Якщо ж суб'єктивне ставлення винного, зокрема до наслідків, що передбачені як ознака складу злочину, характеризується прямим умислом, але ці наслідки не настали з причин, що не залежали від волі винного, то вчинене має бути кваліфіковане як замах на злочин, або як готування до злочину, за винятком тих випадків, коли відповідно до ч.2 ст.14 КК України це готування до злочину невеликої тяжкості не тягне кримінальної відповідальності.

КРИМІНОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ОСОБИСТОСТІ ЖІНКИ – РЕЦИДИВІСТКИ

Будз В.

Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України.

У кримінології традиційно приділяється істотне значення вивченню особистісних якостей злочинця, що виступає однією з підстав для розробки заходів запобігання злочинності та захисту прав і свобод людини в державі.

О.М. Яковлєв у своїх працях зазначає, що вчення про особистість злочинця повинно лежати в основі попередження злочинності шляхом впливу на індивідуальні фактори злочинця. Вивчення характерних особливостей злочинця має значення не лише для індивідуалізації покарання та успішного перевиховання засудженого, воно повинно стати важливим елементом у розробленні та проведенні заходів державних органів по попередженню ще не скоєних злочинів. Український вчений А.Ф. Зелінський наголошує, що особистість рецидивіста є визначальним фактором детермінації рецидива злочинності

Актуальність визначення індивідуальних особливостей рецидивістів не викликає сумніву. Індивідуалізація покарання як на стадії його призначення, так і під час його виконання, визнається необхідною, оскільки значною мірою залежить від врахування особистих якостей злочинця. Зокрема й процес реабілітації повинен проводитись за програмою, яка, у першу чергу, виходить з характеристик, притаманних конкретній особистості.

У правовій літературі вчені наголошують на доцільності застосування до рецидивістів більш суворої відповідальності, обґрунтовуючи свої положення посиланнями на особисті якості даної категорії осіб, зокрема, на їх суспільну небезпеку.

О.І. Алєксєєв, зокрема, вважає, що неодноразове вчинення злочину може свідчити про стійку антисуспільну орієнтацію особи, її відкриту спрямованість на продовження злочинної діяльності, всупереч застосовуваним до неї кримінально–правовим заходам.

Вивчення особи, що вчинила злочин, проводиться кримінологами за групою ознак, яка складає структуру особи злочинця. Так, О.І. Алєксєєв вважає, що структуру особи злочинця можна визначити за допомогою таких критеріїв: соціально–демографічні, кримінально–правові, моральні, психологічні та біофізичні риси.

Згідно з С.П. Бузиновою дослідження особистості злочинця відбувається за такою схемою: 1) потребносно–мотиваційна сфера; 2) характеристика моральної і правової свідомості; 3) соціальні позиції і зв'язки; 4) соціально значима діяльність (зокрема злочинна поведінка).

Рецидивна злочинність жінок набула значного розповсюдження за останні роки в Україні та являє суттєву небезпеку для суспільства. Визначення характеристики особистості жінки–рецидивістки повинно містити якомога повнішу інформацію про соціально–демографічні характеристики, які притаманні особі рецидивістки, однак найбільш важливим на наш погляд є, ознаки, що дають уявлення про її соціально–психологічний портрет, який включає: систему ціннісних орієнтацій, рівень їх правосвідомості, наявність сталих поведінкових стереотипів, емоційно–вольову характеристику і особливості перебігу пізнавальних процесів.

Вченими кримінологами виявлено: 1) значну кількість злочинів корисливої та корисливо насильницької спрямованості у структурі рецидивної злочинності жінок; 2) високі показники інтенсивності рецидиву; 3) значну кількість однорідних і тотожних злочинів у структурі даного виду злочинності; 4) наявність ознак кримінального професіоналізму у злочинах, вчинених жінками-рецидивістками.

О.М. Яковлєв, наприклад, пропонує виділити першочергові дані про особистість рецидивістів, до яких відносяться: дані про їх вік, професії, наявність чи відсутність постійного місця проживання, сім'ї. Та головним у психологічному вивченні особистості вчений виділяє систему моральних та духовних цінностей.

© Будз В., 2006

Насамперед, серед злочинців–рецидивістів слід зазначити співвідношення кількості жіночої та чоловічої статі. О.І. Алексєєв та Ю.В. Солопанов зазначають, що рецидив злочину серед раніше засуджених жінок спостерігається приблизно в два з половиною рази менше, ніж серед відповідної категорії чоловіків. Проте жінки-рецидивістки в значній мірі відрізняються більш стійкою антисуспільною направленістю особистості, більшою соціальною та моральною деградацією, ніж інші чоловіки-рецидивісти. Вчені зазначають, що інтенсивність рецидиву у жінок дещо вища, ніж у чоловіків. Ці факти пояснюються як психологічними особливостями жінок, так і тією обставиною, що раніше засудженій жінці важче, ніж чоловікові відновити раніше втрачені соціально корисні зв'язки в суспільстві.

Аналогічної думки дотримується і Г.Ф. Хохряков, зазначаючи, що позбавляючи людину волі, ми грубо проникаємо в ламкий світ людських відносин. Позбавлення волі обмежує жінок у задоволенні більш важливих потреб, тісніше пов'язаних з глибинними пластами психіки. Саме тому жінки швидше і частіше розпадаються в тюрмах як особистості. Автор наводить дані адаптації у жіночих колоніях, які набагато гірші, ніж у чоловічих. Так, співвідношення соціально адаптованих до соціально дезадаптованих рівняється лише 10%, серед чоловіків цей показник дорівнює 24%, а серед чоловіків у колоніях суворого режиму – 71%.

Рецидивісти порівняно зі злочинцями, які вчинили злочин вперше, відрізняються старшим віком. Це пояснюється тим, що між першою та другою судимістю проходить певний час. Середній вік жінок-рецидивісток перевищує 30 років, а осіб з п'ятою та більшою кількістю судимостей – 40 років.

О.І. Алексєєв та Ю.В. Солопанов слушно відзначають, пряму залежність між рівнем освіти громадян та ймовірністю скоєння їх антисуспільної, в тому числі й рецидивної поведінки, та носить складний діалектичний характер. За даними вчених рівень освіти у всіх злочинниць, а у жінок–рецидивісток, особливо, є нижчим, ніж середній рівень освіти всього населення.

Безспірним є те, що освіта, розвиток прагнення до знань, призводять до розширення кола інтересів, самосвідомості та самоствердження особистості у суспільно корисних формах. Отже, освіта являється невід'ємною частиною виховання і служить попередженню антисуспільних вчинків.

Аналіз особистих якостей рецидивіста передбачає, за визначенням А.Ф. Зелінського вивчення в усій її різноманітності та унікальності особистості в цілому. Вчений зазначає, що традиційна схема ознайомлення зі структурою особистості передбачає першочергове визначення її "верхнього рівня", котрий становить така ознака, як спрямованість особи, яку автор визнає основною особистісною характеристикою рецидивіста.

В.М. Кудрявцев, наприклад, притримується концепції визначення системи потреб особистості, яка складається з трьох рівнів. До першого належать елементарні біологічні потреби (самозбереження, розмноження та орієнтування). Соціальний розвиток людини сприяє перетворенню їх у більш розвинутих (потреба самозбереження – у матеріальні, а орієнтування – у пізнавальну і потребу у соціальному спілкуванні). На вищому рівні знаходяться потреби у соціальній активності, творчості. Цей перелік завершують світоглядні та ідеологічні потреби. Вчений зазначає, що формування мотивації обумовлюється наявністю певних ціннісних орієнтацій, які можуть блокувати розвиток антисуспільного мотиву поведінки.

Формування чи усталення антисуспільних поглядів та поведінки особливо інтенсивне в умовах відсутності чи послаблення сімейних зв'язків особистості. І.О. Алексєєв та Ю.В. Солопанов доводять, що серед засуджених, особливо, серед рецидивістів у всіх вікових групах як у чоловіків, так і у жінок, частка осіб, які перебувають у шлюбі значно менша, ніж у складі всього населення. Розпад сімейних відносин у рецидивістів відбувається більш інтенсивніше, ніж у вперше засуджених до позбавлення волі осіб, при чому у всіх випадках у жінок значно інтенсивніше, ніж у чоловіків.

Значна частина рецидивістів - це особи, які не мають не лише сім'ї , а й постійного місця проживання. Серед рецидивістів чоловічої статі, які не мають постійного місця проживання, у три рази, а серед рецидивістів–жінок в чотири рази більше, ніж серед відповідної категорії засуджених вперше.

Характеризуючи відношення жінок – рецидивістів до трудової діяльності, слід зазначити, що частка осіб, які знаходились на момент вчинення злочину без визначеного роду занять вдвічі більша, ніж серед осіб, які скоїли злочин вперше.

Отже, особистість жінки–рецидивістки характеризується прогресуючим по мірі зростання кількості судимостей послабленням та розпадом соціально корисних зв'язків як у виробничій сфері, так і в сфері побуту.

С.П. Бузинова виокремлює спонукання, що притаманні злочинцям-рецидивістам: корисливість, хуліганські спонукання, помста, ревнощі, емоційні мотиви, вплив інших осіб та усунення перешкод чи приховування іншого злочину.

Кримінологи зазначають, що світогляд рецидивістів характеризується неналежним розвитком або повною відсутністю засвоєння таких моральних цінностей, як ставлення до обов'язків, до праці, сім′ї, оточуючих, до самої себе та ін. Дана категорія характеризується повною байдужістю до своєї родини.

Дослідники серед аспектів, які потребують уваги, виділяють також поведінку у кримінально–виконавчій установі, що може свідчити про дефектність моральної свідомості. Так, А.Ф. Зелінський вказує на підструктуру досвіду, яка складається зі знань, вмінь, навичок, звичок, отриманих у процесі життєдіяльності. Підструктура досвіду та характеристики діяльності особи тісно пов'язані. На думку вченого, дані елементи істотно впливають на обрання способу діяльності, пов'язуються зі вчиненням рецидивістами однорідних злочинів та, у деяких випадках, свідчить про високу злочинну кваліфікацію вказаної категорії осіб.

Серед звичок А.Ф. Зелінський виділяє наркоманію та пияцтво, що дуже тісно пов'язані зі злочинною поведінкою. За даними вченого, зі зростанням числа судимостей збільшується кількість хворих на наркоманію та пияцтво.

Особливості перебігу пізнавальних процесів особистості та її емоційно–вольова характеристика об'єднані у такому елементі, як підтструктура форм психічного відображення, що включає особливості перебігу емоційних, вольових, інтелектуальних процесів, пам'яті та сприйняття. Автор зазначає, що імпульсивність, свавілля і низький рівень інтелекту притаманний більшій частині рецидивістів.

О.І. Алексєєв та Ю.В. Солопанов для визначення особливостей особи-рецидивіста виділяють її морально-психологічні ознаки. До яких відносять: 1) інтелектуальну сферу (стверджуючи, що для рецидивістів характерні відставання загальносуспільного та культурного рівня); 2) сфера світосприйняття, де констатується нехтування пануючими у суспільстві цінностями (особистість жінки-рецидивістки характеризується викривленням потреб, неадекватним відношенням до потреб та способів їх задоволення, високим емоційним збудженням, слабким самоконтролем та значною залежністю поведінки від ситуації).

Для повного викладення особистих характеристик, притаманних жінкам-рецидивісткам, звернемо увагу на біологічні ознаки. До них можна віднести темперамент, органічну патологію психіки. Цей елемент, на думку А.Ф. Зелінського, істотно впливає на поведінку, будучи природною основою формування характеру та, відповідно, лінії поведінки.

Підводячи підсумки, можна відзначити підвищену суспільну небезпеку даної категорії злочинниць та високий ступінь соціальної деградації жінки-рецидивістки. Слід також визнати певні особливості, притаманні рецидивній злочинності жінок, що обумовлюється особливостями мотивації їхньої поведінки, які слід врахувати при організації процесу виконання покарань щодо засуджених жінок та програм соціальної реабілітації, які мають на меті запобігання рецидивній злочинності жінок. До особливостей особистості вказаної категорії злочинниць також можна віднести стійку антисуспільну направленість, більшу соціальну та моральну деградацію, вищу інтенсивність рецидиву, ніж у чоловіків, значні психологічні особливості та відмінності, а те, що раніше засудженій жінці важче відтворити втрачені суспільні зв'язки. Слід зазначити вагомий вплив жінки–матері, яка є рецидивісткою, на девіантну поведінку неповнолітніх, який, переважно, є негативним.

Отже, всі наведені вище обставини обумовлюють необхідність та важливість ретельного дослідження проблеми рецидивної злочинності жінок в Україні.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ СТАНУ СИЛЬНОГО ДУШЕВНОГО ХВИЛЮВАННЯ

Бурдін В.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Проблеми кримінально-правового значення стану сильного душевного хвилювання детально досліджувалися вченими минулого і сучасності. Разом з тим окремі питання цієї теми залишаються і надалі дискусійними в науці кримінального права, такими, що потребують подальшого дослідження. До таких проблемних питань можна віднести, зокрема, такі:

- чи можна стан сильного душевного хвилювання ототожнювати зі станом фізіологічного афекту?
- які емоційні стани можуть охоплюватися поняттям "стан сильного душевного хвилювання"?
- які саме обставини можуть обумовити виникнення стану сильного душевного хвилювання?

В КК України 2001 р. про стан сильного душевного хвилювання мова йде у двох статтях Особливої частини – умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання (ст. 116), умисне тяжке тілесне ушкодження, заподіяне в стані сильного душевного хвилювання (ст. 123). Про такий стан вказується і в Загальній частині КК України. Так, вчинення злочину під впливом сильного душевного хвилювання, викликаного неправомірними або аморальними діями потерпілого, є пом'якшуючою покарання обставиною (п. 7 ст. 66). Крім того, про такий стан згадується в ч. 4 ст. 36 та в ч. 3 ст. 39 КК України.

На сьогодні більшість науковців вважають, що поняття "стан сильного душевного хвилювання" не тотожне ні поняттю "афект", ні поняттю "фізіологічний афект". Стан сильного душевного хвилювання пропонується розглядати як поняття, яке за своїм обсягом ширше, і охоплює поняття "афект" та "фізіологічний афект" але не вичерпується ними. Враховуючи те, що законодавець використовує поняття "стан сильного душевного хвилювання" для позначення психічних станів, які зменшують здатність особи усвідомлювати свої діяння та (або) керувати ними, це поняття повинно охоплювати і деякі інші емоційні стани, які мають такі властивості.

В літературі з психології вказується, що суттєво зменшувати здатність людини усвідомлювати свої діяння та (або) керувати ними можуть не тільки афекти, але й інші емоційні стани, які не наділені всіма феноменологічними ознаками афекту. Отже, поняття фізіологічного афекта виявляється недостатнім для того, щоб описати та кваліфікувати всі випадки емоційних станів, що обмежують здатність людини усвідомлювати свої діяння та (або) керувати ними. Оскільки існує цілий клас емоційних станів, які суттєво обмежують ці здатності, проте які не можуть бути віднесені до афектів.

Треба погодитися з думкою Ф.С. Сафуанова, що з юридичної точки зору неважливо як назвати такий емоційний стан, який зменшує здатність особи усвідомлювати свої діяння та (або) керувати ними, важливим є інше – він позбавляє особу можливості в повній мірі усвідомлювати свої діяння та (або) керувати ними. Саме така властивість цього емоційного стану лежить в основі поняття "стан сильного душевного хвилювання". На наш погляд, не має потреби шукати психологічний термін, який би охоплював всі емоції, які за своєю силою здатні суттєво порушувати психічну діяльності та призводити до того, що особа втрачає здатність повною мірою усвідомлювати свої діяння та (або) керувати ними. В зв'язку з цим видається, що в статтях КК України замість терміну "стан сильного душевного хвилювання" доцільно використовувати словосполучення, яке не буде настільки ємним, як, наприклад, термін "афект" або "фізіологічний афект", але максимально чітко та правильно буде відображати психологічний зміст поняття, що ним позначається, та охоплювати різні види емоційних станів, що мають кримінально-правове значення в зв'язку з тим, що здійснюють суттєвий вплив на психічну діяльність людини. Таким словосполученням повинно бути: "стан, в якому особа не могла в повній мірі усвідомлювати свої діяння та (або) керувати ними." Правильним треба визнати вирішення розглядуваного питання в КК Республіки Білорусь, де в ст. 31 хоч і вживаються одночасно терміни "афект" та "стан сильного душевного хвилювання", але при цьому вказується, що ці терміни

© Бурдін В., 2006

позначають стан людини, коли вона втратила можливість в повній мірі усвідомлювати свої діяння та (або) керувати ними.

Якщо аналізувати диспозиції ст. 116 та ст. 123 КК України, можна помітити певну неузгодженість. Так, в ст. 116 КК України вказується, що стан сильного душевного хвилювання може бути обумовлений протизаконним насильством, систематичним знущанням або тяжкою образою з боку потерпілого. В ст. 123 КК України перелік обставин, що можуть викликати стан сильного душевного хвилювання, чомусь звужено. Вказано, що такий стан може бути викликаний лише протизаконним насильством або тяжкою образою з боку потерпілого. На наш погляд, це явне упущення законодавця. В цьому відношенні більш послідовними видаються ст. 95 та 113 КК України 1960 р., де однаково вказувалося, що стан сильного душевного хвилювання міг бути викликаний протизаконним насильством або тяжкою образою.

В цілому треба визнати правильною позицію законодавця щодо розширення в КК України 2001 р. переліку обставин, що можуть викликати стан сильного душевного хвилювання. Мова йде про вказівку на систематичне знущання з боку потерпілого. Разом з тим таку обставину логічно було би передбачити і в ст. 123 КК України. З цього приводу взагалі треба вказати, що законодавець, на наш погляд, повинен би був у всіх статтях, де вказує на стан сильного душевного хвилювання, передбачити однакові обставини, що можуть обумовити його виникнення. Мова йде про необхідність доповнення ст. 116 та 123 КК України вказівкою на те, що такий стан може бути викликаний також будь-якими неправомірними чи аморальними діяннями з боку потерпілого. Адже про такі обставини вказується в п.7 ст. 66 КК України. Щоправда, треба відзначити, що мова повинна йти не тільки про дії, але і про бездіяльність, яка так само може бути як неправомірною, так і аморальною. Таким чином, в результаті таких доповнень відбулася би певна логічна узгодженість вказаних кримінально-правових норм.

Адже не можна пояснити, чому законодавець вважає, що стан сильного душевного хвилювання як обставина, що перетворює основний склад умисного вбивства в склад злочину з привілейованою ознакою, може бути обумовлений систематичним знущанням і чому відсутня вказівка на систематичне знущання в ст. 123 КК України. Знову ж таки, чому стан сильного душевного хвилювання, як пом'якшуюча покарання обставина, що передбачена в п.7 ст. 66 КК України, може бути обумовлений будь-якими неправомірними чи аморальним діями потерпілого, і чому вказівка на будь-які неправомірні чи аморальні дії потерпілого відсутня в ст. 116 та ст. 123 КК України? Може законодавець вважає, що лише протизаконне насильство чи тяжка образа або систематичне знущання можуть викликати стан сильного душевного хвилювання, коли у особи може виникнути бажання вбити кривдника? Або що лише протизаконне насильство чи тяжка образа можуть викликати стан сильного душевного хвилювання, коли у винного може виникнути бажання заподіяти тяжке тілесне ушкодження, і що інші неправомірні чи аморальні дії не можуть обумовити виникнення такого стану з такими бажаннями, а отже і розглядатися вони повинні лише як обставина, що пом'якшує покарання? На наш погляд, такий підхід є неправильним по своїй суті, адже як стверджують психологи виникнення стану сильного душевного хвилювання залежить не стільки від об'єктивних обставин, скільки від індивідуальних особливостей кожної людини. Тому неправильним буде ставити в пряму залежність виникнення стану сильного душевного хвилювання від конкретних форм неправомірної чи аморальної поведінки потерпілого. Навпаки, як нам видається цілком можливо передбачити однакові обставини, що можуть викликати такий стан, як в ст.ст. 116, 123, так і в п. 7 ст. 66 КК України.

Видається, що законодавець в ст. 116 та ст. 123 КК України суттєво і, наш погляд, безпідставно обмежує коло обставин, які можуть обумовити виникнення стану сильного душевного хвилювання. Так, Пленум Верховного Суду України в п. 23 постанови від 7 лютого 2003 р. № 2 "Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи" вказує, що поняттям насильства, що може обумовити виникнення стану сильного душевного хвилювання, охоплюється погроза заподіяти фізичну, майнову або моральну шкоду. Але саме заподіяння майнової чи моральної шкоди поняттям насильства не охоплюється. Тобто, коли у особи виник стан сильного душевного хвилювання внаслідок погрози, наприклад знищити її майно в майбутньому, такий стан буде впливати на кваліфікацію у випадку вчинення нею вбивства чи тяжкого тілесного ушкодження. Проте, коли на очах особи знищили її майно, що обумовило виникнення стану сильного душевного хвилювання, то такий стан вже значення для кваліфікації мати не буде. В кращому випадку його можна враховувати тільки як обставину, що пом'якшує покарання особі. Нелогічність такої ситуації більше ніж очевидна.

З урахуванням викладеного пропонуємо викласти ст. 116 та ст. 123 КК України у нових редакціях:

Стаття 116. Вбивство, вчинене в стані, коли особа не могла в повній мірі усвідомлювати свої діяння та (або) керувати ними

Вбивство, вчинене в стані, коли особа не могла в повній мірі усвідомлювати свої діяння та (або) керувати ними, якщо такий стан виник внаслідок протиправної чи аморальної поведінки потерпілої особи,

- карається…

Стаття 123. Умисне тяжке тілесне ушкодження, заподіяне в стані, коли особа не могла в повній мірі усвідомлювати свої діяння та (або) керувати ними

Умисне тяжке тілесне ушкодження, заподіяне в стані, коли особа не могла в повній мірі усвідомлювати свої діяння та (або) керувати ними, якщо такий стан виник внаслідок протиправної чи аморальної поведінки потерпілої особи,

- карається…

ПИТАННЯ, ЩО ВИНИКАЮТЬ В СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ ПРИ ВИЗНАЧЕННІ СУДОМ ОСТАТОЧНОГО ПОКАРАННЯ ЗА СУКУПНІСТЮ ЗЛОЧИНІВ

Василаш В.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Відповідно до ч. 1 ст. 70 КК України, суд, призначаючи покарання при сукупності злочинів, призначивши покарання (основне і додаткове) за кожний злочин окремо, визначає остаточне покарання шляхом поглинання менш суворого покарання більш суворим або шляхом повного чи часткового складання призначених покарань. Із зазначеного законодавчого положення випливає, що призначення покарання при сукупності злочинів здійснюється судом у два етапи (стадії). На першому етапі, суд окремо призначає покарання за кожний злочин, що утворює сукупність, а на другому етапі, шляхом поглинання менш суворого покарання більш суворим або шляхом повного чи часткового складання призначених покарань, визначає остаточне покарання.

Правильність визначення судом остаточного покарання має важливе значення, оскільки є необхідною умовою призначення винній особі законного, справедливого покарання, і такого, що відповідає меті та вимогам ч. 2 ст. 65 КК України.

Аналіз судової практики дає підставу для висновку, що, в ряді випадків, суди, визначаючи остаточне покарання за сукупністю злочинів, зустрічаються з певними труднощами застосування положень ст. 70 та ст. 72 КК України.

Перш за все, відсутність чітких законодавчих рекомендацій щодо обрання того чи іншого правила визначення остаточного покарання при сукупності злочинів є однією із причин частого, у більшості випадків необґрунтованого, застосування судами правила поглинання менш суворого покарання більш суворим. Так, в 72% аналізованих кримінальних справ суди визначили остаточне покарання шляхом поглинання менш суворого покарання більш суворим. Особливу увагу привертають випадки призначення остаточного покарання шляхом поглинання менш суворого покарання більш суворим винним особам, які вчинили п’ять і більше злочинів, серед яких два або три тяжкі чи особливо тяжкі злочини.

В подібних випадках, як видається, навряд чи можна стверджувати, що призначене судом покарання відповідає вимогам ч. 2 ст. 50 та ч. 2 ст. 65 КК України, оскільки винна особа фактично зазнає покарання лише за один злочин, за який призначене найбільш суворе покарання. Правда, ряд вчених-криміналістів, зокрема Ю. Мельникова, Н. Алієв, зазначають, що кримінальний закон не містить конкретних вказівок щодо застосування правил поглинання і складання кримінальних покарань тому, що право вибору того чи іншого правила призначення остаточного покарання надано тільки суду. Однак, із зазначеним погодитись важко, адже надання права суду на свій розсуд застосовувати те чи інше правило визначення остаточного покарання не повинно порушувати принципу невідворотності кримінальної відповідальності за вчинені злочини. Призначаючи покарання суд не може не врахувати ступінь тяжкості вчинених злочинів, адже, відповідно до ст. 65 КК, суд призначає покарання з врахуванням ступеня тяжкості вчиненого злочину.

Відсутність в ст. 70 КК законодавчої регламентації щодо обрання того чи іншого правила призначення остаточного покарання при сукупності злочинів дає можливість суду для широкого, нічим необґрунтованого, суддівського угляду та в кінцевому результаті до зловживань. Тому пропонуємо ч. 1 ст. 70 КК доповнити таким положенням: „Якщо злочини, що утворюють сукупність є лише злочинами невеликої тяжкості, то остаточне покарання призначається шляхом поглинання менш суворого покарання більш суворим або шляхом повного чи часткового складання призначених покарань. Якщо хоча б один із злочинів є злочином середньої тяжкості, тяжким чи особливо тяжким злочином, то остаточне покарання призначається шляхом часткового або повного складання. Якщо хоча б за один із вчинених злочинів призначено довічне позбавлення волі, то остаточне покарання за сукупністю злочинів визначається шляхом поглинання будь-яких менш суворих покарань довічним покаранням”.

© Василаш В., 2006

В ч. 2 ст. 70 КК передбачені межі остаточного покарання при складанні покарань, призначених судом за кожний злочин окремо. Остаточне покарання за окупністю злочинів в таких випадках визначається в межах, встановлених санкцією статті Особливої частини КК, яка передбачає більш суворе покарання.

Як бачимо, остаточне покарання не може перевищувати максимуму покарання за цією статтею. Однак, в ч. 2 ст. 70 КК зазначається, що якщо хоча б один із злочинів, що входять у сукупність, є умисним тяжким або особливо тяжким, суд може призначити остаточне покарання за сукупністю злочинів у межах максимального строку, встановленого для даного виду покарання в Загальній частині КК України, тобто на максимальний строк, визначений ст. ст. 63 та 102 КК України. Слід зауважити, що призначення покарання в зазначених межах відповідно до ч. 2 ст. 70 КК є правом, а не обов'язком суду. Тому, у випадках, коли в сукупність входить умисно тяжкий або особливо тяжкий злочин, суд, мотивуючи своє рішення, може призначити остаточне покарання не тільки в межах максимального строку для даного виду покарання, але й має право призначити покарання в межах, встановлених санкцією статті Особливої частини, яка передбачає більш суворе покарання.

Закріплений ч. 2 ст. 70 КК порядок визначення остаточного покарання при складанні покарань надає можливість суду призначити винній особі, яка вчинила п'ять і більше злочинів, серед яких два і більше тяжкі чи особливо тяжкі злочини, остаточне покарання в межах максимального строку встановленого для даного виду, тобто 15 років позбавлення волі. Навряд чи можна вважати в таких випадках, призначене судом покарання справедливим, законним і таким, що відповідає меті покарання. Тому, в. ч. 2 ст. 70 КК необхідно внести зміни і доповнення, які б не тільки зобов'язували суд призначити остаточне покарання при сукупності злочинів у межах максимального строку, встановленого для даного виду покарання в Загальній частині КК, але і можливість призначити більш суворе покарання, у випадку вчинення винною особою двох і більше умисно тяжких чи особливо тяжких злочинів.

У зв'язку з зазначеним ч. 2 ст. 70 пропоную викласти в такій редакції: „При складанні покарань остаточне покарання за сукупністю злочинів визначається у межах, встановлених санкцією статті Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає більш суворе покарання. Якщо хоча б один із злочинів є умисним тяжким або особливо тяжким, суд призначає остаточне покарання за сукупністю злочинів у межах максимального строку, встановленого для даного виду покарання в Загальній частині цього Кодексу. Якщо сукупність злочинів утворюють два і більше умисно тяжких чи особливо тяжких злочинів, суд при складанні покарань у виді позбавлення волі призначає остаточне покарання більше п'ятнадцяти років, але не більше 25 років.

В судовій практиці мають місце випадки, коли, визначаючи остаточне покарання при сукупності злочинів шляхом поглинання менш суворого покарання більш суворим, суд зустрічається з труднощами у визначенні яке покарання є більш суворим. Подібне має місце у випадках, коли суд, за злочини, що утворюють сукупність, призначає покарання у виді виправних робіт на різні строки та визначає різні розміри відрахувань із заробітної плати засудженого в доход держави. Наприклад, за злочин, передбачений ст. 138 КК (Незаконна лікувальна діяльність) суд призначив винній особі 1 рік виправних робіт з відрахуванням із суми заробітку засудженого в доход держави 20 %, а за злочин, передбачений ч. 2 ст. 212 КК (Ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів) – 2 роки виправних робіт з відрахуванням із суми заробітку засудженого в доход держави 15 %.

Яке із зазначених покарань є більш суворим? КК відповіді на поставлене запитання не дає. Однозначної відповіді на дане питання немає і в теорії кримінального права. Так, на думку А.М. Яковлєва, порівняння покарань слід проводити по загальній сумі утримання із заробітку засудженого за весь строк покарання. Більш суворим покаранням є ті виправні роботи, відбуваючи які із заробітку засудженого в доход держави буде відрахована більша сума, а якщо сума буде однаковою, то більш суворим слід вважати виправні роботи, при виконанні яких ця сума буде стягнута за більш короткий строк. По-іншому пропонує вирішувати дане питання М.М. Становський, на думку якого, порівняння покарань слід проводити не по загальній сумі відрахувань із заробітку засудженого в доход держави, а за строком, на який призначені виправні роботи, оскільки, крім відрахувань із заробітної плати, винна особа зазнає ще і інших правообмежень, які встановлені кримінально-виконавчим законом України.

Позиція М.М. Становського заслуговує на увагу і підтримку. Адже, як правильно зауважує автор, саме строк виправних робіт береться до уваги при їх заміні штрафом у випадку, коли особа, як зазначається в ч. 3 ст. 57 КК, стала непрацездатною. Крім цього, саме строк виправних робіт береться до уваги, відповідно до ч. 1 ст. 72 КК, коли суд переводить даний вид покарання в більш суворий у

випадку складання цього покарання з позбавленням волі чи обмеженням волі, визначаючи остаточне покарання за сукупністю злочинів. Таким чином, покарання у виді виправних робіт з більш тривалим строком, але з меншим розміром відрахування в доход держави із заробітку засудженого, повинно визнаватись більш суворим покаранням.

Визначаючи остаточне покарання за сукупністю злочинів шляхом складання покарань у випадку призначення судом за злочини, що утворюють сукупність, різних видів покарань, суд, відповідно до ч. 1 ст. 72 КК, виходячи із співвідношення, що закріплене в цій статті, переводить менш суворий вид покарання в більш суворий. Однак, закріплена в даній статті шкала переведення менш суворих покарань у більш суворі є недосконалою і викликає суттєві зауваження та заперечення. Як видається, при застосуванні переведення менш суворого покарання у більш суворе за правилами цієї статті, не дотримується справедливе співвідношення між ними. Так, виходячи із змісту п. 1 ч. 1 ст. 78 КК можна зробити висновок, що двом дням обмеження волі відповідають вісім годин громадських робіт, а вже в п. 4 ч. 1 цієї статті зазначається, що вісім годин громадських робіт є еквівалентом одного дня обмеження волі. В п. 1, 2 ч. 1 ст. 72 КК зазначається, що одному дню арешту відповідають два дні обмеження волі, а в той же час п. 4 ч. 1 цієї статті прирівнює один день арешту до дня обмеження волі. Пункт 1 ч. 1 ст. 72 КК встановлює співвідношення між обмеженням волі і службовим обмеженням для військовослужбовців або виправними роботами два дні до трьох. Пункт 3 цієї статті встановлює вже інше співвідношення: один день до одного. Важко пояснити, чому законодавець свідомо в різних частинах однієї статті суперечить сам собі. Тому дана шкала має бути уніфікованою і встановлювати справедливе співвідношення між покараннями.

СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИНІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ З БАНКРУТСТВОМ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ.

Гордієнко В.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Суб'єктом злочину за кримінальним правом України є фізична осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Таке визначення суб'єкта злочину, яке на сьогодні отримало законодавче закріплення в ч. 1 ст. 18 нового Кримінального кодексу України, є результатом багаторічних досліджень науки кримінального права.

Кримінальний закон і теорія кримінального права вирізняють два види суб'єктів злочину — загальний і спеціальний. Як загальний, так і спеціальний суб'єкт злочину характеризується наявністю наступних обов'язкових ознак: 1) це – особа фізична; 2) особа осудна; 3) особа, яка вчинила злочин у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Для загального суб'єкта наявність таких ознак є достатньою, спеціальний же суб'єкт крім зазначених, повинен мати й інші ознаки, передбачені кримінальним законом.

КК встановлює, що суб'єктами злочинів пов'язаних з банкрутством суб'єктів господарської діяльності можуть виступати:

- службова особа суб'єкта господарської діяльності (статті 218, 219,220,221 КК);
- особа, яка займається підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи (ст. 218 КК);
- громадянин – засновник (218-221 КК);
- власник суб'єкта господарської діяльності (218-221 КК).

При конструюванні складів злочинів пов'язаних з банкрутством суб'єктів господарської діяльності законодавець встановлює, що вони можуть бути вчинені службовими особами суб'єкта господарської діяльності.

Поняття господарської діяльності дається у ст.3 Господарського кодексу України, що набрав чинності з 1 січня 2004 року. Під господарською діяльністю у цьому Кодексі розуміється діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність.

На жаль окремі юридичні особи, які можуть отримувати кредити або пільги щодо податків тобто виступати суб'єктами банкрутства, не підпадають під ознаки суб'єкта господарювання. Це юридичні особи, які діють на підставі законів України «Про благодійництво та благодійні організації» № 531/ 97-ВР від 16 вересня 1997 р., «Про об'єднання громадян» № 2460-ВР від 16 червня 1992 р.

Із цього випливає, що службові особи цих юридичних осіб не підлягають відповідальності за злочини, пов'язані з банкрутством суб'єктів господарської діяльності, що навряд чи можна визнати обґрунтованим.

Оскільки на відміну від господарських відносин, стороною відносин відновлення платоспроможності або визнання боржника банкрутом виступають не лише суб'єкти господарювання, а й юридичні та фізичні особи, не наділені таким правовим статусом, визначення суб'єктів злочинів, передбачених статті 218, 219, 220 і 221 КК як службових осіб суб'єктів господарської діяльності призводить до невідповідності положень Кримінального кодексу України Господарському кодексу України і Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом". Визначення суб'єктом банкрутських злочинів службових осіб суб'єктів господарської діяльності призводить до неприйнятного звуження ознак суб'єкту цього злочину, оскільки ці особи притягаються до кримінальній відповідальності за вчинення банкрутських злочинів, інші ж за такі самі діяння кримінальної відповідальності не несуть.

Тому ми вважаємо, що конкретизація у чинному кримінальному законодавстві службових осіб, які можуть бути суб'єктами злочинів пов'язаних з банкрутством суб'єктів господарської діяльності, є недоцільна і не відповідає положенням законодавства, яке воно покликано охороняти. Причиною

© Гордієнко В., 2006

тому, на нашу думку є прийняття в Україні нового Кримінального кодексу раніше за Цивільний та Господарський кодекси.

Все вищенаведене дає підстави для твердження, що у диспозиціях статей КК, які передбачають відповідальність службових осіб за злочини пов'язаних з банкрутством суб'єктів господарської діяльності, визначення ознак суб'єкта необхідно провадити в неконкретизованій формі – "вчинене службовою особою". Питання ж про те, які саме службові особи підлягатимуть кримінальній відповідальності, повинно вирішуватися на підставі норм господарського та цивільного права України, і передусім статтею 23 Закону України "Про господарські товариства" № 1576 від 19 вересня 1991 року, яке надає визначення посадових осіб товариств. Посадовими особами органів управління товариства визнаються голова та члени виконавчого органу, голова ревізійної комісії, а у товариствах, де створена рада товариства (спостережна рада), - голова та члени ради товариства (спостережної ради).

Хочеться зауважити, що наведеним законом України до посадових осіб товариств не віднесено головного бухгалтера товариства. Пункт 8 ст. 8 Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» передбачає, що відповідальність за бухгалтерський облік господарських операцій, пов'язаних із ліквідацією підприємства, включаючи оцінку майна і зобов'язань підприємства та складання ліквідаційного балансу і фінансової звітності, покладається не на керівника й головного бухгалтера (бухгалтера), а на ліквідаційну комісію, яка утворюється відповідно до законодавства. Стаття 9 цього ж Закону встановлює, що підставою для бухгалтерського обліку господарських операцій є первинні документи, які фіксують факти здійснення господарських операцій. Такі документи обов'язково повинні містити, у тому числі, й посади осіб, відповідальних за здійснення господарської операції і правильність її оформлення; особистий підпис або інші дані, що дають змогу ідентифікувати особу, яка брала участь у здійсненні господарської операції. Відповідальність же за несвоєчасне складання первинних документів і регістрів бухгалтерського обліку та недостовірність відображених у них даних несуть не головний бухгалтер (бухгалтер), а особи, які склали і підписали ці документи.

На нашу думку суб'єктом злочинів, пов'язаних з банкрутством суб'єктів господарської діяльності – службової особи може виступати лише виконавчий орган в особі голови (Генерального директора, директора) або його членів (фінансовий директор, заступник генерального директора і т.д.). Питання нанесення головним бухгалтером суб'єкта господарювання великої матеріальної шкоди кредиторам в рамках процедури відновлення платоспроможності або визнання банкрутом є спірним і, на нашу думку, виконавцями фіктивного банкрутства, доведення до банкрутства, приховування стійкої фінансової неспроможності та незаконних дій у разі банкрутства можуть бути лише виконавчі органи в особі їх керівників. А інші службові особи підприємства, у тому числі голова ревізійної комісії, голова ради товариства, головний бухгалтер, члени ліквідаційної комісії підприємства можуть бути притягнуті до відповідальності лише як співучасники цих злочинів – як організатори, підбурювачі або пособники.

Також на нашу думку відповідальність за вчинення службовою особою злочинів пов'язаних з банкрутством суб'єктів господарської діяльності не повинна обмежуватися тільки відповідальністю керівників, або їх заступників, а повинна поширюватися й на інших службових осіб, зокрема, Голови та членів ліквідаційної комісії, арбітражного керуючого та осіб, які виконують функції органу управління за спеціальними повноваженнями (представник за довіреністю), а також кредиторів боржника. Прикладом виконання адміністративно-господарських функцій на підприємствах, установах чи організаціях особою, яка не обіймає на них будь-якої посади, є призначений господарським судом у межах процедури банкрутства розпорядник майна, керуючий санацією боржника або ліквідатор. Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», зокрема, передбачає, що розпорядником майна може бути призначено фізичну особу – суб'єкта підприємницької діяльності, яка має вищу юридичну чи економічну освіту або володіє спеціальними знаннями, не є заінтересованою особою стосовно боржника та кредиторів і має видану в установленому законодавством порядку ліцензію арбітражного керуючого.

Оскільки вказаних осіб аж ніяк не можна вважати службовими особами боржника – суб'єкта господарської діяльності, і можлива шкода їх незаконних дій у разі банкрутства в процесі відновлення платоспроможності або визнання боржника банкрутом може бути набагато більшою ніж від дій виконавчого органу боржника, ми вважаємо за необхідне передбачити окремо в кваліфікуючих ознаках цього злочину (ст. 221 КК України) вчинення його саме цими особами.

ч.2. Ті самі дії, вчинені арбітражним керуючим або головою ліквідаційної комісії з використанням свого службового становища...

ч.3. Порушення кредитором боржника провадження про його банкрутство шляхом фальсифікації документів про його заборгованість або в інший незаконний спосіб, а також прийняття кредитором від боржника неправомірного задоволення своїх майнових вимог, що спричинило велику матеріальну шкоду боржнику або іншим кредиторам...

Громадянин – засновник або власник суб'єкта господарської діяльності передбачений як наступний суб'єкт злочинів, пов'язаних з банкрутством суб'єктів господарської діяльності. Рішення про те, що громадянин – засновник (власник) юридичної особи повинен визнаватися суб'єктом злочинів пов'язаних з банкрутством суб'єктів господарської діяльності, є спірним, оскільки ця особа, на відміну від керівника юридичної особи, відповідно до чинного законодавства несе відповідальність за дотримання нею фінансового законодавства лише в окремих випадках. Так, згідно з п.3 ст. 8 Закону «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» відповідальність за організацію бухгалтерського обліку та забезпечення фіксування фактів здійснення всіх господарських операцій у первинних документах, збереження оброблених документів, регістрів і звітності протягом встановленого терміну, але не менше трьох років, несе власник (власники) або уповноважений орган (посадова особа), який здійснює керівництво підприємством відповідно до законодавства й установчих документів. Тобто тільки за відсутності виконавчого органу (відсутність директора на приватному підприємстві) відповідальність за фінансову звітність та облік несе власник приватного підприємства. У будь-якому іншому випадку власник підприємства може бути притягнуті до відповідальності лише як співучасник банкрутських злочинів – як організатор, підбурювач або пособник.

Громадянин – суб'єкт підприємницької діяльності є наступним суб'єктом злочинів пов'язаних з банкрутством суб'єктів господарської діяльності. Це зумовлено положеннями чинного законодавства, яке передбачає можливість здійснення підприємницької діяльності як юридичними особами, так і громадянами, які займаються такою діяльністю без створення юридичної особи. При цьому правоздатність і дієздатність зазначених суб'єктів господарювання не відрізняється від правоздатності та дієздатності юридичних осіб, що обумовлює й однакову відповідальність за злочини, пов'язані з банкрутством суб'єктів господарської діяльності.

На відміну від Кримінального кодексу 1960 р., в чинному Кримінальному кодексі України громадянин – суб'єкт підприємницької діяльності передбачений суб'єктом фіктивного банкрутства (ст. 218 КК). Такі зміни у Кримінальному Кодексі обумовлені внесенням 30 червня 1999 р. змін до Закону України «Про банкрутство», якими передбачено банкрутство не лише юридичних, а й фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності. Однак для нас є незрозумілою позиція законодавця, який при вчиненні незаконних дій у разі банкрутства (ст. 221 КК) суб'єктом злочину не визнає громадянина – суб'єкта підприємницької діяльності. Ми не вбачаємо підстав для встановлення кримінальної відповідальності за цей злочин лише при незаконних діях у разі банкрутства юридичних осіб, оскільки, як уже наголошувалося, їх правове становище в багатьох питаннях не відрізняється від громадян – суб'єктів підприємницької діяльності. Тому ст. 221 КК «Незаконні дії у разі банкрутства» необхідно доповнити вказівкою й на такого суб'єкта, як громадянин – суб'єкт підприємницької діяльності.

ВИКОНАВЕЦЬ ТА СПІВВИКОНАВЕЦЬ ЗЛОЧИНУ: НЕОБХІДНІСТЬ РОЗРІЗНЕННЯ ПОНЯТЬ

Гриниха І.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Кримінальний кодекс України 2001 р. (далі – КК України) залишив практично незмінною вказівку на види співучасників злочину порівняно із Кримінальним кодексом 1960 р. Так, відповідно до ч. 1 ст. 27 КК України "співучасниками злочину, поряд із виконавцем, є організатор, підбурювач та пособник". Законодавчою новелою стало виділення поряд з виконавцем злочину такої фігури як співвиконавець, що цілком закономірно ставить питання про співвідношення цих термінів та позначуваних ними понять.

Аналіз положень ст. 27 КК України свідчить, що зазначені в ній чотири види співучасників розрізняються між собою за характером участі у спільній злочинній діяльності, тобто критерієм класифікації виступає та функціональна роль, яку виконує конкретний суб'єкт при здійсненні спільної злочинної діяльності. Слід погодитися з А.П. Козловим, що перелік видів співучасників в законі становить собою в чистому вигляді класифікацію, в якій повинні існувати абсолютно відокремлені класи (види). Думаю, саме з цього намагався виходити законодавець при виділенні видів співучасників. Але, якщо це так, то вже в ч. 2 ст. 27 він допускається помилки у проведенні класифікації, оскільки починає змішувати вид і підвид співучасника, що виділяються за різними критеріями. Так, законодавець для позначення одного і того ж поняття ("особи, яка у співучасті з іншими суб'єктами злочину безпосередньо чи шляхом використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне, вчинила злочин, передбачений цим Кодексом") використовує два терміни – "виконавець" і "співвиконавець" злочину, ототожнюючи їх. Видається абсолютно очевидним, що в законі (в тому числі і кримінальному) повинні бути сформульовані терміни, максимально зрозумілі, такі, що адекватно відображають дійсність, однозначно тлумачаться тощо.

Говорячи про виконавця злочину як про один із видів співучасників поряд з організатором, підбурювачем та пособником, ми зосереджуємо увагу на характері його участі у вчиненні злочину, на тій функціональній ролі, яку він виконує – на виконанні об'єктивної сторони складу злочину. Тобто, в межах цієї класифікації до уваги ступінь участі особи у вчиненні злочину братися не повинен. При цьому слід зважати на те, що характер і ступінь участі існують як дві її характеристики – якісна і кількісна відповідно. Будь-якій якості відповідає кількість; тому діяльність і виконавця, і організатора, і підбурювача, і пособника має як якісну, так і кількісну сторони. Незалежно від того, чи виконує об'єктивну сторону злочину при співучасті з розподілом ролей один суб'єкт, чи одразу кілька суб'єктів – всі вони за характером участі у злочині є виконавцями. Вводячи термін "співвиконавець злочину", законодавець мав намір підкреслити можливість виконання об'єктивної сторони злочину у співучасті не лише одноособово, а й спільними зусиллями кількох суб'єктів. Таким чином, у понятті співвиконавця злочину відображається як характер участі співучасників у вчиненні злочину, так і ступінь участі у вчиненні злочину, обсяг виконуваної функції.

Такі випадки спільного виконання об'єктивної сторони злочину в теорії кримінального права називають співвиконавством. При цьому можливі різні варіанти спільної участі:1) коли всі учасники виконують об'єктивну сторону злочину в повному обсязі; 2) кожен учасник виконує лише частину об'єктивної сторони злочину; 3) частина учасників виконує об'єктивну сторону злочину в повному обсязі, а частина - частково. Як зазначає В.О. Навроцький, в такому випадку в злочині може бути кілька виконавців, може бути "збірний" та "частковий" виконавець. При цьому робиться висновок, що теоретичне і практичне значення виділення співвиконавця серед інших співучасників має тоді, коли співвиконавець не виконує повністю об'єктивної сторони злочину, тобто коли виконавець збірний або частковий. Виходячи з цього, В.О. Навроцький пропонує позначати терміном "співвиконавець злочину" особу, яка виконує частину об'єктивної сторони злочину.

Проте, видається, в такому випадку визначення співвиконавця злочину є неповним, в ньому не відображаються всі можливі аспекти спільної виконавчої діяльності співучасників злочину. В такому формулюванні порушується одна з вимог, що ставиться до юридичних термінів, а саме: точного і

© Гриниха І., 2006

недвозначного відображення змісту позначуваного правового поняття. Тому пропоную у визначенні співвиконавця злочину відображати: 1) кількісний аспект виконавчої діяльності – факт спільного виконання об'єктивної сторони злочину як мінімум двома суб'єктами злочину; 2) можливість технічного розподілу ролей в межах виконання єдиної для всіх співвиконавців функції – тобто, повне або часткове виконання кожним із співвиконавців об'єктивної сторони злочину. Таким чином, співвиконавцем злочину пропоную визнавати суб'єкта злочину, який спільно з іншими суб'єктами виконує повністю або частково об'єктивну сторону злочину. Виконавцем же злочину є суб'єкт злочину, який діючи у співучасті, самостійно в повному обсязі виконує об'єктивну сторону злочину.

Наведене вище розмежування понять виконавця та співвиконавця злочину має не лише теоретичне, а й практичне значення. Йдеться, зокрема, про його значення для кримінально-правової кваліфікації й подальшої індивідуалізації кримінальної відповідальності. Так, відповідно до існуючого порядку кваліфікації посягань виконавця та співвиконавця злочину, виробленого теорією кримінального права і сприйнятого практикою застосування кримінального закону, дії виконавців і співвиконавців злочину кваліфікуються безпосередньо за статтею Особливої частини Кримінального кодексу, яка передбачає відповідальність за вчинене діяння. При цьому посилання на норми про співучасть не здійснюється. З 2001 р. це знайшло своє відображення в положеннях чинного КК України, в ч. 1 ст. 29 якого зазначається, що "виконавець (співвиконавець) підлягає кримінальній відповідальності за статтею Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає вчинений ним злочин". Такий порядок кваліфікації за виразом Р.Н. Судакової обґрунтовується звичайно тим, що діяння виконавця повністю охоплюється відповідними статтями Особливої частини КК, а при співвиконавстві кожен із співучасників вчиняє діяння, які утворюють склад одного і того ж злочину, що й призводить до їх однакової кваліфікації.

Проте така позиція видається недосконалою. На це свого часу звертали увагу теоретики радянського кримінального права (В.У. Гузун, Р.Д. Сабіров, П.Ф. Тельнов, Р.Н. Судакова та ін.). Так, висловлювалася думка про необхідність кваліфікації дій виконавців і співвиконавців злочину, вчиненого у співучасті з іншими особами, з посиланням на ч. 3 ст. 19 КК 1960 р., в якій давалося законодавче визначення виконавця злочину. П.Ф. Тельнов з цього приводу писав, що не відповідає вимогам точності відображення в формулі кваліфікації характеру і ступеня суспільної небезпеки діяння той факт, що виконавець, який діє умисно спільно з іншими злочинцями, і виконавець, який діє один, мають однакову формулу кваліфікації, оскільки такого роду оцінка не враховує важливу за законом обставину – наявність співучасті. На такій позиції стоять і ряд сучасних теоретиків кримінального права, як зарубіжних, так і вітчизняних (А. Кладков, В.М. Куц, В.О. Навроцький, Д.П. Альошин тощо). Так, В.О. Навроцький підкреслює, що наведена вище позиція законодавця бездоганна з точки зору підстави кримінальної відповідальності, але, водночас, є вразливою, оскільки не відображає факт вчинення злочину у співучасті. Тобто, не відображається той факт, що крім виконавця у вчиненні злочину брали участь організатор, підбурювач чи пособник. Погоджуючись із наведеною позицією, вважаю, що таке посилання на положення ч. 2 ст. 27 КК України забезпечить дотримання принципу точності кримінально-правової кваліфікації, а це в свою чергу дозволить суду при призначенні покарання врахувати ступінь суспільної небезпеки вчиненого діяння, характер та ступінь участі у вчиненні злочину.

Говорячи про кваліфікацію злочину, вчиненого співвиконавцями, погодитися з позицією законодавця ще складніше. По-перше, як і у випадку кваліфікації дій виконавця злочину не відображається факт співучасті у вчиненні злочину; по-друге, не відображається вищий ступінь суспільної небезпеки злочину, вчиненого у співвиконавстві, порівняно із злочином, вчиненим у складній співучасті з юридичним розподілом ролей, а тим більше порівняно із злочином, вчиненим однією особою; по-третє, в діянні співвиконавців, які виконують лише частину об'єктивної сторони злочину, відсутні всі ознаки складу злочину, який вони виконують у співучасті з іншими співвиконавцями. Тому посилання на відповідне положення Загальної частини КК України забезпечувало б наявність в діях співвиконавця всіх ознак складу злочину. Проте посилання повинне здійснюватися не на частину статті, яка дає визначення виконавця злочину, а на той абзац частини, в якому мало б міститися визначення поняття співвиконавця злочину.

Думаю, що запропонований порядок кваліфікації посягань виконавця та співвиконавця злочину, який ґрунтується на принципі точності кримінально-правової кваліфікації, спрямував би судово-слідчу практику на неухильне виконання вимог закону про встановлення конкретної ролі співучасників у вчиненні злочинів, ступеню участі у його вчиненні, що забезпечуватиме призначення винному справедливого покарання.

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ АВТОРСЬКОГО ПРАВА І СУМІЖНИХ ПРАВ У ПОЛЬЩІ ТА УКРАЇНІ

Гулкевич В.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Удосконалення механізму кримінально-правової охорони авторського права і суміжних прав у нашій державі неможливе без грунтовного вивчення зарубіжного досвіду боротьби зі злочинами проти прав інтелектуальної власності. Особливо важливим є дослідження кримінального законодавства країн – нових членів Європейського Союзу, які впродовж нетривалого проміжку часу змогли суттєво посилити ефективність кримінально-правового захисту авторського права і суміжних прав.

Польський законодавець, відповідно до історичних традицій законотворчості цієї країни, помістив норми, які передбачають кримінальну відповідальність за порушення авторського права і суміжних прав, у ст. 115-118, 118[1], 119 розділу 14 „Кримінальна відповідальність" Закону про авторське право та суміжні права.

Відповідно до ч. 1 та 2 ст. 115 цього закону підлягає покаранню у вигляді штрафу, обмеження волі або позбавлення волі на строк до 3 років особа, яка вчинила наступні дії:

1. привласнення авторства на чужий твір, артистичне виконання або їх частину;
2. введення в оману, щодо авторства на чужий твір, артистичне виконання або їх частину;
3. розповсюдження без зазначення імені автора чи його псевдоніму чужого твору, його переробки або артистичного виконання;
4. публічне спотворення твору, артистичного виконання, фонограму, відеограми чи програми мовлення.

Отже, перші три різновиди деліктів посягають на особисті немайнові права автора та виконавця – права на авторство та права на ім'я, четвертий різновид є порушенням особистого немайнового права автора, виконавця, виробника фонограми, відеограми та організації мовлення – права на недоторканість об'єкта авторського права і суміжних прав.

Перелічені вище діяння визнаються кримінально-караними з часу їх скоєння, без обов'язкового настання будь-яких наслідків, отже є злочинами з формальним складом.

Чинне кримінальне законодавство України взагалі не передбачає відповідальності за порушення особистих немайнових прав суб'єктів авторського права і суміжних прав, оскільки обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочину, передбаченого ч. 1 ст. 176 КК України, є заподіяння діянням великої матеріальної шкоди. У науці українського кримінального права загальновизнаним є висновок про можливість заподіяння матеріальної шкоди суб'єктам авторського права і суміжних прав лише порушенням їх майнових прав.

Диспозиція ч. 3 ст. 115 Закону Польщі про авторське право і суміжні права характеризується високим рівнем бланкетності та встановлює кримінальну відповідальність у вигляді штрафу, обмеження або позбавлення волі на строк до 1 року за порушення ряду особистих немайнових і майнових прав суб'єктів авторського права і суміжних прав, передбачених ст. 16-18, ч. 1 та 2 ст. 19, ч. 1-4 ст. 20, ч. 1 та 2 ст. 40, ст. 86, ч. 4 ст. 94, ст. 97 закону, скоєних винною особою в інший спосіб ніж визначений у ч. 1 та 2 цієї ж статті, з метою одержання майнової користі, а саме:

1. порушення права на авторство;
2. порушення права на позначення твору своїм іменем, псевдонімом або анонімно;
3. порушення права на недоторканість змісту і форми твору;
4. порушення права на прийняття рішення про перше оприлюднення твору;
5. порушення права нагляду за способом використання твору;
6. порушення виключного права на використання твору;
7. порушення права на відмову від майнових прав автора;

© Гулкевич В., 2006

8. порушення права автора пластичного, рукописного літературного або музичного твору на одержання 5 відсотків ціни твору за умови його продажу;
9. порушення права автора вказаного вище твору про повідомлення продавцем особи, від імені якої продавець діяв, відчужуючи твір;
10. порушення права автора, видавця, виконавця, виробника фонограми та відеограми на одержання винагороди від продажу об'єктів авторського права і суміжних прав;
11. порушення видавцем або виробником обов'язку внесення до Фонду розвитку творчості коштів у розмірі від 5 до 8 відсотків вартості проданих примірників творів, стосовно яких термін дії авторського права закінчився;
12. порушення особистих немайнових і майнових прав виконавця;
13. порушення майнових прав виробника фонограми та відеограми, організації мовлення.

Оскільки перелік можливих порушень особистих немайнових і майнових прав суб'єктів авторського права і суміжних прав, а також способів їх вчинення, не є вичерпним, тому положення ч. 3 ст. 115 закону піддаються справедливій критиці у польській науці кримінального права.

З усієї кількості, передбачених у ч. 3 ст. 115 закону деліктів, лише порушення майнових прав суб'єктів авторського права і суміжних прав, відповідно до ч. 1 та 2 ст. 176 КК України, є кримінально-караними діями у нашій державі за умови заподіяння суб'єктам цих прав великої та особливо великої матеріальної шкоди.

Злочини, передбачені у ч. 1 та 2 ст. 115 закону, можуть вчинятись з прямим або непрямим умислом, крім привласнення авторства та розповсюдження чужого твору і артистичного виконання без подання імені чи псевдоніму автора, для яких характерна форма вини лише у вигляді прямого умислу. Усі делікти, визначені у ч. 3 ст. 115 закону, можуть скоюватись винною особою з прямим або непрямим умислу.

Суб'єкт усіх злочинів проти авторського права і суміжних прав, передбачених ст. 115-118, 118^1, 119 закону, є загальним, крім деяких діянь, визначених у ч. 3 ст. 115 закону, які можуть вчинятись лише спеціальними суб'єктами – продавцями, виробниками фонограм або відеограм, імпортерами чи видавцями.

Відповідно до ч. 1 ст. 116 закону підлягає штрафу, обмеженню чи позбавленню волі на строк до 2 років особа, яка без уповноваження суб'єкта авторського права і суміжних прав або з порушенням умов такого уповноваження розповсюджує чужий твір, його переробку, артистичне виконання, фонограму, відеограму чи програму мовлення.

У ч. 2 ст. 116 закону встановлено відповідальність у вигляді позбавлення волі на строк до 3 років за вчинення дій, передбачених ч. 1 цієї ж статті, з метою досягнення майнової користі.

Кваліфікований різновид злочину, передбачений у ч. 3 ст. 116 закону. Позбавленням волі на строк від 6 місяців до 5 років караються ті ж діяння, якщо винна особа мала внаслідок скоєння злочину стале джерело доходу або організувала чи керувала злочинною діяльністю, що полягала у незаконному розповсюдженні об'єктів авторського права і суміжних прав.

Згідно з ч. 4 ст. 116 закону розповсюдження об'єктів авторського права і суміжних прав без уповноваження право власника чи з порушенням такого уповноваження, скоєні необережно, карається штрафом, обмеженням або позбавленням волі на строк до 1 року.

Суб'єктивна сторона злочинів, передбачених ч. 1 ст. 116 закону, характеризується прямим або непрямим умислом, делікти, визначені у ч. 2 і 3 цієї ж норми, можуть вчинятись лише з прямим умислом.

Відповідно до ч. 1 ст. 117 закону особа, яка без уповноваження чи всупереч умовам такого уповноваження відтворює або тиражує чужий твір, його переробку, артистичне виконання, фонограму, відеограму чи програму мовлення, карається штрафом, обмеженням або позбавленням волі на строк до 2 років.

Позбавленню волі на строк до 3 років, згідно з ч. 2 ст. 117 закону, підлягає особа, яка внаслідок незаконного відтворення або тиражування об'єктів авторського права і суміжних прав мала стале джерело доходу, організувала чи керувала злочинною діяльністю, що полягала у вчиненні вказаних дій.

Злочин, передбачений ст. 117 закону за своїм змістом є готуванням до незаконного розповсюдження об'єктів авторського права і суміжних прав, однак визнається кримінально-караним як *delictum sui generis*. Відтворенням вважається будь-яка фіксація твору, виконання, фонограми, відеограми чи програми мовлення на будь-якому носії. Тиражуванням визнається збільшення за допомогою будь-яких технічних засобів певної кількості примірників об'єктів авторського права і суміжних прав раніше відтворених на будь-яких носіях.

Суб'єктивна сторона цього злочину характеризується лише прямим умислом.

Делікти, передбачені ст. 116-117 закону, визнаються злочинами і в нашій державі, про що свідчить безпосередня вказівка про це у диспозиції ч. 1 ст. 176 КК України.

Відповідно до ч. 1 ст. 118 закону карається позбавленням волі на строк від 3 місяців до 5 років особа, придбання, зберігання, пособництво у збуті чи зберіганні з метою досягнення майнової користі предметів, які є носіями творів, артистичних виконань, фонограм, відеограм або програм мовлення, що розповсюджуються або відтворюються без відповідного уповноваження чи з порушенням умов такого уповноваження.

Згідно з ч. 2 ст. 118 закону визнаються кваліфікованим злочином і караються позбавленням волі на строк від 1 року до 5 років ті ж діяння, у випадку, якщо винна особа внаслідок їх скоєння мала стале джерело доходу, організувала чи керувала злочинною діяльністю, яка полягала у вчиненні вказаних вище деліктів.

У ч. 3 ст. 118 закону встановлена кримінальна відповідальність у вигляді штрафу, обмеження або позбавлення волі на строк до 2 років за діяння, передбачені ч. 1 цієї ж статті, вчинені необережно, тобто у випадку коли особа, зважаючи на обставини набуття контрафактних примірників об'єктів авторського права і суміжних прав, повинна передбачати їх злочинне походження.

Діяння, передбачені ч. 1 та 2 ст. 118 закону, можуть бути вчинені лише з прямим умислом.

Відповідно до ч. 1 ст. 118^1 закону карається штрафом, обмеженням або позбавленням волі на строк до 3 років виробництво або випуск в обіг предметів, призначених для самовільного усунення або обходу технічних засобів, які захищають твір від розкриття, перегляду або відтворення, а також предметів, які служать для незаконного прийому програм мовлення, призначених для обмеженого кола одержувачів, що мають доступ до вказаних програм після сплати винагороди особі, яка надає послуги по трансляції програм мовлення.

У ч. 2 ст. 118^1 цього закону встановлено, що володіння, переховування чи використання перелічених у ч. 1 цієї ж статті предметів карається штрафом, обмеженням або позбавленням волі на строк до 1 року.

Злочин, передбачений ст. 118^1 закону може бути скоєний з прямим умислом у випадку виготовлення зазначених предметів, у всіх інших – з непрямим умислом.

Відповідно до ст. 119 закону карається штрафом, обмеженням або позбавленням волі на строк до 1 року особа, яка унеможливлює або утруднює виконання права контролю за використанням твору, артистичного виконання, фонограми або відеограми або відмовляє у наданні інформації, передбаченої ст. 47 закону (порушення права автора на інформацію, яка має істотне значення для визначення розміру винагороди автора, якщо ця винагорода залежить від розміру доходів від використання твору).

Діяння, визначені у ст. 118, 118^1, 119 закону, не визнаються в Україні злочинами з мотивів неможливості заподіяння їх вчиненням матеріальної шкоди суб'єктам авторського права і суміжних прав. У певних випадках, відповідно до ч. 2 ст. 12 і ч. 2 ст.14 КК України, скоєння перелічених вище правопорушень має визнаватись готуванням до злочину, передбаченого ч. 2 ст. 176 КК України.

У ч. 1 ст. 121 закону встановлено, що суд у випадку засудження особи за вчинення злочинів, передбачених ст. 115-118, 118^1 закону, приймає рішення про знищення предметів цих деліктів, навіть якщо вони не є власністю винного. На підставі ч. 2 ст. 121 закону суд може прийняти рішення про знищення предметів, за допомогою яких скоювались злочини, передбачені ст. 115-118 закону.

Короткий аналіз норм Закону Польщі про авторське право і суміжні права свідчить про достатньо ефективну кримінально-правову охорону прав інтелектуальної власності.

По-перше, заслуговує схвалення цілковита відмова польського законодавця від визнання матеріальної шкоди обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочинів проти авторського права і суміжних прав.

По-друге, сприяє посиленню боротьби з інтелектуальним піратством криміналізація придбання та зберігання контрафактних примірників об'єктів авторського права і суміжних прав.

По-третє, криміналізація виробництва та випуску в обіг предметів, призначених для самовільного усунення або обходу технічних засобів захисту авторського права і суміжних прав відповідає положенням Договорів Всесвітньої організації інтелектуальної власності від 20 грудня 1996 року про авторське право та про виконання і фонограми, Директиви Ради Європи 91/250/CEE від 14 травня 1991 року щодо правової охорони комп'ютерних програм та Директиви Європарламенту і Ради Європи 2001/29/CE від 22 червня 2001 року про гармонізацію певних аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві.

Водночас, у польській доктрині кримінального права критикується занадто високий ступінь бланкетності диспозиції ч. 3 ст. 115 закону, який межує з порушенням принципу *nullum crimen sine lege.* Визнається недоцільною криміналізація необережних діянь, передбачених ч. 4 ст. 116, ч. 3 ст. 118 закону. Також критичним є ставлення до визнання кримінально-караним володіння предметами, призначеними для обходу чи усунення технічних засобів захисту об'єктів авторського права і суміжних прав.

Наведені позитивні та негативні аспекти мають бути враховані у процесі удосконалення кримінально-правової охорони авторського права і суміжних прав у нашій державі.

ВИВЧЕННЯ ВІКОВИХ ОСОБЛИВОСТЕЙ НЕПОВНОЛІТНІХ ПРАВОПОРУШНИКІВ ПЕДАГОГАМИ ЯК СКЛАДОВА РАННЬОЇ ПРОФІЛАКТИКИ ПРАВОПОРУШЕНЬ НЕПОВНОЛІТНІХ

Дубчак Л.

Інститут права та політики НПУ ім. М. Драгоманова

Великі надії в подальшій розбудові державності України, утвердженні її суверенності, відродженні національної свідомості суспільство покладає на нинішніх юнаків та дівчат. Водночас, широкомасштабні зміни в соціально-економічному, політичному житті країни загострюють соціальні суперечності в суспільстві і саме молодь опиняється у вкрай важкому для себе становищі через несформованість власної системи стійких моральних переконань, ціннісних орієнтацій, що не дає їй змоги об'єктивно реагувати на події, факти навколишнього життя, сприяє скоєнню правопорушень.

Складні проблеми виховання учнівської і студентської молоді педагоги здебільшого намагаються розв'язати традиційними засобами і методами, не враховуючи плинність і динамічність часу, вікові та індивідуально-психологічні особливості молоді, а це не дає відчутних позитивних результатів у справі превентивного виховання молодого покоління.

Навчальний процес у кожній його клітинці нерідко пронизаний репродуктивною антигуманістичною діяльністю. Декларується необхідність забезпечення ранньої профілактики злочинності неповнолітніх, але реалізація на практиці цих декларацій здійснюється кволо.

Насправді вчителі, викладачі володіють величезним виховним та превентивним потенціалом і можуть оздоровити середовище й надати допомогу неповнолітнім, які перебувають у несприятливих умовах життя і виховання до того, як дія цих умов суттєво вплине на їх поведінку.

Важливою складовою ранньої профілактики правопорушень неповнолітніх, однією з найважливіших передумов ефективності профілактики злочинності неповнолітніх є глибоке вивчення індивідуально-психологічних та вікових особливостей неповнолітніх правопорушників та їх найближчого соціального оточення.

Часто педагоги не володіють схемою вивчення неповнолітніх, схильних до правопорушень, яка включає:

1. спадково-біологічні фактори: схильність до нервових чи психічних захворювань одного чи обох батьків, алкоголізм батьків тощо;
2. особистісні характеристики: темперамент, характер, здібності, особливості емоційної та мотиваційної сфер, потреби, інтереси, ідеали, переконання, правосвідомість, характер перебігу психічних процесів;
3. найближче соціальне оточення вихованця: стосунки в сім'ї, соціально-економічний статус батьків, особливості виховання, наявність братів, сестер; відносини з вчителями та однокласниками (викладачами й одногрупниками), ставлення до навчання, друзі в класі чи групі та за їх межами, статус в класі (групі), участь в роботі дитячих чи молодіжних громадських установ, стан організації дозвілля.

Здійснюючи вивчення особистості в процесі психологічного та кримінологічного дослідження, педагогу необхідно враховувати загальні закономірності типологічного розвитку людини. Це, насамперед, стосується вікових особливостей. Вік – це конкретний, відносно обмежений в часі рівень психологічного розвитку, який характеризується сукупністю фізіологічних і психологічних змін, не пов'язаних з індивідуальними відмінностями між людьми, загальний для всіх нормальних людей.

Вікові психологічні властивості зумовлені конкретно-історичними умовами, в яких розвивалася людина, спадковістю, і, в деякій мірі, характером виховання, особливостями діяльності та спілкування індивіда. Для кожного віку є специфічна ситуація розвитку, тобто певне співвідношення умов соціальної сфери і внутрішніх умов формування особи.

Кожен віковий етап характеризується особливим становищем дитини в системі прийнятих в даному суспільстві відносин. У відповідності з цим життя дітей різного віку підпорядковано специфічному змісту: особливими взаєминами з оточуючими, особливою, домінуючою на даному етапі розвитку діяльністю: грою, навчанням, працею. Усе це обов'язково повинно враховуватися

© Дубчак Л., 2006

педагогами при побудові та безпосередній реалізації відповідної моделі профілактики протиправної поведінки неповнолітніх.

На кожному віковому етапі існує певна система прав, які має дитина, і обов'язків, які вона повинна виконувати. Перехід від одного вікового періоду до іншого здійснюється за діалектичним принципом розвитку, а саме: в процесі еволюційного розвитку виникають і накопичуються протиріччя, які зумовлюють стрибок, появу нового періоду, причому кожен наступний період передбачає більш високий рівень розвитку, ніж попередній. Це зумовлює виникнення протиріч між новими потребами і старими можливостями їх задоволення.

Часто педагоги не враховують, що перехід від одного періоду розвитку до іншого може проходити спокійно, плавно, але нерідко він характеризується кризами, які називаються кризами вікового розвитку. Найпомітнішими є криза початку навчання у школі і криза підліткового віку. Вони характеризуються певними спільними рисами, зокрема, в критичні періоди розвитку діти стають неслухняними, примхливими, дратівливими, часто без видимих причин вступають у конфлікти з ровесниками і дорослими, особливо батьками та вчителями. Діти починають негативно ставитися до тих вимог, які раніше неухильно виконували, проявляють непокору, впертість, негативізм, тому і батьки, і вчителі та викладачі повинні бути добре обізнаними з особливостями таких критичних періодів і бути з дітьми особливо тактовними, доброзичливими та терплячими.

Відзначимо, що розвиток дитини - це постійний перехід від однієї вікової сходинки до іншої. Він тісно пов'язаний зі змінами в структурі особистості.

Л.М. Фрідман та І.Ю. Кулагіна пропонують розглядати розвиток особистості дитини як процес її входження в нове соціальне середовище та інтеграцію в нього. Вони виділяють три фази становлення особистості дитини:

1. засвоєння існуючих в суспільстві норм і оволодіння відповідними формами і засобами діяльності (адаптація). Суб'єкт, входячи в якусь соціальну групу, не може реалізувати свою потребу проявити себе як особистість раніше, ніж він засвоїть норми поведінки, які діють в групі й оволодіє прийомами і засобами діяльності інших членів групи. У нього виникає об'єктивна необхідність „бути таким, як всі". Це досягається певною мірою за рахунок втрати своїх індивідуальних рис.
2. індивідуалізація – виникає внаслідок загострення протиріччя між результатом адаптації і незадоволеною при цьому потребою індивіда в максимальній індивідуалізації. Індивід починає шукати способи і засоби для вираження своєї індивідуальності.
3. інтеграція особистості в групі: індивід зберігає лише ті індивідуальні риси, які відповідають необхідності і потребам групового розвитку і власній потребі здійснити вагомий вклад в життя групи, а група певною мірою може змінити свої групові норми, сприймаючи у окремої особистості ті риси, які визначаються групою як ціннісно значимі для її розвитку. Так проходить взаємна трансформація особистості і групи.

Кожна з розглянутих фаз виступає як момент становлення особистості в її важливих проявах і властивостях. Якщо індивіду не вдається подолати труднощі адаптації, у нього можуть сформуватися безініціативність, конформізм, невпевненість в собі, що призведе до серйозної деформації і може стати детермінантою злочинної поведінки молодої людини.

Якщо дитина проходить фазу адаптації і в другій фазі пред'являє групі індивідуальні особливості, які група відкидає через невідповідність її потребам, у індивіда можуть сформуватися агресивність, негативізм, неадекватно завищена самооцінка. В разі успішного проходження фази інтеграції у високорозвиненій соціальній групі у індивіда формується розвинене колективістське самовизначення. Якщо ж група, в яку входить індивід, асоціальна, то й його поведінка може характеризуватися асоціальними проявами.

Варто зауважити, що процес розвитку особистості ускладнюється тим, що соціальне середовище, де перебуває індивід, не є стабільним, й індивід часто може бути одночасно включений в соціальні спільноти, які суттєво відрізняються за своїми соціально-психологічними характеристиками. Прийнятий в одній референтній групі, він може бути відкинутий в іншій. Крім того, референтні для індивіда групи самі перебувають, як правило, в процесі розвитку, до якого він може пристосуватися тільки в разі безпосередньої активної участі в ньому.

Якщо для дошкільного і молодшого шкільного віку характерне домінування адаптації над процесами індивідуалізації, то для середнього шкільного віку – навпаки. Що стосується старших школярів, то тут переважає процес інтеграції над процесом індивідуалізації. Все це необхідно

враховувати при вивченні особистості дитини. Необхідно знати, розуміти і враховувати конкретні вікові особливості, характерні для різних вікових груп дітей.

Кризовими явищами, що характеризують психофізіологічний розвиток підлітка і можуть певною мірою розглядатися як передумови виникнення важковиховуваності, асоціальної поведінки, є такі особливості організму і психіки підлітка:

1. прискорений розвиток організму підлітка в період статевого дозрівання; „гормональна буря", викликана підвищеною активністю ендокринної системи, яка проявляється в підвищеній збудженості, емоційності, частій зміні настрою підлітка;
2. зміни в характері взаємин з дорослими, які виражаються в підвищеній конфліктності підлітка, що пояснюється конфліктом моралей, коли „мораль підлеглості", залежності дитини від дорослого замінюється „мораллю рівності", почуттям дорослості, реакцією емансипації, відходом від дорослих; підвищеною критичністю щодо дорослих і одночасно посиленням уваги до думок ровесників;
3. зміни в характері взаємин з ровесниками обох статей.

Що стосується юнацького віку, то тут у педагога в плані профілактики протиправної поведінки завдання менш складні, ніж в роботі з підлітками, що пояснюється особливостями юнацького віку, адже в цьому віці особистість в цілому досягає фізичної зрілості. Це завершальний період первинної соціалізації, однак він теж характеризується поєднанням суперечливих рис характеру: більш глибоким змістом наповнюється спілкування та емоційне життя юнаків, для них характерне сильніше, ніж у підлітків, бажання автономії у взаєминах з дорослими. Юнаків характеризує підвищена конфліктність, яка проявляється в наслідуванні групових норм і цінностей: це період громадського становлення особистості, її соціального самовизначення, активного включення в суспільне життя, формування духовних цінностей, набуття того рівня ідейної і психологічної зрілості, який необхідний для початку самостійного життя, звичайно при умові, що розвиток особистості відбувається нормально, у відповідності з віком особи.

Ретроспективне вивчення нами особистості школярів та студентів-правопорушників підтвердило, що, як правило, їх правопорушення не є несподіваними, випадковими. Це закономірний наслідок тривалого процесу соціальної деформації молодої особистості. Поступово у неповнолітнього складаються елементи майбутнього антисоціального вчинку, формуються його основні риси. Така поступовість і гнучкість процесу формування антисуспільної поведінки і досконале знання вікових особливостей неповнолітніх правопорушників дає реальну основу для успішного здійснення педагогами профілактичних заходів.

ПРО МЕХАНІЗМ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРЕВЕНТИВНОЇ ФУНКЦІЇ КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА

Колб О.

Волинський державний університет ім. Л. Українки

Як відомо, правове забезпечення (регулювання) – це форма юридичного впливу на суспільні відносини, що здійснюється державою за допомогою всіх правових засобів з метою їх упорядкування, закріплення і забезпечення. Виходячи з аналізу правової бази діяльності установ виконання покарань (у подальшому – УВП), варто констатувати, що на сьогодні належних умов для ефективного їх функціонування в Україні ще не створено. Зміст даної проблеми полягає в тому, що якщо для реалізації таких закріплених в ст.50 Кримінального кодексу України (КК) та в ст.1 Кримінально-виконавчого кодексу України (КВК) елементів мети покарання, як кара та виправлення засуджених, законодавець сконструював відповідні правові терміни, категорії та інститути, то відносно іншої функції – запобігання вчиненню злочинів як засудженими, так й іншими особами - подібних кроків не здійснив. Ускладнює вказану проблему й те, що нині в Україні відсутній спеціальний закон з питань профілактики злочинів, а регулювання їх підзаконними актами суперечить вимогам ст. ст. 19 та 63 Конституції України, відповідно до яких правообмеження щодо засуджених мають встановлюватись лише законом. У той самий час, ні в КПК Україні, ні в Законі України від 23.06.2005 р. "Про Державну кримінально-виконавчу службу" (ДКВС), ні в інших нормативно-правових актах не зазначені конкретні норми, які б забезпечували діяльність персоналу УВП у даній галузі. У таких умовах чи не єдиним гласним правовим підгрунтям для здійснення превентивної функції кримінально-виконавчого законодавства виступають Правила внутрішнього розпорядку установ виконання покарань (ПВР УВП), у п. 57 яких зазначеного положення про те, що з метою підтримання належного правопорядку в УВП, попередження злочинів та правопорушень серед засуджених здійснюється комплекс спеціальних профілактичних засобів щодо виявлення, постановки на облік та організація нагляду за особами, схильними до правопорушень.

Змістовно така діяльність персоналу ДКВС зводиться до того, що відносно певної категорії засуджених вводяться додаткові обмеження особистого характеру, які не витікають з обвинувального вироку суду, тобто спотворюється таким чином природа кримінальної відповідальності. З іншого боку, порушується принцип рівності засуджених перед законом (ст. 5 КВК) та ч. 2 ст. 7 цього ж правового джерела, що визначає основи правового статусу останніх. По офіційних даних об'єктами профілактичного впливу в УВП щорічно стають більше 15 % осіб, які відбувають покарання в місцях позбавлення волі. Враховуючи, що одним із завдань кримінально-виконавчого законодавства України є запобігання тортурам та нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню із засудженими, та відсутність у національному правовому полі визначення терміну "катування", проблема профілактики злочинів в УВП набуває глобального характеру – переростає в площину захисту прав людини в умовах ізоляції від суспільства з тим, щоб покарання не переростало у свій антипод – породжувало новий злочин. Існуюча нині практика, з врахуванням означених прогалин у термінологічному апараті та механізмах правового регулювання питань профілактики злочинів в УВП, приводить до того, що щорічно міжнародні експерти визнають жертвами катувань у місцях позбавлення волі України більше 30 % ув'язнених під варту і засуджених.

На наш погляд, головними обставинами, що детермінують вказаний стан речей у ДКВС України, є:

– відсутність норм, що забезпечують діяльність персоналу УВП у галузі запобігання вчиненню злочинів.

Зміст даної проблеми полягає в тому, що донині в нашій країні суб'єктами правотворчості вперто ігноруються вимоги ст. 8 Конституції України, у якій закріплений принцип верховенства права. З огляду цього, відсутність спеціального закону та відповідних норм у КВК і регулювання питань профілактики злочинів відомчими нормативними актами Державного департаменту України з питань

© Колб О., 2006

виконання покарань (ДДУПВП) є матеріальним доказом існуючої в Україні "девальвації" норм і принципів Основного закону;

– деяка нелогічність і неструктуризованість побудови інститутів права в чинному КВК України.

Зокрема, для реалізації такого завдання, як кара, у даному Законі є спеціальна глава 16 "Режим у колоніях та засоби його забезпечення"; для досягнення мети застосування основних засобів виправлення і ресоціалізації (ст. 6 КВК) – глави 17-19; та ін.

Разом з тим, у КВК жодним словом не обмовлено про реальні механізми реалізації завдання по запобіганню вчиненню злочинів засудженими, не визначені об'єкти профілактики, засоби і методи впливу на них, межі правообмежень, правовий статус суб'єктів цих правовідносин, тощо;

– формальна визначеність окремих норм КВК, що лише означають правові явища і стани, але не регулюють конкретно існуючі правові відносини.

Так ні до чого не зобов'язують громадські організації і трудові колективи вимоги ст. ст. 160-161 КВК України, що покликані відрегулювати питання громадського контролю за особами, звільненими від відбування покарання, у зв'язку з тим, що державний примус (а означений контроль є однією із форм примусу), як витікає з вимог ст. 50 КК України, - це виключне право держави;

– так звані "старі" технології, що використовуються законодавцем у сучасних умовах при створенні нових правових актів, які сліпо копіюють набутий досвід у галузі правотворчості (колишніх шкіл радянської епохи, де пріоритетними були інтереси держави, а не особи) та через поспішність і безсистемність відтворюють лише формальні аспекти міжнародно-правової практики у законодавчій діяльності. Так, у ст. 57 Конституції України зазначено положення про те, що кожному гарантується право знати свої права і обов'язки. Проте, як у даному контексті зрозуміти положення ст. 155 КВК України "Правовий статус осіб, які відбули покарання", в якій не зазначено жодного слова про правообмеження, що встановлюються для такої категорії громадян, їх об'єм, часові межі та інше.

Донині в чинному законодавстві не визначені такі поняття і терміни, як "порушник встановленого порядку відбування покарання", "сумлінна поведінка і ставлення до праці" та інші, що мають виключне значення для зміни правового статусу засудженого під час відбування покарання. Встановивши в главі 2 КВК України "правовий статус засуджених", законодавець зовсім нічого не сказав про обмеження загальногромадянських прав і свобод останніх, їх меж параметрів тощо.

Всі вказані та інші недоречності в правовому забезпеченні діяльності персоналу УВП не тільки знижують рівень профілактики злочинів, але й не дають у повній мірі використати потужний внутрішній потенціал ДКВС України у досягненні мети і завдань кримінального та кримінально-виконавчого законодавства.

Не менш очевидним є й інший висновок : боротись з антисуспільними явищами, до яких відносяться злочинність, слід тільки законними методами і засобами, так як в іншому випадку суспільство не лише не знищуватиме їх джерело, а буде відтворюватись у нових, більш небезпечних формах.

Для приведення організації профілактики злочинів у точну відповідність з вимогами законності варто, на наше переконання, здійснити наступні заходи:

1.Доповнити розділ III КВК України "Виконання у вигляді позбавлення волі" главою 22-1 "Запобігання вчиненню злочинів як засудженими, так й іншими особами нормами" такого змісту:

– ст. 149-1 "Запобігання вчиненню злочинів", у якій дати визначення вказаної діяльності в УВП, взявши за основу поняття, що зазначено в ст.1 проекту Закону України від 12.05.98 р. "Про профілактику злочинів";
– - ст. 149-2 "Мета профілактичної діяльності в УВП", виклавши її в редакції, що зазначена в п. 57 ПВР УВП;
– ст. 149-3 "Об'єкти профілактичного впливу", до яких віднести: так званих "пригноблених"; злісних порушників установленого порядку відбування покарання (ст.133 КВК); осіб, які вчинили особливо тяжкі злочини (умисні вбивства, бандитизм, створення злочинних організацій, т. п.); засуджених за злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення" та ін.;

- ст. 149-4 “Соціально-правові наслідки застосування заходів по запобіганню злочинів”, до яких віднести ті правообмеження, що витікають з факту незастосування до засудженого інституту звільнення від покарання та його відбування (ст. ст.74-87 КК); встановлення адміністративного нагляду (ст. ст. 158–159 КВК); застосування примусових заходів медичного характеру та примусового лікування (ст. ст. 92-96 КК);
- на законодавчому рівні визначитись у таких термінах, як “порушення встановленого порядку відбування покарання”, “довів своє виправлення”, т. ін.; тобто дати аутентичне тлумачення змісту цих правових категорій;
- прийняти спеціальний Закон України “Про запобігання вчиненню злочинів”.

Необхідність внесення доповнень у чинний КВК України є очевидною: як зазначено в ч. 3 ст. 63 Конституції України, засуджений користується всіма правами людини і громадянина, за винятком обмежень, які визначені законом і встановлені вироком суду. Тому застосування у сьогоднішніх умовах традиційних засобів регулювання питань, що пов’язані з правообмеженням для конкретної особи (на рівні підзаконних нормативних актів), варто визнати незаконним.

ПОНЯТТЯ ГАРМОНІЗАЦІЇ МІЖНАРОДНОГО І НАЦІОНАЛЬНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ТА ШЛЯХИ ВСТАНОВЛЕННЯ ВІДПОВІДНОСТІ МІЖ КК УКРАЇНИ ТА СТАТУТОМ МКС

Кучевська С.

Львівський національний університет ім. І. Франка

1. Глобалізація суспільного життя в останні десятиліття та прийняття Статуту Міжнародного кримінального суду загострили питання гармонізації різних правових систем. Це питання постало і перед Україною, яка підписала Статут ще 20 січня 2000 року, чим зробила перший крок по приєднанню до даного документу та взяла курс на його ратифікацію. Однак у випадку ратифікації Статуту виникає ряд проблем, пов'язаних перш за все з встановленням відповідальності за певні діяння, криміналізовані Статутом МКС, на національному рівні. Позиція Конституційного Суду України щодо даного питання носить швидше декларативний характер і не узгоджується з положеннями ст.3 КК України. При аналізі окремих положень Статуту МКС та відповідних положень КК України можна спостерігати певні відмінності, які потребують узгодження. А це, в свою чергу, забезпечується процесом гармонізації. Проте гармонізація національного і міжнародного права не може здійснюватися механічно. Вона проводиться у відповідності до національного законодавства з використанням певного механізму. У практичних цілях корисно з'ясувати характерні ознаки цього явища та виявити способи здійснення гармонізації кримінального законодавства України зі Статутом МКС.
2. Спеціальних досліджень щодо приведення національного кримінального законодавства у відповідність до положень Статуту в українській юридичній літературі не було, хоча на даний час Україна не здійснила реальних заходів по забезпеченню правової сумісності національного законодавства і Статуту. В Україні безпосередньо цьому питанню присвячені лише окремі публікації Н. Дульневої, О. Касинюка, І. Майорова, Р. Романова.
3. Загальні положення про співвідношення міжнародного і внутрішньодержавного права ми маємо брати до уваги, коли мова іде про співвідношення міжнародного кримінального і внутрішньодержавного права. Тому спершу розглянемо існуючі загальні положення, а далі спробуємо застосувати їх до досліджуваного питання.
4. В міжнародно-правовій літературі немає чіткого визначення поняття „гармонізація". Існуючі визначення можна звести до таких:
   - це процес створення єдиних за змістом норм (уніфікація норм);
   - досягнення узгодженості юридичних норм (шляхом наближення юридичних текстів, приведення їх у відповідність);
5. Гармонізація національного і міжнародного законодавства є комплексним правовим явищем, яке має багато ознак, що так чи інакше впливають на його сприйняття та застосування на практиці. На нашу думку, під гармонізацією національного законодавства з міжнародним, виходячи з визначального змісту терміна "гармонізація", слід розуміти встановлення найбільш тісного зв'язку між положеннями міжнародно-правових актів і національного законодавства, що полягає в досягненні оптимального співвідношення між ними у напрямі створення єдиної органічної системи.
6. Процес гармонізації залежить, перш за все, від законодавчого підходу до місця міжнародних актів в ієрархії національного законодавства. В загальному, доктрину і практику різних держав з проблеми співвідношення міжнародного і внутрішньодержавного права можна розділити на наступні групи:
   - міжнародне право (договори) оголошуються частиною права країни і діє принцип lex posterior derogate priori;
   - міжнародні договори після вступу в силу акта про ратифікацію чи приєднання діють на території держави безпосередньо після опублікування;
   - міжнародні договори після вступу в силу акта про ратифікацію чи приєднання діють на території держави безпосередньо після видання спеціального закону, який повторює договір (цей спосіб у літературі часто називають трансформацією).

© Кучевська С., 2006

7. Конституція України визнає за державою виключне право надання дозволу на поширення дії міжнародних нормативно-правових актів на своїй території. Правові засади загального процесу гармонізації законодавства України з міжнародними договорами визначені законом України „Про міжнародні договори України" від 29 червня 2004 року. Цим законом закладено правову основу не тільки укладення, підписання, ратифікації, виконання міжнародних договорів або приєднання до них з метою належного забезпечення національних інтересів, досягнення цілей, вирішення завдань і здійснення принципів зовнішньої політики нашої держави, а й внесення відповідних, пов'язаних з ратифікацією, змін і доповнень у національне галузеве законодавство, що врешті-решт і забезпечує гармонізацію. Згідно ст. 19 даного Закону „чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства та застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства ", „якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлені інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору". У зазначеному законі наведений перелік міжнародних договорів України, які підлягають ратифікації, та фіксується положення, яким забороняється укладення міжнародних договорів, що суперечать Конституції. Це випливає з п.2 ст. 9 Конституції України. Україна офіційно визнала пріоритет лише тих положень міжнародних договорів, які укладені та ратифіковані у формі закону, і за умови, що ці положення не суперечать нормам Конституції. Тобто, в ієрархії нормативно-правових актів міжнародні договори посідають наступне місце після Конституції.

Однак тут необхідно звернути увагу на положення чинного КК України, який ґрунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права (ч.1 ч.5 ст. 3 КК України). Зі змісту ч.1 ст.3 КК України випливає, що чинне законодавство про кримінальну відповідальність становить собою один кодифікований закон і що єдине джерело кримінального законодавства – це КК України. Будь-які інші нормативно-правові акти не входять до системи кримінального законодавства. Цим воно принципово відрізняється від інших галузей вітчизняного законодавства. Не входить до системи кримінального законодавства і Конституція України, незважаючи на те, що вона має найвищу юридичну силу (ч.1 ст.8 Конституції України), а її норми є нормами прямої дії. Проте, відповідно до ст. 8 Конституції України, закони України, у т. ч. закони про кримінальну відповідальність, мають прийматися на основі Конституції України і повинні відповідати їй. Невідповідність законів про кримінальну відповідальність Конституції України, а також порушення встановленої Конституцією України процедури їх розгляду, ухвалення або набрання ними чинності, тягнуть за собою визнання їх Конституційним Судом України у встановленому Конституцією і законами України порядку неконституційними. Ці положення мають обов'язково враховуватися під час тлумачення і застосування норм КК.

Таким чином, можемо зробити такі висновки:

- по-перше, вплив міжнародного права на національне в Україні відбувається не безпосередньо, а опосередковується волею держави через видання внутрішньодержавного акту;
- по-друге, щодо кримінального законодавства, то для проведення гармонізації, з якою пов'язуватиметься дійсність міжнародного договору, необхідним є поряд з ратифікацією Україною Статуту МКС внесення відповідних змін до КК України.

8. Більшість держав при проведенні гармонізації національного законодавства зі Статутом МКС передбачили в кримінальних кодексах універсальну юрисдикцію щодо тих злочинів, які посягають на інтереси міжнародної спільноти в цілому. Деякими країнами крім кримінальних кодексів були прийняті спеціальні закони, які поширювали універсальну юрисдикцію на окремі міжнародні злочини. Реальний об'єм дії договірних норм залежить в більшій мірі від законодавчих заходів, прийнятих в кожній державі для їх конкретної імплементації. Методи введення універсальної юрисдикції відрізняються в різних державах. Виділяють три основних типи методів, які використовуються державами або на альтернативній основі, або з поєднанням елементів різних методів, і якими можна скористатись при проведені гармонізації кримінального законодавства України зі Статутом МКС :
   - метод аналогії (полягає в тому, щоб розглядати злочини, визначені в міжнародних конвенціях, як такі, що не відрізняються від передбачених національним кримінальним законодавством);

- бланкетний метод (полягає в тому, що національне законодавство відсилає до положень міжнародних конвенцій, які визначають правопорушення);
- метод конкретного інкримінування (полягає в тому, щоб передбачити у внутрішньому законодавстві злочини, які відповідають кожному конкретному порушенню, визначеному в конвенціях).

9. При приведенні положень КК України у відповідність до Статуту МКС Україна не може скористатися таким способом узгодження як внесення застережень до Статуту. Згідно ст. 120 Статуту МКС, ніякі застереження до Статуту МКС не можуть робитися.
10. В Контрольному Списку для імплементації Римського Статуту (Checklist for Effective Implementation) та Посібнику для ратифікації та імплементації Римського Статуту наведено перелік порад для належного приведення національного законодавства у відповідність до положень Статуту. Національне законодавство може визначати злочини і принципи кримінальної відповідальності більш широко, ніж Статут. Важливо, щоб держави гарантували, що вони можуть виконувати свої обов'язки за міжнародним правом і притягувати до відповідальності за злочини геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини.
11. Важливою методологічною засадою приведення кримінального національного законодавства у відповідність до положень Статуту є уніфікація термінології. Без цього важко досягнути взаєморозуміння в правовій сфері. Кримінальне право особливо вимагає однозначного трактування.
12. Таким чином, процес гармонізації кримінального законодавства України зі Статутом МКС передбачає приведення у відповідність до нього окремих положень Кримінального кодексу. Для цього можна скористатися такими способами:
    - закріпити визначення злочину, яке повністю відтворює текст відповідної статті Статуту МКС, чи такого, що містить пряму відсилку до нього;
    - передбачити ряд окремих складів злочинів для кожного з діянь, згаданих у Статуті;
    - скористатися „загальнокримінальними" складами злочинів.

РАЗГРАНИЧЕНИЕ ПРЕСТУПЛЕНИЙ МЕЖДУНАРОДНЫЙ ТЕРРОРИЗМ, ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ТЕРРОРИЗМ И АГРЕССИЯ

Кучугурный Д.

Юридический колледж Белорусского государственного университета

Среди одноуровневых с международным терроризмом деяний наиболее часто имеют схожесть с ним по тем или иным отдельным признакам такие, как государственный терроризм и агрессия, которые нередко в литературе рассматриваются как проявления международного терроризма, что вряд ли правильно, так как все эти деяния имеют свои отличительные черты самостоятельных преступлений.

Говоря о соотношении понятий международный терроризм, государственный терроризм и агрессия, следует отметить, что государство в данном случае является ключевой фигурой. Поскольку участие того или иного государства в осуществлении террористической деятельности позволяет говорить о его квалификации в качестве международного преступления. Считается целесообразным рассмотреть каждое из вышеозначенных понятий. Поскольку уже в названии «государственный терроризм» упоминается государство, имеет смысл начать с этого термина. Так, советский исследователь Л.А. Моджорян под государственным терроризмом понимала акт организованного насилия государства или его органов – экономического давления, психологического воздействия, политического нажима, военного вторжения, - направленный на устранение иностранных политических деятелей, на создание паники среди населения иностранного государства и дестабилизацию его системы управления с целью достижения определённых политических результатов: изменения общественно-политического строя, свержения правительства, предоставления государству-террористу тех или иных выгод и преимуществ. Белорусский учёный У.Р. Латыпов в своих трудах определял государственный терроризм как международно-противоправное применение государством силы или угрозы силой для устрашения других государств с целью изменения их общественно-политического строя или иного посягательства на их национальный и государственный суверенитет. Он также полагал, что государственный терроризм реализуется путём совершения таких международно-противоправных деяний, как агрессия, террористические акты международного характера, наёмничество, «психологическая война», и некоторые другие. Входящие в состав государственного терроризма противоправные деяния тесно взаимосвязаны и способны, изменяясь, переходить из одного вида в другой. Государственный терроризм представляет собой не простую совокупность отдельных деяний, а систему международных преступлений и правонарушений, объединённых единой целью посягательства на национальный, государственный суверенитет. О различиях государственного и международного терроризма исследователь говорил, что террористические акты международного характера, субъектами которых являются государства, имеющие целью подрыв национального, государственного суверенитета, квалифицируются одновременно и как государственный терроризм. Акты международного терроризма, осуществляемые «автономно» действующими физическими лицами, относятся к категории преступлений международного характера и не входят в состав государственного терроризма. Он также отмечал, что государственный терроризм проявляется не в случайных и разрозненных актах насилия, а представляет собой политику, проводимую эксплуататорским государством, и что, особенность политики государственного терроризма вытекает из основного противоречия современной эпохи и заключается в его направленности, главным образом, против социального самоопределения народов и наций. Проблемам государственного терроризма посвящали свои работы также такие советские учёные как Н.Б. Крылов, Ю.А. Решетов и многие другие. Однако, следует отметить, что такой вид преступления скорее характерен для периода «холодной войны» между СССР и США и в настоящее время не может быть актуальным.

Международный терроризм, как отмечает большинство исследователей, это противоправная деятельность физического лица, группы лиц или организации. Поэтому осуществление террористической деятельности непосредственно государством или посредством уполномоченных им лиц скорее подпадает под определение агрессии, закреплённом в резолюции, принятой XXIX сессией Генеральной Ассамблеи ООН 14 декабря 1974 года. Согласно статьи 1 данного документа «агрессией

© Кучугурный Д, 2006

является применение вооружённой силы государством против суверенитета, территориальной неприкосновенности или политической независимости другого государства или каким-либо другим образом несовместимым с Уставом Организации Объединённых Наций, как это установлено в настоящем определении». Кроме этого, в статье 3 данной резолюции уточняются какие именно действия будут квалифицироваться в качестве агрессии:

- вторжение или нападение вооруженных сил государства на территорию другого государства или любая военная оккупация, какой бы временный характер она ни носила, являющаяся результатом такого вторжения или нападения, или любая аннексия с применением силы территории другого государства или части её;
- бомбардировка вооруженными силами государства территории другого государства или применение любого оружия государством против территории другого государства;
- блокада портов или берегов государства вооруженными силами другого государства;
- нападение вооружёнными силами государства на сухопутные, морские или воздушные силы или морские и воздушные флоты другого государства;
- применение вооружённых сил одного государства, находящихся на территории другого государства по соглашению с принимающим государством, в нарушение условий, предусмотренных в соглашении, или любое продолжение их пребывания на такой территории по прекращении действия соглашения;
- действие государства, позволяющего, чтобы его территория, которую оно предоставило в распоряжение другого государства, использовалось этим другим государством для совершения акта агрессии против третьего государства;
- засылка государством или от имени государства вооружённых банд, групп и регулярных сил или наёмников, которые осуществляют акты применения вооружённой силы против другого государства, носящие столь серьёзный характер, что это равносильно перечисленным выше актам, или его значительное участие в них».

Именно пункт «g» позволяет квалифицировать деятельность физических лиц и групп, уполномоченных государством, и разделить понятия международный терроризм и агрессия. Важная черта этого различия – это «автономность» или «не автономность» действий физических лиц при совершении террористических актов.

Более детальное разграничение терроризма со смежными преступлениями возможно на основе изучения признаков соответствующих составов, существующих в международном уголовном законодательстве и уголовном законодательстве национальных государств, а это в свою очередь, предъявляет особые требования к определению понятия международного терроризма, которое в полной мере должно отразить сущностные характеристики международного терроризма и органически присущие ему составные элементы и не содержать в своей конструкции признаков иных преступлений, уже нашедших закрепление в международном уголовном праве и уголовном праве национальных государств.

ПОРУШЕННЯ ПРАВ НЕПОВНОЛІТНІХ ШЛЯХОМ ВТЯГНЕННЯ ЇХ У ЗЛОЧИННУ ДІЯЛЬНІСТЬ

Ландіна А.

Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

Проблема захисту прав людини посідає одне з найголовніших місць в наукових дослідженнях, які проводяться на сучасному етапі суспільно-політичного та соціально економічного розвитку України. Вирішенням зазначеної проблеми займається юридична наука, зокрема наука кримінального права.

Вирішення проблеми захисту прав людини містить безліч напрямків, одним із яких є захист прав неповнолітніх. Ми зупинимось на захисті прав неповнолітніх осіб на нормальний фізичний, психологічний, моральний розвиток, тобто прав, які порушуються злочинами проти моральності в сфері соціалізації неповнолітніх. Боротьба із злочинами, які посягають на моральність в сфері соціалізації неповнолітніх, а саме із втягненням неповнолітніх у злочинну та іншу антигромадську діяльність займає одне з вирішальних місць в діяльності правоохоронних органів, спрямованій на забезпечення нормального морального, фізичного та психологічного розвитку підростаючого покоління. Цим обумовлена потреба вивчення проблемних питань кримінально-правового захисту неповнолітніх від протиправних посягань, вказаних в ст. 304 КК України, яка передбачає покарання за втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність. Важливим є питання вдосконалення чинного кримінального законодавства в частині охорони неповнолітніх від негативного впливу.

Суспільна небезпечність зазначеного злочину полягає в тому, що такими діями заподіюється шкода духовно-моральному благополуччю особи, яка не досягла 18-річного віку; відбувається посягання на забезпечення основних принципів суспільної моральності в сфері належного інтелектуального, морального, фізичного розвитку і виховання неповнолітніх, деформація в свідомості неповнолітніх осіб моральних цінностей суспільства, прищеплення їм асоціальних ідей, аморальних поглядів. Крім того, зазначені діяння перешкоджають реалізації прав неповнолітніх на належний розвиток в усіх сферах.

Злочинні діяння, передбачені ст. 304 КК України, сприяють формуванню небажаної (небезпечної) для суспільства поведінки неповнолітнього, яка ґрунтується на набутих ним деформованих навичок, поглядів, причиною чого є негативний вплив соціального середовища, в якому проживає чи деякий час знаходиться неповнолітній.

Злочини проти моральності в сфері соціалізації неповнолітніх посягають на порядок, який забезпечує дотримання принципів правильного виховання, умов вільного морального, фізичного, інтелектуального розвитку неповнолітніх. Втягнення дорослою особою неповнолітнього в злочинну діяльність, у пияцтво, заняття жебрацтвом та азартними іграми згубно впливає на молоде покоління. А молодь – це майбутнє будь-якої держави, тому що від того, який шлях в житті обирають представники молодого покоління, залежить доля країни в цілому.

Отже, як наслідок вчинення таких злочинів, окрім шкідливого впливу на формування неповнолітнього, є збільшення числа асоціальних осіб, що негативно позначається на існуванні всього суспільства в цілому: створюються умови для протиправної поведінки, збільшується кількість злочинців і, відповідно, зростає коефіцієнт злочинності. Таким чином, створюються сприятливі умови для формування особи, чиї інтереси йдуть в розріз із загальноприйнятими в суспільстві нормами і правилами поведінки, яка в свою чергу перешкоджає дотриманню прав інших осіб.

На нашу думку, втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність, у пияцтво, заняття жебрацтвом та азартними іграми, варто назвати *злочинами проти моральності в сфері соціалізації неповнолітніх.*

Як зазначає О.М. Костенко, неповнолітні на стадії свого розвитку ще не повністю позбавилися дитячої сваволі в поведінці і не перейшли до дорослої свободи волі. Тому, в якій поведінці (суспільно корисній чи суспільно небезпечній) виявиться своволя у підлітка залежить від того, які за змістом обставини і психічні враження впливають на неповнолітнього в його спілкуванні з іншими людьми. Тобто, завданням правоохоронних органів і всієї громадськості є захист неповнолітніх від згубного впливу дорослих.

© Ландіна А., 2006

Соціалізація з точки зору філософії – це процес засвоєння людською особою певної системи знань, норм та цінностей, що дозволяють їй функціонувати в якості повноправного члена суспільства, а також процес становлення особи на основі засвоєння нею елементів культури і соціальних цінностей. Соціалізація особи відбувається шляхом впливу суспільства на особу, коли вона, внаслідок перебування в певному соціальному середовищі, засвоює певні цінності. Соціалізація означає як виховання особи, так і формування особистості шляхом впливу на психологію особи з метою формування в неї певних соціальних якостей.

Загальнонаукові видання дають наступні визначення: соціалізація – це процес засвоєння особою певної системи знань, норм та цінностей, що дозволяють йому функціонувати в якості повноправного члена суспільства; соціалізація – це процес втягнення індивіда в систему суспільних відносин, формування його соціального досвіду, становлення і розвиток як цільної особистості. Наголошується на тому, що соціалізація передбачає взаємодію людини з соціальним оточенням, яка корінним чином впливає на формування певних соціальних якостей і рис, на активне засвоєння та відтворення нею системи суспільних зв'язків.

В кримінології існує думка, що соціалізація – це поступовий вплив, що здійснюється на людину суспільством з метою прищеплення їй поглядів, навичок, правил поведінки, вигідних і бажаних для суспільства. Під впливом соціалізації має сформуватися соціально корисна, з точки зору інтересів суспільства, поведінка".

Отже, індивід стає особистістю саме в процесі соціалізації, набуваючи права та виконуючи певні обов'язки. Таким чином, пропонується виділити злочинні діяння, передбачені в ст. 304 КК України, в окрему групу злочинів проти моральності, а саме в групу злочинів проти моральності в сфері соціалізації неповнолітніх.

Втягнення неповнолітніх в зазначений вище вид діяльності може здійснюватися різними способами. До таких відносяться переконання, залякування, підкуп, обман, розпалювання почуття помсти, заздрості або інших низьких спонукань, пропозиція вчинити злочин, обіцянка винагороди. Найбільш поширеними формами такого втягнення є прохання, вмовляння і пропозиції.

Також втягнення може здійснюватися шляхом психічного або фізичного насильства. Психічне насильство в основному виражається в погрозах чи залякуванні (нанесенням тілесних ушкоджень, завданням іншої шкоди, але якщо така погроза є реальною), обмані, обіцянках тощо, тобто в будь-яких діях, які мають вплинути на неповнолітнього без застосування сили. Фізичне насильство полягає в нанесенні тілесних ушкоджень різного ступеня тяжкості, побоях тощо.

Кримінально-правова охорона цього виду моральності забезпечується ст. 304 КК України. Видається, що дана норма вимагає певного вдосконалення, тому що в ній не встановлено кваліфікуючих ознак цього злочину. Варто зазначити, що втягнення малолітнього (особи, яка не досягла 14-річного віку) у злочинну діяльність, так само як і втягнення неповнолітнього в злочинну діяльність, вчинене організованою групою, є більш небезпечним. Тому пропонується ст. 304 КК України викласти в наступній редакції:

„Стаття 304. Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність

1. Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність, у пияцтво, у заняття жебрацтвом, азартними іграми, –

карається...

2. Дії, передбачені частиною першої цієї статті, вчинені щодо малолітнього або організованою групою, –

караються..."

Отже, виділення злочинних діянь, передбачених ст. 304 КК України в окрему групу як злочинів проти моральності в сфері соціалізації неповнолітніх дозволить чіткіше зрозуміти специфіку даного виду злочинних посягань. Врахування рекомендацій щодо вдосконалення ст. 304 КК України сприятиме підвищенню кримінально-правового захисту цього виду моральності і моральності в цілому на більш високий рівень. Крім того, запропоновані зміни дають можливість для більш повної реалізації особистісних прав неповнолітніх осіб.

ПОЗБАВЛЕННЯ ВИБОРЧОГО ПРАВА ЯК ПРИКЛАД АНТИКОНСТИТУЦІЙНОЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ НОРМИ (В СВІТЛІ ЗАКОНОПРОЕКТУ „ПРО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО КОДЕКСУ УКРАЇНИ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ, ДО КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ, КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ").

Лихова С.

Київський національний університет ім. Т. Шевченка

Народні депутати України Ю.А. Кармазін, О.М. Бандурка, М.А. Меркуш внесли на розгляд Верховної Ради України законопроект щодо внесення змін та доповнень до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України, Кримінально-процесуального кодексу України. Ці зміни, безумовно, є необхідними, адже події минулого року під час виборів Президента України показали, наскільки актуальним і необхідним є своєчасне реагування правоохоронних органів на порушення виборчого законодавства. Виборчі права громадян України охороняються при допомозі норм конституційного, адміністративного, кримінального та цивільного права. Але виникає питання – чи дійсно предметом охорони є тільки виборчі права громадян? В цьому плані на позитивну оцінку заслуговує пропозиція депутатів доповнити Кодекс України про адміністративні правопорушення главою 15-А із назвою „Адміністративні правопорушення, що посягають на здійснення народного волевиявлення та встановлений порядок його забезпечення". Адже дійсно, норми адміністративного законодавства спрямовані не тільки на захист виборчих прав громадян та права на участь у референдумі, які є конституційними формами народного волевиявлення. Ці права є тільки елементом виборчих та референдних правовідносин, які є більш широкими за змістом правовим феноменом. В структурі виборчих правовідносин відіграють значну роль і інші правові відносини, наприклад, відносини, які складаються в процесі діяльності виборчих комісій, фінансування виборчих кампаній тощо.

І хоча назву розділу V Особливої частини КК України в законопроекті змінити не пропонується, ті зміни та доповнення до цього розділу, що містяться в даному законопроекті, свідчать про тенденцію законодавця саме до такого розширеного розуміння змісту родового об'єкта даної групи злочинів. Кримінально-правові норми спрямовані не тільки на захист права громадянина, а, по-перше, тих правових форм, в яких ці права реалізуються, тобто на захист виборчих правовідносин, а, по-друге, на захист виборчих правовідносин, які забезпечують порядок проведення виборів, порядок їх фінансування та порядок діяльності виборчих комісій. Такий підхід до охорони більш широкого кола правовідносин, ніж це передбачено в чинному законодавстві слід оцінити, безумовно, позитивно, тобто за формою даний законопроект заслуговує на однозначно позитивну оцінку. На жаль, за змістом не всі пропозиції щодо вдосконалення кримінального законодавства заслуговують на таку оцінку. Деякі із них, на нашу думку, є однозначно неприйнятними. Це, в першу чергу, стосується пропозиції доповнити КК України ст.54-1 „Позбавлення виборчого права". Питання про позбавлення виборчого права як вид покарання заслуговує на окреме дослідження. В межах же даної статті відмітимо тільки два моменти: по-перше, виборче право поряд із іншими правами є одним із елементів конституційного статусу громадянина. Як вказує проф. Н.Г. Шукліна, під конституційно-правовим статусом особи розуміють не тільки права і свободи. Це загальні, основоположні начала, при допомозі яких у Конституції визначаються основні права, свободи і обов'язки людини і громадянина, тобто можливість мати, володіти, користуватися і розпоряджатися економічними, політичними, культурними та іншими соціальними цінностями, благами, користуватися свободою дій і поведінки в межах Конституції та інших законів. До поняття правового статусу входять такі основні елементи (вони складають його зміст і структуру): громадянство; загальна правоздатність; принципи правового статусу; конституційні права, свободи й обов'язки громадян; гарантії прав і свобод; відповідні правові норми.

Відповідно до ст. 21 Конституції України права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними. Непорушність прав людини – це незменшуваність, недоторканність можливостей людини, котрі відображені в тих чи інших її правах. З поняттям не відчужуваності та непорушності прав людини тісно пов'язані неприпустимість їх скасування та обмеження. Відповідно до положення,

© Лихова С., 2006

яке міститься в ч.3 ст.22 Конституції України при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. Відповідно до ст.70 Конституції України право голосу на виборах і референдумах мають громадяни України, які досягли на день їх проведення вісімнадцяти років. Єдиним конституційним обмеженням активного виборчого права є визнання особи в судовому порядку недієздатною. В зв'язку із цим Конституційний Суд України в Рішенні по справі про вибори народних депутатів України від 26 лютого 1998 р. визнав таким, що не відповідає Конституції України положення Закону України від 24 вересня 1997 р. „Про вибори народних депутатів України", згідно з яким здійснення виборчого права зупиняється для осіб, які за вироком суду перебувають у місцях позбавлення волі. Тому пропозиція ввести такий новий вид покарання розцінюється нами як явно антиконституційна і така, що спрямована на звуження конституційного статусу громадянина.

І, по-друге, говорячи про позбавлення виборчого права як покарання, ми, скоріше всього, забуваємо про страшні сторінки нашого минулого, до яких повертатися не бажано. Невелика екскурсія в минуле кримінального права дозволить нам з'ясувати політичне підґрунтя даного виду покарання.

В Керівних началах по кримінальному праву РРФСР 1919 року серед видів покарань передбачалися і позбавлення політичних прав, і оголошення ворогом народу, і оголошення поза законом.

В КК УСРР 1922 року серед покарань і інших заходів соціального захисту передбачалася і поразка прав, серед яких на першому місці стоїть позбавлення активного і пасивного виборчого права. В КК УСРР 1926 року, також, серед засобів соціального захисту передбачене позбавлення активного і пасивного виборчого права. Міститься цей засіб соціального захисту поряд із такими як оголошення ворогом трудящих, позбавлення громадянства і вигнання за межі Союзу РСР, позбавлення права займати державні посади і носити почесні звання. Тільки в КК УРСР 1960 р. держава відмовилася від таких покарань, які носили явно політичний, антидемократичний характер. І ось, зараз, через стільки років видається досить дивною пропозиція повернути кримінальне законодавство в ті часи, коли воно було очевидним засобом політичних репресій.

В цілому-ж зміни в КК України, які спрямовані на обмеження конституційного статусу запропоновані в даному законопроекті можна поділити на дві групи. Це зміни до Загальної частини КК і зміни до Особливої частини КК.

Перша група змін стосується доповнення ч.1 ст.51 КК України новим видом покарання „позбавлення виборчого права". Таке доповнення зумовлює і наступні: пропонується внести доповнення до частини другої ст.52, виклавши її в такій редакції „додатковими покараннями є позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу, позбавлення виборчого права та конфіскація майна", а також, пропонується доповнити КК новою статтею 54-1 „Позбавлення виборчого права", в якій, традиційно до структури норм Загальної частини КК, розкривається зміст та особливості застосування даного виду покарання. Це покарання вважається додатковим і призначається на строк від п'яти до десяти років в разі засудження за злочини проти виборчих прав громадян.

Також, це покарання може бути призначене будь-якій особі, яка вчинила умисний тяжкий чи особливо тяжкий злочин навіть у тому випадку, коли це покарання не передбачене в санкції статті. До речі, слід відмітити, що в даному законопроекті за жоден злочин проти виборчих прав таке покарання не передбачене в санкції статті. Крім того, законодавець допускає неточність, коли говорить про умисний тяжкий чи особливо тяжкий злочин. Така ситуація має місце і в ст.70 КК України 2001 р. Не зрозуміло, особливо тяжкий злочин має бути теж умисним чи може бути і необережним. Тобто, чи мова іде про два умисні злочини, чи про умисний тяжкий і умисний та необережний особливо тяжкий. Слід звернути увагу на те, що під позбавленням виборчого права автори законопроекту розуміють як пасивне, так і активне виборче право.

Друга група змін стосується нового тлумачення змісту такого виду покарання як позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Відповідно до законопроекту різновидом даного виду покарання є позбавлення права обіймати посади у виборчих комісіях або займатися діяльністю, пов'язаною із здійсненням виборчого процесу. Таке формулювання викликає ряд заперечень і стане в майбутньому предметом окремого дослідження. Зараз-же вкажемо на два очевидні найбільш проблемні моменти. Якщо мова іде про виборчі комісії, то, мабуть, традиційно до розуміння цієї ознаки, яка міститься в диспозиції ст.157 КК, маються на увазі всі виборчі комісії, починаючи із ЦВК і закінчуючи дільничними. Зокрема, члени ЦВК призначаються на посаду шляхом голосування народних депутатів, тобто Верховною Радою. Яким-же чином суд може скасувати

рішення Верховної Ради? І друге – термінологічний зворот „діяльність, пов'язана із здійсненням виборчого процесу" надзвичайно широкий за змістом – починаючи із членства у виборчих комісіях, фінансування виборів і закінчуючи веденням передвиборчої агітації та складанням списків виборців. Не зрозуміло, як можна заборонити особі вести передвиборну агітацію і, тим більше, проконтролювати таку заборону. Пропонується, також, ст.77 КК викласти в новій редакції, доповнивши її словами „позбавлення виборчого права".

Зміни в Загальну частину КК тягнуть і необхідність внесення змін до ст.389 КК, в якій пропонується передбачити кримінальну відповідальність за ухилення від позбавлення виборчого права.

В КК УСРР 1922 р. в ст.104 була передбачена кримінальна відповідальність за участь у виборах в ради особи, яка не мала на те законного права. Такими особами вважалися особи, які використовують найману працю; особи, які живуть на нетрудові доходи; приватні торговці; монахи і духовні служителі церков всіх віросповідань; душевнохворі; колишні агенти поліції; особи, засуджені за корисливі і порочащі злочини.

До речі, кримінальне законодавство революційних років було значно гуманніше, ніж сьогоднішні депутати. Поразка прав призначалася на термін на більше п'яти років і воно виконувалося протягом відбуття позбавлення волі і зверх того на строк, визначений судом. Зараз-же депутати пропонують, наприклад, позбавити особу на 15 років волі, а потім ще на 10 років виборчого права.

Уявляється не зрозумілим, як людина може ухилятися, наприклад, від позбавлення пасивного виборчого права і на які органи має бути покладено контроль за дотриманням такої судової заборони.

Отже, щодо змін, пропонованих в Загальну частину КК виникає ряд серйозних міркувань, як з приводу їх доцільності, так і з приводу формулювань.

В КК УСРР 1926 року в ст.85 також була встановлена відповідальність за участь у вибори в Ради особи, яка завідомо для неї не мала на те права. До таких осіб, очевидно, відносилися не тільки особи – вороги революційного пролетаріату, які були позбавлені такого права, вірніше, яким таке право яким таке право на надавалося Конституцією і законами, а і ті, які засуджувалися до поразки прав.

Таким чином, пропозиція позбавити активного виборчого права значну кількість громадян України, яким за Конституцією України це право належить, видається нам неконституційним і призведе до звуження конституційного статусу громадян України. Ця пропозиція матиме право на існування тільки тоді, коли зміни будуть внесені до Конституції України. Питання про позбавлення виборчих прав може бути вирішене тільки в межах конституційної відповідальності.

ПРОБЛЕМА СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ „СЛУЖБОВА ОСОБА'' І „ПОСАДОВА ОСОБА'' В НАУЦІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Максимович Р.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Чинне законодавство України вживає для вказівки на суб'єкта відповідної діяльності два терміни – „посадова особа" і „службова особа". Так, у Конституції України (з прийняттям якої проблема співвідношення понять „посадової особи" і „службової особи" особливо загострилася) про посадових осіб мова йде у статтях 5, 19, 124, 40, 42, 55, 56. При цьому в останніх чотирьох статтях говориться як про посадових, так і про службових осіб. Тобто, Основний Закон нашої держави розрізняє ці поняття. Неоднакові поняття застосовуються і в кодифікованих нормативних актах інших галузей права. Так, зокрема, Кодекс Законів про працю України містить вказівку на службову особу (ст.41, 134), Цивільний процесуальний кодекс України – посадову особу (ст.386), Господарський процесуальний кодекс України – посадову особу (ст.ст.19, 90), Цивільний кодекс України – посадову особу (ст.ст.245, 246), службову особу чи посадову особу (ст.ст.277, 1076, 1247, 1252), службову особу (ст.ст.276, 1253, 1255), Господарський кодекс України – посадову особу (ст.ст.18, 89, 243, 334), Кодекс України про адміністративні правопорушення – посадову особу (ст.ст.22, 34, 35, 95-1, 103-1, 163-1, 163-2, 163-3, 163-4, 164-14, 185-12, 188-20, 188-21, 220, 235-1, 244-13, 244-14, 251, 252, 253, 265, 278, 279, 280, 282, 283, 284, 286, 293, 301, 302, 330), Кодекс адміністративного судочинства України – посадову особу чи службову особу (ст.ст.3, 18, 19, 48).

Деякі інші закони по-різному позначають осіб, які обіймають певні посади на підприємствах, установах чи організаціях. Наприклад, Закон України „Про державну службу" від 16 грудня 1993 р., виділяє серед державних службовців посадових осіб (вказуючи зокрема, що ними є керівники та заступники керівників державних органів та їх апарату, інші державні службовці, на яких законами або іншими нормативними актами покладено здійснення організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій), навіть не згадуючи про службових осіб. Також не передбачає такого поняття і Закон України „Про службу в органах місцевого самоврядування" від 7 червня 2001 р., поділяючи осіб, які працюють у зазначених органах, на посадових осіб та технічних працівників і обслуговуючий персонал.

У діючому Кримінальному кодексі України (далі – КК) вживається термін „службова особа", тоді як в останній редакції КК 1960 р. відповідний суб'єкт позначався „посадова особа". Таким чином, відбулося повернення до назви цього спеціального суб'єкта злочину, яке існувало у законодавстві про кримінальну відповідальність нашої держави до 1995 р. (11 липня 1995 р. Закон України „Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності посадових осіб" вніс зміни до Кримінального, Кримінально-процесуального кодексів та Кодексу України про адміністративні правопорушення, якими запроваджено термін „посадова особа" замість „службова особа"). Слід сказати, що існує певна колізія і в діючому КК, викликана вживанням термінів „службова особа" і „посадова особа". В діючому КК законодавець використав термін „службова особа" (в усіх випадках при вказівці на суб'єкта відповідних злочинів) і „посадова особа" в ст.57 „Виправні роботи". Як відомо, матеріальне і процесуальне Кримінальне право між собою тісно взаємопов'язані і доповнюють одне одного, а тому має бути єдиний термінологічний апарат цих галузей права. На жаль це не завжди так, зокрема, у чинному Кримінально-процесуальному кодексі України (далі – КПК) вживається термін „посадова особа" (ст. 95, 96). Тобто, наш законодавець проявив певну недбалість, коли у 2001 році використав у КК термін „службова особа", залишивши при цьому термін „посадова особа" в КПК України. В кримінально-правовій літературі зазначається, що чим досконаліший понятійний апарат цих наук, детальніше розроблене кожне з понять, глибше з'ясований їх зв'язок і співвідношення з системою понять інших наук, тим більш досконалим видається науковий „інструментарій" відповідної науки, тим більш повно і точно вона відображає сутність явищ об'єктивного світу, що дозволяє опановувати ці явища та вдосконалювати їх. У зв'язку з цим, в літературі справедливо наголошується на недопустимості відходу від „пакетного" принципу прийняття кодексів кримінально-правового циклу (КК, КПК та Кримінально-виконавчого).

© Максимович Р., 2006

В.І. Борисов переконаний, що термін „посадова особа" охоплює більш вузьке поняття, ніж термін „службова особа", що й спонукало розробників проекту КК запропонувати саме останній для вживання у кримінальному законі. На перший погляд, така зміна може видатися простим вдосконаленням термінології, але на практиці це може потягнути за собою певні складнощі у застосуванні положень КК, що стосуються відповідальності осіб, які вчинили злочини з використанням своєї посади та її можливостей. За таких обставин виникає закономірне запитання: кримінально-правове значення понять „посадова особа" і „службова особа" є тотожними чи вони мають різний правовий зміст? Спробуємо це з'ясувати.

Варто відзначити, що не існує єдності стосовно розглядуваного питання і в різноманітних теоретичних розробках. Так, у великому тлумачному словнику сучасної української мови сказано, що службовий – це той, який перебуває на службі, а посадові особи – особлива категорія службовців державних і громадських органів, установ, підприємств, які обіймають досить високу посаду.

Представники теорії кримінального права розмежовують ці поняття. Зокрема, „посадова особа" і „службова особа" - це різні поняття, на думку Є.В. Фесенка. Останні – це службовці, не наділені посадовими повноваженнями. Він вважає, що термін „посадова особа" є більш точним і пропонує в КК України замінити в усіх відмінках слова „службова особа" словами „посадова особа".

І. Зейкан та М. Коржанський також стверджують, що не всі службовці (службові особи) є посадовими особами, тобто займають певні посади і можуть бути визнанні суб'єктами службових злочинів. Вони говорять, що „службова особа" та „посадова особа" – різні поняття. Зокрема, службовцями, на погляд І. Зейкана є всі працівники державних установ, тобто ті, які перебувають у службових (трудових) відносинах з державними установами, але не всі вони – посадові особи (кур'єри, секретарі, друкарки, охоронці тощо).

Дещо по-іншому питання співвідношення цих двох понять вирішується з точки зору адміністративного права. Так, О. Кульбашна вважає, що службовою особою є учасник адміністративно-правових відносин, на відміну від посадової особи, яка є учасником службово-трудових відносин. Повноваження службової і посадової осіб, на її думку, мають управлінсько-владний характер, але вони істотно відрізняються одне від одного. Повноваження службовій особі надаються державою і реалізуються через адміністративно-правові відносини, а посадова особа наділяється повноваженнями власником або уповноваженим ним органом і втілюються вони через трудові правовідносини. Дії службової особи тягнуть юридичні наслідки для всіх громадян, а дії посадової створюють такий результат лише для підлеглих по службі або роботі працівників. Усіх службових осіб слід вважати державними службовцями, проте не будь-яка посадова особа може визнаватися державним службовцем, а лише та, яка перебуває у трудових правовідносинах з державним органом, отримуючи заробітну плату з бюджетних коштів. Н. Янюк видається помилковим твердження цього автора, що службовими особами є лише державні службовці. Суб'єктами функціональної влади можуть бути службовці державних органів, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ чи інших організацій. Підтвердженням такої позиції є примітка до ст. 364 КК України , якою передбачено, що до службових осіб відносять іноземців або осіб без громадянства, які наділені відповідними повноваженнями. Оскільки Конституцією України і Законом „Про державну службу" передбачено, що державними службовцями можуть бути лише громадяни України, то віднесення до службових осіб лише державних службовців звужує його зміст.

Основними критеріями розмежування понять „посадова особа" і „службова особа", на думку Н. Янюк і В.Б. Авер'янова є:

- характер владних повноважень, закріплених нормативно-правовими актами (лінійно-владні чи функціонально-владні);
- характер правових зв'язків між учасниками (службово-трудові чи адміністративно-правові);
- вид примусу, який вона має права застосовувати у випадках, передбачених законодавством, (дисциплінарний чи адміністративний);
- дії службової особи породжують юридичні наслідки для фізичних і юридичних осіб, які не перебувають з ними в службово-правових відносинах;
- перебування на керівній посаді або виконання повноважень керівника за спеціальними дорученнями для посадових осіб.

Ці вчені пропонують схожі дефініції цих понять. Зокрема, посадова особа (державної служби) — це (державний) службовець, який з метою постійного чи тимчасового управління організаційною структурою (державним органом або його підрозділом) і представництва її (його) інтересів у

зовнішніх відносинах наділений організаційно-владними (державно-владними) повноваженнями і правомочний вчиняти службові юридичні (значимі) дії, а службова особа (держаної служби) – це фізична особа, яка займає постійно чи тимчасово в органах державної влади, (місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях, незалежно від форм власності), посаду, пов'язану з виконанням спеціальних повноважень, наданих їй у встановленому законом порядку, стосовно осіб, що не перебувають з нею у службовому підпорядкуванні, і у випадках, передбачених законодавством, має право застосовувати заходи адміністративного примусу.

На основі цього Н. Янюк дійшла висновку, що поняття „службова особа", за своїм змістом, є ширшим і не пов'язано із зайняттям керівної посади чи виконанням функцій керівника. Н. Янюк і В.Б. Авер'янов також зосереджують увагу на тому, що окремих випадках статус посадової особи і службової особи збігається, наприклад, у керівника та заступника керівника правоохоронних органів, державних інспекцій, головного санітарного лікаря. Ці особи наділені одночасно як функціональною, так і лінійною владою, що надає право забезпечувати внутрішнє управління відповідними організаційними структурами і здійснювати нагляд за дотриманням відповідного законодавства суб'єктами, які не підлеглі їм по службі, тобто поширювати свої дії на так званих „сторонніх осіб".

П.І. Павленко звертає увагу на те, що поява таких понять, як посадова та службова особа не є випадковою. Дуже важливо, з його точки зору, що зазначені особи є службовцями державного апарату і, виступаючи від імені держави, реалізують свої права та обов'язки через спілкування з громадянами України, іноземними громадянами, особами без громадянства .

Підсумовуючи вищенаведене, вважаємо, що загалом аналіз чинного вітчизняного законодавства не дозволяє з достатньою обґрунтованістю однозначно відповісти на поставлене нами запитання, але, якщо взяти лише кримінальне законодавство, то можна сказати, що поняття „посадова особа", яке існувало у КК 1960 р. із змінами і доповненнями від 11 липня 1995 р. та „службова особа" у діючому кримінальному законі є тотожні, оскільки їх визначення однакові і також необхідно відзначити, що такої ж думки притримується і Верховний Суд України. Свідченням чому може бути той факт, що в його постанові від 26 квітня 2002 р. „Про судову практику у справах про хабарництво" терміну „службова особа" дано таке саме визначення, що й колишньому терміну „посадова особа" у цій же постанові від 7 жовтня 1994 р. Проте все ж таки можна сказати, що паралельне існування у законодавстві цих двох термінів породжує певні проблеми у застосуванні кримінального закону в частині відповідальності за злочини у сфері службової діяльності.

ОКРЕМІ ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ АНАЛІЗУ СИСТЕМИ ОЗНАК, ЩО КВАЛІФІКУЮТЬ ЗЛОЧИН

Марін О.

Львівський юридичний інститут Київського національного університету внутрішніх справ

У теорії кримінального права ознакам, які кваліфікують злочин приділено, як видається, недостатньо уваги. Відповідні проблеми розглядаються здебільшого при висвітленні питань відповідальності за окремі злочини чи їх групи (види). Цілісні монографічні дослідження піднятої проблематики проводилися у Російській Федерації професором Л.Л. Кругліковим, окремі аспекти нормативного аспекту та застосування на практиці досліджуваних ознак як засобу диференціації кримінальної відповідальності розглядалися Т.А. Леснієвські-Костаревою. Проте, потреба відповідних досліджень в Україні очевидна. Аналіз чинного Кримінального кодексу України (далі – КК України) дав можливість виділити більше як 250 різних ознак, які законодавець використовує як кваліфікуючі. Ця множина не одержала глибокого теоретичного осмислення. Разом із тим, сукупність кваліфікуючих ознак може бути визнана системою, принаймні, підхід до її дослідження повинен мати системний характер. Обумовлено це, як видається, такими чинниками: ознаки, що кваліфікують злочин, виконують єдину функцію – є засобом диференціації кримінальної відповідальності; більшість кваліфікуючих ознак "пронизують" собою практично всю Особливу частину КК України й мають подібний зміст.

Відсутність системних досліджень ознак, які кваліфікують злочин, величезний обсяг правового та емпіричного матеріалу, складність питань, пов'язаних з висвітленням цієї проблеми виключає можливість вивчення кваліфікуючих ознак, так би мовити, "з наскоку". Належний аналіз об'єкту дослідження потребує базування на визнаних наукою теоретичних положеннях, які, на нашу думку, мають принципове значення для вирішення прикладних питань законодавчої регламентації кваліфікуючих ознак складу злочину, можуть слугувати методологічною базою розкриття їх змісту та юридичної природи.

Щодо можливості розгляду кваліфікуючих ознак як правового інституту.

Інтеграція правової матерії в сфері кваліфікуючих ознак призводить до формування інституту кваліфікуючих ознак у кримінальному законі, який перебуває у даний час на стадії становлення та оформлення. Розглядуваний інститут належить, на нашу думку, до типу виділених у теорії функціональних комплексних інститутів. Специфіка інститутів полягає в головному системоутворюючому факторі, який обумовлює відокремлення певного комплексу правових приписів в правовий інститут. Для предметних інститутів це особливості регульованого різновиду суспільних відносин, тобто предмету регулювання. Функціональні інститути – продукт функціональної диференціації права. Причина їх утворення – необхідність наскрізної регламентації окремих операцій у правовому регулюванні, які стосуються багатьох різновидів відносин, які вже регламентовані предметними інститутами. Основна системоутворююча ознака системи кваліфікуючих ознак – функція диференціації кримінальної відповідальності. Саме вона формує структуру інституту та визначає напрями його розвитку. Очевидно, що диференціація відповідальності за допомогою кваліфікуючих ознак обумовлює їх наскрізну регламентацію у ряді предметних інститутів Особливої частини. Специфіка кваліфікуючих ознак як функціонального правового інституту вимагає закріплення у Загальній частині кримінального закону цілого ряду загальних положень, що торкаються диференціації відповідальності за допомогою таких ознак. Кваліфікуючі ознаки – складний комплексний інститут кримінального права. В теорії права комплексні інститути прийнято вважати специфічними вторинними правовими утвореннями, що виражають "подвоєння правового матеріалу". Про це свідчить, зокрема, такий факт. Конкретні кваліфікуючі ознаки описані а межах статей, які регламентують відповідальність за окремі види злочинів в Особливій частині кримінального закону. Однак їх специфічність, відмінність від ознак основного складу та функціональна єдність (диференціація відповідальності) дає можливість виділити "сітку" даних ознак по всьому "полю" правового матеріалу. Таким чином, крізь структуру окремих предметних інститутів проступає вторинна структура інституту кваліфікуючих ознак. Так відбувається "подвоєння" структури правового матеріалу.

© Марін О., 2006

Основними напрямами кінцевого оформлення інституту кваліфікуючих ознак є: 1) створення законодавчої бази інституту в Загальній частині кримінального законодавства; 2) удосконалення регламентації кваліфікованих складів злочинів в Особливій частині кримінального закону.

Кримінологічна обґрунтованість та техніка законодавчої регламентації кваліфікуючих ознак складів злочину.

Удосконалення регламентації кваліфікованих складів злочинів передбачає: 1) створення продуманої системи кваліфікуючих, що неможливо без детального відбору кримінологічно обґрунтованих обставин для закріплення в законі як таких ознак; 2) удосконалення законодавчих конструкцій та понятійного апарату, які використовуються для таких складів.

На нашу думку, в процесі *кримінологічного відбору* насамперед необхідно звернути увагу на: 1) обов'язковий істотний вплив обставини на ступінь суспільної небезпеки вчиненого; 2) типовість та відносну поширеність (хоч і не характерність для більшості злочинів певного виду); 3) зв'язок із вчиненим чи одночасно з вчиненим та особою винного.

При формулюванні системи критеріїв відбору обставин для їх регламентації в законі як кваліфікуючих ознак можна використовувати об'єктивні логічні закономірності. Зокрема, у прикладній логіці підставою віднесення елемента до множинності вважається сукупність характерних рис множинності. Іншими словами, для того щоб віднести яке-небудь явище до певного класу, необхідно встановити наявність у ньому всіх основних характерних рис класу. Для предмета нашого дослідження критеріями *відбору фактичних обставин та віднесення* їх до числа кваліфікуючих ознак служать характерні риси таких ознак.

Розглядувані критерії можуть бути зведені в певну систему виходячи зі змістовної та формально-змістовної характеристик кваліфікуючої ознаки: до першої можна віднести, наприклад, відображення типового ступеня суспільної небезпеки діяння та діяча, а до другої – закріплення у законі, вплив на кваліфікацію вчиненого та диференціацію кримінальної відповідальності. Похідні від згаданих характеристик критерії можуть бути згруповані в три блоки: 1) критерії, що формулюють вимоги до змісту кваліфікуючої ознаки, багато в чому обумовлені змістом відображеної в кваліфікуючій ознаці обставині; 2) критерії, що формулюють вимоги до так званої змістовної форми та обумовлені властивостями кваліфікуючої ознаки як ознаки складу злочину; 3) критерії умовно-формальні або додаткові.

Саме *вимоги до змісту* характеризують основні риси кваліфікуючих ознак, на які слід орієнтуватися при відборі обставин:

1. Обставина, яка претендує на визнання у законі як кваліфікуючої, повинна істотно впливати на ступінь суспільної небезпеки діяння. Цей вплив повинен бути обов'язковим, тобто в усіх випадках наявності у вчиненому такої обставини можна із впевненістю констатувати підвищення чи пониження рівня суспільної небезпеки вчиненого порівняно зі ступенем суспільної небезпеки, що характерний для типового злочину певного виду, який відображається ознаками основного складу злочину; причому зміна ступеня суспільної небезпеки повинна бути значимою, істотною.
2. Обставина, що претендує на включення до числа кваліфікуючих ознак, повинна бути відносно поширеною (тобто не носити одиничного характеру), однак не може супроводжувати більшість злочинів певного виду. Ця вимога прямо випливає з того, що кваліфікуючі обставини набувають у законі статусу ознаки складу злочину і, відповідно, повинні бути наділеними визначеним ступенем абстрактності та відображати типове, відносно розповсюджене явище. З іншого боку, обставини, які вводяться у закон як кваліфікуючі, не можуть супроводжувати абсолютну більшість злочинів, бути "нормою" для них. Ознаки, які становлять "норму" для певного виду злочинів, повинні бути регламентовані в межах основного складу.
3. Кваліфікуючими можуть бути визнані лише ті обставини, які характеризують вчинене або одночасно злочин та особу винного, іншими словами – обставини, які проявилися у вчиненому. Обставини, які відносяться до характеристики лише особи винного, включаючи її суспільну небезпеку та які не проявляються в діянні, не повинні визнаватися кваліфікуючими.

Змістовно-формальні критерії включення обставин до числа кваліфікуючих є похідними від властивостей таких ознак як ознак складу злочину (до таких властивостей належать закріплення їх у кримінальному законі, здатність впливати на кваліфікацію та межі покарання).

1. Кваліфікуючі обставини набувають в законі статусу ознак складу злочину, які повинні давати узагальнений опис ряду фактичних обставин. Відповідно, одним з критеріїв може служити такий: обставина, яка претендує на статус кваліфікуючої, повинна і може бути сформульована у достатньо абстрактній формі.
2. Існує реальна можливість оцінки законодавцем зміни ступеня суспільної небезпеки вчиненого у випадку наявності кваліфікуючої обставини і, як наслідок, зміни типового покарання в санкції статті кримінального закону. Повинен існувати "вимірювач" якісної та кількісної зміни ступеня суспільної небезпеки вчиненого та алгоритм переведення кількісних оцінок в змінений розмір (а у ряді випадків і вид) типового покарання. Однак, як доводить дослідження даного питання, в цей час подібний механізм відсутній (за винятком методу експертних оцінок).
3. Існує реальна можливість установлення обставини конкретної кримінальної справи, що відповідає передбаченій в законі кваліфікуючій ознаці.

Додаткові, або умовно-формальні, критерії є певною трансформацією загальних критеріїв (правил) криміналізації у сфері диференціації відповідальності за допомогою кваліфікуючих ознак. Наприклад, необхідно враховувати співставлення шкоди від встановлення караності певного діяння та від встановлення можливості не особу за вчинене; правосвідомість суспільства та відношення громадськості до посилення кримінальної репресії задля того, щоб диференціація відповідальності сприймалася як адекватна, справедлива.

У науці пропонується *структурувати правила законодавчої техніки*, які відносяться до конструювання кваліфікованих складів злочинів у певну систему. Процес застосування кваліфікованого складу, що містить реконструювання його структури та тлумачення кваліфікуючої ознаки, обумовлює наявність вимог: а) до логіки побудови складу; б) до стилістики його викладу. Відповідно, правила законодавчої техніки, яким необхідно, на наш погляд, слідувати при конструюванні кваліфікованого складу можуть бути об'єднані в два блоки: логічний та стилістичний.

Логічний аспект вимог до законодавчого конструювання кваліфікованих складів, по суті, є трансформацією вимог законів та правил формальної логіки до предмету аналізу. Кваліфіковані склади повинні бути сформульовані визначено, несуперечливо та конкретно, зміст їх необхідно чітко фіксувати у законі.

1. Зміст кваліфікуючої ознаки повинен бути узгоджений зі специфікою ознак та конструкцією основного складу злочину. Що стосується кваліфікованого складу, то, оскільки всі ознаки основного складу включені до складу кваліфікованого, та, крім того, кваліфікуюча ознака конкретизує одну з ознак основного складу, перша з них повинна відповідати останнім.
2. Кваліфікуючі ознаки повинні бути регламентовані в диспозиції, а не в санкції статті. Згадане правило випливає із загального положення законодавчої техніки: склад злочину повинен бути описаний в диспозиції статті, функціональне ж призначення санкції – визначити межі покарання.
3. Основний, кваліфікований та особливо кваліфікований склади злочинів повинні викладатися в одній статті, при цьому кваліфіковані склади йдуть за основними (в другій, третій частинах статті). Загальновідомою є така вимога законодавчої техніки, як закріплення норм права в самостійних статтях закону.
4. Кількість частин в статті, яка містить основний та кваліфікований склад, не повинна, як правило, перевищувати трьох. Включення до статті Особливої частини більше ніж два стійких сполучення (особливо) кваліфікуючих ознак, закріплених в окремих частинах статті, ускладнює законодавчу конструкцію, перевантажує статтю та, як наслідок, ускладнює її сприйняття. У випадках великої кількості кваліфікуючих ознак у тому чи іншому виді злочину необхідний їх детальний аналіз з тим, щоб згрупувати їх в стійкі сполучення за принципом приблизно однакового впливу на типове покарання. Не слід при цьому упускати з виду, що деякі ознак, які зустрічаються найчастіше (повторність, вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб) могли би бути регламентовані в Загальній частині кримінального закону з обов'язковою вказівкою на силу впливу такої ознаки на типове покарання. Це дало б можливість "розвантажити" конструкції кваліфікованих складів злочинів в Особливій частині.
5. Необхідно при описі кваліфікованих складів злочинів прагнути до уніфікації законодавчих конструкцій.

6. Необхідна індексація всіх кваліфікуючих ознак, при цьому їй потрібно надати одноманітний вигляд. У всіх випадках слід позначати стійкі сполучення кваліфікуючих ознак, що закріплені в окремому абзаці статті Особливої частини, арабськими цифрами, а кваліфікуючі ознаки всередині стійкого сполучення або всередині блоку, закріпленого в окремій статті Загальної чи Особливої частини, - літерами.

Стилістичні вимоги при конструюванні кваліфікованих торкаються характеристики понятійного апарату та стилю викладу цих ознак.

1. Неприпустимим є розпливчаті формулювання. Дуже небажаними є примірні переліки. Перелік для викладу конкретних проявів кваліфікуючої ознаки повинен бути вичерпним.
2. В межах інституту кваліфікуючих ознак особливо необхідним є одноманітне вживання понять та термінів.
3. Специфіка кваліфікуючих ознак вимагає максимально обережного використання оціночних понять для їх позначення. В теорії розробляються критерії допустимості використання даних понять. Виходячи з них, визнається доцільним: а) у всіх можливих випадках заміняти оціночні кваліфікуючі ознаки формально-визначеними шляхом легалізації роз'яснення перших, які містяться нині в актах судового тлумачення; б) у випадках, коли без оціночних понять не обійтись, слід прагнути максимально нейтралізувати їх негативні властивості шляхом використання всіх видів роз'яснення термінів.

Наповнення кримінально-правовим змістом наведених вище критеріїв та вимог безумовно дасть матеріал для роздумів та висновків. Але це вже наступний етап дослідження.

"ПІДМІНА ДИТИНИ"(СТ. 148 КК УКРАЇНИ): ХАРАКТЕРИСТИКА ОБ'ЄКТИВНИХ ОЗНАК СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ

Маркін В.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Останнім часом спостерігається посилення наукового інтересу криміналістів до вивчення злочинів, розміщених в розділі III чинного Кримінального кодексу України (далі КК) "Злочини проти волі, честі та гідності особи". Проте, сказане не означає, що проблеми кримінальної відповідальності за такі посягання досліджені комплексно та всесторонньо і що нагальна потреба подібних досліджень на сьогодні відпала. Навпаки, глибокого теоретичного аналізу зазнали лише окремі склади злочинів (ст. 146 КК "Незаконне позбавлення волі або викрадення людини" та ст. 148 КК "Торгівля людьми або інша незаконна угода щодо передачі людини"), тоді як всі інші посягання даного розділу опинилися поза увагою вітчизняних теоретиків кримінального права. До числа останніх можна віднести склад злочину, передбачений ст. 148 КК "Підміна дитини". Незважаючи на те, що кримінальну відповідальність за дії такого роду передбачали ще перші радянські кримінальні кодекси, спеціальні дослідження цього складу злочину на сьогодні практично відсутні. Разом з тим, вже сама наявність кримінально-правової заборони передбачає необхідність її детального аналізу з метою з'ясування ознак відповідного складу злочину.

Центральне питання, від якого залежить весь хід подальшого дослідження, – питання про основний безпосередній об'єкт злочину. Потрібно визначити коло тих суспільних відносин, кримінально-правову охорону яким прагнув забезпечити законодавець, закріпивши в КК досліджувану норму.

В теорії кримінального права загальновизнано, що основний безпосередній об'єкт злочину лежить в площині родового, а злочини, які містяться в одному розділі КК, об'єднані спільним родовим об'єктом. Застосовуючи такий "формальний" підхід до з'ясування основного безпосереднього об'єкта, можна дійти висновку, що об'єктом злочину, передбаченого ст. 148 КК, є ніщо інше, як особиста воля дитини (адже цей злочин міститься в розділі "Злочини проти волі, честі та гідності особи").

Видається, що таке вирішення проблеми безпосереднього об'єкта цього складу злочину не можна визнати оптимальним. Як зазначає Ю. Баулін, в філософії прийнято виділяти такі складові особистої волі: свобода особи обирати місце свого перебування; свобода особи бути самою собою, перебувати у вільному стані, обирати за своїм розсудом спосіб життя (свобода невимушеного стану); свобода вільно, без примусу здійснювати вчинки за своїм розсудом. Дитина (новонароджена, грудна), безперечно, має природне право на особисту волю. Разом з тим, в силу свого фізичного розвитку, відсутності свідомості вона не здатна реалізовувати це право, вона не є вільною у власному розумінні цього слова. Така дитина не може самостійно обирати місце перебування, варіанти поведінки, спосіб життя тощо. Тому, мабуть, важко стверджувати, що при підміні однієї новонародженої дитини іншою порушується деяка нереалізована потенційна воля дитини.

Аналогічні зауваження викликають пропозиції визнавати основним безпосереднім об'єктом досліджуваного злочину особисту недоторканість дитини. Відомо, що право на особисту недоторканість розглядається в аспекті фізичної і психічної недоторканості. Під фізичною недоторканістю розуміють стан особи в умовах відсутності протиправних насильницьких дій щодо неї. В контексті сказаного, залишається незрозумілим, яким чином порушується така недоторканість у випадках, коли посягаючий не чинить жодного фізичного впливу на дитину (наприклад, коли медсестра міняє бірки на новонароджених). Що стосується психічної недоторканості дитини, то про неї говорити, по меншій мірі, не коректно, оскільки не можна говорити, що в новонародженої дитини є сформована психіка.

Наведене дає підстави стверджувати, що законодавець не зовсім точно врахував основний безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 148 КК, і в зв'язку з цим розмістив його в розділі "Злочини проти волі, честі та гідності особи".

Комплексний аналіз всіх ознак цього складу злочину дозволяє припустити, що основною метою існування досліджуваної кримінально-правової заборони є прагнення законодавця захистити групу

© Маркін В., 2006

суб'єктивних прав батьків, усиновителів чи опікунів, закріплених Конституцією України, Сімейним кодексом України (далі - СК) та Законом України "Про охорону дитинства". Відповідно до положень цих нормативно-правових актів батьки наділяються правом виховувати дитину, спілкуватися з нею, розвивати природні здібності дитини, готувати її до самостійного життя та праці, здійснювати цілий ряд інших прав.

Зауважу, що при підміні дитини зазначені права батьків (усиновителів, опікунів) порушуються не взагалі, а стосовно власної дитини, яку підмінили. Тому, вчиняючи підміну, винний порушує право батьків виховувати, доглядати, розвивати здібності тощо власної дитини, а не дітей взагалі.

Держава наділяє широкими правами і саму дитину. Остання, зокрема, має право проживати в сім'ї своїх батьків та право на батьківське піклування. Попри те, в окремих випадках зазначені права дитини можуть бути суттєво обмежені. Відповідно до ст. 143 СК дитина може бути залишена батьками в пологовому будинку або іншому закладі охорони здоров'я, якщо вона має істотні вади фізичного чи психічного розвитку, а також за наявності інших обставин, що мають істотне значення. В таких випадках права дитини обмежуються, а батьки, які залишають своїх дітей у пологовому будинку, не вчиняють злочин. Тоді ж, коли шляхом підміни порушуються вже згадувані права самих батьків (усиновителів, опікунів), винні підлягатимуть кримінальній відповідальності за ст. 148 КК.

Сказане дозволяє говорити про деяку нерівномірність в захисті законодавцем прав батьків і прав дітей. Якщо припустити зворотнє і стверджувати, що зазначені права отримали рівний кримінально-правовий захист, залишається незрозумілим наступне: чому у випадку, коли право дитини на виховання в сім'ї батьків порушує стороння особа – вона повинна нести кримінальну відповідальність, а коли таке право дитини порушують її батьки, то такі дії не визнаються кримінально-караними. Очевидно, що права дитини порушуються в обох випадках.

Враховуючи наведене, вважаю, що основним безпосереднім об'єктом такого злочину, як "Підміна дитини", виступає група суспільних відносин, які складаються з приводу реалізації батьками (усиновителями, опікунами) комплексу суб'єктивних прав щодо виховання, розвитку та догляду за власними дітьми.

Запропонований підхід дає підстави стверджувати, що потерпілими від досліджуваного злочину є батьки, усиновителі та опікуни дитини. При підміні дитини саме цим особам заподіюється шкода, адже вони позбавляються можливості виховувати власну дитину, піклуватися про неї, доглядати її, готувати до навчання і праці тощо.

До того ж, названі особи несуть певні обов'язки щодо дітей, за недотримання яких вони можуть бути притягнуті до відповідальності, в тому числі і до кримінальної (ст. 164 КК "Ухилення від сплати аліментів на утримання дітей", ст. 166 КК "Злісне невиконання обов'язків по догляду за дитиною або за особою щодо якої встановлена опіка чи піклування"). Закономірно припустити, що якщо батьки, усиновителі чи опікуни несуть обов'язки щодо дитини, то така дитина не є для них "чужою", а отже вони наділені по відношенню до дитини і певними правами, порушення яких і становить сутність аналізованого злочину.

В літературі не досягнуто єдності думок щодо місця "чужої дитини" в досліджуваному складі злочину. Думки науковців розділилися на дві групи. Представники першої з них (І. Поплавський, О. Трембач, А. Орлеан і ін.) вважають, що така дитина виступає предметом злочину, передбаченого ст. 148 КК. Інші ж (С. Шапченко, А. Якубов, О. Володіна і ін.) обґрунтовують необхідність визнання "чужої дитини" потерпілим від цього злочину.

Як видається, варто підтримати пропозицію першої групи дослідників (попри деяку неетичність такого підходу). Дитину важко визнати потерпілим від досліджуваного злочину, адже вона не відповідає ознакам, якими повинен володіти потерпілий в кримінальному праві. Так, новонароджена дитина не є повноправним учасником правовідносин (оскільки не може нести юридичні обов'язки), не здатна реалізовувати абсолютну більшість суб'єктивних прав. До того ж, як вже було зазначено, досліджувана кримінально-правова заборона покликана забезпечити в першу чергу права батьків (усиновителів, опікунів), а тому шкоди зазнають головним чином їхні інтереси.

За чинним законодавством правовий статус дитини мають особи, які не досягли 18-річного віку. Як правило, міняють новонароджених або грудних дітей. Однак, не виключені випадки підміни дитини, яка досягла старшого віку (наприклад, коли за зовнішніми ознаками така дитина подібна до дитини потерпілої, чи коли потерпіла за своїми фізичними вадами не здатна точно ідентифікувати власну дитину).

З об'єктивної сторони злочин, передбачений ст. 148 КК, характеризується діянням, яке полягає у підміні чужої дитини. На мою думку, під підміною треба розуміти заміну однієї дитини (яка є чужою для винного) іншою дитиною (яка може бути як чужою, так і власною). При цьому не обов'язково, щоб дітей переміщали в просторі.

В літературі неоднозначну кримінально-правову оцінку отримують випадки підміни живої дитини на мертву. Як видається, тут можливі наступні випадки: 1) підміна власної живої дитини на чужу мертву; 2) підміна власної мертвої дитини на чужу живу; 3) підміна чужих дітей, одна з яких мертва.

В першому випадку вчинене не потребує кваліфікації за ст. 148 КК, оскільки відсутній як такий предмет злочину – чужа дитина. Якщо винна особа помилково вважала, що така дитина є живою, то вчинене слід кваліфікувати як замах (відповідно закінчений чи незакінчений) на підміну чужої дитини, вчинений з корисливих чи інших особистих мотивів.

Другий зі згаданих випадків потребує кваліфікації за ст. 148 КК, так як заподіюється шкода основному безпосередньому об'єкту злочину, а саме порушуються права батьків (усиновителів, опікунів) щодо виховання, розвитку та догляду за власними дітьми. Останній випадок кваліфікується аналогічно, з врахуванням того, що потерпілими від злочину виступатимуть батьки живої дитини.

Підсумовуючи викладене, видається за доцільне розмістити ст. 148 КК в розділі V КК "Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина".

Завершуючи, хочеться зазначити, що автор не претендує на остаточне вирішення поставлених проблем. Останні на сьогодні залишаються маловивченими і потребують подальших, більш глибоких досліджень.

ПРОБЛЕМИ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ

Остапенко Л.

Чернігівський державний інститут права, соціальних технологій та праці

Покарання у теорії кримінального права розглядається як реалізація кримінальної відповідальності, тобто реалізація обов'язку зазнати певних обмежень за вчинений злочин. З урахуванням цього ч. 1 ст.50 КК України (далі КК) встановлює, що покарання є заходом примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину, і полягає в передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого.

Регламентації діяльності судів щодо правильного призначення покарання у кримінальному праві приділена велика увага. Кримінальне право з урахуванням досвіду законодавчої діяльності Української держави та зарубіжних країн складає до системи загальних засад призначення покарання, які закріплені у ст.65 КК. Основний кримінально-правовий зміст інституту призначення покарання, визначений у ст.ст. 65-73 КК – це важлива правова передумова забезпечення законності та справедливості при застосуванні заходів певного виду державного примусу до особи, яка вчинила злочин.

Поряд із визначенням загальних засад призначення покарання (ст.65 КК), наведення переліків обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання (ст.ст.66, 67 КК), встановлення особливостей призначення покарання за незакінчений злочин та злочин, вчинений у співучасті (ст.ст. 68 КК), визначення підстав порядку та особливостей призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом (ст. 69 КК), встановлення правил складання покарань та зарахування строку попереднього ув'язнення, а також правил обчислення строків покарання (ст.ст. 72, 73 КК), кримінально-правовий зміст інституту призначення покарання включає *регламентацію призначення покарання за сукупністю злочинів* (ст. 70 КК) *та за сукупністю вироків* (ст. 71 КК).

При постановленні вироку суду за *сукупністю злочинів* суд призначає покарання, керуючись статтями 70 та 71 Кримінального кодексу України (ст. 337 КПК). Очевидно, що у кримінально-процесуальному законодавстві визначення міри покарання за *сукупністю злочинів* охоплює різні ситуації: 1) коли особа визнається винною у вчиненні двох чи кількох злочинів, передбачених різними статтями (або частинами однієї статті) кримінального закону і за жодний з них вона не була засуджена; 2) коли *після винесення* вироку буде встановлено, що засуджений винен ще й в іншому злочині, вчиненому ним *до постановлення вироку* у першій справі (ст. 70 КК); 3) коли засуджений *після винесення вироку*, але *до повного відбуття покарання* вчинив новий злочин (ст. 71 КК).

У теорії кримінального права розглядаються також лише три згадані ситуації, які регламентує Кримінальний кодекс. Однак, на практиці трапляються випадки, коли особа вчиняє один чи декілька *нових злочинів під час розгляду кримінальної справи у суді* по звинуваченню її у вчиненні злочину.

Ключовим моментом призначення покарання за сукупністю злочинів (ст. 70 КК) чи за сукупністю вироків (ст.71 КК) є *постановлення вироку суду*.

Постановлення вироку суду – це процес, який триває у часі і характеризується такими етапами: 1) складанням вироку (ст.332 КПК); 2) підписанням вироку (ст. 339 КПК); 3) публічним проголошенням вироку (ст.341 КПК). Правові наслідки має *публічне проголошення вироку*, оскільки саме з цього моменту, по-перше, для учасників процесу починається строк на апеляційне оскарження**,** а для прокурора – строк внесення на вирок апеляції, по-друге, суд не має права вносити в нього зміни і доповнення, крім як у порядку вирішення питань, пов'язаних з виконанням вироку, що набрав законної сили (ст.ст. 309, 311 КПК); по-третє, підсудний, який був виправданий або засуджений до покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, або звільнений від відбування покарання, негайно звільняється з-під варти в залі судового засідання (ст. 324 КПК); по-четверте, розпочинається семиденний строк, протягом якого засудженому чи виправданому належить вручити копію вироку (ст. 344 КПК); по-шосте, розпочинається триденний строк, протягом якого має бути складено і підписано головуючим і секретарем протокол судового засідання (ч. 2 ст. 87 КПК).

Зазначається, що для застосування ст. 71 КК важливе значення має точне визначення початкового і кінцевого моментів того періоду, протягом якого вчинення особою нового злочину дає суду підставу призначити їй покарання за сукупністю вироків. *Початковим моментом* цього періоду

© Остапенко Л., 2006

відповідно до закону є постановлення вироку за попередній злочин. Оскільки постановлення вироку завершується його публічним проголошенням, правила ст. 71 КК застосовуються у випадках вчинення засудженим нового злочину після *проголошення вироку* за попередній злочин, в тому числі й тоді, коли вирок ще *не набрав законної сили*.

Питання призначення покарання у випадку вчинення особою нового злочину *з моменту* видалення суду для постановлення вироку до нарадчої кімнати і *до моменту* публічного проголошення вироку суду законом не регламентується.

Так, *підставою відновлення судового слідства* (ст.326 КПК) є з'ясування будь-якої обставини, яка має значення для справи. До обставин, які мають значення для справи, належать обставини, що входять до предмета доказування у справі (виявлення причин і умов, які сприяли вчиненню злочину; подія злочину; винність обвинуваченого у вчинені злочину і мотиви злочину; обставини, що впливають на ступінь і характер відповідальності обвинуваченого, а також інші обставини, що характеризують особу обвинуваченого; характер і розмір шкоди, завданої злочином, а також розмір витрат закладу охорони здоров'я на стаціонарне лікування потерпілого від злочинного діяння, а також обставини, що підлягають встановленню в справах про злочини неповнолітніх). Необхідність відновлення судового слідства для з'ясування будь-якої обставини базується на положенні про те, що суд обґрунтовує свій вирок тільки тими доказами, які були розглянуті в судовому засіданні, а саме *під час судового слідства* (ч. 2 ст. 323 КПК). Отже, відновлювати судове слідство по факту вчинення особою нового злочину під час знаходження суду у нарадчій кімнаті неможливо, оскільки суперечить чинному законодавству.

У ст.397 КПК визначені підстави для *відновлення справ у зв'язку з нововиявленими обставинами.* Такими обставинами вважаються: фальшивість доказів, неправильність показань свідка або висновку експерта, на яких ґрунтується вирок; зловживання суддів, які винесли вирок, а також зловживання прокурора, слідчого чи особи, яка провадила дізнання в даній справі; всі інші обставини, які не були відомі суду при винесенні вироку і які самі собою або разом з раніше виявленими обставинами доводять неправильність засудження або виправдання підсудного. До *інших обставин* (п.3 ч. 2 ст.397 КПК) належать, зокрема: неправильні показання потерпілого, обвинуваченого, неправильний переклад, на яких обґрунтовано вирок; виявлення живою особи, що вважалася вбитою; вчинення злочину іншою особою; смерть потерпілого після набрання вироком законної сили від тілесних ушкоджень, завданих засудженим; виявлення нових співучасників злочину. Відновлення справи у зв'язку з нововиявленими обставинами у зв'язку з вчиненням особою нового злочину неможливе, оскільки, по-перше, у законі чітко визначені ці обставини; по-друге, у ч. 1 ст.397 КПК регламентується скасування вироків, які *набрали законної сили.*

Постанова чи ухвала розпорядчого засідання суду про *повернення справи на додаткове розслідування* є одним з основних процесуальних рішень в стадії віддання до суду. У ст. 246 КПК наведений вичерпний перелік підстав для повернення справи на додаткове розслідування, однією з яких є наявність в справі підстав для пред'явлення притягнутій до відповідальності особі обвинувачення, яке їй до цього не було пред'явлено (п.3 ч. 1 ст. 246 КПК). У зазначеній кримінально-процесуальній нормі визначені не лише випадки повернення справи на додаткове розслідування, але й певний етап прийняття процесуального рішення - з *розпорядчого засідання*. Очевидно, що застосування п.3 ч. 1 ст. 246 КПК є також неможливим, оскільки не відповідає часу вчинення нового злочину – *після видалення суду до нарадчої кімнати* для постановлення вироку.

Неможливим видається і винесення ухвали про направлення справи на додаткове розслідування після закінчення відновленого судового слідства (ч.2 ст. 326 КПК), оскільки *підставою відновлення судового слідства* (ст.326 КПК) є з'ясування будь-якої обставини, яка має значення для справи, що *розглядалась* у судовому засіданні.

Отже, питання призначення покарання у випадку вчинення особою нового злочину *з моменту* видалення суду для постановлення вироку до нарадчої кімнати і *до моменту* публічного проголошення вироку суду потребує вирішення.

Пропонується у випадках вчинення особою нового злочину *з моменту* видалення суду для постановлення вироку до нарадчої кімнати і *до моменту* публічного проголошення вироку застосовувати правила призначення покарання за сукупністю злочинів (ст.70 КК), а не за сукупністю вироків. У законі визначено, що правила призначення покарання за сукупністю вироків (ст.71 КК) застосовуються якщо засуджений *після постановлення вироку*, але до повного відбуття покарання вчинив новий злочин.

ПРОБЛЕМИ ДОКТРИНАЛЬНОГО ТЛУМАЧЕННЯ СТАТТІ 127 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ «КАТУВАННЯ»

Панчак О.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Стаття 127 «Катування» була введена у Кримінальний кодекс України 2001 р. (далі – КК України) в порядку імплементації норми Конвенції ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарань 1984 р. Поява цієї статті породила багато проблем із її застосуванням, що зумовлені особливістю її викладу та неузгодженістю із багатьма іншими статтями КК України. Не можна в процесі тлумачення даної статті в повній мірі використати і роз'яснення ознак поняття «катування», яке дається міжнародними органами, зокрема, Європейським судом з прав людини, оскільки ст. 127 КК України містить норму, яка є частково ширшою, а частково вужчою за обсягом від конвенційної. Зокрема, вужчою, оскільки КК України окреслив перелік способів вчинення катування, а ширшою – в частині вказівки на суб'єкта вчинення зазначених дій (згідно ч. 1 ст. 1 згаданої Конвенції ООН катування буде мати місце тоді, коли «біль або страждання заподіюються державними посадовими особами чи іншим особами, які виступають як офіційні, чи з їх підбурювання, чи з їх відома чи за їх мовчазної згоди», а суб'єкт злочину, передбаченого ч. 1 ст. 127 КК України, - загальний).

Не вдаючись в докладний аналіз складу злочину «Катування», зупинимося лише на окремих проблемах тлумачення даної статті, що зумовлені вище переліченими обставинами і які будуть безпосередньо впливати і впливають на процес її застосування й на кваліфікацію дій особи.

Насамперед, зупинимося на характеристиці способів вчинення даного злочину. В ч. 1 ст. 127 КК України дається відкритий перелік таких способів, це – «нанесення побоїв, мучення або інші насильницькі дії». Відповідно, таке формулювання породило ряд дискусій щодо того, що слід розуміти під поняттям «інші насильницькі дії». На нашу думку, для вірного з'ясування змісту даного поняття слід скористатися логічним і системним способами тлумачення закону.

Зазначимо, що під «іншими насильницькими діями» ми розуміємо лише застосування до особи фізичного насильства. Обґрунтуємо нашу позицію. У випадках, коли законодавець вказує на окремі ознаки складу злочину шляхом використання відкритих переліків, то такі тлумачаться згідно правил логічного тлумачення, а зокрема, з використанням такого прийому логічного тлумачення, як «висновок по аналогії», тобто відкритий перелік може доповнюватися лише ознаками, які є аналогічними до конкретизованих. Оскільки конкретизовані способи вказують на таке насильство, яке спрямоване на порушення фізичної недоторканості особи, тому й під «іншими насильницькими діями» ми розуміємо саме таке насильство (фізичне). Відповідно ми не можемо погодитися з окремими авторами (Д. Булда, В.І. Павликівський, А.М. Шульга), які сюди відносять і психічне насильство.

Більш важливим і проблемним є визначення видів фізичного впливу, які будуть охоплюватися аналізованим поняттям, насамперед чи охоплюються ним тілесні ушкодження і які саме, оскільки це суттєво впливає на кваліфікацію дій особи. Більшість криміналістів (В.І. Бояров, М.Й. Коржанський, М.І. Хавронюк, С.С. Яценко) відносять до «інших насильницьких дій» усі види насильницьких дій, які не призводять до тілесних ушкоджень, тобто аналогічні з тими, що передбачені у складі злочину «Побої і мордування». Інші ж (В.І. Павликівський, В.В. Сташис, А.М. Шульга) вважають, що цим поняттям охоплюються всі види насильницьких дій, окрім заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, які потребують додаткової кваліфікації. При цьому жоден з науковців, який підтримує ту чи іншу позицію, не наводить аргументів на її підтвердження, їх можна тільки припускати. Тому важко їм заперечувати. Ми схиляємося до позиції, яка була наведена другою. Спробуємо обґрунтувати її, а також навести деякі заперечення на можливі аргументи на користь протилежної точки зору.

На нашу думку, до «інших насильницьких дій» слід відносити умисні середньої тяжкості тілесні ушкодження, легкі тілесні ушкодження, а також інше фізичне насильство, яке не охоплюється поняттям побої чи мучення і призводить до сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання. При цьому ми виходимо із таких міркувань:

© Панчак О., 2006

1. не слід «прив'язуватися» до того, що інше насильство може виражатись лише в діях (як це зазначено в статті), які не призвели до жодних наслідків для здоров'я, оскільки системний аналіз тексту КК України не дає підстави для такого висновку. Зокрема, для позначення середньої тяжкості тілесних ушкоджень, які справедливо відносять до наслідків відповідного діяння, в ч. 2 ст. 122 КК України законодавець використовує зворот «ті самі дії», а в чч. 2 і 3 ст.350 КК України – «така дія» для позначення відповідно легкого та тяжкого тілесних ушкоджень;
2. якби законодавець відносив до «інших насильницьких дій» лише дії, що не спричинили тілесних ушкоджень, то так би і зазначив в диспозиції ст. 127 КК України, як це зробив у ч. 1 ст. 126 КК України, але, як бачимо, такої вказівки щодо катування немає;
3. до висновку про те, що аналізованим поняттям охоплюються умисні середньої тяжкості тілесні ушкодження, а також усі менш тяжкі види фізичного насильства, ми прийшли через порівняння санкцій відповідних статей. Такий прийом систематичного тлумачення є специфічним методом, який широко використовується в кримінальному праві і дає змогу вирішувати ряд питань про співвідношення кримінально-правових норм. Відповідно, лише тяжке тілесне ушкодження є більш тяжким способом вчинення даного злочину і не буде охоплюватися цією статтею. Кримінально-каране насильство, що заподіюється через необережність, ми при цьому до уваги не брали, оскільки злочин «Катування» є умисним (на що є пряма вказівка в диспозиції статті);
4. ще одним аргументом на користь останнього твердження є те, що в ч. 2 ст. 122 КК України передбачене заподіяння умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження (що завжди призводить до сильного фізичного болю), вчинене з метою залякування потерпілого або його родичів чи примусу до певних дій, яке карається позбавленням волі від трьох до п'яти років. Тобто, в даній статті передбачено дії, вчинені насильницьким шляхом з відповідною метою, яка збігається з метою у складі катування. Таке суспільно небезпечне діяння характеризується рівнозначною за характером і ступенем типовою суспільною небезпекою із діянням, що має такий же «набір» ознак і передбачене ч. 1 ст. 127 КК України, на що нам вказують однакові за видом і розміром санкції цих двох статей. Тому звідси можна зробити висновок, що середньої тяжкості тілесне ушкодження, заподіяне в процесі катування, також охоплюється даним складом злочину.

Проте описана ситуація породжує проблему із розмежуванням складів злочинів, передбачених ч. 1 ст. 127 та ч. 2 ст. 122 КК України. Як вище вказано, одне і те ж суспільно-небезпечне діяння буде охоплюватися двома кримінально-правовими нормами. Такі ситуації в кримінальному праві називаються конкуренцією кримінально-правових норм і розроблені відповідні правила по її подоланню. Проте це стосується тих випадків, коли норми між собою перебувають у співвідношенні загальної і спеціальної норм, чи частини і цілого. Але в даному випадку такого співвідношення немає, оскільки жодна із цих норм не містить додаткових обов'язкових ознак складу злочину (неальтернативних), які б не були обов'язковими для іншої з них. Складається ситуація, при якій вчинення відповідних дій особами від 14 до 16 років буде кваліфікуватися за ч. 2 ст. 122 КК України, а після досягнення 16-ти річного віку одні і ті ж дії особи можуть бути оцінені і як катування, і як кваліфікований вид середньої тяжкості тілесних ушкоджень. Вибір відповідної статті буде виключно залежати від суб'єктивних вподобань суб'єктів кримінально-правової кваліфікації. Однак, така ситуація не може бути припустимою, оскільки окрім «спотворення» статистичних даних, вона може впливати і на вирішення кримінально-правових питань, зокрема, на питання про повторність вчинення злочину. Видається, дана проблема може бути усунена лише законодавчим шляхом.

Також неоднозначно в науковій літературі розуміється мета вчинення аналізованого злочину. Це обумовлено, в першу чергу, складністю граматичної конструкції, яку використав законодавець для її закріплення. Ми вважаємо, що до правильного розуміння цієї суб'єктивної ознаки складу злочину нас приведе використання граматичного способу тлумачення статей закону. Відповідно, ми вважаємо, що в ч. 1 ст. 127 КК України передбачено три альтернативних цілі, які особа прагне досягти внаслідок вчинення катування. Це мета:

1. спонукати потерпілого або іншу особу вчинити дії, що суперечать їх волі;
2. покарати потерпілого за його дії, які він скоїв або у скоєнні яких підозрюється;
3. залякування потерпілого або інших осіб.

Відповідно перша мета із зазначених є конкретизована законодавцем, який до таких дій відносить отримання від потерпілого або іншої особи інформації, свідчення або визнання. Оскільки

при цьому вживається прислівник «в тому числі», то він нам вказує на те, що цей перелік не є вичерпним, а перелічені ознаки є лише такими, на яких законодавець хотів наголосити. Відповідно цей перелік не може впливати обмежувально на тлумачення поняття «дії, що суперечать їх волі». І, відповідно, до цього конкретизуючого переліку ми не можемо віднести другу і третю виділену нами мету (як це робить Є.В. Фесенко), оскільки останні не узгоджуються ні за правилами граматики, ні змістовно із ним.

Нарешті, зупинимося ще на одному дискусійному питанні, пов'язаному із застосуванням ст. 127 КК України «Катування», від вирішення якого буде залежати кваліфікація дій особи. Це є те, чи слід відносити катування до поняття насильства, яке передбачене як спосіб вчинення величезної кількості злочинів, передбачених в Особливій частині КК України. Ряд авторів (П.П. Андрушко, А.М. Бойко, В.Т. Дзюба, С.І. Дячук, В.А. Клименко, С.Л. Лисенков, В.А. Ломако, П.С. Матишевський, А.М. Ришелюк, В.І. Тютюгін, М.І. Хавронюк, Л.А. Хруслова) вважають катування окремим різновидом насильства. Проте, на нашу думку, катування не можна відносити до окремого виду насильства, оскільки, по-перше, ця норма не передбачає якогось особливо виду впливу на фізичну недоторканість особи, відмінну за характером від тих, які передбачені іншими кримінально-правовими нормами, а основне тут те, що таке насильство в даному складі злочину застосовується до особи з відповідною метою. І, по-друге, насильство у відповідних складах злочину виступає як спосіб вчинення суспільно-небезпечного діяння, тобто як ознака об'єктивної сторони складу злочину, мета ж, яка є обов'язковою ознакою складу злочину «Катування», є ознакою суб'єктивної сторони складу злочину, яку неможна «привносити» в інший склад разом з об'єктивними ознаками.

Ми зупинились лише на аналізі окремих питань, пов'язаних із тлумаченням і застосуванням статті 127 КК України. Проте і далі ще залишається велика кількість проблем, які потребують свого вирішення і подальших досліджень.

ПОНЯТТЯ ФОРМИ СПІВУЧАСТІ

Попович Н.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Прийняття Кримінального кодексу України 2001 року є не лише вагомим законодавчим досягненням нашої держави, а й, передусім, наслідком багаторічних напрацювань вітчизняної кримінально-правової науки. Так, стаття 28 Кримінального кодексу України зазначає випадки, коли злочин визнається таким, що вчинений групою осіб, групою осіб за попередньою змовою, організованою групою та злочинною організацією. Оскільки ця норма є новелою кримінального законодавства, її застосування на практиці викликає багато труднощів та суперечок, а тому потребує детального вивчення та аналізу. Суперечливість та неоднозначність вирішення цього питання обумовлено складністю аналізу співучасті як інституту кримінального права та акумуляції в процесі його вирішення багатьох питань вчення про злочин.

М.І. Ковальов, характеризуючи співучасть та її форми, зазначав, що будь-яке явище має свою форму і зміст. Злочин, як певний індивідуальний акт усвідомленої поведінки особи, має дві сторони – об'єктивну і суб'єктивну. Сукупність суб'єктивних елементів злочину створюють внутрішню сторону, об'єктивні ж ознаки є конкретним зовнішнім проявом цієї внутрішньої сторони і виступають зовнішньою стороною злочину. Співучасть є спільна умисна участь двох або більше осіб у вчиненні одного і того ж злочину, а тому класифікацію слід проводити власне на основі цих двох сторін, які становлять основу співучасті. До видів співучасті, на думку М.І. Ковальова, слід відносити ту класифікацію, яка заснована на внутрішньому зв'язку між учасниками злочину, а поділ їх на форми обґрунтовувати різновидом їх дій в спільній злочинній діяльності, тобто залежно від виконуваних функцій.

Грішаєв П.І. та Крігер Г.А. у монографії „Соучастие по советскому уголовному праву" зазначали, що матеріальними особливостями співучасті виступають, по-перше, узгоджена, по-друге, спільна злочинна діяльність декількох осіб, спрямована на досягнення одного і того ж результату. Ступінь узгодженості діянь співучасників в кожному конкретному випадку відіграє важливе значення для визначення суспільної небезпеки вчиненого діяння, оскільки чим більше узгоджена діяльність злочинців, тим легше їм вчинити злочин і приховати його сліди. Тому в радянському кримінальному праві ступінь узгодженості діянь співучасників і обумовлена цим ступінь зорганізованості злочинної групи визнаються основним матеріальним критерієм, на основі якого в законодавстві та в теорії виділяють декілька різних за своєю суспільною небезпекою форм співучасті.

Форма співучасті за Тельновим П.Ф., це його зовнішня сторона, яка розкриває спосіб взаємодії винних та показує, яким чином умисні діяння двох чи більше осіб зливаються в єдиний злочин.

Як видається, насамперед, слід з'ясувати поняття „форма співучасті" та сформулювати його визначення, упущене законодавцем.

Визначення – це логічна операція, що дає змогу розкрити зміст поняття, відрізнити одне поняття від іншого, уточнити значення того або іншого терміну. Так як існують багато понять, які на даному етапі пізнання ще не можна визначити або ж їх визначення є досить дискусійним і суперечливим, тоді замість явних чи неявних визначень використовують такі прийоми як опис, характеристику, порівняння. З аналізу ст. 28 КК України приходимо до висновку, що законодавцем упущено визначення поняття „форма співучасті", однак подано опис і характеристику кожної з них.

Отже, аналізуючи співучасть як інститут кримінального права та виокремлюючи його окремі елементи необхідним є дослідження терміну „форма" та його співвідношення з такими поняттями як „зміст", „рід" та „вид". Як видається, вірним буде звернення до відповідних енциклопедичних джерел, підручників з філософії та логіки. Так, в Словнику української мови під „формою" розуміють: обриси, контури, зовнішні межі предмета, що визначають його зовнішній вигляд; тип, будова, спосіб організації чого-небудь; зовнішній вияв якого-небудь явища, пов'язаний з його сутністю, змістом; спосіб існування змісту, його внутрішня структура, організація і зовнішній вираз.

З вищенаведеного можна зробити висновок, що значення терміну форма перебуває у безпосередньому зв'язку із різновидом людської діяльності, в якій останній використовується. Таких можна виділити декілька: філософія, друкарська справа, література, живопис, біологія, лінгвістика, спорт тощо.

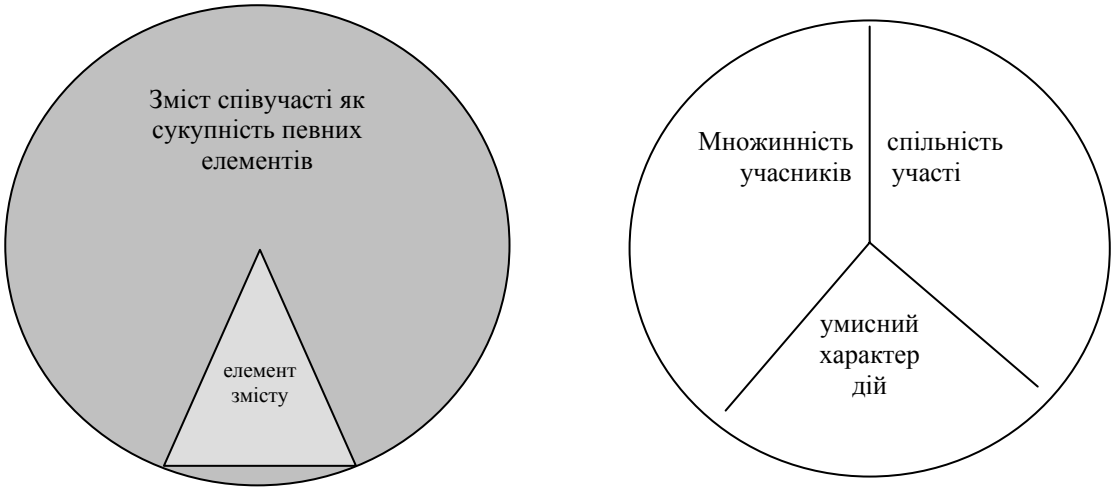
© Попович Н., 2006

Приблизний перелік значень та їх співвідношення подають і філософські словники, однак пов'язуючи їх з терміном „зміст". Так, у філософському словнику за редакцією В.І. Шинкарука, зустрічаємо наступне: "Зміст і форма – категорії матеріалістичної діалектики, що відображають діалектичну єдність суттєвих сторін, явищ дійсності як певних систем у процесі їхнього функціонування і розвитку, сукупності елементів і процесів, притаманних системі, та способу їхньої організації. Зміст і форма об'єктивно не існують ізольовано, безвідносно до їхнього взаємозв'язку в певній системі. Елементи і процеси, притаманні системі, є її змістом лише як такі, що існують у певній формі (поза формою ці елементи і процеси не є змістом), а форма є завжди формою певного змісту, його внутрішньою структурою і зовнішнім виразом (відповідно виступаючи як внутрішня і зовнішня форма). Єдність змісту і форми є відношенням їхнього взаємопроникнення, але сторони цього взаємовідношення не рівноправні. У діалектичній єдності змісту і форми визначальним є зміст. Форма не приєднується до змісту якимось зовнішнім чином, а являє собою продукт саморозвитку змісту, його певний аспект. Водночас вона не є простим наслідком змісту, не пасивна щодо нього. Як організація змісту, форма в певному розумінні створює зміст. Отже, зміст і внутрішня форма – взаємопов'язані сторони єдиного процесу самоформування змісту, що переходять одна в одну. Зовнішня форма є продуктом подвійної детермінації – процесу самоформування змісту даної системи та її взаємодії з умовами. У цьому процесі форма відіграє подвійну роль: як відносно стійкіша сторона вона протистоїть безперервним змінам змісту і водночас втілює в собі ці зміни, створюючи умови для розвитку змісту.

Співучасть, її форми – це насамперед певні поняття, під якими розуміють певну форму мислення, що відображає предмети та явища об'єктивного світу в їх суттєвих і специфічних ознаках, а також зв'язки і відношення між предметами та явищами. Кожний предмет чи явище володіє множиною ознак, властивостей, які в процесі практичної діяльності суб'єкт пізнає і фіксує за допомогою слів і словосполучень. Суттєвими (основними, необхідними) називають такі ознаки, без яких даний предмет чи множина предметів не можуть існувати у своїй індивідуальності, які розкривають їхню якісну специфіку і зумовлюють інші ознаки. Сукупність основних суттєвих ознак того або іншого виду конкретних предметів дійсності називаються їх сутністю. Таким чином, для розкриття змісту того чи іншого явища та виділення його форм необхідним є визначення основних суттєвих ознак. Так, основними ознаками співучасті є множинність учасників злочину, спільність їх участі у злочині та умисний характер діяльності. Необхідним є встановлення і суттєвих ознак для кожної окремої форми співучасті, оскільки це дозволить найбільш повно розкрити її зміст та диференціювати форми між собою. Необхідним в даному випадку буде дотримання певних правил, що дозволить сформулювати вірні визначення і запобігати логічних помилок у розкритті змісту понять. Їх можна сформулювати наступним чином: визначення повинне бути співмірним, тобто визначуване і визначаюче поняття повинні бути рівними за своїми обсягами; визначення не повинно утворювати кола, тобто поняття не повинні визначатися через самих себе; не можна визначати поняття через такі поняття, ознаки яких невідомі і тому вони самі потребують визначення; не можна давати заперечних визначень, оскільки такі визначення не розкривають природу предмета; визначення повинно бути точним, чітким, однозначним.

Таким чином, співучасть у злочині слід розглядати як певне явище, якому притаманний відповідний зміст. Зміст кожного явища чи предмета, як зазначено вище, розкривається через ознаки. Елементи і процеси, притаманні явищу, є його змістом лише як такі, що існують у певній формі. Це можна відобразити наступним чином:

Співучасть як явище



Форма є завжди формою певного змісту, способом його існування, внутрішньою структурою і зовнішнім виразом. Слід водночас зазначити, що відповідність форми змісту не слід розуміти так, що зміст може виражатися обов'язково в одній якій-небудь формі. Одному і тому ж змісту може відповідати ряд форм. Таким чином твердження про помилковість виділення форм співучасті через неможливість їх множинного існування спростовується. Співучасть може виступати у певних формах, однак кожна наступна відрізнятиметься від попередньої наявністю додаткових ознак.

Форма співучасті як зовнішній вираз

Таким чином, можна запропонувати наступне визначення форми співучасті: **форма співучасті** – це спосіб існування співучасті, її зовнішній вираз, який відображається через внутрішню структуру і перебуває у безпосередньому зв'язку зі змістом.

В кримінально-правовому значенні під **формою співучасті** слід розуміти зовнішній вираз співучасті, який відображає спосіб взаємодії учасників у спільно вчинюваному злочині та змінюється залежно від ступеня їх згуртованості.

ТЯЖКІ НАСЛІДКИ ЯК КВАЛІФІКУЮЧА ОЗНАКА СЛУЖБОВИХ ЗЛОЧИНІВ

Прохоренко А.

Як кваліфікуюча ознака тяжкі наслідки передбачені у чотирьох складах службових злочинів, розміщених у розділі XVII, а саме в ч. 2 ст. 365 КК, ч. 2 ст. 366 КК та ч. 2 ст. 367 КК.

На законодавчому рівні поняття тяжких наслідків визначено у примітці четвертій до ст. 364 КК, в якій встановлено: тяжкими наслідками в статтях 364-367, якщо вони полягають у заподіянні матеріальних збитків, вважаються такі, які у двісті п'ятдесят і більше разів перевищують неоподаткований мінімум доходів громадян.

Наведене викликає необхідність з'ясувати питання про юридичну природу тяжких наслідків, про їх зміст і вплив на ступінь суспільної небезпеки вчинених злочинів. Попробуємо це зробити шляхом аналізу диспозицій і санкцій злочинів, в яких тяжкі наслідки є кваліфікуючими ознаками. Як відомо суспільна небезпека це – об'єктивна категорія і є обов'язковою ознакою будь – якого злочину (ст.11КК) і визначається такими порівняльними характеристиками як ступінь та характер.

Усі досліджувані нами злочини розміщені у Розділі XVII, де у груповані злочини, що посягають на суспільні відносини у сфері службової діяльності. Отже спільним для всіх них (крім злочину, передбаченому ст. 370 КК) є родовий об'єкт. Характер суспільної небезпеки визначається в основному за об'єктом посягання. Аналіз об'єктів посягань (основних, факультативних, додаткових) вказує, що за безпосередніми об'єктами ці злочини не зовсім співпадають, так до прикладу злочини, передбачені ст. 364 та ст. 365 КК є двооб'єктними, бо посягають, крім інтересів служби ще і на охоронювані законом права, свободи і інтереси окремих громадян, державні чи громадські інтереси, чи інтереси юридичних осіб. Зрозуміло, що ця обставина (двооб'єктність посягання) також впливає на суспільну небезпеку вчиненого, як і інші – об'єктивні і суб'єктивні ознаками – передбачені у диспозиціях цих складів злочинів.

А ось злочини, передбачені ст. 366 КК та ст. 367 КК не містять прямої вказівки на обов'язковий додатковий об'єкт посягань, що і впливає на визначення ступеня тяжкості цих злочинів як злочинів середньої тяжкості.

Тепер перейдемо до аналізу санкції.

Санкція ч. 2 ст. 364 КК передбачає за вчинення зловживання владою або службовим становищем позбавлення волі на строк від 5 до 8 років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до 3 років.

За перевищення влади або службових повноважень, передбаченого ч. 3 ст. 365 КК визначено більш суворе покарання – позбавлення волі на строк від 7 до 10 років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатись певною діяльністю на строк до 3 років.

Обидва злочини за ступенем тяжкості у відповідності зі ст. 12 КК України є тяжкими. Зрозуміло, що на визначення виду і розміру покарання впливають перш за все ознаки конкретного складу злочину, тому і можливі рівні варіанти санкцій.

Злочини, передбачені ч. 2 ст. 366 КК та ч.2 ст. 367 КК за ступенем тяжкості є злочинами середньої тяжкості як випливає з аналізу їх санкцій.

Таке порівняння приводить до висновку про те, що ступінь суспільної небезпеки вказаних злочинів неоднакова, а отже і зміст такої кваліфікуючої ознаки в них як тяжкі наслідки не можна розуміти однозначно.

Звернення до роз'яснень, які подає у своїй постанові Пленум Верховного Суду України № 15 від 26 грудня 2003 року „Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень" у п. 10 однозначно підтверджує законодавче положення про те, що слід розуміти під тяжкими наслідками (саме матеріальну шкоду), причому стосовно такого злочину як перевищення влади або службових повноважень, що є цілком слушно, бо саме про цю категорію кримінальних справ йдеться у постанові.

Далі у п. 11 та п. 12 цієї постанови вказується, що може охоплюватись тяжкими наслідками: якщо при перевищенні влади або службових повноважень було умисно заподіяно смерть чи тяжке

© Прохоренко А., 2006

тілесне ушкодження, то такі дії слід кваліфікувати за сукупністю злочинів – за ч. 3 ст. 365 КК та однією із таких його статей: 112, 115, 121, 348, 379, 400. Якщо ж такі дії вчинені через необережність, то вони повністю охоплюються ч. 3 ст. 365 КК і додаткової кваліфікації за ст. 119 чи 128 не потребують.

Охоплюється ч. 3 ст. 365 КК і таке перевищення влади або службових повноважень, що призвело до самогубства потерпілого чи спроби його вчинити, наслідком якої стало тяжке тілесне ушкодження.

Отже, роз'яснення Пленуму Верховного Суду України стосується виключно поняття тяжких наслідків, спричинених у результаті перевищення влади або службових повноважень, інакше тлумачення призвело б до розширення змісту кваліфікуючих ознак, хоча слід відмітити, що Пленум Верховного Суду не уникнув саме такого розширеного розуміння тяжких наслідків у складі перевищення влади або службових повноважень, встановивши, що ними слід вважати „...розвал діяльності підприємства, установи, організації, їх банкрутство, створення аварійної ситуації, що потягла людські жертви, тощо". (див. п. 10 постанови Пленуму Верховного Суду України №15 від 26 грудня 2003 р).

Щоб якоюсь мірою спрямувати правозастосування в єдине русло, Пленум Верховного Суду пропонує мати на увазі, що ці наслідки можуть бути заподіяні або умисно, або з необережності, і в залежності від психічного ставлення винної особи до їх настання, можливі варіанти кваліфікації такого перевищення влади або службових повноважень, причому це стосується не всіх тих найбільш типових обставин, що можуть характеризуватись як тяжкі наслідки (і на які вказує Пленум у п. 10 своєї постанови), а лише заподіяння смерті та тяжких тілесних ушкоджень.

Постає питання про необхідність врегулювання саме законом такого поняття як тяжкі наслідки, якщо вони полягають у заподіянні і нематеріальної шкоди, а не тільки матеріальних збитків, як це встановлено приміткою 4 до ст. 364 КК.

На жаль, в наукових джерелах, і, зокрема, в науково-практичних коментарях до Розділу XVII Злочини у сфері службової діяльності, питання про зміст тяжких наслідків або взагалі не коментується, або щодо цього є посилання на вже згадувану постанову Пленуму Верховного Суду „Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень", що видається не зовсім правильним.

Свого часу П.С. Матишевський, коментуючи Главу VII „Посадові злочини" КК 1960 року, вказував на те, що „питання про те, чи є шкідливі наслідки тяжкими слід вирішувати в кожному окремому випадку з урахуванням конкретних обставин справи". Саме таким чином визначаються оціночні поняття.

А ще раніше А.Я. Свєтлов зазначав, що тяжкі наслідки будуть у випадках загибелі людей, спричинення їм тяжких тілесних ушкоджень, тощо, і до речі вважав, що такі діяння правильно було б кваліфікувати за сукупністю злочинів, тобто як службовий злочин (за відповідною статтею) та злочин проти особи, не роблячи застережень щодо того, з якою формою вини вчиняються дії, що утворюють тяжкі наслідки.

Отже з викладеного можна зробити такі висновки:

- поняття тяжких наслідків визначено кримінальним законом у примітці четвертій до ст. 364 КК тільки у виді матеріальної шкоди, яка у 250 і більше разів перевищує неоподаткований мінімум доходів громадян;
- щодо тяжких наслідків, якщо вони є результатом злочинних дій службових осіб і виражаються у збитках нематеріального характеру, не має однозначного розуміння серед науковців, а на законодавчому рівні це питання не вирішено.
- аналіз службових злочинів, в яких тяжкі наслідки визначені як кваліфікуюча ознака, свідчить, що ступінь суспільної небезпеки їх не є однаковим, а отже і зміст цієї ознаки у цих складах не можна розуміти однозначно.

В такій ситуації видається необхідним:

1. прийняти доповнення і зміни до КК України, зокрема до ст. 364, ст. 365, ст. 366 і ст. 367, в яких би чітко встановити критерії визначення тяжких наслідків як кваліфікуючих ознак цих злочинів;
2. диференціювати види тяжких наслідків в залежності від ступеня суспільної небезпеки тих злочинів, кваліфікованою ознакою яких вони є.

РЕГЛАМЕНТАЦІЯ СУКУПНОСТІ ЗЛОЧИНІВ В КРИМІНАЛЬНИХ КОДЕКСАХ ОКРЕМИХ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Созанський Т.

Львівський юридичний інститут МВС України

Донедавна, поняття сукупності злочинів в Кримінальному кодексі України не було визначене. Однак з прийняттям 5 квітня 2001 року Кримінального кодексу України поняття сукупності злочинів набуло законодавчого закріплення. В ч.1 ст. 33 КК України зазначено, що сукупність злочинів - це вчинення особою двох або більше злочинів передбачених різними статтями або різними частинами однієї статті Особливої частини цього Кодексу, за жоден з яких її не було засуджено. При цьому не враховуються злочини, за які особу було звільнено від кримінальної відповідальності за підставами встановленими законом.

При дослідженні сукупності злочинів важливо врахувати й те, як розкрито поняття і основні положення сукупності злочинів у кримінальному законодавстві інших зарубіжних країн. Адже, одним із способі визначення ознак сукупності є порівняльно-правовий аналіз нормативного закріплення цього поняття. Для проведення такого аналізу звернемось до кримінально законодавства окремих пострадянський. Це викликано двома обставинами: по-перше, система законодавства цих країн є найбільш схожою до системи законодавства України; по-друге, в більшості цих країн поняття сукупність злочинів має законодавче закріплення.

У сучасному кримінальному законодавстві більшості таких країн поняття сукупності злочинів дається в окремій статті КК, зазвичай, у першій частині відповідної статті Загальної частини КК. Більшість з цих кодексів визначає сукупність злочинів, як вчинення двох або більше злочинів передбачених різними статтями або частинами статей Кримінального закону, за жоден з який особу не було засуджено. (Ст.17 КК. Азербайджану, ст.42 ККБілорусії,ст.20 КК Вірменї, ст.12 КК Казахстану, ст.15 КК Киргистану, ст.26 КК Латвії, ст.33 КК Молдови, ст.17 КК Росії, ст.20 КК Таджикистану, ст.18 КК Тукменістану, ст.33 КК Узбекистану та ст.33 КК України.)

Проте, в окремих кодексах зустрічаються певні особливості щодо використання термінів, що застосовуються для характеристики сукупності злочинів. Зокрема, у кодексах Узбекистану, Таджикистану та Латвії замість поняття «злочин», яке вживається у більшості визначень, вживається поняття «злочинні діяння», а в кодексі Казахстану - діяння передбачені різним статтями або часинами статті. Така термінологія викликає певні непорозуміння, адже вчинення особою декількох діянь (злочинних діянь) не завжди кваліфікується за сукупністю злочинів. Наприклад, одиничний складений злочин може містити два злочинні діяння, що передбачені різними статтями кримінального закону, але кваліфікується як один злочин, або основний і кваліфікований склади злочинів передбачені різними частинами статті, але, як правило, кваліфікуються як один злочин. Таким чином, вживання поняття «злочинні діяння» не вказує на обов'язковість кваліфікації вчиненого за сукупністю злочинів.

Визначення сукупності злочинів в Кримінальному кодексі Латвії передбачає обов'язковою її ознакою кількість діянь (одне або декілька), що відповідають ознакам двох або більше складів злочинів. Таке визначення вказує на родово-видове співвідношення між поняттям сукупності злочинів та ідеальною і реальною сукупністю злочинів. Вказівка на кількість діянь в понятті сукупності злочині, видається не доречною, адже вона не вказує на особливість поняття, що визначається, а служить лише для розмежування видів сукупності, поняття яких даються в наступних частинах статті.

В окремих кодексах крім загально визнаної ознаки – незасудження особи за жоден зі злочинів, що утворюють сукупність, зустрічаються й інші вимоги. Наприклад, у Кримінальних кодексах Азербайджану, Латвії та Молдови окремо вказано про необхідність дотримання строків давності притягнення до кримінальної відповідальності. Встановлення у визначенні сукупності злочинів цієї додаткової обставини видається зайвим, адже у випадках, коли після вчинення злочину пройшли строки давності притягнення до кримінальної відповідальності особа не підлягає кримінальній відповідальності, за вчинене нею діяння. При цьому, вона звільняється не від покарання, а від кримінальної відповідальності, тобто кримінальним законом вже враховано вчинене нею діяння і визначено відношення держави до вчиненого особою. А сукупність злочинів включає в себе лише ті діяння, за які особу ще не було піддано державному осуду.

© Созанський Т., 2006

Якщо строки давності притягнення до кримінальної відповідальності не пройшли і немає інших підстав для звільнення від кримінальної відповідальності, то це означає, що особа буде піддана кримінально-правовій репресії на загальних підставах, а отже підпадає під ознаку «не засуджена за даний злочин». Викладена позиція дає підстави вважати, що така ознака, як недотримання строків давності, чи недотримання будь якої іншої підстави для звільнення від кримінальної відповідальності, є складовою частиною ознаки – «не засуджена за жоден зі злочинів».

В ч.1ст.20 Кримінального кодексу Вірменії визначення сукупності закріплено у двох пунктах. В першому пункті передбачено поняття сукупності злочинів, а в другому визначено поняття ідеальної сукупності. З вище наведеного можна зробити висновок, що кримінальний закон Вірменії не вказує на відмінність між загальним поняттям і видом сукупності злочинів, а, відповідно, не вказує на ознаки, що відрізняють сукупність злочинів від її видів, адже поняття сукупності злочинів і поняття ідеальної сукупності злочинів передбачено в одній і тій же частині статті як різні прояви одного поняття.

В кримінальному кодексі Узбекистану та України, взагалі не має законодавчої вказівки на види сукупності, вони вказуються лише в наукових працях, що стосуються положень сукупності злочинів.

В окремих кримінальних кодексах колишніх республік, що входили до складу СРСР законодавчо виділено лише один вид сукупності злочинів – ідеальну(ст.17 КК. Азербайджану, ст.12 КК Казахстану, ст.15 КК Киргистану, ст.17 КК Росії, ст.20 КК Таджикистану, ст.18 КК Тукменістану).

В більшості з цих кодексів немає прямої вказівки на те, що вказане визначення розкриває поняття ідеальної сукупності. Це стає зрозумілим зі змісту визначення, яке вказує, що сукупністю злочинів визнається і одна дія (бездіяльність), яка містить ознаки злочинів, передбачених двома або більше статтями даного КК.

Такі дефініції недосконалі, зокрема, частина друга цих статей, яка дає визначення ідеальній сукупності злочинів, вказує на окремий вид сукупності не називаючи його, цим самим не дає можливості правильно зрозуміти місце цього виду в структурі сукупності злочинів. Постає питання: чи є це вид сукупності злочинів? Чи виняток з правила?

Для тих країн, де однією з ознак поняття сукупності є вчинення двох або більше діянь (наприклад, КК Казахстану) поняття , яке ми розуміємо як ідеальна сукупність, видається нам винятком із загального правила, адже за ідеальної сукупності особа вчиняє одне діяння, а не два або більше, що визначено в самому понятті сукупності злочинів.

Для країн, в яких ознакою сукупності є вчинення особою двох або більше злочинів, друга частина статті більше схожа на визначення виду сукупності. Така позиція законодавця є дещо непослідовна. Адже, визначивши поняття сукупності злочинів, яке охоплює всі випадки вчинення особою двох або більше діянь, передбачених різними кримінально-правовими нормами, та ідеальної сукупності злочинів, яке характеризується вчиненням одного діяння, передбачено різними статтями КК, законодавець оминає випадки коли особа декількома діями вчиняє декілька злочинів передбачених різними статтями КК. Це питання вирішено в КК Латвії та Молдови, в яких чітко визначено поняття не лише ідеальної сукупності, але й реальної сукупності злочинів чітко визначено. Такий підхід видається обґрунтованим, оскільки даючи законодавче закріплення поняттю сукупності злочинів, законодавець визначив лише загальне положення, але не вказав на окремі види цього явища. Законодавче закріплення лише одного з видів сукупності вносить певний дисбаланс в структуру сукупності, отже законодавче закріплення поняття сукупності злочинів та її видів є передумовою правильності розуміння і застосування сукупності злочинів при кваліфікації злочинів.

Певною новелою є передбачення в Кримінальному кодексі Молдови глави “Кваліфікація злочинів”, в якій окремою статтею передбачено кваліфікацію сукупності злочинів. І хоча в цій статті передбачено лише загальне правило кваліфікації сукупності злочинів, яке застосовується, також, і в інших кодексах колишніх радянських республік, у статті про сукупність злочинів, це не зменшує важливості законодавчого закріплення такого складного явища, як кваліфікація сукупності злочинів.

Подібні правила в окремих КК доповнюють частину статті, що визначає окреме поняття. Наприклад, в ч.2 ст.12 КК Казахстану, крім поняття ідеальної сукупності злочинів, вказується на випадки, коли ідеальна сукупність утворює один складений злочин, що можна вважати певним правилом кваліфікації ідеальної сукупності злочинів.

Також, слід відмітити, що у деяких КК (ст.17 КК. Азербайджану, ст.42 КК Білорусії, ст.12 КК Казахстану, ст.15 КК Киргистану, ст.17 КК Росії, ст.18 КК Тукменістану) статті, які визначають поняття сукупності злочинів, в окремій частині статті вказують на відмінність сукупності злочинів і

конкуренції норм. Конкуренція норм і сукупність злочинів є суміжними поняттями, проте, вказівка на відмінність сукупності злочинів від конкуренції норм повинна визначатись законодавчо за наявності законодавчого закріплення обох понять і, за необхідності, окремою статтею. Прикладом такого вирішення питання є КК Молдови, де дано законодавче закріплення поняттю конкуренція норм і запропоновано правила вирішення конкуренції.

Підводячи підсумок, слід зазначити, що поняття сукупності злочинів в КК більшості пострадянський держав містить три основні ознаки:

- вчинення особою двох або більше злочинів;
- передбачених різними статтями, або частинами статті;
- за жодне з яких особа не була засуджена.

Це дає підстави стверджувати про те, що у кримінальному законодавстві більшості країн поняття сукупності визначають саме ці ознаки. Вони в повній мірі відображають поняття сукупності і є достатніми для того, щоб відмежувати від інших понять. Такі ж ознаки випливають з нормативного визначення поняття сукупності злочинів передбаченого ч1 ст. 33 КК України.

Законодавча регламентація питань пов’язаних з сукупністю злочинів, як свідчить аналіз законодавства зарубіжних країн, проходить три етапи.

На першому відбувається нормативне закріплення поняття сукупності злочинів. Другий етап – полягає у виділенні та нормативній регламентації видів сукупності злочинів. Заключний етап – третій, передбачає, формулювання та зазначення безпосередньо у законі правил кваліфікації злочину за їх сукупності. Україна пройшла перший етап такої регламентації, другий і третій етапи потребують міцного теоретичного підгрунтя.

ПРОБЛЕМА ОБ'ЄКТА ЗЛОЧИННОЇ КОНТРАБАНДИ

Сорока С.

Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

Проблема об'єкта злочину є однією з найбільш дискусійних у теорії кримінального права, тому правильне її вирішення має велике теоретичне і практичне значення. В науці кримінального права загально визнаною до недавнього часу є точка зору, згідно з якою об'єктом будь-якого злочину є охоронювані законом про кримінальну відповідальність суспільні відносини. Кримінальним законодавством охороняються найважливіші, найбільш значущі для інтересів суспільства і держави суспільні відносини, яким злочинні посягання можуть завдавати значної шкоди. Зазначимо, що об'єкт злочину це такі суспільні відносини, на які посягає злочин, завдає їм певної шкоди, і які охороняються законом про кримінальну відповідальність. В залежності від потреб суспільства законодавець включає чи виключає певні суспільні відносини із переліку охоронюваних кримінальним законом . Об'єкт злочину – це змінювана система суспільних відносин. Кримінальна відповідальність за контрабанду встановлювалась як за Кримінальним кодексом 1960 року так і за чинним Кримінальним кодексом України. При дослідженні злочину контрабанди постає проблема визначення об'єкту цього злочину, зокрема це стосується контрабанди наркотичних засобів.

У науці кримінального права проблему об'єкта злочину досліджували такі науковці: М.Й. Коржанський, В.М. Кудрявцев, Б.С. Нікіфоров, А.А. Піонтковський, В.Я. Тацій, М.Д. Шаргородський, безпосередньо проблемою об'єкта контрабанди займались: М.П. Карпушин, Н.А. Мірошниченко, А.А. Музика, О.М. Омельчук.

При дослідженні видів об'єктів злочинів в юридичній літературі передбачена їх класифікація "по вертикалі" на загальний, родовий і безпосередній.

Загальним об'єктом злочину в кримінальному праві України є вся сукупність суспільних відносин, які поставлені під охорону чинного кримінального законодавства України. Виділення загального об'єкта має пізнавальне і практичне значення. Він вказує суспільну небезпечність і направленість злочинного посягання на суспільні відносини. Коло цих суспільних відносин є вичерпним.

Під родовим об'єктом розуміють певне коло тотожних чи однорідних за соціально-політичною і економічною суттю суспільних відносин. Це об'єкт - єдиний для певної (однорідної) групи злочинів. Він є критерієм класифікації усіх злочинів і кримінально-правових норм, які встановлюють відповідальність за їх вчинення.

Під безпосереднім об'єктом в науці кримінального права розуміють суспільні відносини на які посягає конкретний злочин. Встановлення даного об'єкту має важливе значення для правильної соціально-політичної оцінки злочину і його юридичної кваліфікації. Безпосередній об'єкт злочину має найбільше теоретичне і практичне значення.

Досліджуючи об'єкт контрабанди можна відмітити, що в Кримінальному кодексі України 1960 року, до прийняття антинаркотичного законодавства 1995 року, злочину контрабанда була присвячена одна ст. 70, яка знаходилась в Розділ II "Інші злочини проти держави" Глави 1 Особливої частини Кримінального кодексу України. Більшість науковців родовим об'єктом контрабанди визнавали монополію зовнішньої торгівлі.

З переходом до ринкової економіки зникла необхідність у кримінально-правовій охороні суспільних відносин, що забезпечують монополію зовнішньої торгівлі. Більше того, в нинішніх умовах монополія зовнішньої торгівлі і фактично і юридично ліквідована

Поява законодавства про відповідальність за злочини у сфері обігу наркотичних засобів в 1995 році була викликана необхідністю узгодження Українського законодавства з міжнародно-правовими актами в цій галузі. У зв'язку з цим у Кримінальний кодекс України були внесені суттєві зміни і доповнення. В ході цих змін встановлено кримінальну відповідальність за контрабанду наркотичних засобів, психотропних речовин або прекурсорів (ст. 70-1) окремою нормою Кримінального кодексу України.

© Сорока С., 2006

На сьогоднішній день злочини контрабанда (ст. 201 КК України) і контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів (ст. 305 КК України) знаходяться в різних розділах КК України. Кожний злочин входить в свою групу однорідних злочинів, які мають єдиний родовий об'єкт, а також мають кожний свій безпосередній об'єкт.

Злочин контрабанда (ст. 201 КК України) розміщений в Розділі VII Особливої частини Кримінального кодексу України -„Злочини у сфері господарської діяльності". Щодо цього злочину, то слід погодитись з О.М. Омельчуком, який характеризуючи поняття та види об'єктів контрабанди, досліджує, що родовим об'єктом даного складу злочину є охоронювані кримінальним законом суспільні відносини щодо забезпечення господарської діяльності в Україні, безпосереднім об'єктом контрабанди він визнає суспільні відносини у сфері забезпечення встановленого порядку переміщення через митний кордон України матеріальних цінностей, окремих предметів, та речовин, які вилучені з вільного обігу.

Щодо додаткового об'єкта контрабанди, то слушна думка Б.С. Левіка, який вважає, що ним може бути громадська безпека, здоров'я населення, політичні інтереси України.

У нині діючому Кримінальному кодексі України 2001 року злочин контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів (ст. 305 КК України) розміщений в розділі ХШ Особливої частини КК України - „Злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення" і, беручи до уваги, як ми вказували вище, що глави Особливої частини КК сформовані за ознаками родових об'єктів злочинів, то родовим об'єктом злочинів розділу ХШ є здоров'я населення.

Головним у змісті здоров'я населення як об'єкта злочинних посягань є саме можливість стану життєдіяльності людей, який відповідає інтересам суспільства. Суспільна небезпечність злочинів, пов'язаних з наркотичними засобами полягає в тому, що вони руйнують цю можливість, а злочинним наслідком даних діянь стає хвороба – наркоманія (токсикоманія). Наркомани є хворими тому, що позбавлені можливості перебувати у здоровому стані, користуватися благами життя. Сутність наркоманії має певне значення для характеристики об'єкта цих злочинів, оскільки злочинні наслідки належать одночасно до об'єктивної сторони і до об'єкта злочину. Наркоманія як злочинний наслідок вказує на руйнацію здоров'я населення і дає можливість найбільш повно ґрунтовно розкрити його зміст як об'єкта аналізованої категорії злочинів. Найголовнішим об'єднуючим началом "наркотичних злочинів" в одну групу посягань на здоров'я населення є їх здатність завдавати однорідної шкоди у вигляді поширення наркоманії і токсикоманії шляхом незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин їх аналогів і прекурсорів.

Такий підхід теоретиків і законодавця, без сумніву, більш точно відображає істинний зміст суспільної небезпечності незаконних дій з наркотичними засобами. Цей підхід був обумовлений з одного боку збільшенням масштабів розповсюдження наркотизму в Україні, з другого боку початком серйозних досліджень даної проблеми всіх аспектів і проявів. Тому теоретики і законодавець прийшли до обґрунтованого висновку про те, що які б суспільні відносини не підпадали під негативний вплив незаконного обігу наркотичних засобів народне здоров'я є найбільш вразливим і найбільш підпадає під вплив наркотизму.

Тому ми повністю підтримуємо рішення законодавця, який у чинному КК України розмістив злочин контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів в розділі ХШ Особливої частини КК України - "Злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення", а родовим об'єктом злочину контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів є здоров'я населення.

При розгляді безпосереднього об'єкта контрабанди наркотичних засобів, психотропних речовин їх аналогів і прекурсорів в літературі єдиних поглядів як і суттєвих розбіжностей не має. Г.Г. Лобода вказує, що безпосереднім (основним) об'єктом злочину, передбаченого ст. 70-1 є встановлений порядок переміщення предметів злочину через митний кордон України. Н.А. Мірошниченко - визнає встановлений порядок переміщення предметів, вилучених з вільного обігу через митний кордон України. А.А.Музика усі злочини, які прямо чи побічно пов'язані з наркотичними засобами згрупував за родовим об'єктом, до першої групи він відніс злочини, що посягають на здоров'я населення, до якої він відніс і злочин, передбачений ст. 70-1 КК України. Автор дійшов до висновку, що кримінально-правові заборони у сфері обігу наркотичних засобів, які спрямовані на охорону здоров'я населення, досягають своєї головної і кінцевої мети опосередковано через охорону здоров'я конкретної людини.

Саме воно, на його думку, і повинно визнаватися основним безпосереднім об'єктом даної групи злочинів, пов'язаних з наркотиками.

Щодо злочину, передбаченого ст. 305 КК України, то, на нашу думку, незаконне ввезення або вивезення наркотичних речовин є посяганням на встановлений порядок їх переміщення через митний кордон України і здоров'я населення. Важливою передумовою нормального існування і поступового розвитку суспільного механізму, незаперечно, є здоров'я нації. Тільки фізично і психічно повноцінні особи, які володіють також ще й духовним здоров'ям в стані виконувати покладені на них соціальні функції. Та шкода, яка може бути причинена від незаконного обігу наркотичних засобів, її масштабність обумовлена і тим, що особи, які займаються розповсюдженням і збутом "білої смерті" зацікавлені в безмежному розширенні кола наркозалежних, від кількості яких безпосередньо залежать їх доходи. Тому даний злочин відноситься до злочинів проти здоров'я населення, а не особи. Ці діяння не націлені на конкретну особу, вони носять не персоніфікований характер і направлені проти невизначеного широкого кола осіб, в інтенсивному збільшенні якого зацікавлені представники наркобізнесу.

Отже, вважаємо, що безпосереднім об'єктом злочинної контрабанди наркотичних засобів необхідно визнавати встановлений порядок поводження із засобами та речовинами, що можуть викликати наркоманію, а саме порядок переміщення цих речовин через митний кордон України, метою якого є забезпечення народного здоров'я.

Щодо додаткового безпосереднього об'єкта цього злочину, то слушна думка А.А. Музики про те, що ним є державна монополія у сфері експортно-імпортних операцій з наркотичними засобами, психотропними речовинами, їх аналогами і прекурсорами, визначення якого вказує на більш високу суспільну небезпечність даного злочину, тому не визначивши правильно об'єкт контрабанди, не можна говорити про правильне вирішення питань кваліфікації аналізованого діяння.

РОЗВИТОК ВЧЕННЯ ПРО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВУ ОХОРОНУ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ТА СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ В ДОКТРИНІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА НЕЗАЛЕЖНОЇ УКРАЇНИ

Хилюк С.

Львівський національний університет ім. І. Франка

З 1991 року розпочався новий етап в розвитку науки кримінального права України. Однією з його характерних рис є посилення інтересу науковців до питань кримінально-правової охорони особи. З 1991 року було опубліковано понад 300 робіт різного обсягу повністю присвячених злочинам проти особи, з них 16 монографій. Крім того, питання кримінальної відповідальності за злочини проти особи висвітлювалися в окремих розділах підручників та коментарів до Кримінального кодексу, вони ж стали об'єктом 17 дисертаційних досліджень на здобуття наукового ступеня кандидата наук та 1 на здобуття ступеню доктора юридичних наук. При цьому питанням кримінальної відповідальності за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості, які передбачені розділом IV Особливої частини Кримінального кодексу України, присвячено лише близько 30 публікацій, серед них немає жодної монографічної роботи. Даний вид злочинів впродовж останніх 14 років жодного разу не став об'єктом дисертаційних досліджень. Доробок російських колег в дослідження аналізованого інституту за кількісними показниками дорівнює вітчизняному. Проте російські вчені грунтовніше досліджували в останній період злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. Підтвердженням цього слугує той факт, що за відповідний період в Російській федерації захищено 7 дисертацій на здобуття наукового ступеня кандидата наук, присвячених питанням кримінальної відповідальності за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи.

Верховний Суд України, здійснюючи узагальнення судової практики з цієї категорії справ зазначав, що однією з причин скасування вироків є неточне формулювання обвинувачення у процесуальних документах, а саме у кожній десятій з вивчених справ міститься натуралізований опис статевого акту, що є неприпустимим. Той самий недолік простежується і в наукових дослідженнях аналізованого виду злочинів. Окремі вчені так захоплюються описом різних статевих збочень, що забувають дати їм кримінально-правову оцінку, вказати, яке значення класифікація цих відхилень має для кримінального права чи практики застосування кримінально-правових норм.

Традиційно для науки кримінального права України найбільше дискусій точиться навколо визначення родового об'єкту аналізованого виду злочинів. Статева свобода - це гарантована суспільством свобода волевиявлення особистості (бажання або небажання) у запропонованому іншою особою статевому контакті. Значно більше труднощів виникає при визначенні статевої недоторканості, як об'єкту злочину. Так, С.В. Колесніков вважає, що недоторканість взагалі не може виступати в ролі об'єкта кримінально правової охорони. На його думку, статева недоторканість є лише гарантією по відношенню до статевої свободи дорослих та нормального статевого розвитку неповнолітніх, які і є, на його думку, родовим об'єктом аналізованого виду злочинів. З ним не погоджується Мельник М.І., який стверджує, що статева недоторканість – це абсолютна заборона вступати в статеві контакти з особою, яка в силу певних обставин не є носієм статевої свободи всупереч її справжньому волевиявленню або ігноруючи його, і саме вона є об'єктом злочинів, передбачених розділом IV Особливої частини Кримінального кодексу. Укладачі Науково-практичного коментаря Кримінального кодексу України за загальною редакцією В.В. Сташиса, В.Я. Тація взагалі ухилися від вирішення цього питання.

Закономірно, що найбільше уваги науковці приділяють дослідженню складу злочину "Згвалтування", з огляду на питому вагу даного злочину в масиві всіх зареєстрованих статевих злочинів. На підвищену суспільну небезпеку згвалтування звертає увагу Пленум Верховного Суду України в постанові №4 від 27 березня 1992 року "Про судову практику у справах про згвалтування та інші статеві злочини".

Одним з найбільш дискусійних питань є визначення суб'єкта та потерпілого аналізованого складу злочину. Так, кримінальний закон України до останньої кодифікації потерпілими від згвалтування визначав лише осіб жіночої статті, а виконавцями відповідно - лише чоловічої. Така позиція законодавця критикувалася. Зокрема, Б. Свиридов писав, що законодавець штучно звузив

© Хилюк С., 2006

зміст поняття "особа", передбачивши відповідальність лише за порушення статевої свободи жінки, хоча Конституцією України гарантується рівність усіх громадян перед законом. Єдиний вихід з ситуації автор вбачав у визнанні потерпілими як осіб жіночої так і осіб чоловічої статі. Ці рекомендації були враховані в процесі останньої кодифікації кримінального права України, відповідно до ст. 152 чинного КК України і суб'єктом, і потерпілим у складі злочину "Зґвалтування" можуть бути особи обох статей, необхідною вимогою є лише, щоб виконавець і потерпілий в цьому складі злочину були особами протилежних статей. Але і це положення піддається критиці. Наприклад, О.Пасенюк вважає, що нова редакція ст. 152 КК України знижує рівень захисту жінки від злочинних посягань, її статевої статевої свободи, нівелює характери, силу, можливості жінки і чоловіка захистити себе, порушує усталене поняття такого злочину як зґвалтування, не відповідає ні теорії права, ні світовій практиці. На його думку, особливий фізичний і психічний стан жінки, можливі тяжкі наслідки (безпліддість, психічна травма тощо) потребують підвищеного кримінально-правового її захисту. Ряд публікацій, присвячених зґвалтуванню, в частині визначення суб'єкта та потерпілого у складі цього злочину носять констатуючий характер, їх автори не вдаються в аналіз доцільності, ефективності, обґрунтованості змін в законодавстві.

В цілому в науці кримінального права позитивно оцінюється конкретизація погрози як способу вчинення зґвалтування у новому КК України. Так як невизначеність цього поняття в КК 1960 року дала можливість Пленуму Верховного Суду України поширювально його тлумачити, а саме під погрозою як способом зґвалтування пропонувалося розуміти залякування висловлюваннями, жестами чи іншими діями про застосування фізичного насильства до самої потерпілої чи до її родичів, а так само знищення або пошкодження майна потерпілої чи її родичів, погроза розголошення відомостей, що ганьблять честь і гідність потерпілої. Більшість науковців погоджуються з тим, що погроза при зґвалтуванні за своїм змістом є погрозою застосуванням лише насильства. Крім того така погроза є ознакою складу зґвалтування, якщо вона може бути реалізована негайно і стосується самої потерпілої або її близьких родичів. Проте в літературі зустрічаються альтернативні підходи. Так, М.М. Корчовий вважає, що "теорія і практика стоять на позиції широкого тлумачення поняття погрози при вчиненні зґвалтування", при цьому автор наполягає, „що погроза при зґвалтуванні має неозначено-часовий, тривалий характер, а по змісту може бути спрямована як на фізичне так і на психічне насильство". Саме таке тлумачення, на його думку відповідає змісту ст. 152 КК України та багатолітній судовій практиці.

Дискусійним в науці кримінального права є питання вікової межі безпорадності у складі зґвалтування і відповідно тісно пов'язане з ним питання визначення потерпілого в складі злочину, передбаченого ст. 155 КК України "Статеві злочини з особою, яка не досягла статевої зрілості". Існує два підходи до вирішення цієї проблеми. В.О. Навроцький вважає, що статеві зносини з особою, яка не досягла 14 років визнаються зґвалтуванням, навіть за наявності видимості добровільності, згоди малолітньої особи, і відповідно добровільні статеві зносини, можуть кваліфікуватися за ст. 155 КК України, лише тоді, коли вони мають місце з особою, яка старша 14 років, але не досягла статевої зрілості. С. Косенко також стверджує, що малолітні віком до 14 років статевою волею не володіють, а тому закон захищає їхню статеву недоторканість. Цю позицію критикують Л.П. Брич, С.Д. Шапченко, Є. Пономаренко. Зокрема Л.П. Брич вважає, що до з'ясування факту безпорадного стану потерпілої особи потрібно підходити, зважаючи на зміст поняття безпорадного стану, сам по собі вік не може свідчити про наявність такого стану у потерпілої.

Критикуються науковцями окремі кваліфікуючі ознаки зґвалтування. Мова йде, в першу чергу, про ч. 3 ст. 152 КК України, а саме про таку ознаку як "вчинене групою осіб". По-перше, залишається невирішеним питання кваліфікації зґвалтування, вчиненого групою осіб за попередньою змовою. У чинному КК положення ч. 1 і ч. 2 ст. 28 сформульовані таким чином, що в окремих випадках є взаємовиключними. Склалася ситуація, що зґвалтування, вчинене двома особами, з яких лише один був виконавцем, містить простий, а не кваліфікований склад злочину з огляду на зміст ч.3 ст. 152 та ст. 28 КК України. По-друге, науковці вважають, що необхідно визнати дії ґвалтівника, який вчинив статевий акт у групі з неосудними або з такими, що не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, як зґвалтування вчинене групою осіб.

До прийняття КК України 2001 року вчені-криміналісти звертали увагу на наявність прогалин у кримінально-правовій охороні статевої свободи та статевої недоторканості особи. Так, ст. 118, 122 КК України 1960 року були сформульовані таким чином, що злочинними не визнавалися наступні дії: насильницькі відносини між чоловіками (per os) – через рот; насильницькі лесбійські відносини між жінками; вчинення за взаємною згодою дорослою людиною анального чи орального сексу з

дівчинкою-підлітком, а також орального сексу з хлопчиком. Нове формулювання ст.ст. 153, 155 вичерпно вирішує це питання. Проте окремі криміналісти вважають, що необхідно уточнити деякі поняття, а саме "задоволення статевої пристрасті" та "неприродний спосіб", замінивши їх на "статеве проникнення", а також пропонують, наслідуючи європейський досвід, визначити на рівні законодавства, які статеві збочення є злочинними, а які ні.

Особлива увага в науці кримінального права України звертається на питання кримінальної відповідальності за статеві злочини проти неповнолітніх. Зокрема, пропонується посилити кримінально-правову охорону неповнолітніх від статевих посягань з боку батьків, осіб, що їх замінюють, чи тих, які безпосередньо займаються вихованням дітей, так як це зроблено в більшості європейських країн.

Аналізуючи розвиток вчення про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи за період з 1991 року можна зробити наступні висновки: хоча дискусійним питанням кримінальної відповідальності за статеві злочини присвячено декілька публікацій, ґрунтовно цей кримінально-правовий інститут в науці кримінального права України за останні 14 років не досліджувався; окремі публікації з вказаної проблематики перенавантаженні натуралістичними описами, за якими губиться їх кримінально-правовий зміст; найбільше уваги вчені приділяють аналізу ознак складу зґвалтування, висловлюючи при цьому різні, нерідко діаметрально протилежні, судження щодо змісту окремих ознак складу злочину та доцільності їх запровадження; зроблено перші спроби проаналізувати новели кримінально-правового регулювання в сфері статевих відносин, введені в дію в процесі останньої кодифікації кримінального законодавства; одним з основних аргументів на користь тих чи інших змін до розділу IV Особливої частини КК України є посилання на досвід європейських країн; наукознавчі дослідження вказаного інституту варто продовжувати, так як це необхідна умова подальшого розвитку і вдосконалення кримінальної відповідальності за злочини проти статевої недоторканості та статевої свободи особи.

МЕРА НАКАЗАНИЯ С УЧЕТОМ ПОВЕДЕНИЯ ПОТЕРПЕВШЕГО, ПРИЧИН И УСЛОВИЙ СОВЕРШЕНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЯ

Шидловский А.

Белорусский государственный университет

С позиции определения справедливой меры наказания виновному значительный интерес представляют оценка судом поведения потерпевшего, причин и условий, способствовавших совершению преступления.

Вопрос о влиянии поведения потерпевшего на совершение преступления в теории уголовного права обсуждали многие отечественные криминалисты: Н.А. Барановский, В.А. Кашевский, Н.К. Горя, П.С. Дагель, Ю.И. Евстратов, А.А. Кадыров, К.А. Камхадзе, А.Н. Красиков, Н.Ф. Кузнецова, В.С. Минская, А.Л. Репецкая, Э.А. Саркисова, Б.В. Сидоров, В.Л. Чубарев и др. Все суждения авторов сводятся, главным образом, к рассмотрению "вины потерпевшего", то есть противоправного или аморального поведения с его стороны, которое оказывает влияние на степень вины субъекта преступления. Поэтому авторы единодушны во мнении, что этот фактор нужно учитывать при назначении наказания.

Действующий УК Беларуси в п. 8 ч. 1 ст. 63 закрепил в качестве смягчающего ответственность обстоятельства "совершение преступления под влиянием противоправных или аморальных действий потерпевшего". Однако этим не исчерпывается решение проблемы. Криминалисты не станут отрицать того, что жертвами преступления часто являются люди, поступки которых не относятся к безнравственным или противоправным. Мы согласны с рассуждениями А.И. Долговой о том, что "… важно выяснять характер взаимоотношений преступника и потерпевшего …, не ограничиваясь только ситуацией совершения преступления" (Криминология: Учеб. для юрид. вузов / Под общ. ред. А.И. Долговой.– М.: НОРМА: ИНФРА–М, 1999.– С. 66–67). Осведомленность потерпевшего об особенностях психики лица, впоследствии ставшим преступником, позволяет судить о степени провоцирующего поведения жертвы. Поэтому поведение потерпевшего в рамках уголовно-правового анализа необходимо рассматривать более широко.

Некоторые исследования показывают, что виктимное поведение наблюдается намного чаще, чем неправомерное: соответственно 30,6 % и 8,8 % (Горя Н.К. Назначение наказания по делам о насильственных преступлениях.– Кишинев: Штиинца, 1991.– С. 67). По данным В.А. Кашевского, негативное поведение потерпевших констатируется в 70 % случаев убийств, 62 % умышленных тяжких телесных повреждений, в 74 % мошенничества (Ахраменка Н. Ф., Кашевский В. А. Криминология. Общая часть: Учеб. пособие.– Минск: ЗАО "ВЕДЫ", 1998.– С. 75). Б.В. Сидоров выявляет следующие результаты: 31,1 % жертв тяжких посягательств на личность не поддерживали никаких отношений с преступником; 47,4 % - находились с ним в хороших или нейтральных отношениях; 21,5 % - поддерживали с ним неприязненные или враждебные отношения (Сидоров Б.В. Поведение потерпевших от преступления и уголовная ответственность: Автореф. дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.08 / Казан. гос. ун-т.– М., 1998.– С. 31). Отсюда видим, что встречается много случайных жертв преступлений и есть те, поведение которых можно охарактеризовать либо как положительное, либо как нейтральное. Посягательства в отношении жертв последней группы могут повышать опасность виновного лица в зависимости от осознания им значимости (пользы) деятельности потерпевшего для общества (например, виновный причиняет менее тяжкие телесные повреждения лицу, которое пыталось задержать его с похищенным имуществом). Думается, что в таких случаях оценка поведения потерпевшего при индивидуализации наказания дает более полное представление об опасности личности виновного. При противоправном или аморальном поведении потерпевшего следует учитывать степень его влияния на совершение преступления и на этой основе мотивировать степень смягчения наказания.

Все сказанное убеждает нас в целесообразности выделения в ст. 62 УК такого критерия назначения наказания, как поведение потерпевшего. Учет поведения потерпевшего при назначении наказания позволит оценивать различные ситуации: положительное, нейтральное, виктимное поведение жертвы, степень его противоправного или аморального поведения (грубое, провоцирующее) и т.п. С учетом данного фактора мера наказания будет более справедливой. Для

© Шидловский А., 2006

законодательного опыта зарубежных государств подобное положение не является новым. Например, в § 2 ст. 53 УК Польши в ряду критериев назначения наказания прямо указывается на учет поведения потерпевшего (Уголовный кодекс Республики Польша: Закон от 6 июня 1997 г. / Пер. с пол. Д.А.Барилович и др.; Под общ. ред. Н.Ф.Кузнецовой.– Минск: Тесей, 1998.– 128 с.).

В юридической литературе нередко высказываются мнения о необходимости назначения наказания с учетом причин и условий совершения преступления (А.А. Тер-Акопов, К.Н. Флоря), о влиянии на меру наказания данных о случайности преступного поведения (М. Чернов). Причины и условия, способствующие совершению преступления, рассматриваются преимущественно через призму социальных детерминант.

Современные криминологические исследования насильственной преступности говорят о том, что "именно правонарушитель несет в себе личностные причины преступного поведения …" и что "… внешние факторы – суть условия, которые могут препятствовать или способствовать такому поведению" (Антонян Ю.М., Ткаченко А.А., Шостакович Б.В. Криминальная сексология / Под ред. Ю.М.Антоняна.– М.: Спарк, 1999.– С. 188). Мы не будем углубляться в сложную проблему соотношения социальных и биологических детерминант в механизме преступного поведения. Обратим внимание лишь на то, что многие из социальных и биологических факторов, обусловливающих совершение преступления, учитываются в процессе назначения наказания при оценке личности виновного, обстоятельств, смягчающих и отягчающих ответственность (например, совершение преступления вследствие стечения тяжелых личных, семейных или иных обстоятельств). Понятно, что в законе их невозможно перечислить. А.А. Тер-Акопов предлагает включить причины и условия, способствующие совершению преступления, в общие начала назначения наказания (Тер-Акопов А.А. Основания дифференциации ответственности за деяния, предусмотренные уголовным законом // Сов. государство и право.– 1991.– № 10.– С. 78). К сожалению, автором не решается вопрос о степени влияния детерминант преступления на меру наказания. Нам представляется, что суд должен подходить к избранию меры наказания с позиции достижимости целей уголовной ответственности. Цель исправления, например, осуществляется таким воздействием на психику виновного, которое способствует выработке у него новых социально полезных качеств, что устраняет в его сознании почву, через которую проходят внешние негативные факторы, вызывающие желание совершить преступление. Искоренением непосредственной причины совершения преступления – антиобщественного сознания – достигается цель исправления преступника и, следовательно, цель частного предупреждения.

В этой связи следовало бы закрепить в статье об основных началах назначения наказания положение о том, что суд должен принимать во внимание степень его воздействия на устранение причин и условий, послуживших совершению преступления. Предлагаем часть первую статьи 62 УК Республики Беларусь дополнить указанием на необходимость учета *поведения потерпевшего* и предложением в следующей редакции: "*Назначая наказание, суд принимает во внимание степень его воздействия на устранение причин и условий, послуживших совершению преступления*".

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ОБ'ЄКТА ЗЛОЧИНІВ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА ПРАВА ПАЦІЄНТА

Ясеницький В.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Родовий об'єкт злочинів виступає тим критерієм, який дозволяє згрупувати в окремий розділ статті, що передбачають кримінальну відповідальність за вчинення посягань на певну групу однорідних суспільних відносин. Проте, як слушно зауважив В.Н. Кудрявцев у своїй праці "Общая теория квалификации преступлений", групуючи злочини у глави, кримінальний кодекс враховує лише *основну* спрямованість конкретного злочину, найбільш важливу частину суспільних відносин, на які він посягає, виділяє *головний* об'єкт. Разом з тим, у чинному Кримінальному кодексі України, законодавець не завжди групував статті у розділах відповідно до родового об'єкта чи до "головного об'єкта", якщо користуватися термінологією В.Н. Кудрявцева.

Злочини, відповідальність за вчинення яких встановлена у статтях, які входять у розділ II Особливої частини Кримінального кодексу України, розміщені у ньому за критерієм родового об'єкта, яким виступає життя і здоров'я особи. Водночас цей розділ містить статті, в яких встановлено кримінальну відповідальність за злочинні посягання на такі суспільні відносини, які з життям чи здоров'ям особи не пов'язані. Враховуючи зазначений фактор і значний об'єм розділу (31 стаття), необхідно обґрунтувати віднесення тієї чи іншої статті кодексу до розділу II, а також провести класифікацію за видовим об'єктом.

Найбільш поширеною позицією про об'єкт злочину в науці кримінального права є та, яка визнає об'єктом злочину суспільні відносини. Власне на цій концепції і буде побудоване дослідження об'єктів злочинів, що посягають на права пацієнта. В цьому контексті акцент буде зроблено на групі злочинів, що посягають на права пацієнта (хворого).

В науці кримінального права, в період дії КК 1960 р., простежувалося два основні підходи до встановлення об'єкта злочинів, що розглядаються. При цьому увага акцентувалася лише на безпосередньому об'єкті. Родовий об'єкт не розглядався в першу чергу через розосередженість відповідних статей по різних главах Особливої частини Кримінального кодексу 1960 р. Так, наприклад, В.А.Глушков у монографії "Ответственность за преступления в области здравоохранения" взагалі заперечував роль об'єкта, як критерію об'єднання в єдину групу злочинів в сфері охорони здоров'я за критерієм об'єкта, в зв'язку з тим, що "медична діяльність є складною, багатогранною і зачіпає різноманітні сфери суспільних відносин не лише у сфері охорони здоров'я, а також через те, що ці злочини мають різні родові і безпосередні об'єкти". Цей автор будував систему злочинів у сфері охорони здоров'я за критерієм суб'єкта і окремо розкривав зміст лише безпосередніх об'єктів злочинів.

Ф.Ю.Бердичевський", аналізуючи безпосередній об'єкт злочинів, що вчиняються медичними працівниками, у книзі "Уголовная ответственность медицинского персонала за нарушение профессиональных обязаностей запропонував підхід, згідно якого об'єктом цих злочинів є "життя і здоров'я особи та порядок здійснення професійних функцій".

В сучасній науці кримінального права досліджень, присвячених саме об'єкту злочинів, що посягають на права пацієнта проведено не було. Одна з новітніх інтерпретацій об'єкта злочинів, що аналізуються, в контексті злочинів проти життя і здоров'я особи, була запропонована Є.В.Фесенком. Так за видовим об'єктом злочини, передбачені Розділом II КК України, він поділяє на злочини проти тілесної недоторканності особи та злочини проти особистої безпеки. В свою чергу злочини проти особистої безпеки цим вченим запропоновано поділяти на загальні види злочинів проти особистої безпеки та злочини проти особистої безпеки, пов'язані з порушенням встановленого порядку здійснення певної діяльності та виконання відповідних обов'язків.

Перш ніж переходити до аналізу об'єктів злочинів, що посягають на права пацієнта, потрібно зупинитись на питанні термінології. В цьому дослідженні термін "пацієнт" вживатиметься у широкому значенні і охоплюватиме також поняття "хворий". Це зумовлюється тим, що в ряді випадків, особи, які потребують медичної допомоги (хворі) не набувають статусу пацієнта. Наприклад, об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 139 КК України "Ненадання допомоги

© Ясеницький В., 2006

хворому медичним працівником" полягає у ненаданні медичної допомоги потерпілому медичним працівником, який зобов'язаний її надати. При цьому ознакою суб'єкта цього злочину є те, що медичний працівник не перебуває при безпосередньому виконанні своїх медичних обов'язків, а відповідно хворий, який потребує медичної допомоги ще не набув статусу пацієнта. Варто також зазначити, що законодавчо поняття "пацієнт" не встановлено, воно міститься лише у проекті Закону України "Про права пацієнтів в Україні". Так в ст. 1 проекту під пацієнтом розуміється "будь-яка особа, що звернулася за медичною допомогою або скористалася нею, незалежно від того, в якому вона стані, хвора, здорова чи як особа, що погодилася на медико-біологічні дослідження". Недолік цього формулювання полягає в тому, що особа, яка потребує медичної допомоги, але не звернулася за нею і не скористалася такою допомогою (наприклад, знаходиться в непритомному стані), згідно цього тлумачення пацієнтом не визнається. В контексті цього дослідження з метою уникнення вживання різних термінів, для позначення потерпілого від відповідних злочинів, у широкому значенні під терміном "пацієнт" буде розумітися також і хворий.

Ключовим питанням проблеми, що досліджується, є встановлення родового об'єкта злочинів, що посягають на права пацієнта. Свого часу, Є.К. Каїржанов у монографії "Интересы трудящихся и уголовный закон" вказував на можливість здійснити поділ злочинів проти особи не лише на злочини проти життя, здоров'я, честі і гідності громадян, але й проти інтересів молоді, неповнолітніх, жінок, хворих, безпомічних та ін. Не вдаючись у детальну характеристику цієї пропозиції, варто однак відзначити її правильність стосовно виокремлення групи злочинів, які посягають на права хворих (користуючись термінологією Є.К.Каїржанова). Проте, про таке групування, доцільно вести мову лише в межах існуючих розділів КК України. Так у розділі ІІ КК України, поміщено статті, в яких передбачено кримінальну відповідальність за злочини, що посягають на життя та здоров'я особи, в тому числі на життя і здоров'я пацієнта. Суспільні відносини, що складаються з приводу захисту фізичних прав пацієнтів, відрізняються від аналогічних відносин по захисту життя та здоров'я кожного лише за складом учасників (пацієнт – медичний працівник) та змістом (обов'язок медичного працівника забезпечити життя та здоров'я пацієнта). Предмет в цих відносин один – благо – життя і здоров'я. З іншого боку, особливості учасників та змісту цих правовідносин вимагають окремої кримінально-правової регламентації кримінальної відповідальності за посягання на права пацієнта, адже в окремих випадках медичні працівники (інший учасник суспільних відносин), які заподіяли шкоду життю чи здоров'ю пацієнта в ході виконання ними професійних обов'язків, повинні підлягати більш м'якій кримінальній відповідальності порівняно з загальними суб'єктами злочинів проти життя та здоров'я особи, адже, як слушно зазначає Ф.Ю. Бердичевський:

По-перше, застосування для боротьби з маловивченими захворюваннями існуючих засобів і методів лікування майже завжди виявляється безрезультатним. Інакше кажучи, не входячи у суперечність із виробленими наукою положеннями, ці дії виявляються об'єктивно недієвими.

По-друге, навіть лікування добре вивчених захворювань може інколи не дати очікуваних результатів, тобто також може виявитись об'єктивно неправильним.

Спираючись на наведене вище, можна зробити висновок, що злочини, які посягають на права пацієнтів, необхідно групувати не за родовим, а за видовим об'єктом, тобто всередині виділеної законодавцем групи злочинів проти життя та здоров'я особи. Такими видовими об'єктами є суспільні відносини, що складаються з приводу захисту фізичних прав пацієнта та суспільні відносини, що складаються з приводу захисту особистих прав пацієнта.

Аналіз об'єктів злочинів, що посягають на права пацієнта дозволяє виокремити в межах розділу ІІ КК України за видовим об'єктом групу статей, в яких встановлено відповідальність за посягання на фізичні права пацієнта: статей 134 "Незаконне проведення аборту", 138 "Незаконна лікувальна діяльність", 139 "Ненадання допомоги хворому медичним працівником", 140 "Неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником", 141 "Порушення прав пацієнта".

Кожен з вищеперелічених злочинів посягає саме на фізичні права пацієнта, а точніше на суспільні відносини, що складаються з приводу надання належної медичної (фармацевтичної) допомоги, як умови забезпечення охорони життя і здоров'я пацієнтів (хворих) медичними або фармацевтичними працівниками. Такий висновок, щодо видового об'єкта злочину, будується на загальновизнаних у науці кримінального права постулатах про суспільні відносини, як об'єкт будь-якого злочину та структуру суспільних відносин, визнану загальною теорією права. Так, до структури суспільних відносин, як об'єктів злочинів, що розглядаються, входять:

1. Учасники суспільних відносин: пацієнт з одного боку та медичний або фармацевтичний працівник з іншого.

2. предмет відносин – благо - життя або здоров'я пацієнта, адже саме на збереження здоров'я і життя особи спрямовані існуючі суспільні відносини.
3. соціальний зв'язок (зміст відносин) – обов'язок медичного або фармацевтичного працівника забезпечувати життя та здоров'я пацієнта. Цей обов'язок випливає із ст. 78 Основ законодавства України про охорону здоров'я. Таким чином, медичний (фармацевтичний) працівник перебуває в законодавчо встановленому взаємозв'язку із пацієнтом (хворим).

Проте, обмеження кримінально-правової охорони прав пацієнта лише фізичними правами було б невиправдано, через те, що цей учасник суспільних відносин наділений і іншими правами, які вимагають юридичної захищеності.

Тому аналіз Особливої частини КК України дозволяє виділити такий видовий об'єкт злочинів, що посягають на права пацієнта, як суспільні відносини, що складаються з приводу забезпечення особистих прав пацієнта медичними або фармацевтичними працівниками, службовими особами або допоміжними працівниками лікувальних закладів.

За цим об'єктом в одну групу можна об'єднати злочини передбачені статтями: 132 "Розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби" , 145 "Незаконне розголошення лікарської таємниці", ч. 1 ст. 184 КК України "Порушення права на безоплатну медичну допомогу".

Одразу ж необхідно зауважити, що розташування окремих статей, в яких встановлена відповідальність за злочини, що аналізуються, в розділі "Злочини проти життя та здоров'я особи" є необґрунтованим. Це зокрема стосується 132 КК України та 145 КК України. Висновок цей будується на характеристиці як безпосереднього об'єкта розглядуваних злочинів, так і родового об'єкта злочинів, відповідальність за вчинення яких передбачена розділом ІІ Особливої частини КК України. У науково-практичному коментарі до Кримінального кодексу України за редакцією М.І. Мельника та М.І. Хавронюка вказано, що об'єктом злочину, передбаченого ст 132 КК України, є встановлений порядок надання інформації про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, права і свободи громадянина. Очевидно, що йшлося саме про безпосередній об'єкт цього злочину. Проте, злочин, що розглядається, ні на здоров'я, ні на життя особи не посягає. По-перше склад злочину є формальним, тобто відповідальність настає вже за сам факт розголошення відомостей зазначених в ст. 132 КК України. По-друге, навіть сам факт такого розголошення не у всіх випадках буде тягнути шкоду для здоров'я особи (йдеться як про психічне так і про фізичне здоров'я). З огляду на вищесказане місце статті 132 КК України не у розділі ІІ "Злочини проти життя та здоров'я особи", а у розділі V "Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина" поруч із ст. 182 КК України "Порушення недоторканності приватного життя".

Злочин, передбачений ст. 145 КК України, більшою мірою посягає на особисті права пацієнта, а саме на право утримувати в таємниці інформацію, що стосується його здоров'я, яке є лікарською таємницею. Здоров'я особи може виступати лише факультативним об'єктом даного злочину, відповідно, розташування ст. 145 у розділі ІІ КК України є необґрунтованим.

Кримінальним кодексом України, також, встановлено відповідальність за злочини, шкода від вчинення яких, як правило, тісний взаємозв'язок із медичною чи фармацевтичною діяльністю, а відповідно потерпілими від цих злочинів, як правило, виступають пацієнти. Відповідно ці злочини не можуть бути включені в жодну з розглянутих вище груп, через невідповідність критерію видового об'єкта.

Так, факультативним об'єктом злочинів передбачених статтями 131 "Неналежне виконання професійних обов'язків, що спричинило зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби", 142 "Незаконне проведення дослідів над людиною", 143 "Порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини", 144 "Насильницьке донорство" КК України виступають суспільні відносини, що складаються з приводу недопущення заподіяння шкоди життю і здоров'ю пацієнтів (хворих) медичними або фармацевтичними працівниками, при виконанні професійних обов'язків.

Проведене дослідження дозволяє зробити наступні висновки:

1. Злочини, що посягають на права пацієнта неможливо згрупувати за родовим об'єктом.
2. Критерієм групування цих злочинів є видові об'єкти.
3. Низка статей КК України також встановлює відповідальність за злочини, вчинення яких, в окремих випадках заподіює шкоду правам пацієнта. Проте ці злочини за критерієм видового об'єкта, згруповані бути не можуть.

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА КРИМІНАЛІСТИКИ

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПОСТАНОВЛЕННЯ ВИПРАВДУВАЛЬНОГО ВИРОКУ

Ахтирська Н.

Академія суддів України

„Якщо судді переконані в винуватості підсудного та їхнє переконання ґрунтується на обставинах справи, вони повинні осудити підсудного та застосувати покарання у відповідності з тяжкістю злочину та виною злочинця. Якщо ж судді не переконані у винуватості підсудного, якщо у них залишаються сумніви в цьому, судді взагалі не можуть постановити обвинувальний вирок, а повинні продовжити дослідження справи, в випадках необхідності направити справу на дослідування, а якщо дослідування за обставинами справи неможливе, за відомо не може дати результати, винести виправдувальний вирок. Відсутність у суддів твердого переконання у винуватості підсудного може служити підставою для виправдання підсудного або для повернення справи на дослідування, але не для пом'якшення покарання, тому що якщо залишається сумнів щодо винуватості підсудного, до нього не тільки не може бути застосовано покарання, хоча й пом'якшене, але й неприпустимим та незаконним є визнання його винуватим у вчиненні злочину.

В літературі висловлювалася думка про те, що „у адвокатів, в зв'язку з одностороннім характером їх діяльності, може з'явитися протилежна обвинувальному ухилу якість – виправдувальний ухил, коли в будь-якому обвинуваченому починають бачити безвинно постраждалого, й захист обвинуваченого перетворюється на виправдування злочину. З цим не можна погодитися. Судочинству загрожує не виправдувальний ухил адвоката, а його пасивність, небажання або невміння знайти все те, що свідчить на користь підзахисного.

Проблема виправдувальних вироків тісно пов'язана з правом на захист та презумпцією невинуватості.

Яким же є співвідношення виправдувальних та обвинувальних вироків?

В першому півріччі 1918 року в Москві з кожних 100 обвинувачених в середньому засуджувалися 61, виправдувалися 32 та звільнялися від покарання 7. Свідчення про судимість в 24 губерніях за 1919 та 1920 роки свідчить про засудження 60,8% та виправдуванні 39,2% обвинувачених. В першому півріччі 1968 р. суди винесли приблизно 0,4% виправдувальних вироків та рішень про закриття справ за реабілітуючими обставинами. В 1988 році було винесено 0,3% виправдувальних вироків.

Майже повне зникнення виправдувальних вироків пояснюється, напевне, не лише покращенням якості досудового слідства та отриманням суддями якісної юридичної освіти, але й іншими причинами. Бентежить, зокрема, повернення судами справ на додаткове розслідування замість винесення виправдувальних вироків.

Висновки слідчого, прокурора, викладені в обвинувальному висновку, є лише версією для суду. Чи знайдена істина на стадії досудового слідства вирішує суд. В судовому слідстві на підставі постановлення виправдувального вироку не можна розглядати як надзвичайну ситуацію. Виправдувальний вирок є законною та закономірною функцією судочинства. Доки існує суд повинні виноситися як обвинувальні, так і виправдувальні вироки.

На Пленумі Верховного Суду СРСР відмічалося, що кількість виправдувальних вироків по країні мізерна. Вона в 78 разів менша кількості ухвал про повернення справ на додаткове розслідування. При цьому кожна шоста повернута справа потім закривається провадженням.

Іноді справа повертається на додаткове розслідування із-за того, що виправдувальний вирок може бути відмінений. Вважається, що це більше погіршує показники роботи суду, ніж відміна ухвали про направлення справи на додаткове розслідування.

До факторів, від яких залежить кількість виправдувальних вироків, відноситься якість досудового слідства та рівень вимогливості суду. На необхідність підвищення якості розслідування та викорінення порушень законів під час його проведення указувалося неодноразово. Що стосується вимогливості судів до органів досудового слідства, то залишається актуальною критика положення,

© Ахтирська Н., 2006

при якому суди обмежуються „подекуди механічним перенесенням в вирок формулювань, викладених в тексті обвинувального висновку".

У пункті 45 Нормативної Постанови Пленуму Верховного Суду Республіки Казахстан „ Про судовий вирок" від 15 серпня 2002 року №19 відмічається, що судам варто мати на увазі, що частиною 2 статті 376 КПК встановлений вичерпний перелік підстав для постановлення виправдувального вироку, яким суд визнає та проголошує невинуватість підсудного у вчиненні злочину по обвинуваченню, в якому він був підданий суду або по обвинуваченню, зміненому стороною обвинувачення під час попереднього слухання справи або в головному судовому розгляді.

Виправдувальний вирок за відсутністю події злочину постановляється в тих випадках, коли пред'явлене у вчиненні злочину діяння не вчинялося підсудним або, коли вказані наслідки наступили внаслідок дій осіб, яким спричинена шкода, або незалежно від будь-чиєї вини, наприклад, внаслідок дії сил природи.

Виправдувальний вирок за відсутністю в діях складу злочину постановляється, якщо: діяння хоча і вчинене підсудним, але кримінальним законом не визнається злочином; вчинене ним лише формально містить ознаки будь-якого злочину, але в силу малозначимості не представляє суспільної небезпеки; відсутні передбачені законом умови для визнання наявного складу злочину (неоднократність діяння, ненастання визначених в законі наслідків тощо); діяння вчинене в стані необхідної оборони або крайньої необхідності; особа добровільно відмовилась від вчинення злочину тощо. Якщо факт суспільної небезпеки діяння та його наслідків встановлений, але представленими та дослідженими в судовому засіданні доказами виключається або не підтверджується вчинення його підсудним, суд виносить виправдувальний вирок за недоведеністю вчинення ним злочину.

При постановленні виправдувального вироку суди України керуються постановою Пленуму Верховного Суду України „Про виконання судами України законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України з питань судового розгляду кримінальних справ і постановлення вироку" від 29 червня 1990 року №5 (зі змінами, внесеними постановами від 4 червня 1993 р. №3 та від 3 грудня 1997 р. №12). Але на практиці зустрічаються прикрі помилки. Так, ухвалою Апеляційного суду Дніпропетровської області 6 травня 2004 року був скасований виправдувальний вирок Долгінцевського районного суду м. Кривого Рогу від 2 лютого 2004 року, за яким Цимбал А.С., 11.08.1988 року народження виправданий у вчиненні злочину, передбаченого ст. 121 ч. 1 КК України.

Злочин було вчинено за таких обставин. 2 серпня 2003 року 15-річний Цимбал у дворі дому торгував кукурудзою з тенісного столу. В цей час 5-річний Семерюк , заліз на стіл та почав по ньому бігати. На зауваження Цимбала злізти зі столу не реагував, намагаючись схватити кукурудзу. Розсердившись Цимбал штовхнув Семерюка рукою в туловище, від чого той впав зі столу на землю та вдарившись головою, отримав тяжкі тілесні ушкодження у вигляді черепно-мозкової травми, здавлення головного мозку, гострої масивної правосторонньої епідуральної гематоми, з дислокаційним синдромом в стадії декомпенсації, лінійного перелому правої височної та тімяної кісток. Суд першої інстанції дійшов висновку, що дії підсудного кваліфіковані неправильно, оскільки в них вбачається необережність, тобто вчинення злочину, передбаченого ст. 128 КК України, необережне тяжке тілесне ушкодження. Оскільки на момент вчинення злочину підсудному виповнилося лише 15 років, то він не є суб'єктом злочину передбаченого ст. 128 КК України, та підлягає виправдуванню.

Виправдувальний вирок було скасовано на підставі того, що як видно з протоколу судового засідання, в судових дебатах захисник виправданого вважав, що в справі існує необхідність в наданні нових доказів та направленні в зв'язку з цим на додаткове розслідування. Суд першої інстанції судове слідство не поновив, думку учасників процесу про необхідність направлення справи на додаткове розслідування не вислухав, письмову ухвалу з цього питання в нарадчій кімнаті не виніс, чим порушив вимоги статей 318, 281 КПК України, що регулюють порядок розгляду справи, тобто допустив суттєве порушення закону, яке тягне скасування вироку на підставі ст. 370 ч. 1 КПК України, оскільки це перешкоджало суду повно та всебічно розглянути справу та постановити законний, справедливий вирок. Неповнота, односторонність судового слідства, яка тягне скасування на підставі ст. 374 КПК вироку, спостерігається в тому, що судом не були враховані висновки судово-медичної експертизи потерпілого, у якого окрім черепно-мозкової травми, в умисному спричиненні яких Цимбал виправданий, виявлені інші тілесні ушкодження – голови, кінцівок, причини виникнення яких не досліджувалися та по відношенню яких рішення не було прийняте. Суд першої інстанції не вжив заходів щодо перевірки показань виправданого шляхом проведення огляду місця події, відтворення обстановки й обставин події.

ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС ПРОКУРОРА В АПЕЛЯЦІЙНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Бобечко Н.

Львівський національний університет ім. І. Франка

1. Винесенню правосудного судового рішення передує складна за своїм характером робота державних органів та посадових осіб, які ведуть кримінальний процес, успішність якої значною мірою залежить від дотримання ними усіх вимог закону (як матеріального, так і процесуального). Особливе значення у зв'язку з цим має діяльність прокурора.
2. Апеляційне подання згідно з п.8 ст. 348 КПК України вправі вносити прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції, а також прокурор, який затвердив обвинувальний висновок.

Вищестоящі прокурори – Генеральний прокурор України, його заступники, прокурори обласного і прирівняного до них рівня, якщо вони не брали участі в розгляді справи і не затверджували обвинувальний висновок, не наділені правом подання апеляції (по-іншому врегульоване дане питання у ст. 37 Закону України "Про прокуратуру"). Таким чином, КПК України після "малої" судової реформи більш послідовно забезпечує рівність процесуальних прав сторін в апеляційному провадженні.

Щодо прокурора, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції як суб'єкта права на апеляційне оскарження, питань не виникає. Адже він відповідно до п.9 ст. 32 КПК України – обвинувач, причому державний, якому не вдалося (або частково вдалося) переконати суд у правильності своєї обвинувальної позиції. Звідси й функція цього прокурора в апеляційному провадженні, як і в суді першої інстанції – підтримання державного обвинувачення.

Іноді вказані прокурори вносять апеляційне подання на користь засудженого. Однак це не дає підстави вважати, що при цьому даний прокурор виконує функцію захисту. Змагальність у кримінальному судочинстві, – як правильно зазначає Е.Ф. Куцова, – визначається не тією позицією, яку займе сторона в даному, конкретному випадку; змагальним процес є не лише тоді, коли позиції сторін фактично протилежні. Змагальність – категорія об'єктивна, правова, яка існує там, де юридично встановлений порядок відносин суду і сторін дає кожній з них достатні та рівні права на відстоювання своєї точки зору, і при цьому можливість використання цих прав реальна, гарантована. Тому та позиція, яку займе сторона в даній, конкретній справі, не може позбавити процес змагального характеру.

Інша ситуація з прокурором, який затвердив обвинувальний висновок. Включення його в коло суб'єктів права на апеляційне оскарження означає, на наш погляд, намагання законодавця виправити можливі помилки та прорахунки державного обвинувача в ході судового розгляду, що не відповідає концепції діючого КПК України після проведення "малої" судової реформи.

Більше того, в суді апеляційної інстанції, як правило, бере участь не прокурор, який затвердив обвинувальний висновок, і навіть не прокурор, який підтримував державне обвинувачення, а прокурор з вищестоящої прокуратури. Формально він не зв'язаний позицією державного обвинувача і вправі, наприклад, наполягати на пом'якшенні покарання, незважаючи на те, що в апеляційному поданні ставиться питання про посилення покарання. З цього випливає, що прокурор в апеляційному провадженні не стільки сторона, як орган нагляду за законністю. Такий висновок підтверджується й положенням ч.2 ст. 25 КПК України, відповідно до якого прокурор зобов'язаний в усіх стадіях кримінального судочинства своєчасно вживати передбачених законом заходів до усунень будь-яких порушень закону, від кого б вони не виходили. Тобто на прокурора продовжує покладатися обов'язок оспорювати кожне незаконне та необґрунтоване судове рішення. Проте це чисто наглядна функція, яка несумісна з процесуальним статусом прокурора як сторони в процесі.

Прокурор, як представник сторони обвинувачення *вправі* в межах своєї компетенції оскаржити будь-яке незаконне та необґрунтоване, *на його думку*, судове рішення. Відповідно до концептуальних ідей "малої" судової реформи прокурор не може бути дволиким Янусом, який одночасно здійснює кримінальне переслідування, підтримує державне обвинувачення, з одного боку, та наглядає за точним

© Бобечко Н., 2006

та неухильним дотриманням закону всіма суб'єктами кримінально-процесуальної діяльності – з іншого.

Конституція України, як справедливо відзначає Г.М. Омельяненко, покладає на прокуратуру функцію підтримання державного обвинувачення в суді. Виконання цієї функції виключає здійснення нею повноважень нагляду за виконанням законів у суді.

Разом з тим, прокурор вже не витребовує кримінальну справу із суду для вирішення питання про необхідність зміни чи скасування судового рішення, а ознайомлюється з матеріалами справи в суді першої інстанції нарівні з іншими учасниками процесу.

Крім того, якщо до проведення "малої" судової реформи прокурор приносив протест на судові рішення, а інші учасники процесу подавали скаргу, що прямо вказувало на їх нерівне становище в процесі, то тепер законодавець зробив крок в сторону зрівняння їх і в цьому напрямі, замінивши слово "протест" терміном "подання". Даний процесуальний документ немає жодної переваги перед скаргами інших суб'єктів на апеляційне оскарження.

Прокурор, який бере участь в суді другої інстанції, також вже не дає після пояснень учасників процесу від імені держави висновок щодо правосудності оскарженого рішення суду, а викладає з цього приводу свої міркування. Такий порядок надавав прокурору суттєву перевагу перед іншими учасниками процесу. До того ж, одна сторона в процесі не може давати висновок на скаргу іншої сторони. Це суперечить принципу змагальності.

Тому не зрозуміло, чому у В.Т. Маляренка виникають емоції щодо обмеження права на апеляційне оскарження прокурора, який затвердив обвинувальний висновок, обвинуваченням, що підтримував прокурор, який брав участь в суді першої інстанції (критично сприймають наведену норму також В.М. Беднарська та Г.М. Омельяненко). Подив, як видається, повинно викликати його повноваження внести апеляційне подання на судові рішення, винесені не лише на стадіях порушення кримінальної справи та досудового розслідування, але й на наступних стадіях кримінального процесу, в яких він участі не брав.

Ще більше здивування викликає висловлена в літературі (П.М. Каркач, О.Ю. Костюченко) пропозиція взагалі не визначати у п.8 ст. 348 КПК України меж повноважень прокурора на внесення апеляційного подання, обмежившись лише вказівкою на те, що апеляцію вправі подати прокурор.

Виходячи з побудови в Україні змагальної моделі кримінального судочинства окремі дослідники вважають за доцільне виключити з кола суб'єктів права на апеляційне оскарження прокурора, який затвердив обвинувальний висновок (В.О. Попелюшко). Відповідно право брати участь в розгляді справи апеляційним судом пропонується зберегти тільки за прокурором, який підтримував державне обвинувачення в суді першої інстанції.

Така позиція, на наш погляд, вимагає уточнення. Прокурор, який затвердив обвинувальний висновок, уповноважений здійснювати нагляд за органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудове слідство. Виключення його з числа суб'єктів на апеляційне оскарження взагалі, негативно позначиться на ефективності досудового розслідування і, відповідно, на якості майбутнього судового розгляду, не відповідатиме інтересам правосуддя та захисту прав особи у кримінальному судочинстві. Тому вказаний прокурор правом на внесення апеляційного подання повинен бути наділений. Однак виникає запитання: на яких саме стадіях кримінального процесу?

Видається, що прокурор, який затвердив обвинувальний висновок, повинен мати повноваження на внесення апеляційного подання на судові рішення, винесені лише на стадіях порушення кримінальної справи та досудового розслідування.

У зв'язку з цим може виникнути й інше запитання: який прокурор тоді вправі внести апеляційне подання на постанову (ухвалу) суду про повернення справи на додаткове розслідування, винесену на стадіях попереднього розгляду справи суддею або судового розгляду, за клопотанням прокурора, який брав на них участь? На наш погляд, таким правом доцільно наділити вищестоящого прокурора. Таким же правом повинен бути наділений вищестоящий прокурор і у разі винесення постанови (ухвали) про закриття кримінальної справи у зв'язку з відмовою прокурора від підтримання державного обвинувачення, на що слушно вказується в літературі (Т.О. Шинельова).

3. Згідно з ч.1 ст. 355 КПК України прокурор, який вніс апеляційне подання, до початку розгляду справи в апеляційному суді вправі доповнити, змінити або відкликати його, а також подати свої заперечення на апеляцію іншого учасника процесу. За чинним КПК України (на відміну від положення ч.1 ст. 40 Закону України "Про прокуратуру") вищестоящий прокурор правом доповнення, зміни чи відкликання апеляційного подання нижчестоящого прокурора

не наділений. У такий спосіб цілком виправдано виключена можливість дезавуювання позиції, яку займав нижчестоящий прокурор, виступаючи в суді першої інстанції та продовжує відстоювати в апеляційному провадженні.

4. Відповідно до ч.2 ст. 357 КПК України встановлюється обов'язкова участь прокурора під час попереднього розгляду справи апеляційним судом, в той час як інші учасники процесу лише можуть бути викликані в судове засідання, а їх неявка не перешкоджає розгляду справи. Дане положення закону не відповідає закладеному змагальному характеру апеляційного провадження. З огляду на важливість питань, що виносяться на попередній розгляд, та рішення, які можуть прийматися за його результатами, таке положення закону цілком справедливо розглядають як порушення принципу змагальності на даній стадії кримінального судочинства (А.М. Бірюкова, В.Т. Маляренко, В.О. Попелюшко). Тому необхідно внести зміни до редакції ч.2 ст. 357 КПК України, закріпивши правило про обов'язок судді апеляційного суду письмово повідомляти про дату, час та місце попереднього розгляду усіх учасників процесу, інтересів яких стосується оскаржене рішення, а також про питання, що виносяться на попередній розгляд.
5. Після доповіді справи, а якщо в судовому засіданні беруть участь засуджений, виправданий, особа, щодо якої справу закрито, їх законний представник, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач та їх представники – після пояснень цих учасників процесу та промови захисника та за умови, що хтось з них подав апеляцію, слово надається прокуророві. В усякому разі, прокурор виступає до моменту обговорення справи складом суду. Тобто такий виступ повинен передувати обговоренню, а не підводити його підсумки.

Як свідчить практика, в засіданні суду апеляційної інстанції, як правило, приймає участь заступник прокурора області чи інший прокурор рівня обласної прокуратури.

Виступ прокурора повинен базуватися на матеріалах кримінальної справи, оцінці доводів апеляційної скарги чи подання, доповнень та заперечень на них, нових (додаткових) матеріалах, поясненнях учасників процесу. Своїм виступом прокурор сприяє формуванню у суддів внутрішнього переконання щодо аргументованості чи не аргументованості апеляційної скарги або подання, доповнення чи заперечення на них, правосудності чи неправосудності оскарженого судового рішення. Свої погляди прокурор викладає в усній формі. Проте він вправі надати суду свої думки і в письмовому вигляді після того, як вони будуть повідомлені усно.

З приводу поданої апеляції прокурор може зайняти одну з трьох позицій: а) підтримати апеляцію та просити апеляційний суд про її задоволення; б) частково підтримати апеляцію та просити суд про її часткове задоволення; в) не підтримати апеляцію та просити суд відмовити у її задоволенні.

В теорії кримінального процесу та у правозастосовчій практиці до сих пір залишається дискусійним питання про те, чи вправі прокурор, який приймає участь в судовому засіданні, не підтримати апеляційне подання прокурора, який його вніс. Видається, що прокурор не може бути пов'язаний тими аргументами, які виклав у своєму поданні прокурор, який затвердив обвинувальний висновок чи підтримував державне обвинувачення в суді першої інстанції, та за результатами судового розгляду вправі зайняти іншу, ніж викладену у внесеному поданні позицію, яка може бути врахована апеляційним судом при прийнятті рішення. Адже приймаючи участь в розгляді справи в апеляційному порядку, прокурор є процесуально самостійним та незалежним від інших прокурорів, в тому числі й вищестоящого, керується своїм внутрішнім переконанням та враховує конкретні докази, відповідні норми кримінального, цивільного та кримінально-процесуального права.

Жодні вказівки вищестоящого прокурора не обов'язкові для нижчестоящого прокурора, який бере участь в апеляційному провадженні. Прокурор, що бере участь в апеляційному розгляді, самостійно вирішує всі питання, що виникають в його ході (що не виключає можливості будь-якої консультації), він процесуально незалежний. Як правильно зазначав з цього приводу І.Д. Пєрлов, – інтереси правосуддя набагато важливіші, ніж принципи побудови та організації діяльності прокуратури, які не можуть бути механічно перенесені у площину кримінального судочинства.

ПОДІЯ ЗЛОЧИНУ, ЯК ПІДСТАВА ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ПОЗОВОМ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Ващук Б.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Науковці, які займаються дослідженням предмета доказування щодо цивільного позову, а відтак, науково-теоретичним обґрунтуванням його складових частин, сходяться на думці про те, що необхідним елементом його матеріально-правової підстави слід вважати "злочинне діяння" (П.П. Гурєєв, А.Г. Мазалов, В.Я. Понарін та ін.), або ж "злочин" (О.Г. Фіногєнов). Як видається, вживання наведених термінів по відношенню до даних обставин навряд чи можна визнати вдалим, оскільки вони не відображають змісту явища, яке вкладається у поняття, що ними позначається. Тому у даному контексті точніше буде вести мову не про злочин, а про подію злочину.

Про наявність злочину у правовому розумінні, зокрема в сфері кримінального процесу, можна стверджувати лише після того, як відповідним рішенням суду, яке вступило у законну силу, в діяннях обвинуваченого (а точніше, підсудного) буде встановлено наявність всіх суб'єктивних і об'єктивних ознак складу відповідного, інкримінованого, йому злочину. До цього моменту немає жодних правових підстав визнавати вчинення обвинуваченим (підсудним) злочинного діяння. Провадження щодо цивільного позову відбувається паралельно з провадженням у кримінальній справі загалом. На цьому етапі ще немає жодних юридично значимих рішень, якими б у юридичному відношенні можна було ствердити, що обвинувачений (підсудний) вчинив злочинне діяння, тобто злочин. Оскільки при провадженні щодо цивільного позову разом з кримінальною справою відповідного рішення суду, яким би встановлювалася наявність вчинення обвинуваченим (підсудним) злочинного діяння ще не винесено, а тому й відповідно, не відомо мало воно взагалі місце чи ні, то навряд чи правильним буде вважати підставою цивільного позову це "злочинне діяння", діяльність по встановленню якого ще триває. Варто пам'ятати, що особа притягається до участі у справі як обвинувачений не за те, що вона "вчинила" злочин, а *лише* за наявність в її діях ознак складу злочину, передбаченого відповідною статтею Кримінального кодексу України. Злочинне діяння, яке деякі науковці вважають однією із складових частин матеріально-правової підстави цивільного позову, у правовому розумінні означає не що інше як те, що у діяннях відповідної особи вже є юридично доведений та встановлений відповідним обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили, склад злочину.

Виходячи з викладеного, складовою частиною матеріально-правової підстави цивільного позову у кримінальній справі варто вважати не "злочинне діяння", а "подію злочину", під якою слід розуміти наявність лише об'єктивних ознак складу відповідного злочину, яким заподіяно шкоду, про відшкодування (компенсацію) якої йдеться у цивільному позові.

У зв'язку з цим варто зауважити, що розуміння терміну "подія злочину," як однієї з обставин загального предмета доказування (ст. 64 КПК), у юридичній літературі все ж не отримало однозначного трактування. Проте більшість науковців у цьому питанні дотримуються, як видається, цілком правильної позиції авторів "Теорії доказів …", на думку яких термін "подія злочину", притаманний мові кримінально-процесуального закону, умовно використовується для позначення кола обставин, що характеризують в основному суттєві ознаки об'єктивної сторони і об'єкта злочину. У цій інтерпретації подія злочину охоплює далеко не всі кримінально-ревалентні обставини і її доказанність сама по собі не означає обґрунтованості твердження про наявність або відсутність складу злочину. При доказуванні обставин, позначених у КПК як подія злочину, завжди слід встановити діяння, наслідки і наявність причинного зв'язку між першим і другим. Відтак, інші ознаки складу злочину, такі як суб'єкт та суб'єктивна сторона, не охоплюються терміном "подія злочину."

З викладеною позицією погоджуються далеко не всі науковці, існують ще й інші погляди на розуміння змісту аналізованого поняття. Зокрема, Л. М. Карнєєва вважає, що відсутність події злочину одночасно означає відсутність складу злочину в діянні, яке викликало цю подію. Доказанність же наявності події злочину означає не що інше, як відповідність фактичних обставин, які утворюють цю подію, складу злочину. Виходячи із законодавства, а також напрацьованих теоретичних розробок у сфері теорії кримінального права та процесу, ця позиція автора викликає серйозні заперечення. Фактично, у наведеному твердженні ототожнюється подія злочину і склад злочину, що в значенні

© Ващук Б., 2006

кримінально-процесуального закону не одне і те ж. Не дивлячись на цю обставину, доволі подібного погляду дотримується і В. А. Банін, на думку якого законодавець в розумінні з'ясування події злочину має на увазі встановлення обставин, які складають всі елементи складу злочину, а не лише деяких з них. Наведені твердження навряд чи можна визнати правильними. Варто погодитися з позицією М.М. Михеєнко, який з даного приводу зауважує, що при вище наведеному розумінні терміну "подія злочину" стає зайвим дослідження винності обвинуваченого і шкоди, заподіяної злочином, які відповідно до діючого кримінально-процесуального законодавства є самостійними обставинами, що підлягають доказуванню у кримінальній справі. Більше того, якщо звернутися до статті кримінально-процесуального закону, яка визначає обставини, що виключають провадження у кримінальній справі (ст. 6 КПК), то можна побачити, що тут окремо чітко сформульовані такі підстави як "відсутність події злочину" (п. 1 ч. 1 ст. 6 КПК) і "відсутність в діянні складу злочину" (п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК). Отож, можна ствердити, що поняття "подія злочину" та "склад злочину" не є рівнозначними та однаковими за змістовним навантаженням. Їх слід чітко розмежовувати.

Подія злочину відсутня, якщо не було самого факту (події) злочину, про який повідомили до правоохоронних органів як про суспільно небезпечне діяння, передбачене КК України. Це, *наприклад*, може бути повідомлення про крадіжку у зв'язку із зникненням коштовностей з квартири, які потім були знайдені там же. Або коли подія є наслідком нещасного випадку, самогубства та ін.

У діях конкретної особи відсутній склад злочину, коли встановлено, що діяння, у якому є ознаки злочину, дійсно вчинене, але не даною особою, а іншою, бо ж воно не передбачене чи не розцінюється КК України як злочин.

Зокрема, останнє стосується необхідної оборони (ст. 36 КК); уявної оборони (ст. 37 КК); затримання особи, що вчинила злочин (ст. 38 КК); крайньої необхідності (ст. 39 КК); вчинення дій під безпосереднім впливом фізичного або психічного примусу (ст. 40 КК); дій або бездіяльності особи, якщо вони були вчинені з метою виконання законного наказу або розпорядження (ст. 41 КК); діяння або бездіяльність, вчинені в умовах виправданого ризику для досягнення значної суспільно корисної мети (ст. 42 КК); а також вимушене заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам особою, яка виконувала спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації з метою попередження чи розкриття їх злочинної діяльності (ст. 43 КК). Склад злочину в діях особи буде також відсутній і у разі її добровільної відмови від доведення злочину до кінця, якщо фактично вчинене нею не містить складу іншого злочину (ст. 17 КК).

Стосовно відсутності події та складу злочину при постановленні вироку доречно також навести позицію, яка викладена у постанові Пленуму Верховного Суду України "Про виконання судами України законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України з питань судового розгляду кримінальних справ і постановлення вироку" від 29 червня 1990 р. № 5 з наступними змінами і доповненнями. Отож, відповідно до її п. 21, відсутність події злочину буде мати місце, коли діяння, у вчиненні якого обвинувачується підсудний, взагалі не мало місця або відсутній причинний зв'язок між діянням підсудного і шкідливими наслідками, настанням яких обумовлюється злочинність діяння, зокрема, коли шкідливі наслідки настали в результаті дій особи, якій заподіяно шкоду, або дії сил природи тощо.

Відсутність в діянні складу злочину буде мати місце: коли діяння, яке ставилося у вину підсудному, ним вчинено, але кримінальним законом воно не визнається злочинним, зокрема, якщо воно лише формально містить ознаки злочину, але через малозначність не являє суспільної небезпеки; відсутні інші умови, за яких діяння визнається злочинним (повторність діяння, попереднє притягнення до адміністративної відповідальності тощо); діяння вчинено у стані необхідної оборони чи крайньої необхідності; мала місце добровільна відмова від вчинення злочину, а фактично вчинене не містить складу іншого злочину; підсудний не є суб'єктом злочину через відсутність спеціальних ознак, встановлених для суб'єкта даного злочину; підсудний не досяг віку, з якого він може нести кримінальну відповідальність.

Аналогічний позиція висловлена також Ю. К. Орловим. Автор вважає, що вести мову про відсутність події злочину можна в наступних ситуаціях. По-перше, коли передбачене законом діяння не було вчинено і його наслідки фактично відсутні (наприклад, виясняється, що ніякої недостачі немає, була помилка ревізора, що потерпілий, який вважався вбитим, живий). По-друге, коли передбачені законом наслідки хоча і наступили, але вони є результатом не діяльності людини, а природних, стихійних сил (природна смерть, удар блискавки). І, по-третє, коли такі наслідки також наявні, однак вони є результатом дій самого потерпілого (наприклад, самогубство або коли потерпілий сам загубив гроші).

Якщо ж діяння, передбачене кримінальним законом було вчинено, але воно позбавлено якихось ознак злочину, то наявною буде відсутність не події, а складу злочину (наприклад, відсутня вина, діяння вчинено в стані необхідної оборони або крайньої необхідності).

Можна навести ще й наступне обґрунтування неправильності позиції, відповідно до якої складовою частиною матеріально-правової підстави цивільного позову вважають злочин, або ж злочинне діяння, що в принципі одне і те ж. Не дивлячись на те, що ч. 1 ст. 28 КПК прямо визначає, що особа, яка зазнала шкоди від злочину, вправі при провадженні у кримінальній справі пред'явити *до обвинуваченого або до осіб, що несуть матеріальну відповідальність за дії обвинуваченого,* цивільний позов, який розглядається і вирішується разом з кримінальної справою, цю норму не можна визнати такою, що підлягає безумовному застосуванню без розширеного тлумачення. Відповідно до норм КПК кримінальна справа може бути порушена не лише проти конкретної особи, але й за самим фактом вчинення злочину. Це, своєю чергою, означатиме, що на початковому етапі її розслідування особи, підозрюваної у вчиненні протиправного діяння, що заподіяло шкоду, ще не встановлено, проте достовірно відомо про сам факт заподіяння шкоди конкретній особі цим діянням, яке з об'єктивної сторони містить ознаки складу злочину. Не правильно було б у таких ситуаціях не визнавати особу, якій заподіяно шкоди, потерпілою, а також цивільним позивачем у випадку заявлення нею вимоги про відшкодування цієї шкоди. Оскільки провадження щодо цивільного позову відбувається одночасно та паралельно з провадженням щодо кримінальної справи загалом, то це порушувало б інтереси осіб, які постраждали від протиправного діяння, що формально містить ознаки складу злочину. У таких випадках виглядає, ніби спочатку слід встановити особу, що заподіяла шкоду, відповідно й підозрюваного (обвинуваченого), а вже потім визнавати потерпілим та, відповідно, цивільним позивачем, і лише з цього моменту починати здійснювати діяльність по доказуванню цивільного позову. Однак таку позицію не можна визнати прийнятною. Втрачається дорогоцінний час, необхідний для здійснення діяльності, спрямованої на встановлення всіх значимих обставин для правильного розв'язання цивільного позову, захисту інтересів осіб, потерпілих від злочинних посягань. Акт порушення кримінальної справи (постанова) слугує правовою підставою не лише для діяльності, спрямованої на встановлення події злочину і винних в ньому осіб, але й для інших дій, з яких складається провадження щодо цивільного позову. Вимога про відшкодування шкоди може міститися безпосередньо в самій заяві про вчинення злочину (наприклад, в заяві про квартирну крадіжку; про вбивство особи, яка була годувальником тощо). Як тільки справа буде порушена, відразу ж може бути вирішене і питання про визнання особи потерпілою, а відтак, цивільним позивачем, якщо, зрозуміло, з заяви випливає, що суспільно-небезпечним діянням заподіяна шкода. Таким чином, поява у справі цивільного позивача допустима уже тоді, коли розмір заподіяної йому шкоди ще точно не визначений, обчислений лише приблизно, а особа, яка вчинила суспільно-небезпечне діяння, поки не відома. Це означає, що на початковому етапі розслідування позовна заява потерпілого може і не містити точного визначення відповідача, а також ціни позову. Звичайно, в подальшому слідчий повинен запропонувати цивільному позивачу усунути ці недоліки та подати нову позовну заяву як додаток до першої.

Як бачимо, за таких обставин особа може бути визнана цивільним позивачем, коли ще не встановлено підозрюваного, а очевидним є тільки факт заподіяння їй шкоди діянням, що з об'єктивної сторони містить ознаки складу злочину. Це означатиме, що особа визнається цивільним позивачем лише на підставі наявності об'єктивних ознак відповідного злочину, оскільки суб'єкт ще взагалі не відомий, а відтак, невідома і суб'єктивна сторона.

Отож, вище викладене дозволяє зробити обґрунтований висновок про те, що складовою частиною матеріально-правової підстави цивільного позову слід визнати саме подію злочину, під якою розуміти наявність лише об'єктивних ознак складу відповідного суспільно-небезпечного діяння.

ДИСПОЗИТИВНІ НАЧАЛА НАБУТТЯ ОСОБОЮ СТАТУСУ ПОТЕРПІЛОГО

Герасимчук О.

Національний університет "Острозька академія"

Зміни у кримінально-процесуальному законодавстві, що відбуваються протягом останніх років, свідчать про розширення прав особи в кримінальному судочинстві України. Така ситуація є об'єктивним відображенням збільшення особистої автономії суб'єкта в правовій системі незалежної України.

Розширення диспозитивних начал в кримінальному процесі сприяє більш повній реалізації завдань кримінально-процесуального права. Важливим для реалізації активності потерпілого є момент набуття особою процесуального статусу потерпілого. Це питання достатньо досліджувалося юридичною наукою, але якщо в цілому щодо моменту набуття статусу вчені сходились до спільної думки, то обґрунтування цьому наводилось різне.

Кримінально-процесуальний закон встановлює, що про визнання особи потерпілим орган дізнання, слідчий, суддя виносять постанову, а суд – ухвалу. Випливає висновок, що процесуальний статус потерпілого особа набуває лише після винесення відповідного процесуального акта. Розглянемо ряд проблем, що виникають в зв'язку з цим, зважаючи також на співвідношення принципів публічності та диспозитивності у кримінальному процесі.

Вирішуючи питання про визнання потерпілим, слідчий, особа, що проводить дізнання і суддя (суд) встановлюють наявність певних знак у особи, для визнання її потерпілою. Така діяльність згаданих суб'єктів публічної влади, є проявом публічної засади у кримінальному процесі. Проте у справах публічного та приватного обвинувачення їх діяльність має свої особливості.

Окремі вчені вказують, що слідчий, особа, що проводить дізнання і суддя (суд) повинні виходити з уважного аналізу конкретного складу злочину, звертаючи увагу на те, кому злочином спричинено шкоду. Важливо підкреслити обов'язковість врахування кримінально-правових норм при визнанні особи потерпілою.

Обов'язково для визнання особи, яка постраждала від злочину, потерпілим необхідно встановити факт заподіяння шкоди. Встановити – не означає довести, тому особа повинна визнаватись потерпілою негайно після встановлення достатніх даних, що свідчать про завдання їй шкоди. Про необхідність якомога раніше визнати особу потерпілим одностайно заявляють практично всі процесуалісти, які досліджують потерпілого в кримінальному процесі. Зрозуміло, що чим раніше особа отримає процесуальний статус потерпілого, тим повніше вона зможе реалізувати свої права. Відповідне значення момент визнання особи потерпілим має для швидкості, об'єктивності та повноти розслідування та вирішення справи.

Невиправдане затягування визнання особи потерпілим грубо порушує Декларацію ООН "Основні принципи правосуддя для жертв злочинів і зловживання владою" (1985), яка вказує, що та чи інша особа має визнаватися жертвою злочину незалежно від того, чи був встановлений, заарештований чи відданий до суду правопорушник. Крім цього Декларація передбачає, що на визначення особи потерпілою не впливають родинні відносини між нею та правопорушником. Процесуальне визнання не вимагає від неї ніякої заяви чи іншого волевиявлення.

Потерпілий, як зазначають автори одного з останніх підручників з кримінального процесу, залучається до кримінального процесу для реалізації його суб'єктивних прав. Звучить принаймні дивно – для реалізації своїх же прав потерпілого визнають суб'єктом кримінального процесу не зважаючи на його волю чи бажання брати участь у процесі. Виходячи з принципу диспозитивності, особа, яка постраждала від злочину повинна була б мати право вибору: стати учасником кримінального процесу чи уникнути будь-якої участі. Проте така широка свобода характерна лише для цивільного процесу. В процесі кримінальному домінуючими над приватними інтересами є публічні, суспільні інтереси, зокрема, об'єктивне, повне і всебічне розслідування злочину, щоб покарати винних і не покарати невинних. Тому залучення особи як потерпілого слугує не лише для

© Герасимчук О., 2006

реалізації суб'єктивних прав останньої, а й для виконання певних обов'язків, важливих для повноти розслідування.

У справах приватного обвинувачення суддя, отримавши скаргу особи, яка постраждала від злочину (ст. 251 КПК), повинен перевірити скаргу на відповідність формальним вимогам та на наявність підстав порушення кримінальної справи. Формальні вимоги до скарги потерпілого у справах приватного обвинувачення в чинному кримінально-процесуальному законодавстві чітко не встановлені – КПК відсилає до вимог, встановлених для обвинувального висновку, що, очевидно, не є одним і тим же.

В Постанові Пленуму Верховного Суду України № 13 від 02.07.04 р. "Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів" у п. 25 зазначено, що в скарзі (яка подається в порядку ст. 27 КПК) мають бути чітко викладені підстави для порушення справи. Зважаючи на те, що положення постанови Пленуму ВСУ не є джерелом права і лише носять рекомендаційний характер, вважаємо за необхідне закріпити вимоги до скарги потерпілого, що подається у справах приватного обвинувачення, в КПК.

Норми КПК не встановлюють моменту визнання особи, яка подала скаргу з вимогою про порушення кримінальної справи приватного обвинувачення, потерпілим. Таким моментом, очевидно, потрібно визначати момент порушення кримінальної справи суддею і призначення її до розгляду. Потрібно нормативно закріпити, що суддя, в ухвалі про порушення кримінальної справи приватного обвинувачення, одночасно визнає скаржника (оскільки вона є постраждалою), потерпілим. Суддя встановлює факт заподіяння шкоди потерпілому, виходячи з наданих потерпілим матеріалів та інформації, наведеної у скарзі. Потрібно підкреслити, що суддя не може відмовити у прийнятті скарги, посилаючись на недоведеність факту заподіяної шкоди.

Вважаємо за потрібне більш детально дослідити кримінально-процесуальну дієздатність. В кримінально-процесуальному законі не встановлено віку, з якого потерпілий набуває дієздатність. Різні автори вирішують в теорії це питання по-різному.

В своїй дисертації В.П. Бож'єв обгрунтовує думку про те, що дієздатність потерпілого, повинна наставати в 16 років. Л.Д. Кокорєв обстоював ідею, що повна дієздатність потерпілого повинна встановлюватись з 18 років.

Ідея уніфікації строку повної дієздатності для потерпілого і цивільного позивача видається вартою уваги. Також викликають певний інтерес застосування норм цивільного і цивільно-процесуального законодавства для визначення кримінально-процесуальної дієздатності та диференціація її видів.

Приєднуємось до думки, що визнання потерпілим не залежить від віку особи, чи її фізичного або психічного стану. Вважаючи, що неповнолітні, малолітні, психічно хворі особи не можуть вибрати собі представника і відмовитись від нього, можуть не усвідомлювати спричинену їм моральну та майнову шкоду, практичні працівники в таких справах визнають потерпілим не малолітнього, неповнолітнього чи психічно хвору особу (яким безпосередньо завдано шкоду злочином), а їх родичів. Таку практику не можна вважати правильною. Звичайно, повною мірою зазначені особи не можуть реалізувати обсяг прав передбачений в КПК для потерпілого. Але статус особи в кримінальному судочинстві не обмежується лише правами.

Безумовно, що всі особи, яким злочином завдано шкоду, повинні визнаватися потерпілими, без обмеження віку або стану (фізичного чи психологічного). Неправильною також є практика визнання потерпілими в таких випадках родичів. Хоч і можна припустити, що їм злочином також заподіюється тяжка моральна травма, але злочин не був безпосередньо спрямований на завдання такого виду наслідку – це стало опосередкованим результатом злочину. Навіть у випадку смерті особи – найтяжчої і невиправної психологічної травми для близьких родичів – кримінально-процесуальний закон наділяє лише правами потерпілого близьких родичів, а не відповідним статусом.

ДО ПРОБЛЕМИ ПРО ЗАХИСТ СВІДКІВ І ПОТЕРПІЛИХ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Гузела М.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Проблема захисту свідків та потерпілих на протязі останніх років знаходиться в центрі уваги судових систем у багатьох європейських державах. Україна в цьому питанні також не є винятком. Адже, сьогодні все частіше доводиться зустрічатися з проблемою, що не тільки свідки, а й нерідко і потерпілі не бажають проінформувати про відомі їм дані про злочин. Тут і "небажання зв'язуватися з правоохоронними органами", особиста зацікавленість (у тому числі й підкуп), а головне – боягузництво – як потенційне, так і реальне (наслідок вже вчиненого впливу). Тому особливого значення набувають питання забезпечення недоторканності осіб, які можуть надати допомогу слідству у виявленні злочинців, тобто захисту їх від погроз та посягань. Про актуальність наведеного свідчать, зокрема, дані опитування працівників правоохоронних органів, які вказали, що у кожній другій кримінальній справі мав місце вплив на потерпілих і свідків. Стан незахищеності потерпілого обумовлює і неможливість здійснення правосуддя на основі принципу змагальності сторін, оскільки не можна очікувати від потерпілого активності у використанні кримінально-процесуальних прав (природної умови змагальності), якщо така активність тягне за собою посткримінальний вплив, в тому числі найбільш його жорсткі форми – побиття, вбивства. Тому захист цих осіб, членів їх сімей та близьких родичів став нагальною необхідністю. Це обов'язок державних органів, який має реалізовуватися з метою забезпечення цілісності та ефективності правосуддя у кримінальних справах.

Серед багатьох питань, що стосуються піднятої проблеми, постає й таке питання: наскільки наше законодавство відповідає вимогам європейських стандартів і рекомендацій Ради Європи, зокрема, в частині застосування такого передбаченого підпунктом "ж" п.1 ст.7 Закону заходу безпеки як конфіденційність відомостей про свідка (про його анонімність), тобто створення умов, за яких відомості, які ідентифікують цю особу, мають бути невідомими обвинуваченому (підсудному).

Матеріали справ, які розглядаються судами України, свідчать про те, що потерпілі, свідки та інші учасники кримінального процесу звертаються із заявами про забезпечення безпеки лише в поодиноких випадках. Однак факти погроз на адресу потерпілих і свідків значно поширені.

Особи, які беруть участь у кримінальному судочинстві, нерідко підпадають під вплив родичів та знайомих обвинувачених, особливо в справах про тяжкі насильницькі злочини. Вони побоюються давати правдиві свідчення, а після закінчення досудового слідства взагалі ухиляються від явки в судові засідання.

Через погрози потерпілі чи свідки нерідко під різними приводами від'їжджають на час розгляду справи за межі м. Києва або навіть і держави, залишаючи при цьому заяви, в яких підтверджують показання, що давали на досудовому слідстві, та просять розглянути справу за їх відсутності.

Пленум Верховного Суду України (пост. №10 1990р.) акцентував увагу судів на тому, що з метою запобігання розголошенню показань потерпілих і свідків, які викривають злочинців, за наявності пов'язаної з цим реальної загрози посягання на їх життя, здоров'я, житло чи майно суди мають розглядати кримінальні справи (особливо про злочини, вчинені організованими групами) в закритому судовому засіданні. В цій же постанові Пленум Верховного Суду України також визнав правильною у зазначених вище випадках практику допиту судом потерпілих і свідків за відсутності підсудного чи інших свідків із наступним оголошенням їхніх показань.

Під час судового провадження справ з метою забезпечення безпеки потерпілих і свідків суди застосовували також інші заходи безпеки потерпілих і свідків, передбачені ст.15 Закону. Доцільно було б також під час досудового слідства з метою забезпечення прав осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, роз'яснювати їм зміст названого Закону і повідомляти про можливість звернення до правоохоронних органів з приводу застосування заходів забезпечення безпеки.

Рішення щодо забезпечення конфіденційності відомостей про свідка може бути прийняте лише у тих випадках, коли встановлено, що життя та свобода цієї особи (у зв'язку з її допомогою слідству чи суду) піддаються серйозному ризику. Питання застосування як доказів свідчень анонімних свідків є

© Гузела М., 2006

спірним. Як свідчить практика Європейського суду з прав людини, існують три базові умови, які повинні бути вивчені органом досудового слідства або судом перед прийняттям рішення про надання свідку анонімності: 1) життя та свобода свідка піддаються серйозному ризику (загрозі); 2) докази свідків мають суттєве значення для встановлення істини у справі; 3) довіра до свідка не викликає сумнівів.

Згідно з рекомендаціями Комітету Міністрів Ради Європи серйозний ризик насамперед передбачає тиск на свідка. Під цим розуміється будь-яка пряма чи непряма або потенційна загроза, що може завадити свідку давати показання. Це поняття включає і залякування, яке стає можливим в результаті факту існування злочинної організації, що має репутацію такої, яка вчиняє насильницькі злочини і здатна помститися, або факту належності свідка до обмеженої соціальної групи, через що він знаходиться в уразливому становищі.

Тиск може вчинятися різними способами. Найчастіше він здійснюється у ситуаціях, коли: 1) свідок є підлеглим особи, проти якої він дає показання; 2) злочин вчинено організованою групою чи злочинною організацією; 3) злочин вчинено в одній родині як соціально відокремленій групі.

Наскільки ж збігаються поняття "реальна загроза", передбачене у Законі, та "серйозний ризик"? Вважаємо, що останнє поняття є більш широким. Воно передбачає і потенційну загрозу.

Оперування ж терміном "реальна загроза" нерідко призводить до зволікання з застосуванням заходів безпеки в умовах, коли існує загроза життю свідків. Слідчий (суддя), одержавши заяву (повідомлення) про таку загрозу, зобов'язаний перевірити її та прийняти рішення про застосування або відмову в застосуванні заходів безпеки (ч.3 ст.52-1 КПК України). Адже нерідко йдеться про випадки, коли злочинцям нічого невідомо про особу як носія якоїсь інформації. І конкретній людині, виходячи з формальних ознак, у такому разі нічого не загрожує. Загроза з'явиться лише тоді, коли про свідчення стане відомо заінтересованим у них особам. Таким чином, фактично забезпечення конфіденційності відомостей про особу можна розглядати як запобіжний захід. Однак воно необхідне з самого початку розслідування справ. Вживання ж у законодавстві України терміна "реальна загроза" інколи робить це неможливим.

Щоб позбутися сумнівів та невизначеності, які породжуються фактом використання анонімних свідків у змагальному процесі, необхідне застосування процедури перевірки, результатом якої має бути встановлення ступеня надійності свідка. Надання свідку права давати показання анонімно само по собі є ризикованим, оскільки у такому разі захист не може пересвідчитися в їх достовірності. За таких умов може бути відсутній справедливий баланс між сторонами.

Основний же ризик полягає у такому: 1) анонімний свідок може виявитися ненадійним в силу причин, пов'язаних з його минулим (наприклад, раніше у нього спостерігались випадки розладу психіки, галюцинацій або просто тяжіння до брехні); 2) він міг мати невиявлені контакти з обвинуваченим (підсудним), у разі встановлення яких стала б зрозумілою причина його упередженого ставлення до останнього; 3) свідок може обмовити обвинуваченого (підсудного).

Доводиться констатувати, що законодавство України зазначеної вище процедури не передбачає. Проте й за нинішніх умов слідчий (суддя), наприклад, під час допиту свідка, фактично встановлюють його надійність. При цьому свідок може, зокрема, пояснити, чому він знаходився у тому місці, де було вчинено злочин, і ці відомості залишаться поза справою (на них поширюється режим таємності), оскільки їх оприлюднення може дати можливість встановити дані про свідка заінтересованим у цьому особам.

У проекті КПК України міститься цілий розділ, присвячений цій проблемі, але він фактично повторює Закон, а не деталізує його. Зокрема, в цьому розділі немає чітких відповідей на такі питання:

1. Як провадиться впізнання за участю зазначених осіб? Звичайно, це запитання не виникає при впізнанні осіб за фотознімками, за відеотекою. Коли ж впізнання провадиться за участю обвинувачених (підозрюваних, підсудних), то постає запитання про понятих: де вони мають бути за відсутності візуального контакту – біля того, хто впізнає, чи біля осіб, що підлягають впізнанню?

У проекті КПК України (ст.203) пропонується в таких випадках провадити впізнання в умовах, коли особа, яка пред'явлена для впізнання, не бачить і не чує того, хто впізнає (ч.4). Ця слідча дія провадиться в присутності двох понятих, які повинні пересвідчитись у можливості впізнання за умов, у яких воно провадилось, про що зазначається в протоколі (ч.6). На практиці проблема виключення візуального контакту вирішується шляхом залучення чотирьох понятих, двоє з яких перебувають у приміщенні біля осіб, що підлягають впізнанню, а ще двоє – поруч із тим, хто впізнає.

2. Як технічно виключити під час заслуховування в закритому судовому засіданні показань свідків (потерпілих), щодо яких прийнято рішення про забезпечення конфіденційності відомостей про них, їх візуальний контакт з іншими учасниками процесу?
3. Чи може суддя перевірити дані про таких "таємничих" свідків?

Наприклад, у Росії в проекті згаданого вище аналогічного законодавчого акта передбачалося одержання зразка підпису такої особи, що давало суду можливість за наявності сумнівів перевірити відповідність йому підпису в процесуальному документі.

Це лише частина запитань, що виникли у процесі розслідування та судового розгляду деяких кримінальних справ.

Поставлені практикою запитання потребують якнайскорішого вирішення шляхом деталізації у відповідних нормативних актах порядку здійснення заходів безпеки тих учасників кримінального судочинства, процесуальні обов'язки яких істотно зачіпають права інших його учасників. Це сприятиме додержанню законності як на досудовому слідстві, так і під час судового розгляду кримінальних справ та встановленню істини.

ПОВНОВАЖЕННЯ СУДУ ЩОДО УСУНЕННЯ СУМНІВІВ ТА ПРОТИРІЧ, ЯКІ ВИНИКАЮТЬ ПІД ЧАС ВИКОНАННЯ ВИРОКУ

Діткун І.

Львівський національний університету ім. І. Франка

Кримінально-процесуальна діяльність суду пов'язана з виконанням вироку потребує теоретичного вивчення її правової природи, а також визначення місця даного виду судочинства в системі кримінального процесу України, оскільки від трактування розуміння цих питань залежать і підходи до конструювання більш ефективної моделі правового регулювання діяльності суду в сфері виконання вироку.

В кримінальному процесі нерідко виникає необхідність перевірити законність та обґрунтованість рішень, прийнятих під час судового розгляду справи, та виправити допущені помилки. Для виконання цього завдання є спеціальний механізм ревізійних стадій, до яких входять: апеляційне провадження, касаційний розгляд, розгляд справи за нововиявленими обставинами.

Слід зазначити, що на стадії виконання вироку, при корегуванні міри покарання, суд не вправі уточняти факти чи давати їм юридичну кваліфікацію, розглядати питання про доведеність чи недоведеність вини, переглянути по суті призначене судом першої інстанції покарання, визнавши його несправедливим.

Враховуючи те, що для вирішення кримінальної справи та виправлення помилок, які могли бути допущенні під час судового розгляду, в кримінальному процесі існують спеціальні стадії, а також те, що кожна стадія процесу повинна мати своє призначення, свій самостійний предмет, можна стверджувати, що всі питання, які входять до предмету судового розгляду та ревізійних стадій, не повинні входити до предмету стадії виконання вироку.

Судовий розгляд та ревізійні стадій покликані забезпечити прийняття правильних рішень щодо всіх питань кримінальної справи, стадія ж виконання вироку, отримавши такі рішення, повинна забезпечити умови для їх успішного виконання. Інакше кажучи, попередні стадії кримінального судочинства, в певній мірі, є основою, підґрунтям для стадії виконання вироку. Виконання вироку не може функціонувати не отримавши для цього базу, якою є прийняті судом рішення. Забезпечити реалізацію вирішених в попередніх стадіях питань – така направленість стадії виконання вироку.

Згідно з діючим кримінально-процесуальним законодавством, питання, які розглядаються судом на стадії виконання вироку є досить таки різними. Окрім питань пов'язаних із зверненням вироку до виконання, та питань щодо коректування покарання передбаченого вироком, законодавцем до компетенції суду в аналізованій стадії кримінального процесу, віднесено і вирішення питань про всякого роду сумніви і протиріччя, що виникають під час виконання вироку.

Постановляючи вирок, суд повинен викласти всі його складові частини і сформулювати прийняте рішення настільки зрозуміло, повно та конкретно, щоб, згодом, під час звернення вироку до виконання та в процесі його виконання, не виникало будь-яких труднощів неясностей чи сумнівів, пов'язаних з тлумаченням вироку чи окремих його частин.

Кримінально-процесуальний закон не дає визначення питань, які можуть бути розглянуті судом під час усунення сумнівів і протиріч, що виникають під час виконання вироку. Однак, в Постанові Пленуму Верховного Суду України від 21.12.1990 р. №11 „Про практику застосування судами України процесуального законодавства при вирішенні питань, пов'язаних з виконанням вироків", здійснено спробу дати орієнтовний перелік таких питань. За своєю суттю це є питання, які суд повинен був вирішити на стадії судового розгляду, а саме при постановлені вироку. На думку М.К. Свірідова, віднесення таких питань до компетенції суду на стадії виконання вироку зумовлена відсутністю в кримінальному процесі інституту часткової відміни вироку й такі питання не можуть вирішуватись на стадії виконання вироку, оскільки в такому випадку стирається межа між стадією судового розгляду та виконанням вироку. А тому, автором пропонується на стадії судового розгляду вирішувати вказані питання.

Проте, видається, що вирішення таких питань є доцільнішим, все-таки, на стадії виконання вироку. Якщо послідувати пропозиції М.К. Свірідова, то коли судом не вирішено, наприклад, питання

© Діткун І., 2006

про застосування акту амністії, суд знову повинен розглядати справу лише для вирішення питання про застосування акту амністії. В такому випадку судом буде невиправдано затрачено час, доведеться знову розглядати питання, які раніше були правильно вирішені. І.Д. Перлов, підкреслюючи те, що в стадії виконання вироку можуть бути виправлені деякі помилки вироків, пояснював це не тим, що виправлення таких помилок відповідає характеру стадії виконання вироку, а тим, що для цього не потрібно витребувати справу, скасовувати вирок і проводити новий судовий розгляд, завжди пов'язаний з викликом всіх учасників судового розгляду і повторним судовим слідством.

Вирішення судом питань про сумніви і протиріччя, які виникають під час виконання вироку не потребує відміни вироку та такого процесуального режиму, в якому проходить розгляд кримінальної справи. Вказані питання не пов'язані з обставинами вчиненого злочину, їх вирішення не потребує від суду дослідження нових доказів, і тому для вирішення таких питань на стадії виконання вироку є всі необхідні умови. Видається, що віднесення до стадії виконання вироку саме питань, про сумніви і протиріччя, які виникають під час виконанні вироку, зумовлюється економією, як процесуальною так і фінансовою. Дійсно, немає необхідності виправляти кожну помилку вироку шляхом його скасування та наступного повного судового розгляду, що, безумовно, має своїм наслідком непотрібні витрати на повторний розгляд питань, які раніше були вирішені правильно.

Видається, що суд, на стадії виконання вироку, може вирішувати питання про сумніви і недоліки, які виникають в процесі виконання вироку. Під час роз'яснення вищевказаних питань, суд не змінює вироку, а лише роз'яснює та дає тлумачення суті вироку для органів, які здійснюють фактичне виконання вироку. Очевидно, що підставою для усунення сумнівів і протиріч, які виникли під час виконання вироку, стало порушення судом, який постановив вирок, вимог закону, спрямованих на те, щоб під час звернення вироку до виконання та під час його виконання не виникало жодних сумнівів. По своїй суті та характеру такі порушення суттєво відрізняються від порушень закону, які вплинули чи могли вплинути на постановлення законного та обґрунтованого вироку. Саме тому незаконний чи необґрунтований вирок скасовується чи змінюється вищестоящим судом. Сумніви та неясності вирішуються судом, який постановив вирок, оскільки презюмується, що вирок в такому випадку за своєю суттю є правильним.

Таким чином, підсумовуючи все вищевикладене, можна зробити висновок про те, що стадія виконання вироку за своєю правовою природою повинна вирішувати не лише питання щодо звернення вироку до виконання та наступного його корегування в частині призначеного покарання. Вирішення судом інших питань, пов'язаних із виконанням вироку, в силу правової природи таких питань, є цілком закономірним і правильним на аналізованій стадії кримінального процесу.

Щодо конкретних питань, які можуть вирішуватись судом під час усунення сумніві і недоліків то, як вже зазначалось, діюче кримінально-процесуальне законодавство не розкриває змісту та характеру тих сумнівів та неясностей, які суд вправ вирішити в порядку виконання вироку. В ст.409 КПК України йдеться лише про усунення всякого роду сумнівів і протиріч, що виникають під час виконання вироку, формулюється лише загальне правило, яке далі не конкретизується. Очевидно, що, в силу правової природи таких питань, не можливо дати їх вичерпний перелік. Однак, можна спробувати дати ознаки таких питань.

Видається, що, такі питання не повинні стосуватися суті вироку, їх вирішення не повинно погіршувати становище засудженого, вони повинні виникати після винесення вироку чи в ході його виконання та існування таких питань повинно робити неможливим виконання вироку. Щодо самої діяльності з усунення сумнівів і протиріч, то така, на наш погляд, включає в себе: 1) роз'яснення та уточнення, конкретизацію окремих положень вироку; 2) виправлення явних дефектів вироку.

Основним відправним пунктом при віднесені того чи іншого питання до " всякого роду сумнівів і протиріч" є поняття "сутності вироку". В кримінально-процесуальній доктрині прийняти вважати, що сутність вироку є тою ознакою, за допомогою якої можна розмежувати повноваження суду, який постановив вирок та вищестоящих судів. „Якщо, – вказує професор М.С. Строгович, – у вироку є які-небудь неточності чи помилки, які не стосуються суті самого вироку, суд, який постановив вирок, повинен роз'яснити сумніви, виправити помилку... Якщо ж неясності та помилки стосуються суті самого вироку... виправлення вироку в такому порядку не допускається і вирок підлягає скасуванню в порядку судового нагляду".

Відповідно до кримінально-процесуального закону під вироком розуміється рішення суду першої інстанції про винність або невинність особи (п.12 ст.32 КПК України). Всі інші рішення, крім вироку, які виніс суд першої інстанції в судових засіданнях є ухвалою (п.13 ст.32 КПК України). Таким чином можна зробити висновок, що до суті вироку відносяться відповіді на питання, вказані в

пп.. 1-5 ст.324 КПК України. Відповіді ж на питання, вказані в пунктах 7-13 ст.324 КПК України, за своїм характером не відносяться до суті вироку. Вони, виходячи із точки зору змісту закону, юридичної техніки та термінології закону (п.п.12, 13 ст. 32 КПК України) є ухвалами суду, які включені до вироку з метою економії та зручності. Професор М.М. Полянський та П.І. Люблінський прямо вказували, „що згідно з ст.320 КПК РСФСР 1923 року суд зв'язаний свої рішенням лише в тих частинах, які, власне, і становлять вирок (відповіді на питання 1-4), і ці питання не можуть ним за жодних умовах вирішуватись заново; решту частини вироку, будучи за своєю суттю ухвалами суду, можуть бути змінені судом у зв'язку з новими обставинами...".

Однак критерій „сутності вироку", не завжди є достатнім для всіх випадків, коли постає питання про розмежування компетенції суду, який постановив вирок та вищестоящих судів. Так, питання про те чи підлягає задоволенню цивільний позов і в якому розмірі не відноситься до суті вироку. Проте, суд, який постановив вирок, не вправі виправляти помилки у вироку в частині, що стосується виконання цивільного позову.

Щодо питання, про те, які суди вправі вирішувати питання про всякого роду сумніви і протиріччя, які виникають під час виконання вироку, то відповідно до ст.409 КПК України такі питання вирішуються судом, який постановив вирок. У випадку, коли вирок виконується за межами територіальної підсудності суду, який постановив вирок, ці питання розв'язує суддя місцевого районного (міського) суду за місцем виконання вироку. Якщо питання про всякого роду сумніви і протиріччя вирішуються судом, який постановив вирок, то в такому випадку, безумовно, що розглядати таку справу повинен той самий суддя, який розглядав справу.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ ЗНАНЬ В ПРОЦЕСІ РОЗКРИТТЯ І РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ

Єзерський Р.

Львівський національний університет ім. І. Франка

На сучасному етапі утвердження та розвитку Української незалежної держави відбуваються глобальні процеси перетворень політичних і суспільно-економічних відносин, розвиток яких здійснюється у складних умовах, які, разом з іншими, характеризуються високим рівнем злочинності, у тому числі її організованих форм, криміналізацією економіки та інших сфер життєдіяльності суспільства.

Тому разом з вирішенням масштабних економічних, соціальних та інших складних проблем важливого значення набувають зміцнення правових основ державного і суспільного життя, дотримання законності і правопорядку, перебудова правоохоронних органів і підвищення ефективності їх діяльності.

Вирішення цих завдань неможливе без всебічного застосування результатів науково-технічного прогресу.

Бурхливий розвиток науки у минулому столітті та на рубежі нинішнього тисячоліття є основою науково-технічного прогресу, виникнення нових знань у різних галузях, широке та ефективне використання яких при розслідуванні злочинів допомагає розширити сферу застосування наукових методів і технічних засобів при доказуванні кримінальному судочинстві.

Залучення нових даних природничих і технічних наук при розслідуванні злочинів сприяє ефективній діяльності слідчого апарату, достовірності кримінально-процесуального пізнання події злочину (або її відсутності), зміцненню законності та правопорядку. Розслідування злочину є складним процесом пізнання об’єктивної дійсності. Тому пізнання події злочину та порушника, який його вчинив, вимагає від особи, що проводить дізнання, слідчого та інших учасників кримінального процесу застосування різних спеціальних знань та навичок у певних видах діяльності.

Виникнення і розвиток інституту застосування спеціальних знань у кримінальному судочинстві тісно пов’язані з процесом розвитку та удосконалення теорії і практики кримінально-процесуальної форми досудового слідства та судового розгляду кримінальних справ.

Рушійною силою цих процесів є зміни у суспільних відносинах та науково-технічний прогрес. Вони вимагають постійної уваги науковців з метою вивчення та вироблення нових прогресивних правових норм для їх врегулювання з метою демократизації кримінального судочинства.

Особливої актуальності набуло дослідження проблем застосування спеціальних знань у кримінальному судочинстві, коли в Україні зазнали різких змін всі сфери життєдіяльності й вона проголосила себе правовою державою.

Сьогодні теорія використання спеціальних знань і правова регламентація діяльності слідчих та інших осіб, які ними володіють, є ще недосконалою, а це, в свою чергу, унеможливлює широке й ефективне застосування їх у процесі розслідування кримінальної справи. Це обумовлено, насамперед, теоретичними проблемами чіткого та однозначного визначення самого поняття спеціальних знань, суб’єктів, способів використання та форм їх реалізації.

Разом з тим, швидкий розвиток науки і техніки спричинив ту обставину, що слідчі часто зустрічаються з питаннями, розібратися з якими неможливо без глибокого розуміння суті та умов застосування спеціальних знань. Тому їх використання є неадекватним розвитку наукових знань у різних сферах життя. Це обумовлено тим, що правове регулювання процесу застосування спеціальних знань у кримінальному судочинстві відстає від потреб практики. Чимало проблем існує і на теоретичному рівні. До сьогодні правовою наукою не вироблено єдиного та усталеного понятійно-категоричного апарату стосовно чіткого і одностайного визначення понять "спеціаліст", "спеціальні знання" та їх співвідношення, а також не визначено межі та форми застосування спеціальних знань і науково-технічних засобів. Деякі питання взаємовідносин слідчого та осіб, які володіють спеціальними знаннями, збору та передачі їм для дослідження об’єктів і участі у цьому процесі суб’єктів доказування також ще недостатньо досліджені.

© Єзерський Р., 2006

Науково-технічний прогрес уможливлює більш широке застосування його надбань у правоохоронній діяльності.

За даними МВС України, у 2004 році при оглядах кожного другого місця вчинення злочину застосовувалися спеціальні знання фахівців експертно-криміналістичних служб органів внутрішніх справ. Із 4571 випадку вчинення вбивств та замахів на вбивство за участю цих спеціалістів оглянуто кожне місце події, при розкраданні державного, колективного майна та особистої власності громадян - 76,92 %, а загальна ефективність застосування науково-технічних заходів у розкритті злочинів досягла 86,9%.

Не можна не бачити і не розуміти проблем, що виникають при застосуванні досягнень наукового прогресу, та їх можливих негативних наслідків.

Дані питання були обрані для дослідження ще й тому, що на даному етапі у кримінальному судочинстві проблема використання спеціальних знань стоїть досить гостро. Потребує негайного удосконалення чинна регламентація застосування спеціальних знань обізнаними особами, проведення експертизи, ревізії, тим більше при формуванні нового кримінально-процесуального законодавства, у зв'язку з тим, що на практиці виникає багато труднощів при реалізації чинних норм законодавства, застосуванні нових технічних засобів при проведенні слідчих чи судових дій. Адже запровадження у кримінально-процесуальну діяльність наукових досягнень повинно переслідувати не лише мету підвищення ефективності роботи слідчих та судових органів, встановлення об'єктивної істини у кримінальній справі. Воно сприяє дотриманню принципу об'єктивності досудового слідства, забезпечення честі, гідності та охорони законних інтересів особи.

Крім того, для чіткого врегулювання діяльності ревізора під час проведення ревізії необхідно привести Інструкцію про проведення ревізій і перевірок органами державної контрольно-ревізійної служби в Україні за зверненням правоохоронних органів, затвердженої наказом Головного контрольно-ревізійного управління Державної контрольно-ревізійної служби в Україні від 26 листопада 1999 р. №107 у відповідність до вимог кримінально-процесуального законодавства у частині, що стосується проведення ревізії у кримінальній справі за постановою слідчого, прав і обов'язків ревізора як спеціаліста, які передбачено ст. 128-1 та інших статтях КПК.

Тому висунуто та обґрунтовано ряд нових наукових положень, а також таких, які розширюють і поглиблюють знання про використання спеціальних знань у кримінальному судочинстві.

Спеціальні знання - це є не загальновідомі, не загальнопоширені знання, якими володіє обмежене коло осіб, і, якими не володіє адресат доказування, у т. ч. окремі правові, але лише у вузькій (спеціальній) галузі науки, техніки, мистецтва та ремесла, і, які, як вважає З.М. Соколовський, отримані у процесі фахової підготовки та професійної діяльності. Спеціальні знання притаманні будь-яким видам професійної діяльності, у тому числі у галузі юриспруденції. Але спеціалістами-учасниками кримінального процесу (ст. 128-І КПК) є лише ті обізнані особи, які на вимогу слідчого або суду беруть участь у проведенні слідчих або судових дій.

Слідчий, всупереч поширеній думці, має право при розслідуванні кримінальної справи застосовувати будь-які спеціальні знання (крім випадків, визначених законом), якщо він сам визнає їх достатніми для вирішення спеціальних питань. Деякі з них лише слідчий в змозі застосовувати у процесі загального пізнання обставин злочину. Це стосується, у першу чергу, знань у галузі методології наукового пізнання суспільних явищ, логіки тощо.

У всіх інших випадках спеціальні знання використовуються через обізнаних осіб незалежно від професії.

Таким чином, суб'єктами застосування спеціальних знань є слідчий, спеціаліст і експерт, але оскільки суб'єкт розслідування (ст. 114 КПК) несе повну відповідальність за законне прийняття рішень про спрямування слідства, законне і своєчасне провадження слідчих дій, то обізнані особи повинні діяти під його керівництвом, але в межах своїх повноважень, що стосуються вирішення спеціальних питань, які їм доручено.

Слідчий, спеціаліст та експерт реалізують свої спеціальні знання у формі логічного осмислення об'єктів пізнання та безпосереднього практичного їх застосування у рамках своїх повноважень при проведенні слідчих дій.

Основні проблеми з цього питання вивчено на базі теоретичного та емпіричного матеріалу, а вироблені теоретичні положення і висунуті пропозиції щодо удосконалення кримінально-процесуального та іншого законодавства, що запропоновані вище, дозволять суттєво покращити процесуальну форму використання спеціальних знань у кримінальному судочинстві. Слідча практика свідчить, що вона є однією із важливих складових процесу об'єктивного пізнання і доказування фактичних обставин, що розслідуються у кримінальній справі.

ПРАКТИКА ВИКОРИСТАННЯ ОЗНАК ЗОВНІШНОСТІ ОРГАНАМИ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ.

Жолнович І.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Органи досудового розслідування кримінальних справ використовують у своїй діяльності ознаки зовнішності під час проведення слідчих та процесуальних дій. Проведеним опитуванням працівників правоохоронних органів західного регіону встановлено, що в основному це трапляється під час таких слідчих дій як огляд трупа та пред'явлення для впізнання. Із проаналізованих 400-х кримінальних справ, розглянутих місцевими судами Львівської області, ознаки зовнішності використовувалися під час пред'явлення для впізнання живих осіб у 386 випадках, огляді трупа – 11 і під час складання суб'єктивного портрету – 3 випадки.

Згідно вимоги ст.174 КПК України перед проведенням вказаної слідчої дії слідчому необхідно допитати особу про ознаки того, хто буде пред'являтися для впізнання.

Під час проведення такого допиту слідчими (в деяких випадках дізнавачами) були описані наступні ознаки зовнішності:

- вік зазначався приблизний (21), до певної межі (9), встановлювалися певні вікові межі (147), крім цього були вказівки на суб'єктивну оцінку описуючого (наприклад, молодий мужчина, молодий чоловік, хлопець, жінка (35));
- аналогічно віку проводився опис росту людей: зазначався приблизний (43), точний (8), а також нижню і верхню межі росту людини, яка спостерігалася (181). Крім вказаних випадків опису, були вказівки на визначення росту (напр. високий, невисокий, трохи вищий середнього і ін.(33));
- тілобудова описувалася як худощава (45), середня (36), спортивна (6), худа (3), худорлява (41), плотна (17), коренаста (5), масивна (2), сутула (4), повнувата (11), широкоплеча (1), атлетична (2), нормальна (6);
- голова описувалася за формою (5);
- волосся описувалося за кольором (151), довжиною (97), густиною (2), видом зачіски (8);
- вказувався тип обличчя (7), його форма (наприклад, витягнуте, загострене, відгодоване, видовжене, продовгувате і ін. (96), кольором (24);
- брови описувалися за кольором (4), формою (7);
- очі описувалися за кольором (21), розміром (3) та особливостями (1);
- ніс описувався як короткий (4), гострий (2), прямий (6), звичайний (не курносий) (1), також зазначалося, що основа носа розширена (1) і внизу він піднятий (1);
- губи описувалися як грубі (1), тонкі (1), не тонкі (1), середньої ширини (1), а також було зазначено, що нижня губа була напухла і виступала вперед (1);
- колір зубів був зазначений у протоколі допиту лише раз;
- таку ж кількість разів було зазначено про форму підборіддя;
- вуса і борода були описані за розміром (1) та кольором (3);
- про наявність татуювання на руці було зазначено у двох випадках;
- в одному випадку було зазначено про наявність на грудях і животі волосся.

Як видається із проаналізованих даних протоколів допиту осіб перед проведенням пред'явленням для впізнання, в основному особи, які допитувалися, описували загальні фізичні та анатомічні ознаки і зовсім не зазначали функціональні та особливі ознаки. Однак, незважаючи на значні помилки та неточності під час проведення такого допиту, допитуваними було впізнано значну кількість осіб за описаними раніше ознаками зовнішності, а саме:

- ріст як ознака зовнішності за якою впізнають особу було вказано 69 рази; ще у двох випадках було зазначено, що впізнають саме за середнім ростом, а що розуміють під таким ростом не зазначено;

© Жолнович І., 2006

- вік вказувався 7 разів, в одному випадку було вказано за яким саме віком впізнають особу – приблизно 40 років;
- статура вказувалася 11 разів, тілобудова самостійно зазначалася 37 разів, а також її види: плотна (1), спортивна (3), худорлява (2), середня (1), був один випадок опису живота;
- форма голови зазначалася 6 разів, а форма вух - 1. Як і в попередньому випадку не уточнено конкретних форм впізнаних ознак;
- волосся, можливо, виступало найбільш частою ідентифікуючою ознакою. Воно просто зазначалося (17), вказувалися його довжина (3), колір (15), або він уточнявся як чорний (2), русявий (7), сивий (6), також впізнавалася зачіска (стрижка) (28);
- найбільш по різному у протоколах пред'явлення для впізнання описувалося обличчя: зазначалося просто обличчя (19), обриси, окремі його риси (79), форма (10), її види (овальна, худорлява, видовжена, кругла) (8), колір (1);
- брови та губи були зазначені у двох випадках;
- очі вказувалися самостійно (7), або були зазначені вираз очей (1), їх карий колір (1) і косоокість (1);
- ніс вказувався за будовою (2), формою (продовгуватий, розширений, прямий) (4);
- по одному випадку було описано зуби, вуса, борода, бакенбарди, запалі щоки та відтопиреність вух;
- загалом зовнішність (зовнішній вигляд, зовнішні дані) як сукупність ознак, за якими можна впізнати особу, була вказана у 43 протоколах, і лише у двох випадках було уточнено, що під нею розуміють;
- незважаючи на те, що у протоколах допиту, які передували самому пред'явленню для впізнання не вказувались функціональні ознаки, однак, на їх підставі (голос, розмова і манери руху) один раз було упізнано особу;
- також в одному випадку татуювання виступало ідентифікуючою ознакою.

Продивившись вищевказані випадки опису ознак зовнішності у протоколах проведення пред'явлення для впізнання, можна побачити, що має місце порушення принципів такого опису як послідовність та повнота опису, використання єдиної термінології, а також використання загальних понять, неточностей. Тому, як видається, доцільно вказані вище принципи, доповнити наступними принципами, які мали би у майбутньому удосконалити проведення такого опису, а саме:

1. *точність*. Під час опису деяких ознак зовнішності (наприклад, вік, зріст і ін.) проводиться їхнє визначення або вимірювання, яке повинно бути максимально наближеними до оригіналу, або мати мінімальні допустимі межі.
2. *достовірність*. Описуватися повинні ознаки, які сприймаються органами чуттів. Не можна включати в опис ознаки, які не були побачені, почуті тощо.
3. *конкретність*. Опис не повинен містити такі поняття як зовнішні ознаки, риси обличчя, зовнішній вигляд, тощо. Тому під час опису необхідно уникати загальних назв, конкретно вказувати ознаку зовнішності і її елементи, характеристики.
4. *науковість*. Під час встановлення, фіксації чи дослідження ознак зовнішності необхідно використовувати сучасні досягнення науки (комп'ютерні, лазерні технології), замінюючи ними трудоємні, затратні засоби, тим самим скорочуючи час проведення таких дій. Наприклад, замість довгого процесу пластичної реконструкції обличчя апробована і використовується комп'ютерна програма „Мегаробот".

Незважаючи на „вузьке" використання ознак зовнішності особи слідчими працівниками (про що говорилося раніше), в обвинувальному висновку ознаки зовнішності знаходять своє висвітлення значно ширше. Лише по одній кримінальній справі протокол пред'явлення для впізнання не був зазначений як доказ, що підтверджує вину обвинуваченого, на який посилався слідчий в обвинувальному висновку. Даний факт свідчить про те, що органи досудового розслідування результати пред'явлення для впізнання використовують як важливий доказ встановлення вини особи у вчиненні нею злочину, чого не можна сказати про виготовлення фотокомпозиційного портрету. Факт виготовлення такого суб'єктивного портрету не зазначено в жодному обвинувальному висновку, та наперед зазначаючи, в жодному протоколі судового засідання і вироку. Якщо під час огляду місця

події проводився огляд трупа, то ознаки зовнішності трупа не вказувалися в такому документі також ні разу.

Якщо вести мову про дослідження зовнішності особи під час судового розгляду кримінальних справ, то на такій стадії досліджувався також лише протокол пред'явлення особи для впізнання. Так майже у 69% протоколах судових засідань зазначено факт дослідження під час судового розгляду кримінальних справ протоколу вказаної слідчої дії, і майже у 61% вироках по розглянутих справах зазначено, що вина підсудного підтверджується результатом проведення вищевказаної слідчої дії. Із наведених даних можна побачити, що загалом процент використання ознак зовнішності у суді для встановлення істини становить більше половини. Хоча є незрозумілою ця розбіжність у 8% (більше 30 – ти кримінальних справ), оскільки у цих випадках не було ніяких зауважень у вироках щодо проведення пред'явлення для впізнання. Тільки по одній кримінальній справі у вироку була вказівка що така слідча дія проведена з порушенням ст.174 КПК України: статисти не відповідали ознакам гр. Г., який пред'являвся для впізнання, а саме на відміну від останнього один статист був з вусами та на 10 років старший за нього, а інший – працівником райвідділу, де проводилося впізнання. А в іншому випадку суд порушив законодавство, зазначивши у вироку, як доказ протокол пред'явлення для впізнання, із вказівкою ознак за якими було впізнано особу, не дослідивши протокол під час розгляду справи по суті .

СПОСІБ ВИГОТОВЛЕННЯ ПІДРОБЛЕНИХ ГРОШЕЙ, ДЕРЖАВНИХ ЦІННИХ ПАПЕРІВ, БІЛЕТІВ ДЕРЖАВНИХ ЛОТЕРЕЙ ЯК ЕЛЕМЕНТ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ ФАЛЬШИВОМОНЕТНИЦТВА

Калужна О.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Інформація про способи виготовлення підроблених грошей, державних цінних паперів, білетів державних лотерей фактично характеризує процеси, технології, знаряддя та матеріали, що застосувались для їх кримінального виробництва.

Спосіб виготовлення підроблених грошових знаків, цінних паперів - це інтегральний параметр у фальшивомонетництві. Він слугує критерієм для класифікації підробок при формуванні та веденні їх криміналістичного обліку, експертно-криміналістичних колекцій та картотек. Так, ДНДЕКЦ МВС України веде криміналістичний облік підроблених банкнот за 20 варіантами залежно від способу отримання зображення. Про найрозповсюдженіші способи підроблення експертні підрозділи НБУ та МВС України готують та розсилають методичні рекомендації, орієнтивну інформацію та повідомлення для використання їх в оперативній роботі експертами, слідчими, оперативними працівниками, працівниками комерційних банків, особовим складом митниць. На основі аналізу відомих способів підробки постійно оновлюється дизайн, удосконалюються існуючі, розробляються та впроваджуються нові ступені захисту банкнот, монет та цінних паперів.

Та чи не найважливіший напрям використання відомостей про існуючі та прогнозовані способи виготовлення підроблених грошових знаків, державних цінних паперів (надалі – ДЦП), білетів державних лотерей (надалі – БДЛ) – формування криміналістичної методики розслідування фальшивомонетництва та інформаційне забезпечення розслідування конкретних злочинів. У практичні роботі слідчого відомості про способи підроблення мають цінність довідкової інформації, яка сприяє цілеспрямованості та повноті слідства, допомагає уникати можливих помилок і упущень, полегшує роботу. Уникаючи непотрібних дій, обираючи найбільш раціональний шлях розслідування, слідчий тим самим підвищує ефективність слідства, економить час. Так, на стадії попереднього розслідування відомості про спосіб виготовлення підроблених грошових знаків, ДЦП, БДЛ поруч з іншою криміналістично значимою інформацією, допомагають висунути обгрунтовані версії розслідуваної події, намітити напрямки розслідування та спланувати оперативно-розшукові заходи для пошуку джерела підроблених документів. Адже кожний спосіб підроблення характеризується притаманною йому обстановкою події злочину, тому відомості про нього дозволяють скласти уявлення про предмети, матеріали, речовини, інструменти та обладнання, які використовувались фальшивомонетниками. А це служить гарним орієнтиром для конкретизованого пошуку, виявлення і попередньої перевірки речових доказів, а також до певної міри, і для оцінки бази речових доказів у справах про фальшивомонетництво на достовірність, належність і достатність. Відомості про технології виготовлення підробок є корисними для тактики призначення техніко-криміналістичної експертизи підробок, техніко-технологічної експертизи обладнання, для тактики проведення вербальних слідчих дій спрямованих на доказування послідовного комплексу прийомів, застосованого злочинцями.

Водночас із вищевикладеним треба констатувати, що попри значний вклад вчених-криміналістів у дослідження проблем розслідування фальшивомонетництва, теоретичним питанням способів виготовлення підроблених грошових знаків, ДЦП, БДЛ як елементів криміналістичної характеристики фальшивомонетництва криміналісти приділяти недостатньо уваги. Так, поняття та зміст способів фальшування, питання їх класифікації та систематизації розроблені фрагментарно. Наприклад, О.В.Воробей у дисертації „Криміналістичне дослідження паперових грошей України" відповідно до мети свого дослідження цілком вірно визначає поняття способу підробки паперових гривень НБУ „як систему дій, що виконуються у визначеній послідовності для отримання кінцевого результату – готової підробленої банкноти". Спираючись у цілому на визначення О.В.Воробей, гадаю, що в рамках криміналістичної характеристики фальшивомонетництва поняття способу підроблення

© Калужна О., 2006

грошових знаків, ДЦП, БДЛ потребує викладення, адекватного меті дослідження криміналістичної характеристики фальшивомонетництва.

Зокрема, наприклад, досі дискусійним є питання: чи всякий спосіб підробки грошових знаків, ДЦП, БДЛ автоматично є способом вчинення злочину, передбаченого ст. 199 КК, у формі виготовлення? Деякі дослідники проблематики фальшивомонетництва це питання взагалі залишають поза своєю увагою. Деякі вчені та практики (М.В. Верещак, О.В. Воробей, М.Й. Коржанський, Д.В. Пузанков, С.Б. Шашкін) вважають, що будь-який спосіб підробки є злочинним і для наявності фальшивомонетництва значення не має, при цьому О.В. Воробей та С.Б. Шашкін лише зауважують, що конкретний різновид способу підробки повинен враховуватися при призначенні адекватної міри покарання, оскільки кожному з них властивий різний ступінь суспільної небезпеки. Інші спеціалісти з кримінального права (П.П. Андрушко, В.М. Киричко, М.І. Мельник) та криміналісти (А.С. Ніколаєва, С.Ю. Петряєв), вважають, що способи виготовлення підробок в розумінні фальшивомонетництва можуть бути будь-якими, але лише за умови, що досягається істотна схожість виготовленого фальсифікату зі справжніми грошовими знаками, ДЦП, БДЛ за формою, змістом, кольором, розмірами та іншими параметрами. Таку ж позицію займає Пленум Верховного Суду України, її підтримує і автор цієї статті.

У зв'язку із наведеною дискусією, видається, що варто ретельно з'ясувати поняття та зміст способу виготовлення підроблених грошей, ДЦП, БДЛ. При цьому, на мій погляд, варто виходити з наступних принципових положень.

По-перше, слідуючи меті криміналістики – сприяти своїми науковими досягненнями правоохоронним силам держави у попередженні, розкритті та розслідуванні злочинів, - криміналістичне дослідження способу вчинення злочину на перший план виводить його інформативні риси та ведеться з позицій системно-структурного, системно-компонентного та системно-функціонального підходів. Для опису способів вчинення злочинів у криміналістичній характеристиці окремих видів злочинів найпридатнішим є системно-компонентний підхід, за якого у способі вчинення злочину виділяються складові, які входять до його субструктури. Так, А.Н. Васільєв, Р.С. Бєлкін, Г.Г. Зуйков у способі вчинення злочину виділяють: 1) дії, прийоми, операції по підготовці вчиненню і прихованню злочину, об'єднані єдиним мотивом і метою; 2) час і місце вчинення дій; 3) знаряддя і засоби, що використовуються для вчинення злочину; 4) злочинний результат (наслідки вчинення злочину), тобто сліди застосування певного способу, які є джерелом інформації про дії злочинця і його особу. Компонентний опис способу вчинення злочину проливає світло на закономірності виникнення слідів злочину, тому він є криміналістичним та найбільш пристосованим для використання у пошуково-доказовій діяльності. За слідами-відображеннями компонентний підхід дозволяє вияснити знаряддя, характер дій та характеристику злочинця, інші обставини способу вчинення злочину, що безперечно допомагає виявленню, перевірці і оцінці доказів, які прямо чи опосередковано встановлюють предмет доказування по справі. І навпаки, відомості про прийоми, динаміку, технології дій, що характерні для певного способу сприяють прийняттю тактичних рішень для встановлення характеру та ступеня участі кожного із співучасників у злочині, для пошуку знарядь, засобів та слідів злочину. При цьому певний характер дій злочинця підрозуміває використання певних знарядь та засобів, і навпаки, наявність у злочинця реальних засобів, що можуть бути використані для вчинення злочину, визначає обрання відповідних дій.

По-друге, способи виготовлення підроблених грошей, ДЦП, БДЛ мають ту специфіку, що вони обумовлені нормою права. Те, що їх особливості не конкретизовані текстуально у ст. 199 КК, ще не дозволяє ними нівелювати у рамках дослідження фальшивомонетництва як окремого виду злочинної діяльності. Говорити про певний спосіб підробки грошей, ДЦП, БДЛ як про спосіб фальшивомонетництва можна лише за умови, коли він буде розглядатися як елемент об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 199 КК, у формі виготовлення. Причому таким його можна назвати, якщо у зв'язку з ним будуть наявними також об'єкт та предмет злочину. А зі системного тлумачення диспозиції ст. 199 КК випливає, що певний спосіб виготовлення підроблених грошей, ДЦП, БДЛ є способом фальшивомонетництва, якщо у його результаті створюються підроблені грошові знаки, ДЦП, БДЛ, які за об'єктивними якісними характеристиками є істотно схожими з оригіналами та придатними до перебування в обігу. Пленум ВСУ у абз.1 п.5 постанови від 12.04.1996 р. №6 роз'яснив, що «склад фальшивомонетництва утворює як повна імітація грошового знака чи ДЦП, так і істотна фальсифікація тим чи іншими способом справжніх грошових знаків чи ДЦП, що робить можливим досягнення мети їх збуту і, за задумом винного, у звичайних умовах ускладнює або зовсім виключає виявлення підробки». Іншими словами, підроблені грошові знаки,

ДЦП, БДЛ мають бути настільки схожими на оригінали, щоб вони фактично могли бути видані за дійсні як під час збуту, так і, надійшовши внаслідок збуту в обіг, далі могли сприйматися наче справжні.

Тому криміналістичний зміст та поняття способу виготовлення підроблених грошей, ДЦП, БДЛ потребує уточнення в сторону включення до його структури ознак злочинного результату застосування певних прийомів. Це розширить можливості розпізнавання способів підробки характерних для фальшивомонетництва в конкретних ситуаціях та їх відмежування від способів вчинення суміжних злочинів.

Отже, *спосіб виготовлення підроблених грошових знаків, ДЦП, БДЛ* – це система дій, що виконуються у визначеній послідовності для отримання кінцевого результату – підроблених грошових знаків, ДЦП, БДЛ, які об'єктивно мають істотну схожість з оригіналами та придатні до перебування в обігу. При умові забезпечення належної якості зображення, наявності основних реквізитів на підроблених грошових знаках, ДЦП, БДЛ, різновид способу їх виготовлення на кваліфікацію за ст. 199 КК України не впливає. В іншому разі, якщо внаслідок застосованого способу підроблення виготовлено підроблені грошові знаки, ДЦП, БДЛ з істотними відмінностями від оригіналів, які утруднюють їх збут та перебування в обігу, то такі випадки за наявності інших необхідних умов підпадають під ознаки шахрайства.

Експертна практика НДЕКЦ при УМВС України у Львівській області за 2000-2004 рр. показує, що понад 90% вилучених підроблених грошових знаків мають високий ступінь подібності до оригіналів. Вони виготовлені сучасними засобами репрографії і поліграфічної техніки, імітують більшість елементів захисту. Простежуючи частоту появи того чи іншого способу підроблення історично, спостерігається зникнення деяких з них, інші ж залишаються поширеними протягом тривалого періоду. Зараз практично не зустрічаються такі поширені у 60-80 роках XX ст. способи як фотографічний, малювання, поліграфічний з гравірованих металевих друкарських форм. В ногу з технічним прогресом і з достатком на ринку сучасних засобів кольорового копіювання (електрофотографічних пристроїв, струменевих та термопринтерів), новітньої поліграфічної техніки, освоєнням технологій виготовлення паперу, подібного за своїми властивостями до емісійного, доступністю для придбання відповідного обладнання і матеріалів, сучасні способи виготовлення підроблених банкнот і цінних паперів постійно оновлюються та стають витонченішими.

КРИМІНАЛІСТИЧНА МЕТОДИКИ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ. ЧИ ВОНА ПОТРІБНА?

Когутич І.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Поняття „криміналістична методика" містить у собі родове поняття „методика". У семантичному розумінні методика – це сукупність взаємопов'язаних способів та прийомів доцільного проведення будь-якої роботи Сутність родового поняття „методика" в криміналістиці незмінна.

Традиційно криміналістична методика розглядала три комплекси проблем: особливості розкриття, розслідування й попередження злочинів криміналістичними засобами як взаємопов'язаний і взаємозалежний процес доказування у кримінальній справі

Останнім часом у науці криміналістиці прослідковується тенденція до перегляду предмета криміналістичної методики як і, до речі криміналістичної техніки і тактики. Зокрема наголошується на необхідності дослідження й розробки у надрах криміналістики прийомів і методів не тільки щодо уефективлення досудового розслідування, а також процесу судового розгляду кримінальних справ.

Так Р.С. Бєлкін окрім того, що запропонував всі три розділи науки криміналістики називати словосполученням із складовою „криміналістична": „криміналістична техніка", „криміналістична тактика", „криміналістична методика", ще й наголосив в унісон із Л.Є.Ароцкером на потребі поширення напрацювань криміналістики не тільки на досудове розслідування, але й судовий розгляд кримінальних справ. Оскільки як він вважає що: „судову криміналістику" тепер вже ніхто скасувати чи закрити не зможе.

І.О. Возгрін, що підхопив цю ідею, також вважає виправданим за необхідне називати цей розділ „криміналістична методика", оскільки „у такий спосіб буде встановлено однопорядкову назву всіх основних розділів науки криміналістики – криміналістична техніка, криміналістична (слідча) тактика і криміналістична методика. Це уточнення розширює її предмет і дозволяє розпочати в рамках криміналістики вивчення ще одного напряму організації й здійснення слідства, а саме судового слідства окремих видів злочинів".

Видається, що така позиція має перспективу, оскільки обумовлена потребами судово-слідчої практики.

Які аргументи:

1. Діяльність суду у вирішенні ним кримінальних справ, а також прокурора з підтримання державного обвинувачення і професійного захисника в суді першої інстанції складна і багатоетапна. Ця їх діяльність, незалежно від відмінних виконуваних цими суб'єктами кримінального провадження процесуальних функцій, здійснюється для досягнення основної мети кримінального судочинства. Зокрема, такого застосування Закону, яке б забезпечувало, з одного боку, притягнення до кримінальної відповідальності кожного, хто вчинив злочин, а з іншого – гарантувало б від безпідставного покарання невинних у його вчиненні. А досягти цього можна лише шляхом забезпечення кожним із них всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин, що підлягають доказуванню у кримінальних справах різних категорій. А це можливо зробити, у значній мірі за умови використання ними науково обґрунтованих рекомендацій криміналістичної науки з організації, планування і здійснення судового розгляду таких справ.
2. Саме через напрацьовану у майбутньому методику розгляду справ судом, як свого часу через методику розслідування злочинів, відбуватиметься практична реалізація рекомендацій щодо застосування у ході судового розгляду кримінальних справ положень криміналістичної техніки і тактики.
3. Головним завданням криміналістичної методики судового розгляду кримінальних справ як частини наукового знання виступатиме розробка науково обґрунтованих прийомів і методів дослідження обставин в суді у контексті реалізації його учасниками принципу змагальності.

© Когутич І., 2006

Тим не менш констатуємо, що, робота з розробки таких методик у криміналістичній науці, а це її безпосереднє завдання, майже не проводиться. Що ж до окремих методик підтримання державного обвинувачення у кримінальних справах деяких видів злочинів, то такі вже запропоновано у спеціальній літературі.

Методику судового розгляду кримінальних справ розглядатимуть як складову частина криміналістичної методики, що вивчає організацію та здійснення судового провадження у кримінальних справах з метою напрацювання у відповідності з вимогами закону науково обґрунтованих рекомендацій щодо найбільш ефективного їх розгляду.

Окрім цього методика судового розгляду кримінальних справ матиме й інший аспект, так званий прикладний, а саме, як безпосередній процес розгляду кримінальних справ в суді першої інстанції, тобто – специфічну діяльність уповноважених законом органів та осіб, що здійснюється на підставі застосування засобів криміналістичної техніки, прийомів криміналістичної тактики, системи методичних рекомендацій щодо судового розгляду кримінальних справ про окремі види (групи) суспільно-небезпечних діянь.

Саме у зв'язку цих двох напрямів – практичного і теоретичного – криміналістична методика судового розгляду кримінальних справ виявлятиме, як видається, своє призначення, сприяючи розробці наукових рекомендацій здійснення цього процесу і запровадженню їх у судочинну практику.

Використовуючи за аналогією систему методики розслідування злочинів, а також характер закономірностей, що вивчатимуться криміналістичною методикою, можна запропонувати двохелементну її систему:

1. Загальна частина – це, так звані, загальні положення методики судового розгляду кримінальних справ, утворених теоретичними основами методики, а саме, її предметом, метою і завданнями, системою; історією і джерелами утворення; співвідношенням із іншими складовими криміналістичної методики; загальними правилами (принципами) побудови та основними положеннями окремих методик судового розгляду кримінальних справ із диференціюванням їх за певними категоріями справ (щодо видів чи груп злочинів)та за головними суб'єктами судового розгляду (суду, державного обвинувача, професійного захисника) тощо. Крім як теоретичного значення загальна частина має також, як видається, й практичне значення, оскільки саме від того, наскільки науково обґрунтованими є її загальні положення як складові загальних положень криміналістичної методики, залежить ефективність розробки і використання на практиці окремих методик судового розгляду певних категорій кримінальних справ.
2. Особлива частина, яка буде утворена окремими методиками судового розгляду кримінальних справ певних категорій. Вони являтимуть собою науково обґрунтовані системи методичних рекомендацій для суду, державного обвинувача і професійного захисника з підготовки та безпосереднього здійснення ними судового розгляду кримінальних справ щодо окремих видів (груп) злочинів.

Рекомендації, що будуть напрацьовані в рамках першого розділу, стосуватимуться вивчення, узагальнення слідчої й судової практики, виокремлення, перш за все, типових, і таких, що більш або менш часто повторюються судових ситуацій, які зустрічаються у багатьох або навіть у всіх категоріях справ. Для судового слідства найхарактернішими і такими, що нагально вимагають напрацювання криміналістичних рекомендацій, є три такі ситуації, з якими, наразі, найчастіше і найпроблемніше стикаються практики: необхідність заповнення у суді прогалин досудового розслідування; наявність неусунених протиріч у доказовому матеріалі; дослідження доказів, які суттєво змінились у ході судового розгляду в порівнянні із досудовим розслідуванням.

Різноманіття злочинів, передбачених Кримінальним Кодексом України, припускає необхідність існування певного комплексу окремих методик не тільки щодо їх розслідування, а й судового розгляду щодо них кримінальних справ.

Так чи інакше кожна окрема методика повинна містити рекомендації пошуку відповідей на такі запитання:

– Що потрібно встановлювати у конкретній категорії справ; яке коло обставин підлягає встановленню (доказуванню), виходячи із норми ст. 64 КПК України, положень

кримінально-правової, криміналістичної, кримінологічної та психологічної характеристик відповідного роду, виду чи підвиду злочинів;

- Як, яким шляхом, за допомогою яких, першочергово, процесуальних дій будуть з'ясовуватися зазначені обставини (це значною мірою залежить від слідчої ситуації, що формується у справі, найбільш розповсюджені з яких - типові - також повинні знайти відображення в окремій методиці);
- У якій послідовності повинні бути виконані згадані процесуальні слідчі дії; як тактично, і за допомогою яких технічних засобів вони будуть здійснюватися;
- Для сторін, що беруть участь у справі, насамперед - обвинувачення і захисту – важливим є ще один аспект методики: як передбачувані результати дослідження доказів можуть відобразитись на формуванні позиції кожної з них і використовуватися в судових дебатах.

ПРОКУРОРСЬКА ДІЯЛЬНІСТЬ У СФЕРІ РЕАЛІЗАЦІЇ ЕКОЛОГІЧНОЇ ФУНКЦІЇ ДЕРЖАВИ: МЕТОДОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ

Козьяков І.

Академія прокуратури України

Одним із гарантованих у ст. 50 Конституції України природних прав людини, необхідних для її фізичного існування, є право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди. Існування такої конституційної норми для України, як ні для якої іншої країни світу, є глибоко актуальним, оскільки пов'язано з трагедією планетарного масштабу - Чорнобильською катастрофою, подолання наслідків якої визнано конституційним обов'язком нашої держави. Крім цього, держава бере на себе обов'язок забезпечення екологічної безпеки І підтримання екологічної рівноваги на території України (ч. 1 ст. 16 Конституції України).

Діяльність органів прокуратури є однією з найефективніших гарантій права громадян на безпечне довкілля. її завданням Закон України «Про прокуратуру» (п.2 ст.4) визначає захист від неправомірних посягань соціальних, економічних, політичних, особистих прав та свобод людини і громадянина. Прокуратура входить до загальної системи державних органів, призваних реалізувати гарантовані державою права і свободи людини, одночасно доповнюючи та посилюючи її.

В умовах сьогоднішнього послаблення адміністративного впливу держави в галузі охорони довкілля і ще не повного використання як економічних важелів, так і інституту юридичної відповідальності прокурорський нагляд може стати засобом достатньо ефективного державного забезпечення вимог охорони довкілля як суб'єктами господарювання, так і органами державного управління, в тому числі й екологічного контролю навіть в умовах трансформації повноважень прокуратури відповідно до ст. 121 Конституції України.

Основний зміст діяльності прокуратури полягає у нагляді за додержанням законів, які регулюють різноманітні блоки соціально-економічного життя суспільства, що, по суті, має забезпечити точне і однакове їх застосування. Прокурорський нагляд здійснюється від імені держави - України, репрезентує і захищає суспільні інтереси та інтереси фізичних і юридичних осіб. Визначаючи особливості нагляду в екологічній сфері В. Бабенко, М. Руденко розглядають його як «вид державної діяльності, через яку органи влади здійснюють свій контроль за реалізацією в правозастосуванні принципу верховенства права», або як «одну з форм соціального контролю в суспільстві».

Аксіоматичною вважається взаємозалежність між станом захищеності прав і свобод особи та рівнем законності і правопорядку в країні, розвитком державних Інституцій, здатних забезпечити захист життєво важливих, передусім екологічних, інтересів. Не випадково, одна з конституційних функцій прокуратури пов'язана з представництвом інтересів громадянина або держави в суді.

Останнім . часом увага науковців у структурі прокурорського представництва зосереджена на проблемі інтересу. Чи передбачав законодавець, що використання у п. 2 ст. 121 Конституції України цього поняття зумовить виникнення проблеми в правозастосуванні та юридичній науці? Адже з часом вона навіть стала предметом розгляду Конституційного Суду України, який здійснив спробу з'ясування цієї категорії. Проте в науковій літературі поки що не напрацьований адекватний понятійний інструментарій, необхідний для юридичного обґрунтування термінів «інтерес», «інтереси громадянина» та «інтереси держави».

Ще в давнину відзначалася величезна роль інтересу як спонукальної сили для здійснення дій, які визначені свідомістю. Наведу лише відомий давньоримський вислів: «Кожна людина турбується перед усе про свій власний інтерес», Гегелю належить твердження: ніщо не здійснюється, минаючи людські інтереси. Тобто в основі будь-яких дій, рішень людини лежать ті чи інші інтереси (особистості, групи людей, суспільства, держави). Інтереси виражають спонукальний мотив будь-якої людської діяльності і разом з тим вони утворюються економічними відносинами людей, отже, носять об'єктивний характер.

Більшість учених розглядають інтерес як єдність об'єктивного змісту і суб'єктивної форми. При цьому вони обґрунтовано виходять з визнання об'єктивної, матеріальної обумовленості інтересів і про можливість практичної реалізації інтересів лише під час їх суб'єктивного усвідомлення. Це суспільна

© Козьяков І., 2006

єдність об'єктивного і суб'єктивного, оскільки, з одного боку, вони мають матеріальні основи, а з іншого - завжди так чи інакше, більш-менш глибоко, правильно або неправильно відображаються у свідомості й оформляються у ній як визначені цілі. Слово «інтерес» походить від латинського interest - мати значення. Це загальноприйняте семантичне визначення. Однак у латині існує також «interesse» (дослівно -бути в середині). Під впливом мовних різночитань Є. Фролов розглядає інтерес як «ядро, зміст» суспільних відносин, вважаючи ці поняття синонімами.

У сучасній філософській літературі поняття «інтерес» розглядається не лише як об'єктивна причина діяльності суб'єкта (людини, суспільства), спрямована на задоволення певних потреб. У ціннісному аспекті філософи визначають поняття, яке характеризує дещо об'єктивно значиме, потрібне для індивіда суспільства. Отже, цінність як філософська категорія - це те, що почуття і розум людей диктують визнати особливо вагомим з усього і до чого можна прагнути, ставитися з повагою і визнавати як обов'язкове. Саме, аксіологічний підхід використаний законодавцем, згідно з яким національні інтереси визначені як життєво важливі матеріальні, інтелектуальні і духовні цінності Українського народу – носія суверенітету і єдиного джерела влади в Україні, визначальні потреби суспільства і держави, реалізація яких гарантує державний суверенітет України та її прогресивний розвиток. Серед пріоритетів національних інтересів вирізняються забезпечення екологічно та техногенно безпечних умов життєдіяльності громадян і суспільства, збереження навколишнього природного середовища та раціональне використання природних ресурсів.

Загальновідомо, що стан захищеності прав, свобод та інтересів може характеризуватися високим рівнем законності і правопорядку в країні, розвитком усіх ланок державних інституцій них, суспільних утворень щодо захисту життєво важливих, у тому числі екологічних інтересів. У контексті нашого аналізу екологічні інтереси уточнюються Законом України «Про основи національної безпеки України» від 19 червня 2003 р. №964-IV зі спрямуванням на захист національних інтересів і гарантування в Україні безпеки особи, суспільства і держави від зовнішніх і внутрішніх загроз в усіх сферах життєдіяльності. Зі змісту ст. 7 зазначеного закону випливає, що існують реальні загрози цим інтересам, зокрема в екологічній сфері, а саме:

- значне антропогенне порушення і техногенна перевантаженість території України, зростання ризиків виникнення надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру;
- нераціональне, виснажливе використання мінерально-сировинних природних ресурсів як не відновлюваних, так і відновлюваних;
- неподоланність негативних соціально-екологічних наслідків Чорнобильської катастрофи;
- погіршення екологічного стану водних басейнів, загострення проблеми транскордонних забруднень та зниження якості води;
- загострення техногенного стану гідротехнічних споруд каскаду водосховищ на р. Дніпро;
- неконтрольоване ввезення в Україну екологічно небезпечних технологій, речовин, матеріалів і трансгенних рослин, збудників хвороб, небезпечних для людей, тварин, рослин- та організмів, екологічно необгрунтоване використання генетично змінених рослин і похідних продуктів;
- неефективність заходів щодо подолання негативних наслідків військової та іншої екологічно небезпечної діяльності;
- небезпека техногенного, у тому числі ядерного та біологічного тероризму;
- посилення впливу шкідливих генетичних ефектів у популяціях живих організмів, зокрема генетично змінених організмів, та біотехнологій:
- застарілість та недостатня ефективність комплексів з утилізації токсичних і екологічно небезпечних відходів.

Разом з тим, юридична модель захищеності державних, суспільних та особистих інтересів, що створена на теоретичному рівні, сама по собі ще не гарантує реальної захищеності прав цих суб'єктів, у тому числі й на рівні юрисдикційного захисту. Особливо це стосується сфери, що розглядається, - прокурорської діяльності, спрямованої на захист екологічних інтересів особи, суспільства та держави.

Таке становище зумовлюється існуванням низки чинників. По-перше, екологічні Інтереси, виходячи з їхньої об'єктивної природи, є категорією перманентною, безперервно змінюваною, яка відображає досить мінливі й не передбачувані об'єктивні та суб'єктивні (природні та техногенні) екологічні загрози. По-друге, категорія «екологічні інтереси» досить узагальнена і змістовно чітко не визначена у чинному законодавстві, навіть якщо вона визначається через категорію законних інтересів. По-третє, досить складною є персоніфікація екологічних інтересів, через що їх визнають

приналежними усім громадянам, суспільству, державі. По-четверте, чинне законодавство не містить чіткої класифікації екологічних інтересів стосовно об'єктів, які мають забезпечувати їхній захист, а відтак казати про їхню захищеність або незахищеність у цьому сенсі недоречно. По-п'яте, екологічні інтереси не гарантуються конкретними нормами, а лише випливають із мети, завдань і характеру екологічних правовідносин і норм законодавства про охорону довкілля. Нарешті, екологічні інтереси реалізуються у процесі здійснення сукупності екологічних заходів: організаційних, технічних, технологічних, превентивних та у процесі забезпечення природозахисної законності у державі на відміну від екологічних прав, порушення яких дає підстави для їх поновлення та захисту в юрисдикційному порядку.

На сучасному етапі державотворення з урахуванням геополітичної і внутрішньої обстановки в Україні реалізація екологічної функції в діяльності прокуратури має бути зосереджена на своєчасному виявленні, попередженні і нейтралізації зовнішніх і внутрішніх загроз, що виникають в екологічній сфері. Насамперед ця діяльність має здійснюватись у межах повноважень, визначених Конституцією України і Законом України «Про прокуратуру» та бути спрямована на реалізацію юридичної екологічної відповідальності як протидії екологічним правопорушенням. Той чи інший екологічно небезпечний вид діяльності у чинному законодавстві кореспондується з конкретним правопорушенням. У такий спосіб передбачається можливість застосування за їх вчинення превентивної і ретроспективної юридичної відповідальності у вигляді цивільної (майнової), економічної (фінансової), дисциплінарної, адміністративної та кримінальної відповідальності. Тому при здійсненні прокурорської діяльності актуалізація дій, спрямованих на екологічний захист громадян, підтримання безпечного для їх життя і здоров'я навколишнього природного середовища та його відповідність конституційному праву людини і громадянина на екологічну безпеку видається соціально виправданою. А якщо врахувати реальну ситуацію та механізм державно-правового регулювання у цій сфері, забезпечення екологічної функції держави формами й методами прокурорської діяльності - теоретично обґрунтованим і практично зрозумілим.

ОСКАРЖЕННЯ ДО СУДУ ДІЙ І РІШЕНЬ ОРГАНУ ДІЗНАННЯ, СЛІДЧОГО, ПРОКУРОРА НА СТАДІЇ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

Крикунов О.

Волинський державний університет імені Лесі Українки

Захист прав і свобод людини не може бути надійним без надання зацікавленим особам можливості оскаржити окремі процесуальні дії (бездіяльність) та рішення посадових осіб, які здійснюють досудове розслідування справи. Реалізувати цю можливість особа може саме в суді, оскільки він є незалежним, не має відомчих інтересів у питаннях боротьби зі злочинністю і тому є найбільш надійним гарантом прав особи, яка потрапила до сфери кримінального судочинства. Тому цілком логічно, що у нормах Конституції контроль за законністю та обґрунтованістю застосування органами досудового розслідування тримання під вартою як тимчасового запобіжного заходу (ст. 29), проведення огляду чи обшуку у житлі чи іншому володінні особи (ст. 30), перегляду кореспонденції чи прослуховування телефонних розмов (ст. 31) віднесений до компетенції судової влади. При цьому необхідно виходити з закріпленого Конституцією України правового статусу людини та громадянина, обмеження якого законом і судом можливе лише тимчасово в тій частині, в якій це необхідно для запобігання та розкриття злочинів, встановлення істини у кримінальній справі. У ст.55 Конституції України кожному гарантовано право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Дія вказаної норми звичайно поширюється і на сферу кримінального судочинства.

Як свідчать дані судової статистики, за останні роки контроль суду за діяльністю органів, які ведуть досудове розслідування, істотно зріс. Так, в 2001 р. судами України було розглянуто 48 494 подання слідчих органів з різних питань (що, зрозуміло, означає контроль суду за діями і рішеннями органів досудового розслідування), з яких задоволене 45 481 (відмолено в задоволенні 3 013 подань). Серед них було 26 937 подань про обрання такого запобіжного заходу, як взяття під варту. У 2 373 випадках суди відмовили у взятті під варту підозрюваних та обвинувачених. В цьому ж році в суди надійшло 5 049 скарг на дії слідчих органів, з яких 2 189 скарг (43,3%) було задоволене .

Слід погодитися з думкою тих авторів, які вважають, що здійснення судом контролю за законністю і обґрунтованістю дій і рішень органів досудового розслідування є самостійною функцією судової влади, яку здійснюють виключно суди. Зрозуміло, що правосуддя, як основна функція судової влади, та судовий контроль мають багато спільного. Але поряд із загальними рисами є також і суттєві відмінності – різні форми діяльності судова влада; неоднакове їх функціональне призначення. Аналізуючи контрольну діяльність суду на підставі норм Конституції України та КПК, можна виділити наступні ознаки, якими характеризується, власне, контрольна функція суду. Зокрема, 1) при здійсненні контрольної діяльності не вирішується питання про винність або невинність особи, притягнутої до кримінальної відповідальності; 2) основним предметом цієї діяльності є дозвіл суду на застосування до осіб заходів процесуального примусу, які обмежують конституційні права особи на особисту свободу, таємницю кореспонденції, недоторканність житла, а також щодо усунення захисника з окремих підстав або перевірка оскаржених постанов слідчих, органів дізнання, прокурорів; 3) тільки різні судді можуть виконувати функції судового контролю та правосуддя згідно п.2-1 ст.54 КПК України.

Судовий контроль в рамках досудового розслідування кримінальної справи здійснюється в наступних напрямках (формах): 1) розгляд і вирішення скарг учасників процесу на дії і рішення слідчого та прокурора; 2) надання дозволу на проведення окремих заходів процесуального примусу щодо підозрюваного (обвинуваченого) та обмеження його конституційних прав і свобод; а також обмеження конституційних прав на недоторканність житла, таємниці кореспонденції інших осіб, усунення захисника.

У даному дослідженні ми розглянемо теоретичні та практичні проблеми подання, розгляду і вирішення скарг учасників процесу на дії і рішення слідчого та прокурора.

Розпочнемо аналіз із звернення до Рішення Конституційного Суду України у справі про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора від 30 січня 2003 р. № 3-рп/2003. Не висвітлюючи мотивацію Конституційного Суду України через обмежений обсяг даного виступу, зауважимо, що цей

© Крикунов О., 2006

орган визнав такими, що не відповідають Конституції України положення ч.6 статті 234, ч.3 статті 236 КПК України, які унеможливлюють розгляд судом на стадії досудового слідства скарг на постанови слідчого, прокурора, порушуючи цим самим конституційне право на судовий захист.

Доречно звернути увагу на ст.110 КПК України "Оскарження дій і постанов органів дізнання", ч.3 якої за своїм приписом тотожна із вказаними нормами КПК, що були визнані неконституційними, відрізняючись лише суб'єктом, дії і рішення якого оскаржуються. На наш погляд, вказана норма не підлягає застосуванню, хоча Конституційний Суд України окремо її не тлумачив і вона не була виключена із складу КПК України. Проте тут має використовуватися аналогія кримінально-процесуального закону, тому постанови органів дізнання можуть бути оскаржені і судовому порядку на стадії досудового розслідування.

Одночасно Конституційний Суд мотивував позицію, згідно із якою суд не повинен перевіряти постанову про притягнення як обвинуваченого під час стадії досудового розслідування, оскільки така перевірка фактично означатиме перевірку достатності зібраних у справі доказів ще до закінчення досудового слідства і передрішення питання щодо винуватості особи у вчиненні злочину ще до розгляду кримінальної справи по суті. Проте згідно з конституційним принципом презумпції невинуватості особа вважається невинуватою у вчиненні злочину, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду (частина перша статті 62 Конституції України. Таким чином, розглядаючи на стадії досудового слідства скарги на постанови слідчого і прокурора про притягнення як обвинуваченого, суд замість здійснення судового контролю досудового слідства виконуватиме функцію судового розгляду кримінальної справи по суті всупереч порядку, визначеному КПК України на засадах, встановлених ст.ст. 59, 61, ч.1-3 ст. 62, ст. 63, ч.1 ст. 64, п. 1 ст. 121, ст.ст.124, 129 Конституції України.

Підсумовуючи усе наведене, можемо зробити висновок, що на стадії досудового розслідування дії та рішення органів дізнання, слідчих та прокурорів можуть бути негайно оскаржені у місцевий суд, який повинен їх розглянути і вирішити, за винятком постанови про притягнення як обвинуваченого, яку суд не повинен перевіряти під час стадії досудового слідства.

На наш погляд, таке регулювання кримінально-процесуальних відносин по оскарженню на досудовому слідстві відповідає нормам міжнародного права, Конституції України та принципам кримінально-процесуального права. Проте як має реалізувати своє право на оскарження заінтересована особа законодавець не вирішив – загальної процесуальної норми щодо порядку подання та розгляду і вирішення скарги у судовому порядку у КПК України немає. Є лише декілька різних норм, які регулюють процедуру подання та вирішення судом скарги на постанову про скасування чи відмову у застосуванні заходів забезпечення безпеки учасника кримінальної справи (ст.52-5 КПК України), на затримання особи за підозрою (ст.106 КПК України), постанови про відмову у порушенні кримінальної справи (ст.236-1 – 236-2 КПК України), постанову про закриття кримінальної справи (ст.ст.236-5 – 236-6 КПК України). Кожна з вказаних норм відрізняється від іншої строком та порядком розгляду скарги судом. Якою ж саме нормою слід користуватися за аналогією законодавчо не визначено.

З огляду на висловлене доречно навести рекомендацію Пленуму Верховного Суду України щодо порядку оскарження постанови про порушення кримінальної справи та вирішення такої скарги, що також не визначені у законі . Цей орган визнав правильною практику тих судів, які при розгляді зазначеної категорії скарг додержуються порядку, визначеного у ст. 236-2 КПК для розгляду скарг на постанови про відмову в порушенні кримінальної справи (п.4 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 11 лютого 2005 р. № 1 "Про деякі питання, що виникають під час розгляду судами України скарг на постанови органів дізнання, слідчого, прокурора про порушення кримінальної справи". Якщо керуватися вказаною нормою та нерозривно із нею пов'язаною ст. 236-1 КПК, то скарга на постанову органу дізнання, слідчого, прокурора про порушення кримінальної справи мала б подаватися особою, інтересів якої вона стосується, або її представником до місцевого суду за місцем розташування органу або роботи посадової особи, яка винесла постанову, протягом семи днів з дня отримання копії постанови чи повідомлення прокурора про відмову в скасуванні постанови. І ми одразу стикаємося з новою складністю щодо оскарження постанови про порушення кримінальної справи – законодавець встановлює для слідчого обов'язок повідомляти про порушення кримінальної справи лише прокурора (ст.98, 100 КПК України). Очевидно, що слід поширити вказаний обов'язок також і на особу, щодо якої порушено кримінальну справу, її законного представника, потерпілого від злочину, доповнивши відповідним положенням ст. 98 КПК України.

Скарга на постанову прокурора, слідчого, органу дізнання про порушенні кримінальної справи повинна розглядатися суддею одноособово не пізніше десяти днів з дня її надходження до суду. Суддя витребує матеріали, на підставі яких було порушено справу, знайомиться з ними і повідомляє прокурора та особу, яка подала скаргу, про час її розгляду. В разі необхідності суддя заслуховує пояснення особи, яка подала скаргу, і вирішує її у нарадчій кімнаті.

На наш погляд, Пленум Верховного Суду у своїй рекомендації керувався зрозумілим зв'язком між порушенням кримінальної справи та відмовою у її порушенні. Однак, Пленум не висловив своєї позиції щодо того, чи можна використати таку рекомендацію і до інших категорій скарг на дії та рішення органів дізнання, слідства та прокурора. Тож питання на разі відкрите. На наш погляд, якщо обирати універсальний порядок щодо оскарження постанов органів, які ведуть досудове слідство, користуючись існуючими нормами КПК, слід використовувати процедуру оскарження постанови про закриття кримінальної справи. Адже у цій статті передбачено більш стислий, аніж у ст. 236-2 КПК України, строк вирішення скарги – зокрема, 5 днів з моменту надходження матеріалів справи в суд, який може бути продовжено до 10 днів у разі складності справи, тобто у винятковому випадку.

КПК України передбачає і більш стислі строки для оскарження. Зокрема, ст. 52-5 КПК передбачає обов'язок суду негайно розглянути та вирішити відповідну скаргу. Однак видається, що зрозуміла поспішність при вирішенні питання про забезпечення безпеки учасника кримінального судочинства не завжди доречна при вирішенні інших скарг на дії органів, що ведуть досудове розслідування, оскільки необхідним може бути відібрання пояснень від слідчого, прокурора, скаржника тощо, ознайомлення із матеріалами кримінальної справи тощо. Не слід забувати й про те, що забезпечити негайний розгляд скарг у всіх випадках нереально через перевантаження суддів та недостатню укомплектованість судового корпусу.

Згідно із ст.106, 165-2 КПК України скарга на затримання за підозрою розглядається суддею одночасно з поданням органу дізнання про обрання запобіжного заходу, тобто протягом 72 годин з моменту затримання. Якщо скарга надійшла після обрання запобіжного заходу, вона розглядається суддею протягом трьох діб з часу надходження. Якщо подання не надійшло або коли скарга надійшла після закінчення сімдесятидвогодинного строку після затримання – тобто коли особа була звільнена від затримання - скарга на затримання розглядається суддею протягом п'яти діб з часу надходження.

Аналізуючи вказані норми, можна зробити наступні висновки. Знову ж таки скорочений до 72 годин чи трьох діб строк розгляду і вирішення скарги пов'язується із екстраординарною ситуацією, коли обмежено свободу підозрюваного. А тоді має бути виконано і ч.2 ст. 29 Конституції України: затримана особа негайно звільняється, якщо протягом сімдесяти двох годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою.

Коли ж затримана особа звільнена, то її скарга розглядається у строк до п'яти діб. Видається, що саме цей строк законодавець визнав адекватним для судового захисту фундаментального конституційного права на свободу та особисту недоторканність та достатнім для прийняття законного і обґрунтованого рішення по скарзі. Тож виправданим буде використання такого ж підходу до розв'язання усіх скарг. Вказані аргументи дозволяють підтримати висловлену вище пропозицію і запропонувати встановити п'ятиденний, а у випадку складності справи - десятиденний строк розгляду і вирішення суддею скарг на дії органів, які ведуть досудове розслідування.

Отже, вказане дослідження дає підстави визнати існуючий зараз правовий режим судового оскарження дій і рішень органів, які здійснюють досудове розслідування, у цілому наближеним до рівня міжнародно-правових стандартів, однак він все ж вимагає подальшого удосконалення, у висловлених нами напрямках та формах.

СЛІДЧІ ДІЇ У СУДОВОМУ РОЗГЛЯДІ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ

Маланюк А.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Судовий розгляд, як відзначав М. Строгович, – це самостійне дослідження і обговорення судом усіх обставин справи, що розглядається, самостійний розгляд всіх доказів у їх першоджерелах. Здійснення цієї діяльності обумовило надання суду широких можливостей щодо пізнання обставин справи, першими серед яких слід виділити слідчі дії. При цьому у трактуванні терміну „слідча дія" необхідно виходити не з розуміння суб'єкта, який її виконує, - слідчого, а із змісту діяльності, яку вони складають і яким виступає „слідство" як досудове, так і судове.

У співвідношенні досудового і судового слідства, останнє передбачає проведення більш вужчого кола слідчий дій, що можуть бути використані для встановлення обставин справи. Чинне законодавство відносить до них, зокрема, такі: 1) допити підсудного (ст.300 КПК), потерпілого (ст. 308 КПК), свідків (ст.303 КПК), експерта (ст.311 КПК); 2) очна ставка (ч.2 ст.304 КПК); 3) проведення експертизи (ст.310 КПК); 4) огляд місця події (ст.315 КПК), речових доказів (ст.313 КПК), документів (ст.314 КПК); 5) пред'явлення для впізнання (ст.309 КПК). Причиною цього є ті специфічні умови за яких відбувається судовий розгляд – відкритість процесу, що забезпечується широким колом учасників, віддаленістю в часі від події злочину тощо. Це унеможливлює проведення, насамперед, пошукових дій: обшуку, виїмки, розшуку свідків і речових доказів.

Ці положення не викликають якихось особливих дискусій, але є інше, доволі проблемне, питання – можливість розширення кола слідчих дій у судовому розгляді. Викликає інтерес зарубіжний досвід його вирішення. У Німеччині перелік слідчих дій майже нічим не відрізняється від того, що закріплений нашим законодавцем, єдине на що слід звернути увагу – передбачається проведення огляду без його поділу на конкретні види. Такий же підхід зустрічаємо і в законодавстві Польщі, де, щоправда, окремо виділяється можливість проведення огляду останків тіла людини з попередньою їх ексгумацією, якщо в цьому є необхідність. З прийняттям у 2001 році нового КПК розширив коло слідчих дій під час судового розгляду російський законодавець, який, окрім вищенаведених дій, дозволив виконання освідування і слідчого експерименту. В законодавстві Франції перелік слідчих дій у судовому розгляді взагалі не є вичерпним, що дозволяє суду, як вказує Л. Головко, проводити навіть обшуки, хоч такі випадки трапляються досить рідко.

В цілому прослідковується певна тенденція у вирішенні цього питання – хоч і незначне, але все ж розширення кола слідчих дій. На перший погляд, проявляється вона і в проекті КПК України, який передбачає можливість суду перевірити показання на місці (ст.404). Спробуємо більш детально розглянути цю проблему, особливо з огляду на необхідність ліквідації інституту повернення справи судом на додаткове розслідування.

1. Стаття 194 КПК України дозволяє під час досудового слідства провести відтворення обстановки і обставин події. Законодавче формулювання цієї статті, як відзначає В.Коновалова, охоплює, по суті, дві самостійні слідчі дії: 1) перевірку показань на місці з метою їх уточнення і доповнення; 2) експериментальну перевірку правдивості показань осіб (слідчий експеримент). Необхідно відзначити, що обидві дії спрямовані на перевірку наявних у справі доказів, а саме це, як підкреслює І. Перлов, і є предметом судового слідства.

Втім постає питання чи обидві ці дії, наразі, не можуть бути використані судом? Суть перевірки показань на місці полягає у отриманні від особи усних повідомлень про обставини події злочину та умови, у яких вона відбувалась, і співставлення їх з даними отриманими в ході огляду місцевості. Отож, фактично вона складається з двох частин: допиту особу про визначене коло обставин і огляду місцевості, де фактично відбулися злочинні дії. Але ж і допит особи і огляд місця події як слідчі дії суд вправі провести і згідно чинного законодавства. Більше того, ст.315 КПК України дозволяє провадити такий огляд за участю не лише підсудного і потерпілого, але й свідків, і при цьому надає суду право задавати зазначеним особам запитання в ході проведення огляду місця події. Це дозволяє твердити, що, на сьогоднішній день, суд фактично в змозі здійснити перевірку показань особи на місці і з допомогою визначених у законодавстві слідчих дій. Пропозиція ж авторів проекту КПК України щодо запровадження такої слідчої дії є лише способом легалізувати фактичну діяльність суду.

© Маланюк А., 2006

Інша ситуація із слідчим експериментом. Його проведення передбачає не лише перевірку даних про обставини і умови події злочину (можливість вчинити злочин в умовах існування повного явища чи можливість вчинити певну дію тощо), але й перевірку фактичної здатності особи, а зокрема свідка, сприймати інформацію про важливі для справи обставини. Необхідність проведення такої перевірки передбачає цілеспрямовану діяльність посадової особи чи державного органу, що ведуть процес, на здійснення певного досліду (експерименту), тобто зміну існуючих фактичних умов під ті, що мали місце під час досліджуваної події. При цьому суд не обов'язково повинен виїжджати на місце події, а необхідні умови можуть бути створені і в залі судового засідання. Наприклад, в ході судового слідства будуть встановлені дефекти зору свідка, який був очевидцем події злочину. У такому разі, суд повинен призначити в силу п.3 ч.1 ст.69 КПК України судово-медичну експертизу, але він не позбавлений і фактичної можливості створити такі умови в залі судового засідання, за яких свідкові було б запропоновано описати риси зовнішності запрошеної особи з відстані і в умовах освітлення, у яких він спостерігав особу злочинця. Мінімізуються при цьому і судові витрати. Видається, що, якщо проведення слідчого експерименту не вимагає значних організаційних заходів, тривалого переїзду до місця події, що досліджується, залучення великого кола допоміжних осіб чи значних затрат часу, то така слідча дія могла б провадитись і судом.

На можливість проведення слідчого експерименту під час судового слідства вказують не лише науковці (І.Перлов, В.Ціркаль), але й факти історії. Так, можливість проведення слідчого експерименту передбачалась ще за радянських часів КПК Естонії, Вірменії, Молдавії, Грузії, Узбекистану. Тому, у проекті КПК України було б доцільно надати суду таку правову можливість, визначивши, щоправда, умови, коли суд вправі доручити проведення слідчого експерименту слідчому, що провадив досудове розслідування у справі.

2. Дія у кримінальному процесі принципу безпосередності дослідження доказів, ставить ще одну проблему щодо визначення кола слідчих дій у судовому розгляді – проведення освідування. Як зазначалось вище, в Росії суд наділений таким правом. Метою даної слідчої дії є необхідність виявлення чи засвідчення особливих прикмет підозрюваного, обвинуваченого або потерпілого, слідів злочину, тілесних ушкоджень і т.д. Окремі з цих ознак можуть зберігатись на тілі людини і на момент судового розгляду справи, а саме: особливі прикмети, деякі тілесні ушкодження, що були заподіяні як потерпілому, так і підсудному. Як поступити суду, коли потерпілий, для прикладу, вказує у своїх показаннях на те, що в наслідок боротьби на руці підсудного мав залишитись шрам відповідної конфігурації? Чи повинен суд, у цьому випадку, обмежитись оголошенням протоколу чи довідки освідування, чи повинен сам переконатись у наявності такої прикмети на тілі підсудного? Звичайно, суд може допитати підсудного щодо цієї обставини, але наочне спостереження є найбільш переконливим, і не пов'язане з відмовою останнього давати показання і відповідати на запитання. Тому обмежувати способи пізнавальної діяльності суду було невиправдано, тим паче, що це не вимагає від суду надміру складних і організаційно громіздких дій.

3. В ст.314 КПК України законодавець встановлює альтернативні способи дослідження документів як доказів у справі: шляхом огляду чи оголошення. Традиційно огляд, незалежно від об'єкту вивчення, визнається слідчою дією. Проблема ж виникає із визначенням процесуальної природи оголошення судом документів, що є джерелами доказів у кримінальній справі (протоколи слідчих дій і оперативно-розшукових заходів, інші документи). Увага науковців на цій проблемі не загострюється, але вважаю, що таку дію суду можна було б віднести до категорії „слідчих дій" суду.

Візуальний огляд, як правило, здійснюється для визначення оригінальності письмового документа, а також документів, що містять візуальне зображення (фотографії, графіки, малюнки тощо). В іншим випадках здійснюється їх оголошення. Це, зокрема, стосується наявних у справі протоколів слідчих дій чи оперативно-розшукових заходів, довідок, рапортів, характеристик, листів, аудіозаписів тощо. Про самостійність такої дії навіть свідчить використаний у законі сполучник „або".

При характеристиці „слідчих дій" як певної групи процесуальних дій вказується на їх пізнавальний аспект, як ключову ознаку групової належності. Слідчі дії дозволяють суб'єкту безпосередньо сприймати і пізнавати доказову інформацію, що міститься у джерелах доказів, у ході їх проведення. Втім, пізнати суть доказової інформації, що міститься у документі у формі знаків письма чи звуків, можна лише прочитавши чи заслухавши його – оголосивши. Проте, якщо під час досудового слідства пізнання такого роду інформації здійснюється слідчим самостійно, що й не обумовлює виділення в законі такої дії, то суд діє в умовах змагального процесу, що змушує його оголошувати зміст документу, з метою пізнання цих відомостей як суддею, так і сторонами. Для кращого дослідження інформації про обставини злочину, що містяться у документі, учасники судового

засідання можуть задавати один одному запитання або ж давати пояснення, а суд зобов'язаний вислухати їх зауваження. В такий спосіб й відбувається дослідження доказу, що міститься у даному джерелі.

Важливо також і те, що факт оголошення відповідного документу повинен бути обов'язково відображений у протоколі судового засідання (п.10 ч.3 ст.87 КПК), тобто зафіксований у процесуальній формі. Це дозволяє суду надалі посилатись у вироку на доказову інформацію встановлену під час оголошення документу (ч.2 ст.323 КПК).

4. Однією із слідчих дій, що вправі вчинити суд згідно чинного КПК, є впізнання особи чи предметів. Попри це умови її здійснення під час судового розгляду справи викликають суттєві сумніви у доцільності закріплення такої слідчої дії в частині впізнання живої людини. За задумом законодавця впізнання повинно відбуватись в умовах, коли особа з середовища подібних людей за ознаками, що збереглись у її пам'яті, виділяє конкретного суб'єкта як такого, що пов'язаний із вчиненим діянням. Об'єктивність і достовірність результатів впізнання забезпечується відсутністю обставин, ознак, що суттєво б виділяли певну особу з поміж інших, і таким чином спонукали вказати саме на неї. Проте впізнання живої людини в ході судового слідства не забезпечує, на відміну від досудового слідства, таких гарантій правильності впізнання. В умовах відкритості судового процесу, як відзначає М.Строгович, не можливо забезпечити, щоб особа, яка впізнає, не могла бачити особу, що пред'являється для впізнання, до проведення такої дії (в залі судового засідання у місці відведеному для підсудного, в коридорі, під час конвоювання підсудного). З огляду на це, в судовому засіданні доцільно проводити, насамперед, впізнання предметів або ж особи, що була відсутня в залі судового засідання (перебуває у розшуку), за її фотографією.

ОСКАРЖЕННЯ ДІЙ (БЕЗДІЯЛЬНОСТІ) ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ОРГАНІВ З ПРИЙНЯТТЯ ОКРЕМИХ РІШЕНЬ У СТАДІЇ ПОРУШЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ

Марчук В.

Одеська національна юридична академія

Одним з основних порушень, що допускаються правоохоронними органами у стадії порушення кримінальної справи, є відмова у прийняті заяви чи повідомлення про вчинений або підготовлюваний злочин (заяви про злочин), або неприйняття за зареєстрованою заявою про злочин будь-яких рішень, передбачених ч. 2 ст. 97 КПК України, тобто неправомірність дій (рішень про відмову у прийнятті та реєстрації заяви про злочин), а з іншого – бездіяльності (у випадку неприйняття будь-якого з процесуальних рішень за зареєстрованою заявою). На важливість цього питання вказує й та обставина, що саме йому присвячено окремий пункт однієї з постанов Пленуму Верховного Суду України.

Дослідження слідчої та судової практики свідчить про те, що заявниками використовуються різні (досить часто – суперечливі) шляхи оскарження вказаних дій (бездіяльності) органів дізнання, досудового слідства і прокуратури. Зокрема, у більшості випадків вказані неправомірні діяння правоохоронних органів (дії та бездіяльність) оскаржуються прокурору (вищестоящому прокурору), який актами прокурорського реагування усуває порушення. Але мають місце випадки, коли навіть скарги до Генерального прокурора залишаються без належної відповіді, що вже потребує звернення до суду.

Відповідно до ч. 2 ст. 55 Конституції України кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, а також посадових і службових осіб. У зв'язку з тим, що до останніх можна віднести і органи дізнання, досудового слідства, прокуратури, що здійснюють відповідні повноваження у кримінальному судочинстві (т.зв. процесуальні органи), виникає питання про процесуальну форму реалізації особою вказаного права у кримінальному судочинстві з оскарження дій (бездіяльності) у стадії порушення кримінальної справи.

Пленумом Верховного Суду України у п. 6 постанови від 11.02.2005 р. № 1 „Про деякі питання, що виникають під час розгляду судами України скарг на постанови органів дізнання, слідчого, прокурора про порушення кримінальної справи" бездіяльність органу дізнання, слідчого, прокурора, що полягала у неприйнятті за заявою про злочин жодного з рішень, передбачених ч. 2 ст. 97 КПК, запропоновано оскаржувати в порядку, встановленому в гл. 31-А Цивільного процесуального кодексу України 1963 р. В правозастосовчій практиці аналогічно вирішується питання і щодо оскарження бездіяльності процесуальних органів з прийняття і реєстрації заяв про злочини або про відмову у прийнятті відповідної заяви. Таким чином, питання, що виникають у галузі кримінального судочинства запропоновано вирішувати у цивільно-процесуальному порядку.

Бачиться, що такий висновок, що міститься у вказаній постанові Пленуму Верховного Суду України, є в певній мірі дискусійним, а саме питання щодо оскарження дій (бездіяльності) процесуальних органів з прийняття, реєстрації та розгляду (тобто прийняття рішення) заяв про злочини є проблемним.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор, дозволяє зробити висновок, що у новітній час до цієї проблеми зверталися у своїх роботах з вітчизняних авторів Аленін Ю.П., Зеленецький В.С., Лобойко Л.М., Маляренко В.Т., Чепурний О.О. проте дослідження вказаних авторів не були спеціально присвячені вказаній проблемі, а торкалися її побічно при розгляді інших, більш загальних питань.

Перед цією статтею поставлено завдання:

визначити правову природу діяльності процесуальних органів з прийняття, реєстрації заяв про злочини та характер правовідносин, що виникають у зв'язку з цим;

встановити процесуальний порядок оскарження та розгляду скарг на дії чи бездіяльність процесуальних органів, що можуть мати місце під час прийняття, реєстрації заяв про злочини.

Чинним кримінально-процесуальним законодавством передбачено оскарження безпосередньо до суду на стадії порушення кримінальної справи лише наступних процесуальних рішень та дій:

© Марчук В., 2006

відмови у порушенні кримінальної справи (ст.ст. 99-1, 236-1 КПК України);

відмови у застосуванні заходів безпеки до особи, яка приймає участь у кримінальному судочинстві (ст. 52-5 КПК України).

Оскарження безпосередньо до суду відмови у прийнятті або реєстрації заяви про злочин, бездіяльності щодо розгляду цієї заяви ні чинним КПК України, ні проектом, що знаходиться на розгляді у Верховній Раді України, (зокрема ст. 28 проекту) не передбачено.

У зв'язку з визначенням правової природи діяльності процесуальних органів з зазначених питань нам необхідно встановити предмет цієї діяльності, яким безумовно є дії громадян та підприємств, установ, організацій, представників влади, громадськості з подання заяв або повідомлень про вчинений або підготовлюваний злочин, що відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 97 КПК України складають один з приводів до порушення кримінальної справи. Вчинення вказаних дій громадянами та юридичними особами вимагає відповідної реакції з боку процесуальних органів, яка повинна полягати у прийнятті заяви (ч.1 ст. 97 КПК України), її реєстрації (п. 1 ч. 1 ст. 227 КПК України) та вирішенні (ч. 2 ст. 97, п. 1 ч. 1 ст. 227 КПК України).

Конституційний Суд України у своєму рішенні від 23 травня 2001 року у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців третього, четвертого, п'ятого статті 248-3 Цивільного процесуального кодексу України та за конституційними зверненнями громадян Будинської Світлани Олександрівни, Ковриги Сергія Володимировича щодо офіційного тлумачення положення абзацу четвертого статті 248-3 Цивільного процесуального кодексу України (справа щодо конституційності статті 248-3 ЦПК України) визначив кримінальне судочинство як врегульований нормами КПК України порядок діяльності органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду (судді) щодо порушення, розслідування, розгляду і вирішення кримінальних справ, а також діяльність інших учасників кримінального процесу - підозрюваних, обвинувачених, підсудних, потерпілих, цивільних позивачів і відповідачів, їх представників та інших осіб з метою захисту своїх конституційних прав, свобод та законних інтересів. У зв'язку з цим до кримінально-процесуальної діяльності включено всі види діяльності врегульовані нормами КПК України у тому числі з прийняття та реєстрації заяв про злочини, що вчиняються під час порушення кримінальної справи, вказує на процесуальний характер діяльності процесуальних органів з прийняття та реєстрації заяв про злочини.

Загальновизнаним і таким, що ґрунтується на положеннях теорії права, є визначення кримінально-процесуальних відносин як відносин, урегульованих нормами права, що виникають, розвиваються і припиняються у сфері кримінального судочинства. Більш широке визначення кримінально-процесуальних відносин як відносин, що врегульовані нормами кримінально-процесуального законодавства, котрі виникають, розвиваються та припиняються у сфері кримінального судочинства, в межах яких, за допомогою державних органів та їх посадових осіб, що наділені правом провадження у кримінальних справах, реалізуються процесуальні права осіб, які залучаються чи допускаються до кримінального судочинства і захищаються їхні матеріально-правові, процесуальні та інші законні інтереси, а також реалізуються повноваження цих органів та їх посадових осіб, акцентує увагу на цікавому для нас моменті, пов'язаному з реалізацією суб'єктами правовідносин своїх суб'єктивних прав та виконанням процесуальних обов'язків.

Таким чином, розмежування правовідносин за характером проводиться в залежності від галузевої належності норм, що їх регулюють. Як вже вище зазначалося стосовно діяльності з прийняття та реєстрації заяв про злочини, правовідносини, фактичний зміст яких і складає вказана діяльність, врегульовані нормами КПК України, а тому є процесуальними.

Процесуальне значення дотримання вимог реєстрації заяв про злочини для визначення правомірності дій процесуальних органів з їх розгляду підтверджується і судовою практикою. Так, ухвалою Верховного Суду України від 27.12.2002 р. було встановлено, що заява про притягнення Президента України Кучми Л.Д. до кримінальної відповідальності не була зареєстрована в апеляційному суді і відповідного доручення щодо її розгляду суддя Василенко Ю. О. не мав. Таким чином, цей суддя прийняв заяву народних депутатів України до провадження, розглянув її та ухвалив зазначені рішення у непроцесуальному порядку, що є неприпустимим.

Такий висновок підтверджується і науковими дослідженнями стадії порушення кримінальної справи, до загальних положень якої зокрема відносять і обов'язок органів дізнання, досудового слідства, прокуратури приймати повідомлення про вчинені чи підготовлювані злочини, у тому числі у

справах, що не підлягають їхньому віданню, незалежно від відображення в повідомленні відомостей про діяння, давність його вчинення і т. ін., а порушення кримінальної справи визначається як початкова стадія кримінального процесу, зміст якої становить діяльність з прийняття, реєстрації, розгляду, перевірки заяв та повідомлень про злочини, прийняття по них рішень, з'ясування наявності або відсутності підстав для порушення кримінальної справи.

Разом з тим, слід зазначити, що КПК покладає на процесуальні органи обов'язок з вчинення дій з прийняття та реєстрації заяв про злочини, детальний порядок здійснення вказаних дій регулюється вже підзаконними нормативно-правовими актами, які містять норми вже не лише процесуального, але й адміністративно-правового характеру, положення організаційно-правового характеру, тактичні рекомендації, що разом з тим, не позбавляє дії з прийняття і реєстрації заяв про злочини процесуальної природи.

Вищевказане рішення Конституційного Суду України від 23 травня 2001 р., констатуючи, що захист прав і свобод людини не може бути надійним без надання їй можливості при розслідуванні (а відповідно і під час порушення) кримінальної справи оскаржити до суду окремі процесуальні акти, дії чи бездіяльність органів дізнання, досудового слідства і прокуратури, зазначає, що *таке оскарження може здійснюватись у порядку, встановленому КПК України*, оскільки діяльність посадових осіб, як і діяльність суду, має свої особливості, не належить до сфери управлінської і не може бути предметом оскарження в порядку, визначеному главою 31-А ЦПК України 1963 р. Так, управлінська діяльність здійснюється при розгляді звернень громадян, передбачених ст.ст. 1, 3 Закону України „Про звернення громадян", і не може мати місце при розгляді заяв, порядок якого встановлено кримінально-процесуальним законодавством (ст. 12 Закону).

Таким чином, посилання у п. 6 постанови Пленуму Верховного Суду України від 11 лютого 2005 р. № 1 на цивільний процесуальний порядок оскарження бездіяльності процесуальних органів з розгляду заяв про злочини є спірним та таким, що суперечить тлумаченню норм Конституції України Конституційним Судом України.

Вказаний висновок отримав нове обґрунтування зі вступом у дію нового ЦПК України, з якого були вилучені положення про розгляд скарг, що виникають з адміністративно-правових відносин, та Кодексу адміністративного судочинства. Відповідно до п. 2 ч. 2 ст. 17 КАС України компетенція адміністративних судів не поширюється на публічно-правові справи, що належить вирішувати в порядку кримінального судочинства.

Викладене дозволяє зробити наступні висновки.

1. Прийняття, реєстрація і вирішення заяв про злочини є процесуальними обов'язками процесуальних органів, передбаченим ст. 97 КПК України, у зв'язку з чим оскарження невиконання вказаного обов'язку процесуальними органами у порядку цивільного або адміністративного судочинства є недопустимим.

Не прийняття, або не реєстрація, або не вирішення заяв про злочини перешкоджають подальшому руху кримінальної справи (у широкому розумінні цього поняття як кримінального провадження), а тому є необхідним допустити оскарження безпосередньо до суду вказаної бездіяльності або відмови у вчиненні відповідних дій з боку процесуальних органів. Можливим є застосування за аналогією процедури, передбаченої ч.ч. 2 і 3 ст. 52-5 КПК України.

2. З іншого боку, необґрунтоване розширення кола процесуальних рішень та дій органу дізнання, слідчого і прокурору, які можуть бути безпосередньо оскаржені до суду прямо суперечить положенням ч. 6 ст. 234 і ч. 3 ст. 236 КПК України, відповідно до яких скарги на дії слідчого та прокурора розглядаються судом першої інстанції при попередньому розгляді справи або при розгляді її по суті, якщо інше не передбачено КПК України. Кримінально-процесуальним кодексом України суду не надано повноважень розглядати на досудовому слідстві інші скарги за винятком скарг на постанови, передбачені ст. ст. 106, 236-1, 236-5 КПК України та рішенням Конституційного Суду України від 30 січня 2003 року.

Вирішення питання про поширення компетенції суду на розгляд під час досудового слідства скарг на дії та рішення органів дізнання, досудового слідства, наслідки яких виходять за межі кримінально-процесуальних відносин, і завдати такої шкоди конституційним правам і свободам внаслідок несвоєчасного судового контролю, що поновити їх буде неможливо або надзвичайно важко можливе лише в порядку конституційного судочинства за конституційним поданням Верховного Суду України про визнання неконституційними відповідних положень ч. 6 ст. 234 і ч. 3 ст. 236 КПК України, чи шляхом внесення відповідних змін та доповнень до чинного КПК України.

ВИДИ СЛІДЧИХ ПОМИЛОК

Михайлишин О.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Зміст будь-якого поняття можна розкрити і через вказівку на те, з чого воно складається, які елементи його утворюють. Слідчі помилки можуть ділитися за найрізноманітнішими ознаками.

В літературі питанням класифікації видів помилок у правозастосуванні та слідчих помилок приділялась певна увага такими науковцями як Вопленко Н.Н., Власов В.І., Марітчак Т.М., Назаров А.Д. Соловйов А.Б., Токарева М.Є., Шейфер С.А. та ін. Всі подані класифікації або не були повними, або викликали низку зауважень.

Отож, спробуємо і ми здійснити таку класифікацію.

За сферами діяльності слідчого можна виділити: логічні помилки (помилки в розумовій, мисленній сфері діяльності); фактичні помилки (помилки в практичній сфері діяльності).До логічних помилок слід віднести ненавмисне порушення правил логіки в процесі мислення у зв'язку із необізнаністю чи нехтуванням. До фактичних помилок відносяться недотримання чи недостатнє дотримання вимог закону чи методичних рекомендацій. Фактичні і логічні помилки взаємопов'язані і породжують одна одну.

За формою прояву слідчі помилки можна поділити на: ті, що проявилися у формі порушення процесуальної норми (процесуально-правові); ті, що проявилися у формі неправильного застосування матеріальної норми (матеріально-правові); ті, що проявилися у формі порушення методичних та тактичних рекомендацій (криміналістичні).

В свою чергу процесуально-правові помилки *за характером вчинених діянь* можуть поділятися на: помилкове (не)порушення кримінальної справи; помилкове (не)затримання особи за підозрою у вчиненні злочину; помилковий (не)вибір запобіжного заходу; помилкове (не)притягнення особи в якості обвинуваченого; помилкове (не)проведення якої-небудь слідчої чи процесуальної дії; помилкове (не)закриття кримінальної справи; інші помилкові процесуальні рішення.

Серед матеріально-правових слідчих помилок чільне місце займає кримінально-правова помилка у кваліфікації злочинів. Кримінально-правова помилка у кваліфікації злочинів – це вид помилки у кримінально-правовій кваліфікації, який є наслідком ненавмисних дій працівників правозастосовних органів і полягає в інкримінуванні особі статей кримінального закону, вимоги яких вона насправді не порушувала, або ж навпаки, в незастосуванні статей, які передбачають фактично вчинене діяння, що зафіксовано у винесених пізніше процесуальних документах.

До третього виду помилок відносяться, наприклад, недотримання не передбачених нормою закону правил щодо порядку проведення окремих слідчих дій, недотримання вимоги щодо складання пану розслідування, неправильна організація розслідування тощо.

Виділення помилок *в залежності від стадії кримінального процесу*, на яких вони допущені, має значення для визначення порядку їх виявлення та усунення. За цим класифікаційним критерієм можна виділити такі види слідчих помилок: слідчі помилки вчинені на стадії порушення кримінальної справи; слідчі помилки вчинені на стадії досудового слідства.

Тісно пов'язаним із стадіями кримінального процесу є і наступний класифікаційний критерій, а саме *стадія виявлення та усунення слідчої помилки*. Хоча, здавалось би, що вказані класифікаційний критерій є однорідним, але все ж існує суттєве зауваження. Так, дійсно, як стадії виявлення, так і стадії усунення слідчих помилок об'єднують в собі практично всі стадії кримінального процесу, окрім виконання вироку. Проте не завжди слідча помилка виявлена та усунена на одній і тій же стадії кримінального процесу. Прикладом можуть слугувати статті 246, 249 – 1, 276, 281 КПК України, які регламентують порядок повернення справи не додаткове розслідування, повернення справи прокурору, вирішення питання про нове обвинувачення, направлення справи на додаткове розслідування. В даному випадку має місце повернення справи із стадії виявлення слідчої помилки на попередній етап кримінального процесу, на якому дана помилка буде усунена.

© Михайлишин О., 2006

Суб'єктний склад також визначає для нас декілька класифікаційних критеріїв. Перш за все, це *суб'єкт вчинення слідчої помилки.*

Як відомо, не лише слідчий наділений повноваженнями з порушення кримінальної справи та проведення дій, спрямованих на розслідування кримінальної справи. Відповідно до ст. 104, п. 5 ст. 227, ст. 114-1, ст.119 КПК України такими функціями наділені орган дізнання, прокурор, начальник слідчого відділу, слідча чи слідчо-оперативна група. Відповідно можна виділити слідчі помилки, вчинені цими особами. Крім того, враховуючи кількісну ознаку проаналізованого критерію поділу, слідчі помилки можна поділити на помилки: вчинені одноособово; вчинені групою осіб.

Наступним критерієм поділу із так званого „суб'єктного напрямку" є *суб'єкт виявлення та усунення слідчої помилки*. Класифікація за таким критерієм також може здійснюватися двояко.

1. шляхом вказівки на конкретного суб'єкта, тобто помилки виявлені і усунені: органом дізнання, слідчим, начальником слідчого відділу, прокурором, слідчою групою, слідчо-оперативною групою, судом.
2. шляхом вказівки на (не)відмінність суб'єкта, що вчинив слідчу помилку, від суб'єкта, що її виявив, тобто слідчі помилки виявлені і усунені: безпосередньо особою, що її вчинила; іншою особою.

Аналогічно як і у випадку із стадіями кримінального процесу у вказаній класифікації є певні відмінності, що стосуються виявлення і усунення помилок. Зокрема помилка може бути виявлена однією особою, а усунена іншою. Про це ми можемо судити із норм кримінально-процесуального законодавства, які передбачають передачу начальником слідчого відділу чи прокурором справи від одного слідчого до іншого, про дачу письмових вказівок, складання прокурором нового обвинувального висновку, закриття кримінальної справи, зміну прокурором обвинувачення тощо. Крім того слідчі помилки можуть бути виявлені і такими суб'єктами кримінально-процесуальних відносин як захисником, підозрюваним, обвинуваченим, підсудним, потерпілим тощо, які не мають процесуальних повноважень на безпосереднє виправлення, усунення слідчої помилки, а звертаються з клопотанням про таке усунення до уповноважених на те органів.

Наступним напрямком критеріїв поділу слідчих помилок є наслідок вчинення слідчої помилки. Першим із даного напрямку можна назвати такий критерій поділу як *ступінь впливу на результат*. За вказаним критерієм слідчі помилки поділяються на: несуттєві; суттєві.

В юридичній літературі питання диференціації слідчих помилок обговорювалося, здебільшого, в аспекті помилок при визначенні доказу допустимим.

Ще одним класифікаційним критерієм із напрямку наслідків є *наслідок для процесуального становища особи*. Відповідно до нього слідчі помилки можуть бути: виправдувальні – ведуть до покращення правового становища особи; обвинувачувальні – ведуть до погіршення правового становища особи; нейтральні – не впливають на правове становище особи.

В рамках такої класифікації ми маємо на увазі перш за все особу підозрюваного, обвинуваченого, підсудного. Правове становище включає в себе як матеріально-правовий аспект (визначення статті Особливої частини КК України, яка інкримінується; визначення виду злочину; визначення стадії вчинення злочину; визначення наявності співучасті; визнання наявності одиничного злочину чи їх сукупності) та процесуальний аспект (порушення чи закриття кримінальної справи, притягнення чи не притягнення особи до кримінальної відповідальності, обрання для особи того чи іншого запобіжного заходу, пред'явлення особі обвинувачення тощо).

Наступна підстава класифікації помилок полягає у врахуванні того, яка частина помилок виявлена. За цим критерієм помилки бувають: виявлені; латентні (невиявлені). Деякі автори за вказаним класифікаційним критерієм проводять трьохчленний поділ слідчих помилок на: явні – очевидні; скриті – невиявлені; скриті – латентні.

Вказаний поділ викликає деякі зауваження. По-перше, термін „скритий-латентний" не несе ніякого додаткового смислового навантаження і є по –суті тавтологією, оскільки слово латентний і означає скритий, прихований. По-друге, ступінь явності помилки є поняттям дуже відносним, бо що може бути явним, очевидним для однієї особи, для іншої може бути незрозумілим, важким для сприйняття, таким, якого важко усвідомити та виявити. Усе це залежить від особистісних характеристик особи, її досвіду, професіоналізму тощо. По-третє, навіть якщо допустити (в статті не наводиться пояснення чи обґрунтування такого поділу), що автор мала на увазі під латентними помилками ті, яких важко виявити, то тоді в наведеному поділі відбувається помилка у класифікації, а саме проведення поділу за двома ознаками. Що б бути послідовним, слід було розділити помилки на

явні і латентні (за врахуванням ступеню прихованості) та виявлені і невиявлені (за констатацією факту виявлення помилки).

Зважаючи на вищенаведене ще одним критерієм слідчих помилок може бути можливість їх виявлення та усунення. За таким критерієм помилки можуть поділятися на:

- помилки**,** які можна усунути. До таких помилок відносяться помилки, які ще не були усунені, проте хід справи ще не припинено, і, відповідно є правові підстави для його продовження.
- помилки, які не можна усунути**.** Це такі слідчі помилки, які не були усунені під час досудового слідства, при здійсненні нагляду прокурором, при судовому розгляді та за відсутності оскарження вироку заінтересованими особами.

Наступним критерієм поділу слідчих помилок є *ступінь їх поширення*. За таким критерієм помилки поділяються на: непоширені (атипові);відносно поширені; типові.

Вчинення атипових помилок переважно пов'язане із певними особистісними характеристиками особи (відсутність належного досвіду, необізнаність тощо). Типові помилки можуть бути спричинені нечіткістю викладу чи двозначним трактуванням норми закону, або взагалі відсутністю правової регламентації, новизною тих чи інших підходів, при якій не встиг сформуватися практичний досвід.

За рівнем складності слідчі помилки можна поділити на: прості (одиничні); комплексні. На відміну від простих(одиничних) помилок, комплексні помилки спричинені багатьма упущеннями і самі потягнули за собою низку інших помилок.

Наведена в літературі класифікація слідчих помилок на повні і часткові, викликає у нас деякі заперечення. Помилка це завжди помилка, вона не може бути повною чи частковою. Інша справа, що процесуальні документи, в яких вона зафіксована, можуть бути повністю помилковими, чи частково помилковими.

Не менш важливою для дослідження є класифікація слідчих помилок за причиною їх вчинення.

Зважаючи на значну кількість причин вчинення слідчих помилок, ми не перелічуватимемо окремі види слідчих помилок, залежно від конкретної причини, а згрупуємо їх у дві великі групи: слідчі помилки, спричинені об'єктивними факторами; слідчі помилки, спричинені суб'єктивними факторами.

І, нарешті, за зовнішньою формою слідчі помилки поділяються на: слідчі помилки-дії; слідчі помилки – бездіяльність.

Зважаючи на таку ознаку слідчої помилки як фіксація слідчих помилок, на перший погляд видається, що неможливим є існування слідчих помилок – бездіяльності. Проте, це не так. Непроведення необхідних слідчих дій, неприйняття певного процесуального рішення так само фіксуються, наприклад в описі матеріалів кримінальної справи тощо.

Беручи до уваги все вищевказане, слід зазначити, що така поширена класифікація ще раз засвідчує нам про багатогранність і комплексність поняття слідчої помилки. Проте, незважаючи на таку поширеність, наведена класифікація не є вичерпною. Вище перелічені найсуттєвіші класифікаційні критерії. Проте можливим є їх доповнення та поглиблення класифікації, до прикладу такий вид слідчої помилки як порушення порядку проведення слідчих дій можна розкласти на порушення порядку проведення допиту, порушення порядку проведення обшуку і т. д., а їх у свою чергу на порушення порядку проведення допиту свідка, потерпілого, порушення порядку виклику свідка на допит і т. д. аж до перелічення порушення кожної з процесуальних чи матеріальних норм, методичних чи тактичних рекомендацій. Проте, така класифікація буде надто громіздкою, не нестиме додаткового смислового навантаження, та все, не буде вичерпною, оскільки потребуватиме змін і доповнень із кожним внесенням змін і доповнень до кримінальних матеріальних та процесуальних норм.

СУБ'ЄКТИ ДИСПОЗИТИВНОСТІ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Навроцька В.

Львівський національний університет ім. І. Франка

В юриспруденції питання про поняття та суть диспозитивності є дискусійними. Термін «диспозитивність» закріплений в назві ст. 16-1 КПК України. В самій же статті не дано визначення цього поняття, не конкретизовано його та не розмежовано з принципом змагальності. Оскільки аналіз чинного КПК не дає відповіді на питання про те, в чому полягає суть диспозитивності, тому для з'ясування цього поняття слід звернутися до праць вчених, які займалися дослідженням зазначеного питання.

В висловлюваннях стосовно аналізованого принципу єдиний спільний момент полягає у тому, що про нього говорять як про можливість осіб в процесі вільно реалізувати свої права. Цих осіб прийнято називати суб'єктами диспозитивності.

Питанню про суб'єкти диспозитивності слід приділити особливу увагу, враховуючи хоча б те, що деякі автори трактують диспозитивність як таке становище процесу, відповідно до якого визначається коло осіб, за волею яких можливе його порушення, розвиток і закінчення.

У зв'язку з обмеженим обсягом даної роботи, я зупинюся у ній на вирішенні питання про те, чи можна вважати суб'єктами диспозитивності посадових осіб правоохоронних органів, які ведуть кримінальний процес а також тих його учасників, які сприяють кримінальному судочинству.

Є різні підходи до того, кого слід відносити до суб'єктів диспозитивності.

Передусім, неоднозначно в юридичній літературі вирішується питання про те, чи належать до них посадові особи органів, що ведуть кримінальний процес, адже в ряді випадків закон передбачає наявність у них дискреційних повноважень, що допускають прийняття альтернативних рішень по справі.

Деякі науковці заперечують існування в органів, які ведуть кримінальний процес дискреційних повноважень. Як приклад можна навести висловлювання Лобойка Л.М. про те, що в органу дізнання, слідчого, прокурора та суду відсутні такі повноваження, що український законодавець про них взагалі не згадує, та що ця ситуація є правильною, бо в протилежному випадку це завдавало б значної шкоди реалізації принципу диспозитивності. Таке твердження вченого зумовлене тим, що в поняття «дискреційні повноваження» він вкладає дещо інший зміст, який не зовсім узгоджується з традиційним розумінням цього терміну, а саме - як повноваження вчиняти процесуальні дії та приймати процесуальні рішення виключно за власним розсудом, не керуючись при цьому положеннями закону.

В той же час більшість вчених, говорячи про дискреційну владу, мають на увазі, що це - спосіб реалізації публічної влади, за яким відповідний суб'єкт влади (посадова особа чи орган) застосовує надані йому в межах закону повноваження на власний розсуд, без необхідності узгодження у будь-якій формі своїх дій з іншими суб'єктами».

Александров А.С. говорить про диспозитивність тільки конкретної посадової особи-прокурора, який підтримує державне обвинувачення в суді. Заперечення диспозитивності у того, на його думку веде до заперечення за ним становища в процесі, рівноправній стороні захисту. В той же час суб'єктами диспозитивності не визнаються посадові особи органів дізнання і досудового слідства, що підзвітні прокурору, які є «знаряддям прокурора, його помічниками», «які виконують «чорнову роботу при підготовці обвинувачення» та не володіють правом на кримінальний позов.

Також він категорично заперечує наявність диспозитивних засад в діяльності суду. «Поширення на суд принципу диспозитивності фактично веде до підміни цього принципу офіційністю».

Шамардін А.А. теж приходить до висновку, що прокурору належать диспозитивні права. Невід'ємним диспозитивним правом обвинувача в змагальному кримінальному процесі, вважає цей вчений, повинна бути можливість відмовитися від обвинувачення.

© Навроцька В., 2006

Пономаренко С.С. відносить до суб'єктів диспозитивності не тільки прокурора, але також слідчого і орган дізнання, вважаючи, що заперечення у них свободи розсуду веде до заперечення рівноправності сторін обвинувачення і захисту.

На думку цього вченого слід розрізняти диспозитивність :

1. в широкому сенсі (як свободу будь-якого учасника кримінального судочинства розпоряджатися наданими законом правами при здійсненні кримінального правосуддя),
2. в вузькому сенсі (як свободу розпорядження правами тільки тими учасниками кримінального судочинства, які мають в справі публічний чи приватний інтерес).

До суб'єктів диспозитивності в широкому розумінні він відносить навіть суд, «оскільки суд уповноважений впливати на хід кримінального процесу і його припинення».

Подібні думки щодо суб'єктів диспозитивності висловлюються і українськими вченими.

Так, Лобойко Л.М. стверджує, що якщо розуміти принцип диспозитивності широко, то і органи дізнання, слідчі, прокурори та судді (які за загальним правилом повинні діяти публічно), піддані його впливу, тобто вони можуть використати своє право на вчинення якихось дій чи не скористатися ним.

Як приклад ним наводиться положення ч.2. ст.114 КПК України, згідно з яким у разі не згоди слідчого з вказівками прокурора (про притягнення як обвинуваченого, про кваліфікацію злочину, про обсяг обвинувачення, про направлення справи до суду для її попереднього розгляду суддею або про закриття справи), слідчий вправі подати справу вищестоящому прокурору з письмовим викладом своїх заперечень.

Автор зазначає, що в цьому разі слідчий може відмовитися від права оскарження вказівок нижчестоящого прокурора, а, отже, на його думку, у діяльності слідчого спостерігається, з одного боку, публічність (як обов'язок вжити всіх заходів щодо встановлення обставин злочину), а з іншого - диспозитивність (як можливість діяти певним чином).

Слід звернути увагу на непослідовність цього вченого у вирішенні питання про те, кого ж слід відносити до суб'єктів диспозитивності, оскільки в цій же монографії кількома сторінками раніше ним при спробі дати власне визначення принципу диспозитивності говориться про право під час провадження у кримінальній справі на свободу вибору способів захисту своїх прав і свобод, а також способів реалізації прав, передбачених процесуальним законом всіма її учасниками, за винятком посадових осіб, у провадженні яких вона перебуває.

Отже, все частішими стають висловлювання про визнання посадових осіб органів, які ведуть кримінальний процес (всіх чи деяких з них) суб'єктами диспозитивності. Окремі дослідники навіть вважають, що диспозитивність передбачає виключно ініціативу і активність посадових осіб органів, які ведуть кримінальний процес.

Однак більшість науковців не поділяють цю точку зору, вважаючи її такою, що суперечить загальновизнаній думці про те, що право посадової особи за наявності вказаних в законі умов є одночасно її обов'язком, який випливає з змісту принципу публічності.

Так, сенс вказівки законодавцем на право полягає, на думку Гальперіна І.М. у тому, що компетентному органу надається більш широкі можливості оцінки умов, що визначають вибір тієї чи іншої процесуальної дії, тієї чи іншої процесуальної форми. Наявність же конкретних умов перетворює вказане право в обов'язок, що випливає з змісту принципу публічності кримінального процесу.

Боярінцев В.Н зазначає, що: «прав у посадових осіб в «чистому» вигляді не існує в: в усіх випадках, коли це необхідно, вони повинні їх використати, що випливає безпосередньо з вимоги принципу публічності.»

Смирнов А.В. теж стверджував, що коли державні органи при здійсненні ними кримінального переслідування можуть обрати якийсь варіант поведінки, то це означає, що вони діють, керуючись не своїм власним розсудом, а службовим обов'язком.

На думку Масленнікової Л.М. «дискреційні повноваження посадових осіб, що допускають прийняття альтернативних рішень, детерміновані захистом суспільного інтересу, а тому не можуть розглядатися як прояв диспозитивності.».

Подібними є висловлювання Головка Л.В.: «Та обставина, що законодавець не зобов'язує, а уповноважує компетентні державні органи звільняти від кримінальної відповідальності з підстав, що названі дискреційними, сама по собі не впливає на публічний характер кримінального процесу і не вносить в нього елементи диспозитивності.»

Касаткіна С.А., погоджується з тим, що посадових осіб органів, які ведуть кримінальний процес не слід відносити до суб'єктів диспозитивності. Однак твердження про те, що дискреційні повноваження посадових осіб у кримінальному процесі треба ототожнювати з їх обов'язком діяти певним чином, заперечується. Обґрунтовується це тим, що наявність самих умов, що тягнуть той чи інший варіант необхідної поведінки (рішення) оцінюється в кожному випадку самостійно. Це, однак, не передбачає суб'єктивізму, бо посадові особи при здійсненні своїх повноважень, зобов'язані керуватися не особистими оцінками, що допускають довільність в прийнятті рішень, а фактичними даними, нормою закону. Крім того, розсуд посадових осіб, що ведуть кримінальний процес, обмежений вимогою захисту публічного інтересу. Отже, свобода вибору альтернативного рішення у кримінальній справі посадовими особами обумовлена вимогою захисту публічного інтересу, а тому виступає швидше як встановлений законом спосіб виконання публічного обов'язку, ніж право в «чистому» вигляді, а тому дискреційні повноваження посадових осіб не можуть розглядатися як прояв диспозитивності.

У зв'язку з цим обґрунтованою є пропозиція Рогової О.І. про те, що потрібно відносити суд, прокурора, слідчого, особу, яка проводить дізнання не до суб'єктів диспозитивності, а до тих осіб, які є гарантами її забезпечення. Вона підкреслює, що якщо і варто говорити про диспозитивність органів влади, то в зовсім іншому плані, враховуючи при цьому, що на ці органи державою покладено виконання певних функцій і що їх становище суттєво відрізняється від становища інших учасників процесу.

Крім вказаних вище науковців, думку про те, що у органів і посадових осіб, які ведуть провадження по кримінальній справі, відсутня свобода в розпорядженні правами, що такі права повинні бути реалізовані, якщо цього вимагають публічні інтереси, а, отже, їх слід вважати суб'єктами публічності-принципу протилежного диспозитивності поділяють багато інших вчених.

В науці цивільного процесу теж є противники «широкого» розуміння принципу диспозитивності, за якого до суб'єктів диспозитивності відносять посадових осіб органів, які ведуть процес. Так, стверджується, що в такому випадку він втрачає чіткі контури і поєднує в собі різні засади, які мають неоднакову тенденцію розвитку.

Також з наведених вище міркувань не можна віднести до суб'єктів диспозитивності деяких учасників кримінального процесу, які виконують допоміжні функції-перекладача, спеціаліста, понятого, секретаря судового засідання, експерта. Згадувані особи повинні належно виконувати свої обов'язки і якщо в цьому є необхідність - то скористатися наданими для цього правами.

Дікарьов І.С. зазначає, що у випадку, коли, наприклад, при проведенні експертизи виникне необхідність ознайомлення з матеріалами справи, що відносяться до предмета експертизи, а експерт утримається від реалізації цього права, то в такому разі слід говорити про його недобросовісність, а не про свободу розпорядження процесуальними правами.

Тому не можна погодитися з тими, хто відносить до суб'єктів диспозитивності учасників процесу, які виконують допоміжні функції.

Таким чином, органи та посадові особи, які ведуть кримінальний процес, а також ті його учасники, які сприяють кримінальному судочинству, не можуть бути віднесені до суб'єктів диспозитивності оскільки не володіють свободою розпоряджатися правами.

СУДОВО-МЕДИЧНА ЕКСПЕРТИЗА ТЯЖКИХ ТА СМЕРТЕЛЬНИХ ВОГНЕСТРІЛЬНИХ ПОРАНЕНЬ ГУМОВИМИ (ЕЛАСТИЧНИМИ) КУЛЯМИ

Найда А.

Львівський національний університет ім. І. Франка

З усіх існуючих цивільних засобів активної самооборони, що представлені на ринку, травматичний спецзасіб несмертельної дії займає ведуче положення. Він більш ефективний чим газова або пневматична зброя. З появою гумових та пластикозолєвих куль, ці спецзасоби застосовуються як зброя підрозділів внутрішніх справ багатьох держав світу. В зброєзнавстві такого роду пристрої трактуються як класична гладкоствольна вогнестрільна зброя спеціального призначення. Ці спецзасобами в деяких країнах дозволено користування мирними громадянами з метою самооборони. Постановою Кабінету Міністрів України "Про внесення змін до Правил застосування спеціальних засобів при охороні громадського порядку в Україні" від 4 серпня 1997 р. за № 829, а також Наказом МВС України „Про затвердження інструкції про створення автоматизованої системи номерного обліку вогнепальної (стрілецької) зброї, яка зберігається і використовується в МВС на об'єктах дозвільної системи та перебуває в особистому користуванні громадян" за 659 від 2.09.1998 р. в нашій державі до спецзасобів активної оборони були віднесені патрони, що споряджені гумовими чи аналогічними за своїми властивостями метальні снаряди несмертельної дії, а також пристрої вітчизняного виробництва для їх відстрілу. До останніх відносяться недорога зброя самооборони нелетальної дії, як наприклад, пістолети та револьвери СП „Шмайсер".

К 1988 р. пройшли експериментальні дослідження на біологічних об'єктах і отримано позитивні висновки для використання патронів, які споряджені еластичними (пластикозольвими) кулями калібру 9 мм „Терен-ЗП" для пістолетів та „Терен-ЗР" для револьверів. Максимальна допустима швидкість польоту кулі цих марок складає 260±15 м/сек. на відстані 3,5 м від дульного зрізу зброї. Мінімальна відстань застосування дорівнює 3,5 м. Еластична куля діаметром 9 мм має пластизолеву масу, вагою 500±30 мг. В якості заряду застосовується спеціальний сертифікований піросклад. В Україні 1898-1999 рр. В.Д. Сухим було проведено комплексне медико-балістичне і морфологічне дослідження ушкоджень 9-мм-ими еластичними кулями, результати яких ми використали для даних досліджень. Крім того ураховувалися дані емісійного спектрального дослідження з диференційною оцінкою ушкоджень та виду снаряду (тобто гумової кулі), виконаних Т.Ф.Макаренко, И.В.Демидовим, В.А.Пашинцевим в 2003 р. по бюро судово-медичної експертизи Москви РФ.

Результати дослідження в ізраїльському медичному центрі Ранбай в Хайфі в 2000 р. свідчать про те, що такі кулі спричиняють тяжкі і смертельні поранення людини. А в Росії на території Москви за останні роки зареєстровані споєння десятки злочинів і деякі з них з смертельними наслідками з використанням такого роду зброї. Це зброя визнана небезпечною для самих господарів. Для запобігання важких ушкоджень або загибелі людини не рекомендовано виконувати постріли з відстані 3-ох метрів, а також цілитися в голову.

В 2004 році по Львівському обласному бюро судово-медичної експертизи пройшло декілька експертиз потерпілих з легкими тілесними ушкодженнями від дії еластичних куль і в тому числі, тяжких та смертельних вогнестрільних ушкоджень від них. Приведемо три випадки судово-медичної експертизи.

Перший випадок: Гр-н З., 1982 р.н., який знаходився в розшуку за пограбування. Під час його затримання працівниками міліції, він скоїв три постріли собі в голову з револьвера „Корнет-С" спорядженого гумовими набоями. Під час госпіталізації в лікувальний заклад було діагностовано: Відкрита вогнестрільна черепно-мозкова травма. Забій-стискання головного мозку, середньої ступені важкості. Епідуральна гематома правої лобової части. Багатоуламковий депресивний злам в правій скроневій ділянці. Інфіковані рани.

При комп'ютерній томографії головного мозку було виявлено гостру епідуральну гематому лобної частки справа (25,8 х 54,5 - 20,0 мм). Геморагічний забій правої лобно-скроньової частки,

© Найда А., 2006

вдавлений перелом правої скроньової кістки (10,2 см). Інородні тіла розлетілися інтракраніально в проекції правої скроньової кістки. Було проведено нейрохірургічне втручання з виділенням гематоми, ліквідацією уламкового зламу і вилученням 3-ох куль. Після лікування наступило видужання. Через 12 днів було проведено судово-медичну експертизу (№ 3349 від 30.11.2004 р.) результатами якої було встановлено, що у потерпілого мали місце проникаючи вогнестрільні поранення, що спричиненні гумовими кульовими набоями при пострілах з вогнестрільної зброї, які були віднесені до тяжких небезпечних для життя тілесних ушкоджень. Будь-яких інших судово-медичних досліджень і, в тому числі, з визначенням відстані пострілу не призначалося і не проводилися.

Другий випадок. Гр-н Т., 1983 р.н. 15.10.2004 р. в ночі був виявлений мертвим на сходовій клітці будинку. За свідченням дружини її чоловік на її очах скоїв самогубство. З місця події було вилучено пістолет марки „Schmeisser" ППШ 790. При повторному огляді місця події виявлено гільзу від цього пістолета, а кулі не було встановлено. За даними судово-медичної експертизи трупа потерпілого (953/04 від 15.10.2004 р.) було виявлено. На передній поверхні шиї в її лівій частині на 3,5 см і на 7 см вище лівого грудинно-ключичного суглобу рану неправильно-округлої форми з дефектом тканини, розміром 1,4 х 0,9 см, на краях якої була смужка у вигляді кільця шириною до 0,2 см. Навколо цієї рани виявлено крововилив світло-червоного кольору. В лівій частині м'яких тканини шиї виявлено значний крововилив з раневим каналом, розміром 5х5х5 см., в клітковині та м'язах шиї зліва – крововилив, розміром 17х4х1,5 см. На 3 см. нижче розгалуження загальної сонної артерії на зовнішню та внутрішню виявлено повний розрив з дефектом судини довжиною 2 см. Краї рани судині дрібноклаптикові. Такий же розрив лівої яремної вени. Частково зруйнована ліва частка щитовидної залози. По вилученню внутрішніх органів в ділянці тіл 4,5,6 шийних хребців зліва виявлено розкол зовнішньої кісткової пластинки, загальною довжиною біля 4 см. Клітковина навколо нього з крововиливом і забрудненням чорного кольору. При медико-криміналістичному дослідженні клаптя шкіри з шиї трупа гр. Т було виявлено одне вхідне вогнестрільне ушкодження, яке утворилося від дії одиночного ранячого снаряду. Постріл було виконано впритул. Слідів накладання міді, нікелю, кобальту свинцю та цинку виявлено не було. А на контактограмі з долоні правої кисті між великим та вказівним пальцями померлого було виявлено нашарування міді і незначної кількості кобальту. В цьому випадку під час проведення розтину куля не була виявлена. Зроблено припущення, що вона вимилася під час значної кровотечі з раневого каналу.

Третій випадок. Труп гр. Л., 1980 р.н. було виявлено у власній квартирі. За даними судово-медичної експертизі (№ 1248/04) при зовнішньому дослідженні було виявлено в правій скроневій ділянці блідо-фіолетового кольору синець, діаметром 2,5 см біля верхнього краю якого, на тлі синця, розташоване ушкодження округлої форми, діаметром 1 см з паском осаднення блідо-червоного кольору, шириною до 0,2 см. Краї пошкодження дрібнозубчасті майже рівні звернуті в середину рани і мають множинні радіально розташовані промені - тріщини, які розповсюджуються на смугу осаднення. З рани назовні виступають фрагменти фасцій м'язів голови. Крім того, на тлі синця донизу і вперед від ушкодження розташовані дрібноточкові включення блідо-сірого кольору. Раневий канал від ушкодження проникає під шкіру голови через її м'язи і надалі в зруйновані кістки черепа. При внутрішньому дослідженні в м'яких тканинах голови визначається масивний підшкірний крововилив майже суцільного характер, що займає всю праву скроневу ділянку, обидві тім'яні і верхню частину потиличної ділянки. Визначається зруйнована луска правої скроневої кістки де є отвір діаметром біля 2,8 см. з множинними дрібними уламками, які зміщені всередину черепа та з викришуванням уламків по внутрішній поверхні пошкодження зі сторони внутрішньої частини черепа. Від даного пошкодженням через луску правої скроневої кістки до заду відходять лінійний перелом, який пересікає тім'яно-потиличний шов, проходить по верхній частині луски потиличної вістки переходить на ліву тім'яну кістку, де поєднується з лінійним переломом, який відходить від верхнього краю пошкодження в правій скроневій ділянці, пересікає стрілоподібний шов і з'єднується з вищевказаним переломом. Крім того, від стрілоподібного шва вперед і до заду проходить лінія перелому, яка сліпа закінчується на лусці лобової кістки, а до заду пересікає обидві лінії переломів, які відходили від пошкодження в правій скроневій ділянці, таким чином розділяючи весь фрагмент потиличної і тім'яних кісток на два крупних уламка. Раневий канал проходить справа наліво через обидва бокові шлуночки головного мозку і сліпо закінчуються в товщі лобової частки. По ходу раневого каналу речовина мозку з явищами розчавлення та поодинокими дрібноточковими крововиливами в товщі мозкової речовині При дослідженні раневого каналу в речовині головного мозку в його кінці

відповідно лівій лобовій частці виявлено деформована гумова куля чорного кольору, діаметром біля 0,9 см.

При медико-криміналістичному дослідженні клаптя шкіри від трупа гр. Л було виявлено одне пошкодження, яке являється вхідним і утворилося від одиночного ранячого снаряду (кулі). Слідів близького пострілу (кіптяви, порошинок термічної та механічної дії газів) на наданому на експертизу клапті шкіри виявлено не було. На долонно-тильній поверхні між великим та вказівним пальцями правої кисті руки Л. було виявлено кобальт.

Таким чином, вище наведений матеріал дає підстави до висновків, що такого роду вогнестрільна травма потребує прискіпливої уваги судове медичних експертів, судово-медичних криміналістів і спеціалістів з балістики з метою комплексного дослідження і з урахуванням факту, що при емісійному спектральному дослідження гумових куль було виявлено до 15 макро- та мікроелементів: P, Sb, Mg, Mn, Pb, Si, Sn, As, Ca, Ti, Cu, Na, Ba, Zn – результатів фізико-хімічного дослідження складу гумових й еластичних куль, дозволить встановити не тільки характер вогнестрільних ушкоджень; дистанцію пострілу, а також тип і вид ранячого снаряду.

НАСЛІДКИ ПОРУШЕННЯ ПРАВИЛ ДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ

Павлишин А.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Завдання, які стоять перед кримінальним судочинством, обумовлюють необхідність відповідних гарантій достовірності і повноти доказового матеріалу, на підставі якого вони вирішуються. Такими гарантіями безумовно виступають вимоги допустимості доказів. Правила збирання (виявлення і закріплення) фактичних даних про істотні обставини справи власне і являють собою теоретично і практично обґрунтовані, надійні гарантії доброякісності відомостей, отриманих відповідним шляхом. Вимоги щодо процесуальної форми доказів, процесуальний режим доказування в цілому служать тому, щоб установити істину, реалізувати всю сукупність завдань кримінального процесу.

Як стверджує Ю.М. Грошовий – допустимість доказів – це зовнішня властивість доказів, в силу якої закон дозволяє використовувати їх у доказуванні.

На сьогоднішній день переважна більшість вчених виділяють наступні правила допустимості доказів: а) дотримання прав і законних інтересів особи під час одержання доказів; б) законність діяння спрямованого на одержання доказу (воно передбачене кримінально-процесуальним законом); в) законний суб'єкт отримання фактичних даних; г) законне джерело доказів; д) законний порядок проведення процесуальної дії та оформлення її перебігу і результатів.

Очевидно, що ці вимоги допустимості доказів розроблені не випадково.

Порушення процесуальних правил збирання і перевірки доказів не може, з урахуванням викладеного, не викликати сумнівів у допустимості відповідних фактичних даних, тому що порушуються ті чи інші гарантії їхньої достовірності і повноти. Тому, з першого погляду, отримані з такими порушеннями докази є недопустимими.

Однак закон не формулює єдиного для усіх випадків вирішення питання про допустимість доказів, отриманих з порушенням процесуальної форми. Чинний КПК України не містить окремої статті, яка б закріплювала підстави визнання доказу недопустимим. У проекті КПК, прийнятому у другому читанні Верховною Радою України, є ст. 164, яка називається "Допустимість доказів". Але з її змісту випливає протилежна назва – "Недопустимість доказів". Вона вміщує наступні положення:

1. Допустимість доказів визначається законністю їх джерела, умов і способів його одержання.
2. Докази, зібрані з порушенням конституційних прав і свобод людини, або з такими порушеннями цього Кодексу, які позначились чи могли позначитись на їх достовірності, не можуть бути покладені в обґрунтування обвинувачення.
3. Будь-який доказ, здобутий внаслідок застосування насильства чи інших незаконних дій, не може використовуватись для підтвердження обвинувачення.
4. Не можуть бути доказами повідомлені свідком, потерпілим, підозрюваним, обвинуваченим та іншими допитаними особами відомості, джерело яких невідоме або його неможливо перевірити.

У п. 19 постанови Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. № 9 "Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя" зазначено, що "... згідно зі ст. 62 Конституції обвинувачення не може ґрунтуватися на припущеннях, а також на доказах, одержаних незаконним шляхом. Докази повинні визнаватися такими, що одержані незаконним шляхом, наприклад, тоді, коли їх збирання й закріплення здійснено або з порушенням гарантованих Конституцією України прав людини і громадянина, встановленого кримінально-процесуальним законодавством порядку, або не уповноваженою особою чи органом, або за допомогою дій, не передбачених процесуальними нормами".

Питання про те, як підходити до оцінки наслідків допущених порушень, недостатньо розроблене і в процесуальній літературі.

Загалом з цього приводу існує дві позиції у науці й практиці. Згідно з першою, будь-яке порушення вимог допустимості доказів автоматично тягне визнання їх недопустимими. Прихильники

© Павлишин А., 2006

ж іншої (становлять більшість), вважають, що все залежить від характеру допущеного порушення, від того чи викликає воно сумнів у достовірності одержаного з порушенням доказу.

Так, на думку В.Д. Арсеньєва, допустимість таких доказів зв'язана з можливістю чи неможливістю "нейтралізувати" допущені порушення, усунути ці сумніви. Для цього необхідно, по-перше, "реконструювати" за допомогою наявних і додатково зібраних доказів фактичний хід слідчої (судової) дії для того, щоб установити чи характеризують відзначені дефекти його зміст, чи мова йде лише про дефекти фіксації її ходу і результатів. По-друге, необхідно співставити фактичні відомості, отримані в результаті такої слідчої дії, із сукупністю інших наявних доказів для вирішення питання про реальний вплив допущеного процесуального порушення на їхню достовірність і повноту за наявних конкретних умов.

Як зазначає Г.М. Міньковський в кожнім конкретному випадку необхідно враховувати кілька моментів. Насамперед необхідно визначити чи не носить порушення злочинного характеру, чи не торкається положень, котрі законодавець відніс до числа основних для судочинства в цілому чи для відповідної стадії процесу (принципів судочинства)?

Безперечно, що доказ, отриманий злочинним шляхом чи з порушенням основних положень судочинства, які хоча і не носять злочинного характеру, – недопустимий. За таких обставин фактичні дані повинні бути визнані недопустимими без подальшого обговорення питання про їхню достовірність. Зокрема, саме такі наслідки настають у випадках, коли допитуваний був змушений до дачі показань у результаті застосування погроз чи інших незаконних дій з боку особи, яка провадить дізнання чи досудове слідство.

Недопустимими будуть і фактичні дані, отримані особами, які не мають права на провадження слідчих дій, чи від осіб, які не могли бути свідками, експертами; дані, отримані з порушенням права на захист і т.д.

Якщо ж мова йде про порушення більш окремих правил, котрі визначають збирання і перевірку доказів визначеного виду, іноді можна усунути ці порушення, "нейтралізувати" їхні наслідки. Насамперед це стосується стадії досудового розслідування, де в органу, який здійснює провадження у справі, є широкі можливості провести відповідні процесуальні дії чи зібрати додаткові дані для вирішення наявних сумнівів у допустимості визначеного доказу.

Так, якщо наявні прогалини в протоколах дій, що проводяться за участю понятих, останні можуть бути допитані як свідки щодо фактичного ходу обшуку, огляду і т.д. Свідок у ході судового допиту може підтвердити, що його показання на досудовому слідстві були записані правильно, хоча він усупереч установленому порядку не підписав через неуважність слідчого кожну сторінку протоколу.

Додаткові допити учасників слідчих дій можуть нейтралізувати деякі відступи не тільки від порядку фіксації їхнього ходу і результатів, але і від порядку самого їхнього проведення, обґрунтувавши в конкретному випадку відсутність шкідливих наслідків допущеного порушення. Так, обвинувачуваний, який подав обґрунтовану скаргу на те, що йому, незважаючи на прохання про це, не була надана можливість записати свої показання власноручно, може, проте, підтвердити, що слідчий записав їх правильно. У цих випадках немає ніяких підстав вважати показання недопустимими як доказ.

Чи має значення причина порушення при вирішенні питання про допустимість як доказу фактичних даних, отриманих з порушенням процесуальних правил?

Такою причиною можуть бути недбалість, недосвідченість особи, що проводить слідчу дію, наявність виняткових обставин, що зробили "фізично" неможливим чи, принаймні, дуже проблематичним дотримання тих чи інших правил. Стосовно останнього випадку мова йде, наприклад, про проведення огляду чи обшуку в місці, де неможливо знайти двох понятих, не зацікавлених у результаті справи, а відкладення слідчої дії привело б до втрати істотних відомостей. Подібний характер має і ситуація, що виникає під час проведення допиту у місці, в якому не можна вжити заходів для того, щоб не допитані свідки не спілкувалися між собою; під час проведення виїмки поштово-телеграфної кореспонденції у віддаленій і важко доступній місцевості, якщо штат установи зв'язку складається з однієї людини, у той час як за законом вимагається присутність не менше двох понятих з числа працівників цієї установи, і т. д. Очевидно, що такі порушення не завжди повинні вести до втрати доказами юридичної сили.

Як видається, потрібно відмежовувати факти порушення закону під час отримання доказів від незначних упущень, недописок, які при цьому можливі. Останні не можуть бути кваліфіковані як

недотримання конкретних вимог, заборон, обмежень, які містяться у правових нормах. Зокрема під час складання процесуального документа можуть утворитися не лише граматичні помилки, а й пропуски у тексті. Через поспіх чи неуважність не у кожному випадку відразу після складення документа ставляться необхідні підписи. Часом не найкращим чином відображаються відомості про осіб, які приймали участь у слідчій дії. Мають місце випадки, коли при правильному викладенні тексту, правильному відображенні суті проведеної дії з дотриманням інших вимог закону, використовуються застарілі бланки. Не завжди під час оформлення протоколу слідчої дії безпомилково оформляється заголовок. За таких недоліків докази не повинні ставати недопустимими.

На підставі проведеного аналізу усі порушення вимог допустимості доказів можна поділити на дві групи: 1) ті що безумовно тягнуть недопустимість доказів і 2) ті, що не обов'язково тягнуть недопустимість доказів.

До порушень першої групи, які повинні категорично тягнути за собою визнання доказів недопустимими (втрату ними юридичної сили), відносяться: а) недотримання конституційних та інших, закріплених у кримінально-процесуальному законі, прав та інтересів особи під час одержання доказів, б) одержання доказів непроцесуальними діями, в) неправомочним суб'єктом, а також г) з незаконного джерела. Кожне з цих порушень автоматично веде до визнання доказу недопустимим, оскільки породжує непереборний сумнів у його достовірності.

Що стосується другої групи порушень, то до них належать порушення, пов'язані з недотриманням установленого законом загального чи окремого порядку проведення слідчої чи іншої процесуальної дії та оформлення її перебігу і результатів. Питання про допустимість одержаних з такими порушеннями доказів повинно вирішуватись у кожному конкретному випадку, з урахуванням наступних обставин: 1) чи ці порушення викликають непереборні сумніви щодо повноти і достовірності зібраних таким чином доказів; 2) чи їх можна усунути додатковими слідчими діями або іншими процесуальними засобами? При цьому визначальною є перша умова. Якщо порушення викликає непереборний сумнів у достовірності доказів, немає необхідності вживати заходів до усунення самого порушення та його наслідків. Наприклад, якщо особа, у житлі якої обшук проведений без понятих, стверджує, що виявлених у ході обшуку предметів вона ніколи не мала і не зберігала, докази одержані у ході такого обшуку будуть недопустимими без будь-яких подальших дій, оскільки виникає непереборний сумнів, що ці предмети дійсно були там виявлені. Якщо ж ніхто результатів обшуку (проводився без участі понятих, оскільки у даній місцевості немає незацікавлених у результатах справи осіб, у ході якого власник житла добровільно видав розшукувані предмети) не оскаржує, не висловлює сумнівів у достовірності його результатів, то шляхом допиту особи, у якої він проводився, та інших осіб, які були при цьому присутні, наслідки допущених порушень можна усунути. Відтак докази, одержані в ході цього обшуку, будуть вважатися допустимими.

Таким чином, допустимість доказу, одержаного з порушенням процесуальних правил (відступом від них), залежить від: 1) характеру порушення (прогалини), котре не повинно створювати непереборних сумнівів у достовірності отриманих даних; 2) можливості фактичного заповнення прогалин і "нейтралізації" наслідків порушень для того, щоб усунути породжені сумніви. Відсутність хоча б однієї з цих умов тягне недопустимість доказу.

ПЕРСПЕКТИВИ ВПРОВАДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ЗМЕНШЕНОЇ ВІКОВОЇ ОСУДНОСТІ У КРИМІНАЛЬНЕ СУДОЧИНСТВО УКРАЇНИ

Палюх Л.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Останнім часом у вітчизняній юридичній науці все частіше висловлюються пропозиції щодо введення у кримінальне судочинство України інституту зменшеної вікової осудності або вікової неосудності (різні науковці з цього приводу вживають різні терміни, а іноді вкладають різний зміст). Зокрема, такі пропозиції серед вітчизняних науковців висловлюють В.М. Бурдін, О.О. Левендаренко, Г.М. Омельяненко, Я.І. Соловій, О.О. Ямкова, С.С. Яценко. Зазначене питання неодноразово розглядалося в радянській юридичній науці.

У п.4 Мінімальних стандартних правил здійснення правосуддя щодо неповнолітніх (Пекінських правилах) вказано про те, що «в правових системах, де визнається поняття віку кримінальної відповідальності для неповнолітніх, нижня межа такого віку не повинна встановлюватися на занадто низькому віковому рівні, враховуючи аспекти емоційної, духовної і інтелектуальної зрілості». З цього приводу Європейський Суд заявив: «…важливо, щоб з дитиною, якій пред'явлено обвинувачення, поводилися з урахуванням в повній мірі її віку, рівня зрілості, інтелектуальних і емоційних особливостей».

При визначенні мінімального віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, за основу береться рівень свідомості людини, її здатність розуміти характер вчинених нею дій, їх суспільну небезпеку, тобто рівень соціально-психологічного розвитку особи. Водночас фахівці відзначають про те, що процес формування психіки в так званому перехідному віці відрізняється значними особливостями і нерідко відбувається з відхиленнями від загальної закономірності, коли особа, яка формально досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, не досягає необхідного ступеня інтелектуального і морального розвитку. При цьому відмінності у ступені соціальної зрілості підлітків можуть бути обумовлені індивідуальними особливостями (в межах норми) біологічного розвитку організму, наявністю соматичної і психічної патології, соціальними факторами. Видається, що вказані особливості особи неповнолітнього повинні бути враховані при вирішенні питання про його кримінальну відповідальність.

У ч.3 ст. 433 КПК України вказано про те, що при наявності даних про розумову відсталість неповнолітнього, не пов'язану з душевним захворюванням, повинно бути з'ясовано, чи міг він повністю усвідомлювати значення своїх дій і в якій мірі міг керувати ними. Водночас у кримінальному законодавстві України не передбачено чітко наслідки встановлення зазначеної у ст. 433 КПК України розумової відсталості неповнолітнього на вирішення питання про його кримінальну відповідальність. У Кримінальному кодексі України закріплені інститути неосудності (ч.2 ст. 19 КК України), обмеженої осудності (ст. 20 КК України), коли особа під час вчинення злочину через наявний у неї психічний розлад, не була здатна повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними (ст.20 КК України). Відповідно до ч.2 ст.20 КК України визнання особи обмежено осудною враховується судом при призначенні покарання і може бути підставою для застосування примусових заходів медичного характеру. Відповідно до ст. 103 КК України, призначаючи покарання неповнолітньому, суд повинен, крім обставин, передбачених у статтях 65-67 КК, враховувати також умови його життя та виховання, вплив дорослих, рівень розвитку та інші особливості особи неповнолітнього. Однак в КК України не вказано чітко, як зазначена обставина впливає на призначення покарання неповнолітньому. Окрім цього, мова йде лише про вплив зазначених обставин на призначення неповнолітньому покарання, а не на вирішення питання про його кримінальну відповідальність.

Науковцями пропонуються різні моделі закріплення в кримінальному законодавстві інституту вікової неосудності або зменшеної вікової осудності, в тому числі – через формулу осудності-неосудості, через встановлення невідповідності фактичного і календарного віку, окремими науковцями пропонується ввести в КК України окрему норму, де передбачити формулу вікової неосудності, зменшеної вікової осудності. На нашу думку, найбільш доцільно закріпити в КК України модель обмеженої (зменшеної) вікової осудності, відповідно до якої неповнолітній, який досягнув

© Палюх Л., 2006

віку, з якого відповідно до закону може наставати кримінальна відповідальність, однак внаслідок відставання у психічному розвитку (розумової відсталості), не пов'язаної з психічним розладом, не міг у повній мірі усвідомлювати значення своїх дій (бездіяльності) або керувати ними, може бути звільнений судом від кримінальної відповідальності із застосуванням до нього примусових заходів виховного характеру. Суд може звільнити такого неповнолітнього від кримінальної відповідальності у випадку, якщо зазначене відставання у психічному розвитку істотно вплинуло на його здатність усвідомлювати значення своїх дій (бездіяльності) і (або) керувати ними.

Відповідно, в кримінально-процесуальному законодавстві також необхідно передбачити порядок провадження у зазначеній категорії справ. Необхідно відзначити, що в проекті КПК України у ст. 501, що має назву «Порядок застосування до неповнолітнього, який вчинив злочин, примусових заходів виховного характеру», в ч.1 міститься норма, відповідно до якої на стадії досудового розслідування особою, яка здійснює дізнання, слідчим з наступним затвердженням прокурором виноситься постанова про закриття кримінальної справи з направленням її до суду для вирішення питання про застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру у випадках, коли неповнолітній не повністю усвідомлював фактичні ознаки або суспільну небезпечність свого діяння внаслідок відставання у розумовому розвитку. Щодо цього положення проекту КПК видається необхідним відзначити, що, на нашу думку, не зовсім правильно в даному випадку передбачати в законі винесення постанови про закриття справи. З постановою про закриття справи повинні припинятися кримінально-процесуальні відносини. В даному випадку ж вони продовжуватимуть тривати після винесення відповідної постанови на стадії досудового розслідування, - остаточне рішення про закриття справи виносить суд. Тому з метою уникнення «подвійного» закриття справи – спочатку слідчим, потім – судом, видається більш доцільним на стадії досудового розслідування приймати рішення про припинення кримінального переслідування, а не про закриття кримінальної справи.

Заслуговує на окремий розгляд і питання про підставу для припинення кримінального переслідування у розглядуваному випадку. Якщо порівнювати з законодавством зарубіжних країн, то, наприклад, відповідно до ст. 27 КПК Російської Федерації кримінальне переслідування щодо неповнолітнього, який хоча і досягнув віку, з якого настає кримінальна відповідальність, але внаслідок відставання у психічному розвитку, не пов'язаного з психічним розладом, не міг у повній мірі усвідомлювати фактичний характер і суспільну небезпеку своїх дій (бездіяльності) і керувати ними в момент вчинення діяння, передбаченого кримінальним законом, підлягає припиненню у зв'язку з відсутністю в діянні складу злочину. Водночас щодо цього положення російського законодавства необхідно зауважити, що з нашого боку виникають певні зауваження щодо підстави припинення переслідування. В даному випадку формально наявні всі ознаки складу злочину. Що стосується суб'єкта злочину, у розглядуваному випадку – це особа, яка формально містить всі ознаки суб'єкта злочину (осудна, досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність). У зв'язку з цим видається, що сукупність вказаних обставин не можна чітко «підвести» в КПК ні під підставу для закриття справи у зв'язку з недосягненням віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, ні під підставу для закриття справи у зв'язку з відсутністю складу злочину. В даному випадку, на нашу думку, в КПК доцільно передбачити самостійну підставу для припинення кримінального переслідування, закриття справи – щодо неповнолітнього, який досягнув віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, однак внаслідок відставання у психічному розвитку не пов'язаного з психічним розладом, не міг у повній мірі усвідомлювати значення своїх дій (бездіяльності) або керувати ними.

ЗАХИСТ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Попелюшко В.

Національний університет "Острозька академія"

Термін "захист" в українській мові багатозначний. Ним охоплюються різні за змістом поняття із самих різноманітних сфер суспільного життя – побутової, військової, спортивної, наукової, правової тощо. У сфері права цей термін також відображає ряд понять, які не співпадають ні за структурою, ні за змістом та обсягом відображуваних ним понять.

В Конституції України в самому широкому значенні захист – це діяльність держави, яка полягає в охороні, заступництві особи та її невід'ємних благ від незаконних порушень та обмежень (ст. 3,10, 17, 25, 27), у попередженні таких порушень та обмежень (ст. 29, 30, 31, 34) та у відшкодуванні шкоди, коли такі порушення та обмеження не вдається попередити (ст. 32, 50, 56). Основним державно-правовим видом захисту людини і громадянина Основний Закон називає судовий захист (ст. 55). Змістом такого захисту є універсальне право кожного, хто вважає свої права та свободи порушеними чи поставленими під загрозу порушення звернутись за їх захистом до суду і обов'язок суду розглянути таке звернення та вирішити вказане у ньому питання по суті.

Між тим суд не єдиний орган державно-правового захисту людини і громадянина. Кожен може звернутися за захистом своїх прав до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (ч. 3 ст. 55 Конституції), в прокуратуру (ст. 5,6 Закону "Про прокуратуру"), міліцію (ст. 2 Закону "Про міліцію") тощо.

Правозахисну діяльність здійснюють також недержавні громадські організації, творчі спілки, трудові колективи, профспілкові та інші об'єднання. Особливо велика роль у цій діяльності належить адвокатурі, як професійній, самоврядній корпорації.

Нарешті, "кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань" (ч. 5 ст. 55 Конституції). Найбільш виразною і у той же час крайньою формою такого захисту є необхідна оборона (ч.1 ст. 36 КК).

В наведених вище та й інших нормах права термін "захист" та його синоніми "охорона", "оборона", "представництво", "юридична допомога" та ін. означають саме широке його поняття і суб'єктом права на такий захист є будь-яка особа ("кожен"). В кримінальному процесі це усі особи, права, свободи і законні інтереси яких можуть зачіпатися та зачіпаються при провадженні справи – обвинувачений, потерпілий, цивільний позивач тощо, які, відповідно, добиваються спростування обвинувачення, задоволення позовних вимог і т. ін.

Однак у кримінальному судочинстві термін та поняття "захист" мають більш вузьке, спеціальне значення (ч. 4 ст. 29, ч. 2 ст. 59, ч. 3 ст. 63, п. 6 ч. 3 ст. 129 Конституції, ст. 16-1, 21, 43, 44 та ін. КПК). КПК розмежовує функцію захисту від інших процесуальних функцій, перераховує суб'єктів її здійснення (ч. 2, 3, 4 ст. 16-1, ст. 261), розкриває поняття захисника (ч. 1 ст. 44), визначає його обов'язки і права (ч. 1 ст. 48). Про суб'єкта захисту (адвоката) та його діяльність саме по захисту обвинуваченого і лише у кримінальному процесі, розглядувані термін та поняття використовуються й у деяких інших законах України та підзаконних нормативних актах, визнаних Україною міжнародних договорах.

Повний аналіз норм вітчизняного права, де використано термін "захист" стосовно кримінального судочинства, дозволяє стверджувати таке.

Перше. Цей термін у кримінально-процесуальному праві вживається як для означення одних і тих же понять, так і взаємопов'язаних, але різних. Усе залежить від контексту правової норми та процесуально-правового інституту, до якого ця норма належить. Наприклад, у контексті ч. 3 ст. 59 Конституції (обвинувачений має право на захист) – "захист охоплює щонайменше: 1) комплекс прав, якими наділений обвинувачений у кримінальному процесі для здійснення свого захисту особисто; 2) право мати захисника, уповноваженого здійснювати захист його прав і законних інтересів; 3) діяльність як самого обвинуваченого по реалізації наданих йому прав, так і діяльність його захисника по здійсненню наданих йому законом повноважень. У контексті ст. 16-1 КПК у поєднанні із приписами ст. 261 КПК термін "захист" використано: 1) для означення однойменної функції при

© Попелюшко В., 2006

розгляді справи в суді; 2) визначення суб'єктного складу виконавців цієї функції; 3) сторони у судовому розгляді. Тобто "захист" у кримінальному процесі означає: 1) осіб, учасників процесу, суб'єктів, правомочних здійснювати захист обвинуваченого; 2) одну із функцій судового розгляду; 3) діяльність суб'єктів захисту по реалізації наданих їм прав та повноважень у процесі здійснення виконуваної ними функції.

Друге. Об'єктом захисту є обвинувачений (підозрюваний, підсудний, засуджений, виправданий), його права, свободи та законні інтереси.

Третє. Суб'єктами захисту виступають обвинувачений та його захисник, якого нині уособлює адвокат, а у випадках і в порядку, передбачених КПК, також законний представник.

До суб'єктів захисту не належать, як інколи вважають, відповідач та його представник, коли вони не співпадають з особою обвинуваченого та його законного представника, функцію захисту вони не виконують (ч. 4 ст. 16-1 КПК), а лише "примикають" до її сторони в судовому засіданні. Не належать до суб'єктів захисту також, з одного боку, потерпілий, цивільний позивач, свідки, поняті, експерти тощо, з другого – дізнавач, слідчий, прокурор та суддя (суд). Перших ніхто не обвинувачує у вчиненні суспільно небезпечного і кримінально-караного діяння, а отже їм не має від чого захищатись, місія ж інших не у захисті обвинуваченого, а у забезпеченні його права та захист і тільки. Захист у кримінальному процесі є "реакцією" на обвинувачення. Він мислимий лише у кримінально-процесуальному відношенні: "кримінальне переслідування (обвинувачення)" – "захист" і не більше.

Щодо змісту поняття захисту, то вважаю, його структуру та зміст складають: 1) обвинувачений, особа у справах про застосування примусових заходів медичного характеру, неповнолітній у справах про застосування примусових заходів виховного характеру, їх захисник-адвокат, у передбачених законом випадках – законний представник, які наділені комплексом процесуальних прав та повноважень, що дають їм можливість здійснювати самозахист та захист; 2) передбачена та не заборонене процесуальним законом діяльність усіх вказаних осіб по здійсненню ними наданих їм прав та повноважень, спрямована на захист прав, свобод та законних інтересів підзахисних, шляхом спростування фактичної та правової сторін виниклої підозри або висунутого обвинувачення (кримінального переслідування в інших формах), та з'ясування обставин, які спростовують підозру та (чи) обвинувачення, виключають та (чи) пом'якшують кримінальну відповідальність та (чи) покарання; 3) правовідносини, у які особи вступають в процесі своєї захисної (самозахисної) діяльності. Стосовно захисту, здійснюваного захисником-професіоналом, адвокатом, то він включає в себе ще один додатковий компонент, а саме, надання підзахисному необхідної юридичної допомоги (ч. 1 ст. 44, ч. 1 ст. 48 КПК).

Отже, захист у кримінальному судочинстві можна визначити як систему передбачених і не заборонених законом дій (діяльність) підзахисного та його захисника (адвоката та законного представника) та відносин, спрямованих на спростування фактичної та юридичної сторін виниклої підозри або висунутого обвинувачення (кримінального переслідування в інших формах), і на з'ясування обставин, які виключають та (чи) пом'якшують кримінальну відповідальність та (чи) покарання.

ПРОКУРАТУРА УКРАЇНИ У МЕХАНІЗМІ ДЕРЖАВНОГО ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ

Середа Г.

Академія прокуратури України

Структурами Ради Європи неодноразово відзначалася фактична консервація в Україні радянської системи правоохоронних органів. Одним із аспектів вирішення цієї проблеми є реформування прокуратури, оскільки вона є складовою цієї системи. Місія прокуратури, як складової частини правоохоронної системи, обумовлена правоохоронними функціями держави взагалі, головним обов'язком якої у відповідності до Конституції України є утвердження і забезпечення прав і свобод людини.

Аналіз конституційних положень, Закону України „Про прокуратуру", проектів Закону **„**Про внесення змін до Закону України „Про прокуратуру" та Кримінально-процесуального кодексу, а також відповідних теоретичних висновків показує, що основним напрямом діяльності вітчизняної прокуратури все більше стає правозахисник Усі без винятку функції прокуратури, передбачені ст. 121 Конституції України, значною мірою стосуються захисту прав людини, а декларована Законом „Про внесення змін до Конституції України" від 8 грудня 2004 року функція нагляду за додержанням прав і свобод людини і громадянина, додержанням законів з цих питань органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами безпосередньо спрямована на це.

Щодо загального нагляду, ніби здійснюваного прокуратурою, слід відзначити, що його у початковій, радянській інтерпретації практично не залишилося. До того ж у відповідності з Перехідними положеннями Конституції України „прокуратура продовжує виконувати... функцію нагляду за додержанням і застосуванням законів... – до введення в дію законів, що регулюють діяльність державних органів щодо контролю за додержанням законів", тобто тимчасово. Взагалі так званий загальний нагляд сьогодні реально замістила контрольно-правозахисна функція прокуратури. Одним з проектів Закону України «Про прокуратуру» навіть передбачається трансформування «колишнього» загального нагляду в контроль за захистом прав людини, суспільства та держави, що здійснюється у різних формах, включаючи представництво в суді їх законних інтересів. Це було б доцільним з урахуванням накопиченого прокуратурою величезного досвіду, правозахисного за своїм змістом, зокрема й у сфері захист) прав і свобод громадян. Причому, функція контролю за неухильним додержанням конституційних прав громадян завжди схвально сприймалася іноземною юридичною спільнотою. Скасування такої функції значною мірою послабило б правозахисні можливості органів прокуратури.

Взагалі, до реформування прокуратури потрібно підходити вкрай обережно. Це, зокрема, стосується функцій та структури прокуратури. Слід пам'ятати, що їх сукупність не має випадкового характеру. Вона апробована практикою і відповідає, оскільки протилежне не доведено, сучасним суспільним реаліям. В умовах їх тісної взаємопов'язаності спроба ліквідації якоїсь (або якихось) функції чи структурної складової здатна істотно розбалансувати весь механізм прокурорської діяльності, який, попри деякі недоліки, все ж забезпечує більш-менш прийнятний рівень впорядкованості суспільних відносин у державі.

З огляду на це, необхідно вважати виправданим наділення прокурора повноваженнями в частині нагляду за дотриманням та застосуванням законодавства при виконанні ним функцій представництва. Звідси випливає, що прокурора не доцільно позбавляти права звернення до будь-якого органу або до окремої посадової особи з вимогою припинення порушень прав людини, ким би вони не були допущені. При цьому прокурор повинен мати повноваження виклику до прокуратури як окремих громадян, так і службових осіб установ**,** організацій чи підприємств, вимагати від них письмових або усних пояснень стосовно допущених порушень законних інтересів особи, суспільства та держави, витребувати від них всі необхідні документи, вносити подання про усунення порушень законодавства, їх причин та умов, призначати експертизи, перевірки, ревізії, вживати заходів з метою притягнення до відповідальності осіб, що допустили порушення законодавства. Якщо позбавити

© Середа Г., 2006

прокуратуру таких повноважень, неважко передбачити, чим частіше керуватиметься чиновник реагуючи на звернення громадян – чинним законодавством чи власним інтересом?

За прокуратурою доцільно зберегти право позасудового захисту прав громадян із застосуванням елементів прокурорського контролю. Недостатня розвиненість судової системи не дозволяє їй прийняти від прокуратури той величезний масив правових конфліктів, які на цей час вирішуються останньою. До того ж, прокурорське реагування здійснюється набагато оперативніше і безоплатно, оскільки не передбачає витрат у вигляді немалих сум державного мита та інших зборів. Не дивно, що у таких умовах громадяни віддають перевагу зверненню за захистом своїх прав не до суду, а саме до органів прокуратури. У таких умовах позбавлення прокурора повноважень із захисту прав людини і громадянина, що реалізуються у формі контролю (нагляду) за їх дотриманням, було б істотним кроком назад **у** справі їх забезпечення. Тим більше, що альтернативної системи контролю за дотриманням законів, адекватній прокуратурі, в Україні не існує. Хоч у нас і функціонують десятки різноманітних контролюючих органів, на жаль, доводиться констатувати, що досить часто вони не породжують нічого іншого, крім нових конфліктів. Тому прокурор обов'язково повинен втручатися в усі випадки порушення прав і свобод людини і громадянина, використовувати при цьому всі надані йому можливості реагування. Без цього розвиток прокуратури як гаранта прав і свобод людини і громадянина неможливий.

Викладене зайвий раз підкреслює, що прокуратура фактично виконує правозахисну функцію, причому як опосередковано, через свої чинні функції, так і безпосередньо, розглядаючи звернення громадян та приймаючи рішення за ними. Про це свідчать оприлюднені відомості про те, що лише у 2004 році органами прокуратури України розглянуто 423 тис. звернень громадян, з яких кожне десяте було задоволене із застосуванням заходів прокурорського реагування щодо службових осіб, які допустили порушення прав громадян. За позовами прокурорів реально відшкодовано збитків на загальну суму 2 млрд. 53 млн. гривень, з них понад на 500 млн. гривень - до державного бюджету. Скасовано 73 тис. незаконних постанов про відмову в порушенні кримінальних справ, зупиненні слідства та закриття кримінальних справ. За допущені порушення після вжиття заходів прокурорського реагування було притягнуто до дисциплінарної відповідальності понад 23 тис. працівників органів дізнання та досудового слідства, а проти 250 таких працівників порушено кримінальні справи за зловживання службовим становищем. Судами задоволені понад 9 тис. апеляційних та касаційних подань. Прокурорами принесено 38 тис. протестів, у тому числі 6 тис. на незаконні акти представницьких органів, 2,6 тис. - органів виконавчої влади, 8 тис. - на нормативні акти міністерств і відомств України.

Таким чином, прокуратура України реально є державним правозахисним органом, але її правозахисна функція повинна розглядатися не лише у контексті захисту прав людини, але і як захист прав громадянина, суспільства і держави, оскільки ці три субстанції знаходяться у діалектичному зв'язку і якщо держава є не тоталітарною, а демократичною, то їх не слід протиставляти. Вони в жодному разі не знаходяться у суперечності, тим більше, що відповідно до Конституції України права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Тенденція абсолютизації приватних інтересів за повного ігнорування інтересів публічних є настільки ж згубною, як і зневажання прав людини. Держава не здатна забезпечити правозахисну функцію в умовах забуття суспільних інтересів і тісно пов'язаного з цим ухилення від виконання законів. Крім того, у ряді випадків досить складно відмежувати закінчення порушень прав окремих громадян і початок порушень інтересів суспільства чи держави. Захищаючи громадянина, прокурор захищає суспільство та державу і навпаки! Враховуючи сказане, захист прав і свобод людини і громадянина засобами прокурорського реагування необхідно розглядати у єдності з наглядом прокуратури за дотриманням законів державними і муніципальними органами.

Вказані повноваження прокуратури створюють умови для її подальшої еволюції у широко схвалюваний світовою спільнотою інститут посередника, або як його ще називають, медіатора у врегулюванні правових конфліктів. Виступ прокурора в ролі такого посередника здатен забезпечити найшвидше, економне та прийнятне з точки зору моралі відновлення порушених прав громадян, інтересів суспільства і держави. Прокуратура у цьому випадку не стане підміняти суди, а лише суттєво їх розвантажить від величезної кількості спорів та конфліктів. Фактично прокуратура виступає як альтернативний для громадян варіант вирішення проблем у сфері захисту їх прав, свобод і законних інтересів, що також служить зміцненню демократичних основ суспільства і держави, створює додаткові гарантії захищеності прав людини і громадянина. Причому ще довго громадяни, маючи таку альтернативу будуть обирати саме прокуратуру. По суті прокуратура є найбільш масово витребуваним

органом розгляду скарг та звернень, головною загальнодержавною інстанцією оскарження, що відображається у наведеній статистиці. Це служить підтвердженням високого авторитету прокуратури серед населення, яке ще не адаптувалося до переважно судового способу вирішення спорів та конфліктів, та й навряд чи доцільно концентрувати всю подібну діяльність виключно в судах. Монополізм тут настільки ж згубний, як і у всьому іншому! Навпаки, якщо прокуратурою надається більш швидкий і не менш ефективний спосіб відновлення порушеного права, то саме на ньому і повинна бути зосереджена суспільна зацікавленість. У кінцевому підсумку забезпечення прав і свобод кожного окремого громадянина служить загальному інтересу - нормалізації відносин у державі.

Таким чином, прокуратура України є полі функціональним самостійним, тобто не включеним до жодної з гілок влади, державним правоохоронним органом, який здійснює від імені держави захист прав людини і повинна залишатися такою. Віднесення прокуратури до якоїсь з існуючих гілок влади, особливо до виконавчої, є недоцільним, оскільки суттєво знизить її правозахисний потенціал.

ПРАВО ПОТЕРПІЛОГО НА ІНФОРМАЦІЮ: НОВИЙ ПОГЛЯД

Федорчук Н.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Держава завжди прагне не лише до надання своїм громадянам достатньої кількості прав, а й до більш детальної їх регламентації з тим, щоб найбільш повно задовільнити їх потреби. Цим вона демонструє більшу довіру до своїх громадян, дає їм можливість самостійно і відповідально визначати власну поведінку та приймати рішення. Проте можливість реалізації прав прямо залежить від ступеня поінформованості суб'єктів про належність їм тих чи інших прав (свобод), про можливий порядок і спосіб реалізації цих прав.

Не секрет, що сьогоднішнє українське суспільство погано проінформоване про свої права. Відсоток реального відшкодування заподіяної злочином шкоди вражаюче низький, одною з причин чого є незнання жертвами власних прав щодо процедури отримання відшкодування. Рідко коли пересічні люди в сучасній Україні можуть дати відповідь на те, якими правами вони наділені в кримінальному процесі, якщо вони стануть потерпілими від злочину: на компенсацію якої шкоди вони зможуть претендувати, в якому порядку така компенсація здійснюватиметься, де можна отримати консультації психолога чи здійснити медичне обстеження. Рішення тут просте: потерпілий повинен бути добре поінформований про свої права.

Тому покращення ситуації вбачаю у запровадженні права потерпілого на інформацію. Питання про право потерпілого на інформацію (або право бути проінформованим, «право знати») природно розглядати в рамках питання процесуального статусу потерпілого, оскільки воно є не менш важливим по своїй суті ніж право на ознайомлення з матеріалами справи або брати участь у судовому розгляді. Навіть більше. По своїй значущості таке право знаходиться в певній уявній драбині вище ніж інші права, бо без його реалізації неможлива реалізація решти прав.

Моє бачення права на інформацію включає право потерпілого бути поінформованим про:

1. Рух справи. Насамперед йдеться про основні процесуальні рішення або результати, які стосуються інтересів потерпілого або майбутньому можуть їх зачіпати, наприклад, затримання підозрюваного, взяття під варту, звільнення з-під варти обвинуваченого, про проведення певних слідчих дій, про дату слухання справи в суді і ін..
2. Права. Важливо наголосити, що йдеться не тільки про процесуальні права, а й про матеріальні, тобто такі, що забезпечують потерпілому відшкодування заподіяної злочином шкоди, передбачають відновлення його попереднього фізичного та психологічного здоров'я. Наприклад, інформування про можливість отримання психологічних консультацій у спеціальних клініках, юридичних консультацій або консультацій практичного характеру в громадських організаціях, про можливість та порядок отримання державного відшкодування шкоди (яке планується в майбутньому), про процедуру заявлення цивільного позову, забезпечення безпеки у відповідних випадках і ін..

В Україні сьогодні існує одна загальна норма КПК, яка передбачає, що суд, прокурор, слідчий і дізнавач зобов'язані роз'яснити особам, що беруть участь у справі (а отже, і потерпілому) їх права і забезпечити можливість здійснення цих прав. В той же час, реально зебезпечується реалізація права на інформацію лише підозрюваного (обвинуваченого). Ось приклад. Згідно норм КПК підозрюваному під час затримання роз'яснюються його права, про що зазначається у протоколі затримання. В постанові же про визнання громадянина потерпілим обов'язку роз'яснити права жертви не передбачено. Було б правильним, на мою думку, усунути таку дискримінацію потерпілого і збалансувати ролі підозрюваного (обвинуваченого) та потерпілого в розумінні права на інформацію, оскільки підстав для забезпечення надання цього права одному учаснику і незабезпечення таким правом іншого не вбачається жодних.

Право потерпілого на інформацію по справі знають інші правові системи світу. Важливою гарантією захисту і поновлення прав потерпілого, для прикладу, в США, вважається його можливість отримувати послуги від спеціально закріплених за ним службових осіб на всіх стадіях процесу. Такі

© Федорчук Н., 2006

послуги означають інформування потерпілого про права і допомогу, які він може отримати від різних установ та організацій, в тому числі недержавних/громадських.

Так, одразу після виявлення злочину відповідальний службовець, який призначається керівником органу розслідування, зобов'язаний (1) встановити жертву або жертв злочинів; (2) проінформувати жертв про їх право за вимогою на отримання послуг; (3) проінформувати кожну жертву про прізвище та ім'я, посаду, службову адресу та номер телефону відповідального службовця, до якого вона може звернутися з проханням про надання послуг.

Під час розслідування справи право на інформацію втілюється у свому іншому аспекті – інформування про рух справи. Зокрема, відповідальний службовець в найкоротші можливі строки повідомляє жертву про (1) стадію, на якій знаходиться розслідування злочину; (2) арешт та взяття під варту підозрюваного; (3) подання обвинувачення в суд проти підозрюваного; (4) дату і розпорядок судового розгляду, по її справі; (5) взяття під варту (арешт) підозрюваного або обвинуваченого тошо. Під час судового процесу, відповідальна посадова особа повинна впевнитися, що жертві виділено місце для очікування поза межами зорової та слухової досяжності обвинуваченого чи свідків захисту. Після судового розгляду вона в найкоротші строки повідомляє жертву про умовне звільнення засудженого; втечу, відпустку або іншу форму звільнення з ув'язнення засудженого; смерть, якщо така настала під час відбуття покарання. Детальніше зміст даного права розкрито у статті Нора В., Федорчука Н. «Особливості правового статусу потерпілої особи за законодавством США».

На важливість права жертви на інформацію вказують міжнародні акти, акти національного законодавства. «Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою» прийнята Генеральною асамблеєю ООН у 1985 році заохочує держави приводити судочинство у більшу відповідність до потреб потерпілих, зокрема, шляхом надання їм інформації про роль в судочинстві, об'єм, строки проведення і про хід судового розгляду, про результати розгляду їх справ. Мовою Декларації, «неможна іґнорувати право потерпілого на інформацію, особливо у справах про тяжкі злочини та у випадках, якщо щодо такої інформації потерпілими здійснено запит».

Інший документ – Європейська конвенція про відшкодування збитків жертвам насильницьких злочинів (яка, однак, Україною не підписана) – в статті 11 закріплює імперативну норму, якою зобов'язує прийняти відповідні заходи з тим, щоб інформація про порядок відшкодування шкоди була надана потенційним заявникам. З даної норми робимо кілька висновків. По-перше, розмежовується право на компенсацію шкоди та право на інформацію про компенсацію (порядок і умови її проведення). По-друге, зі змісту формулювання «потенційний заявник» випливає, що така інформація повинна надаватися усім потерпілим від злочину, незалежно від того, чи звернулася особа з проханням про компенсацію, тобто достатньою підставою для отримання цього права є наявність статусу потерпілого.

Змістом права на інформацію є можливість потерпілого отримувати від органів досудового розслідування і суду інформацію про рух справи як на досудових, так і на судових стадіях кримінального процесу, та про прийняті на цих стадіях рішення, які можуть зачепити інтереси потерпілого. Інформація про застосування будь-яких заходів до засудженого (умовно-дострокове звільнення, амністія, помилування), право на ознайомлення з матеріалами справи, право на інформацію про дату судового засідання та дату винесення вироку, про право на компенсацію та порядок пред'явлення цивільного позову повинні забезпечуватися потерпілому у всіх випадках, оскільки можуть прямо зачіпати його права, законні інтереси. Інформація же про рух справи, про арешт підозрюваного, обвинуваченого, зізнання обвинуваченого, а також інформація про установи та організації, які надають послуги медичного, соціального, психологічного характеру, можуть надаватися жертві за її бажанням. У всіх випадках, суб'єктами інформування, як видається, повинні бути ті, хто безпосередньо ведуть справу і перебувають з жертвою у контакті в силу виконання службових обов'язків, – а саме, дізнавачі, слідчі, прокурори, судді.

Зрештою, одним з принципів захисту прав і законних інтересів потерпілих в Україні уже на загальнодержавному рівні визнано принцип інформованості, за яким усі потерпілі мають право на одержання інформації щодо розгляду справи і прийняття рішення. Концепція забезпечення захисту законних прав та інтересів осіб, які потерпіли від злочинів, також вказує, що після постановлення судом вироку потерпілі вправі бути поінформованими про будь-які заходи, що застосовуються до засуджених, такі як умовно-дострокове звільнення або помилування, і мати можливість висловити свою позицію з цього приводу. Звичайно, така декларація прав надає потерпілому можливість вимагати повідомлення його про зазначені заходи. Однак, з такого формулювання незрозуміло, хто

зобов'язаний інформувати потерпілого, на кому лежить такий обов'язок. Ймовірно, дієвість та ефективність цих норм в великій мірі залежатиме від внесення відповідних змін у кримінально-процесуальне законодавство із закріпленням відповідних обов'язків за особами, які ведуть процес.

Важливим є й інше. Виконання норм права завжди забезпечувалось насамперед встановленням юридичної відповідальності за їх порушення. Чи доцільно встановлювати адміністративну чи іншу відповідальність за невиконання посадовими особами обов'язків по інформуванню потерпілих про рух справи і їх права в процесі? Як показує досвід зарубіжних країн, втілення права потерпілого на інформацію забезпечується не більш як «етичною» відповідальністю, тобто висловленням догани відповідній посадовій особі, а в залежності від виду порушення, такими дисциплінарними санкціями можуть бути приватна догана, або публічна (громадська) догана. Щодо пред'явлення позовів до державних органів і посадових осіб за ущемлення потерпілих у їх праві на інформацію у законодавстві країн містяться прямі заборони.

ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ СУДОВО-ЕКСПЕРТНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

Юрчишин В.

Юридичний інститут Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаника

При здійсненні правосуддя велику допомогу правоохоронним органам надає судова експертиза. В даний час відбувається розширення предмету судово-експертної діяльності, виникають нові види судових експертиз, з'являються нові напрями досліджень. Це пов'язано, насамперед, з розвитком науки, інтеграцією і диференціацією знань. В нашій країні склалася певна система судово-експертних установ та відомчих служб. До них належать науково-дослідні та інші установи судових експертиз МЮ України і МОЗ України, експертні служби МВС України, МО України, СБУ. Окрім цих установ, у зв'язку з внесенням змін та прийняттям нових законодавчих актів до наведеного вище переліку внесено Державну прикордонну службу та Центральну митну лабораторію України. Щодо науково-дослідних установ судових експертиз Міністерства юстиції слід зазначити, що на сьогодні в Україні діють сім науково-дослідних інститутів судових експертиз з розвиненою системою їх відділень майже в усіх областях країни: Харківський, Київський, Донецький, Одеський, Львівський, Кримський, Дніпропетровський НДІ судових експертиз.

Важливою рисою у діяльності судово-експертних установ Міністерства юстиції України є та, що до основних видів їх діяльності належить не тільки виконання судових експертиз, а й розроблення нових та вдосконалення існуючих методик судово-експертних досліджень.

На сьогодні функції з керівництва судово-експертною діяльністю науково-дослідних інститутів судових експертиз виконує Управління експертного забезпечення правосуддя Міністерства юстиції України.

Вважаємо за доречне розглянути питання, яке потребує обговорення, – це утворення інституції судової експертизи, незалежної від міністерств та відомств, на які покладено функції розслідування. М.Л. Цимбал, Ю.М. Грошевий, В.М. Шерстюк вважають, що з метою реалізації принципу незалежності судово-експертної діяльності, поліпшення координації судово-експертних досліджень, виключення дублювання функцій, більш раціонального використання кадрових і матеріально-технічних ресурсів, зменшення витрат коштів державного бюджету слід запропонувати відповідним органам державної влади ідею створення єдиної позавідомчої системи державних експертних установ, завданням яких стане проведення експертиз, наукова і науково-методична робота у галузі судової експертизи та криміналістики. При цьому у відомчій підпорядкованості мають бути збережені структури, потенціал і засоби яких зорієнтовані на техніко-криміналістичне забезпечення дізнання та досудового слідства: здійснення фіксації слідів та збирання доказової інформації .

Позитивні риси єдиної державної підпорядкованості судово-експертної діяльності можна простежити на досвіді Міністерства юстиції Республіки Казахстан, де вперше в СНД реалізовано ідею створення єдиної експертної системи. Початком формування єдиної експертної системи Міністерства юстиції Республіки Казахстан з'явився Указ Президента від 22 квітня 1997 р. "Про подальше реформування системи правоохоронних органів Республіки Казахстан", що передбачає вилучення функції проведення судової експертизи від органів кримінального переслідування з передачею їх єдиній експертній системі Міністерства юстиції. Зазначене рішення дозволило зосередити провадження судової експертизи в рамках одного відомства, усунувши найбільш істотні недоліки системи відповідних органів: відомчу підпорядкованість експертних підрозділів державним органам, пов'язаних із розслідуванням кримінальних справ; роз'єднаність установ, що проводять судову експертизу, внаслідок їх належності різним відомствам; відсутність необхідної координації як між собою, так і з правоохоронними органами; паралельність у діяльності установ різних відомств, що приводить до нераціонального розподілу і використання кадрових і матеріально-технічних ресурсів. При цьому в МВС, Комітеті національної безпеки і МО республіки були залишені співробітники у кількості, необхідній для реалізації різних форм техніко-криміналістичного забезпечення дізнання і попереднього слідства. Шляхом утворення єдиної експертної системи іде й законодавство Азербайджану, Білорусії, Росії.

© Юрчишин В., 2006

В історії судової експертизи самої України вже неодноразово виникало питання щодо єдиної підпорядкованості державних судово-експертних установ. У середині 20-х років минулого століття в Україні склалася система, пов'язаних з проведенням експертних досліджень установ, підпорядкованих різним відомствам. У НКЮ це були інститути науково-судової експертизи, в НКОЗ – мережа судово-медичних установ, у НКВС діяли науково-технічні підрозділи. У зв'язку з існуванням такої системи виникла нагальна потреба у поліпшенні роботи як органів розслідування, так і самих експертних установ. Відсутність планів проведення наукових досліджень приводила до того, що розробкою однакових наукових тем займалися у різних інститутах. Значною мірою це було наслідком того, що НКЮ приділяв недостатньо уваги інститутам. У зв'язку з цим постало питання про створення в апараті НКЮ підрозділу, який би здійснював управління діяльністю інститутів судової експертизи. Цей підрозділ повинен був здійснювати керівництво інститутами з метою втілення наукових розробок у практику, а також обмін досвідом між ними. Подальший розвиток системи установ судової експертизи йшов у напрямку розвитку їх структури та функцій. Створювалися структурні підрозділи для виконання нових видів експертиз, а формування відділень при інститутах давало можливість територіально наблизити експертні установи до органів розслідування та судів.

У Законі України "Про судову експертизу" зафіксовані норми щодо здійснення судово-експертної діяльності на підприємницьких засадах та її ліцензування, які втратили чинність. Що стосується судової експертизи, то вона є процесуальною дією, яка відповідно до чинного законодавства призначається постановою слідчого, ухвалою суду або рішенням інших компетентних посадових осіб та органів з метою встановлення фактичних даних та обставин справи із застосуванням спеціальних знань. Тому здійснення судово-експертної діяльності на підприємницьких засадах суперечить процесуальному законодавству і потребує внесення відповідних змін до Закону України "Про судову експертизу". З прийняттям Закону України "Про ліцензування певних видів господарської діяльності" зроблений перший крок у цьому напрямку (із видів діяльності, що потребують видачі ліцензії, виключено судово-експертну діяльність). Крім того, Законом України "Про підприємництво" запроваджено обмеження у здійсненні підприємницької діяльності стосовно судової експертизи (проведення криміналістичних, судово-медичних та психіатричних експертиз може здійснюватися тільки державними організаціями).

Таким чином, враховуючи напрацьований досвід України у створенні та розвитку установ судових експертиз, є всі підстави для активного обговорення та втілення у життя концепції єдиної системи судової експертизи в Україні.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ РОЗМІРУ КОМПЕНСАЦІЇ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ЗЛОЧИНОМ ФІЗИЧНІЙ ОСОБІ

Яворський Б.

Львівський національний університет ім. І. Франка

1. На даний час проблема визначення розміру компенсації моральної шкоди, завданої злочином є досить актуальною. В останні десять-п'ятнадцять років вона почала активно досліджуватися у вітчизняній літературі.

Гострота цієї проблеми зумовлена тим, що вона не вирішена належним чином на законодавчому рівні – чітко не встановлено обставин, які повинні враховуватися при визначенні розміру даного виду шкоди (приблизний перелік обставин міститься у ст.23 ЦК та п.9 Постанови Пленуму Верховного Суду України „Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди" від 31 березня 1995р. № 4). Недосконаліть такого переліку позбавляє суддів можливості обґрунтовано визначати розмір моральної шкоди, яка підлягає компенсації у кримінальному процесі.

Як наслідок, вчені до цього часу намагаються віднайти найбільш оптимальні шляхи для вирішення даного питання. Слід відзначити, що у Російській Федерації існує аналогічна проблема і тут також науковці та юристи-практики працюють над її розв'язанням, при цьому пропонуючи різноманітні підходи.

2. Коротко розглянемо такі пропозиції вчених.

Російський науковець О. Ерделевський розробив спеціальну формулу для обчислення розміру даного виду шкоди у кримінальному процесі. Вихідним критерієм у його методиці служить презюмована моральна шкода. Під нею вчений розуміє страждання, які за загальним уявленням повинна відчувати (тобто не може не відчувати) «середня», «нормально» реагуюча людина у зв'язку із вчиненням щодо неї протиправного діяння. Використовуючи цей базисний рівень і співвідношення максимальних розмірів санкції статей КК, О. Ерделевський розробив таблицю розмірів компенсації презюмованої моральної шкоди для кожного складу злочину. Так, наприклад, заподіяння тяжкої шкоди здоров'ю дорівнює 576 мінімальним заробітним платам, зараження ВІЛ-інфекцією – 360, незаконне позбавлення волі (за один день) – 216, дискримінація громадянина – 144, незаконне затримання – 144, незаконне звільнення з роботи – 72, нанесення побоїв – 18 та ін. (всього для 61 злочину).

На його думку, підсумковий розмір компенсації може як зменшитися, так і збільшитися порівняно з розміром презюмованої моральної шкоди (d). Для цього вчений пропонує використовувати коефіцієнти, які можуть змінюватись у визначених межах: коефіцієнт індивідуальних особливостей потерпілого – і ($0 \leq i \leq 2$); коефіцієнти ступеня провини заподіювача шкоди – fv ($0 \leq fv \leq 1$) і самого потерпілого – fs($0 \leq fs \leq 1$); коефіцієнт інших фактичних обставин справи, що заслуговують на увагу, – с ($0 \leq c \leq 2$). Керуючись вище наведеним, автор вивів таку формулу:

$$\mathbf{D = d \cdot fv \cdot i \cdot c \cdot (1 - fs)}$$

Безумовно, у наведеному підході до визначення розміру компенсації моральної шкоди є певні позитивні сторони – зручність, універсальність тощо. Але поряд з цим він не позбавлений вагомих вад. Зокрема, виглядають не зовсім обґрунтованими вихідні розміри компенсації, максимально можливий її розмір, коефіцієнти, що застосовуються. Наприклад, не зрозуміло, якими критеріями керувався автор, визначаючи розмір презюмованої моральної шкоди тоді, коли за два дні незаконного позбавлення волі призначав більшу компенсацію, ніж за зараження ВІЛ-інфекцією.

Дещо схожу формулу було запропоновано кандидатами психологічних наук О.М. Кокуном та С.М. Антосиком. В основу свого підходу вони ставлять індивідуальну величину психотравмуючого впливу на постраждалого в результаті протиправного діяння. Їхня формула також є досить цікавою і заслуговує на увагу. Однак, оскільки її автори є психологами, а не юристами, вони, по-перше, не враховують те, що моральна шкода може включати в себе не тільки психічну шкоду, а і фізичну шкоду. По-друге, вони пропонують при обчисленні розміру моральної шкоди враховувати розмір матеріальної шкоди, що підлягає відшкодуванню, ігноруючи таким чином ч.4 ст.23 ЦК України, у якій

© Яворський Б., 2006

чітко зазначено: моральна шкода відшкодовується незалежно від майнової шкоди, яка підлягає відшкодуванню, та не пов'язана з розміром такого відшкодування.

Є група російських вчених (В.Я. Понарін та С.В. Наріжний), які вважають, що розмір компенсації моральної шкоди, завданої злочином необхідно поставити у залежність від санкції статті Кримінального кодексу. Вони вважають, що розмір моральної шкоди, яка підлягає компенсації, слід визначати в залежності від розміру покарання, яке призначається особі і до уваги беруть тільки один вид можливого покарання – позбавлення волі, виражене в місяцях. При цьому пропонують за кожен місяць позбавлення волі стягувати з винного один мінімальний розмір заробітної плати.

Недоліків у цьому підході є кілька. По-перше, вчені обмежилися тільки одним видом покарання – позбавленням волі. А по-друге, вони не врахували того, що відповідно до ст.ст. 65-67 КК України, при призначенні покарання до уваги беруться обставини, які характеризують особу винного, пом'якшуючі та обтяжуючі відповідальність обставини. Отже, оскільки ці обставини впливають на розмір покарання, то вони відповідно впливають і на розмір компенсації моральної шкоди. На наше переконання, не правильно ставити розмір компенсації моральної шкоди у залежність від обставин, які беруться до уваги при призначенні покарання.

Український дослідник Шимон С. при визначенні розміру моральної шкоди пропонує враховувати майновий стан відповідача. На його думку, суд може зменшити розмір відшкодування, якщо майновий стан підсудного чи цивільного відповідача до заподіяння ним моральної шкоди чи внаслідок її відшкодування був чи є для винного вкрай скрутним. Вважаємо, що з такою позицію автора не можна погодитися, оскільки, основна мета пред'явлення цивільного позову про компенсацію моральної шкоди – компенсувати страждання, які були заподіяні злочином (це випливає із ст.ст.28,49,50 КПК та ст.ст.3,11,15,16,23,1167 ЦК.). Така мета повинна бути досягнута при вирішенні справи, і можливість її досягнення не повинна ставитися у залежність від майнового стану підсудного чи цивільного відповідача.

У 2000р. в одному з російських періодичних видань вийшла стаття судді В. Уськова під назвою «Як компенсувати моральну шкоду багатому і бідному?» . Суть її зводиться до наступного – заможній людині для того, щоб відчути позитивні емоції, адекватні (відповідні) заподіяній шкоді, необхідна набагато більша сума грошей, ніж малозабезпеченій. Тому автор висловлює думку про необхідність врахування матеріального стану потерпілого при визначенні розміру моральної шкоди. З такою пропозицією також важко погодитися. Як відомо, у всіх галузях права, в тому числі у кримінально-процесуальному, діє принцип рівності громадян перед законом і судом (інколи його називають принципом демократизму). Якщо ж враховувати матеріальний стан потерпілого, то даний принцип буде порушуватися, адже при однаковій моральній шкоді будуть призначатися різні суми компенсації. У зв'язку з цим, на нашу думку, як заможна, так і не заможна людина вправі розраховувати, що при обчисленні розміру компенсації моральної шкоди завданої злочином не враховуватиметься матеріальний стан потерпілого, а вимоги розумності та справедливості будуть загальними і однаковими для всіх.

Досить цікаве твердження висуває доктор юридичних наук Е. Гаврилов. Він вважає, що розмір компенсації моральної шкоди не повинен залежати від індивідуальних особливостей потерпілого. Видається, що ця думка є помилковою, оскільки вона не враховує індивідуальність та неповторність людини – у різних людей різні відчуття болю, емоційна стійкість та ін. Автор по суті не бере до уваги специфіку моральної шкоди і фактично ототожнює її з майновою.

3. Наведені вище підходи до обчислення розміру моральної шкоди є досить різними, однак всі вони прямо чи опосередковано наголошують: моральна шкода є дуже специфічним явищем і точно визначити її розмір, на відміну від майнової, практично не можливо. Це зумовлено тим, що вона виникає у психічній та фізичній сферах людини. Практично теж саме зазначається у п.6.4 Листа Міністерства юстиції України від 13.05.2004 №35-13/797 «Про відшкодування моральної шкоди»: «Моральну шкоду не можна відчути у повному обсязі, так як немає (і не може бути) точних критеріїв майнового виразу душевного болю, спокою, честі, гідності особи. Будь-яка компенсація моральної шкоди не може бути адекватною дійсним стражданням, тому будь-який її розмір може мати суто умовний вираз».

4. На наше переконання, законодавець правильно вчинив, не закріпивши у нормативно-правових актах щось на зразок формули О. Ерделевського чи посанкційного методу В. Понаріна. Однак, ми вважаємо, що перелік обставин, які повинні враховуватися при визначенні розміру моральної шкоди, яка підлягає компенсації у кримінальному процесі, необхідно удосконалити. Це можна зробити, наприклад, шляхом доповнення Кримінально-процесуального кодексу України

статтею 28-1, у якій би містилися положення про те, що при обчисленні розміру компенсації моральної шкоди, заподіяної злочином потрібно враховувати:

1. Насамперед – негативні наслідки злочинного діяння. Такі негативні наслідки можуть бути різними залежно від характеру правопорушення та індивідуальних особливостей потерпілої особи. Наприклад, психічні хвилювання, незначне нервове збудження чи короткочасний розлад психічного стану, нервовий стрес, без ускладнень здоров'я, побої та легкі тілесні ушкодження (тут і надалі ми маємо на увазі не склади злочинів, а наслідки злочинної поведінки), нервові захворювання, зміни в способі життя, втрата певних життєвих перспектив (роботи, кар'єри тощо), середньої тяжкості тілесні ушкодження тощо. Деякі з них під впливом часу повністю зникають (короткочасний розлад психічного стану), а інші – зберігаються в людини протягом усього життя (нервові захворювання чи ВІЛ-інфекція).
2. Індивідуальні властивості потерпілого (вік, стать, стан здоров'я, сімейний стан та ін.).
3. Форму і вид вини особи, яка заподіяла шкоду.
4. Форму і вид вини особи, якій заподіяна шкода.
5. Інтенсивність і тривалість злочинних дій.
6. У випадках посягання на здоров'я особи – фізичний біль, який вона перенесла.
7. У справах про позбавлення людини життя – вік померлого, дані, що характеризують його особу тощо.
8. У справах про обмеження свободи людини – місце і час, протягом якого вона зазнавала обмеження.
9. У випадках викрадення, знищення, пошкодження, втрати майна – цінність (не матеріальну) та значимість його для потерпілого.
10. Суму, яку просить компенсувати потерпілий чи цивільний позивач.

Враховуючи те, що моральна шкода – це особливий вид шкоди і її не можна виміряти конкретними величинами, суд (суддя), при розгляді справи і вирішенні питання про компенсацію моральної шкоди, зобов'язаний особливо уважно досліджувати всі обставини справи та брати до уваги перелічені нами обставини. В такому випадку, прийняте судом рішення (вирок, ухвала чи постанова) буде законне та обґрунтоване.

СЕКЦІЯ МІЖНАРОДНОГО ТА ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВА

КОДЕКС АДВОКАТІВ У ГРЕЦІЇ

Баженова Б.

Чернігівський державний інститут права, соціальних технологій та праці

У зв'язку з обговоренням положень проекту Закону України „Про адвокатуру" доцільно звернути увагу на перевірений століттями зарубіжний досвід країн-членів Європейського Союзу з питань правової регламентації адвокатської діяльності. Зокрема, в Україні зовсім відсутня інформація про регламентацію професійної діяльності адвокатів Греції.

"Скрізь визнається, що діяльність адвоката значно впливає на суспільство і на справедливе здійснення правосуддя. Адвокатське товариство з усвідомленням своєї місії є бар'єром для аморальності і сприяє найбільш справедливому вирішенню справ, що знаходяться у суді. І навпаки, якщо адвокатське товариство перебуває в стані занепаду, то воно є справжнім суспільним лихом і ускладнює здійснення правосуддя ", - стверджує Міністр юстиції Греції у вступі до Кодексу адвокатів, який прийнято законом № 3026 від 8 жовтня 1954 року.

Упродовж XX століття адвокатам Греції довелось пройти дуже складний шлях, поки вони, нарешті, змогли отримати від уряду кодифікований закон, що відображає всі аспекти функціонування адвокатури.

Держава у Греції виходила з того, що необхідно встановлювати закони, які регулюють як вступ адвоката у професію, так і його практичну діяльність. Професійні права адвокатів охороняються законом, тобто державою. Цей принцип покладено в основу законодавчого акта про адвокатів, який був прийнятий у 1911 році, а в 1937 році цей закон зазнав змін і приватний інтерес був запропонований замість державного. З того часу більшість законів, особливо у воєнний (1939-1945) та післявоєнний період, створили справжній безлад в адвокатському законодавстві, крім того, як підкреслив міністр юстиції, "створили суспільну небезпеку, особливо в містах Афіни, Піреї, Салоніки".

Законодавчих актів, що стосувалися адвокатської діяльності, в той час налічувалось близько 80. Більшість з них були прийняті для задоволення особистих інтересів адвоката (отримання гонорарів, забезпечення адвокатської недоторканості тощо).

У зв'язку з такою ситуацією під тиском членів Спілки адвокатів Греції у 1952 році було прийнято закон № 2113, згідно зі ст. 16 цього закону було передбачено створення комісії для розробки Кодексу адвокатів.

Робота комісії насамперед була спрямована на: 1) кодифікацію вже існуючого законодавства, що стосувалося адвокатської діяльності; 2) врегулювання положення закону так, щоб зобов'язати адвоката у своїй професійній діяльності виходити з переваг інтересів клієнта над власними інтересами; 3) доповнити закон новими положеннями, які б сприяли підвищенню професійного рівня адвокатів.

Законодавчий акт, що сьогодні регулює професійну діяльність адвокатів Греції, був прийнятий за № 3026 8 жовтня 1954 року, під назвою "Кодекс адвокатів". До Кодексу неодноразово вносились зміни, останні з яких були у грудні 2001 року.

За станом на лютий 2002 р. Кодекс адвокатів (далі-Кодекс) складається з трьох розділів і 215 статей.

Перший розділ Кодексу складається з 10 частин.

У першій частині першого розділу (ст.1-12) викладені положення, що регламентують порядок і підстави отримання звання адвоката. Останні зміни, внесені до цієї частини Кодексу, визначили 35 років як вікову межу, після досягнення якої отримання професії адвоката неможливе, та збільшили термін необхідної практики з 18 місяців до двох років. Вікова межа була встановлена з урахуванням того, що майбутній адвокат повинен мати час завершити навчання за кордоном, якщо у нього виникне

© Баженова Б., 2006

таке бажання. Щодо терміну практики, то потрібно вказати, що він менший у порівнянні з вимогами у Франції чи Німеччині, де практика є трирічною і чотирирічною.

У другій частині першого розділу Кодексу (ст. 13-19) регулюється порядок проведення конкурсів з метою визначення найбільш професійно підготовлених кандидатів для отримання звання адвоката.

За рік у професію адвоката, наприклад, в Афінах вступають 80 молодих адвокатів, однак лише 40 із них можуть увійти до Спілки адвокатів.

Станом на лютий 2002 року у списках сіх адвокатських спілок країни зареєстровано близько 9000 адвокатів, з них призначені в Афінах – 5800, у Піреї – 500, в Салоніках – 1000. Таким чином, у цих трьох містах сконцентровано 7300 адвокатів, а в інших, провінційних Спілках – 1700 адвокатів. Тобто місця у провінційних Спілках залишаються вільними, а у зазначених трьох центральних містах спостерігалось суттєве перебільшення реально необхідної кількості адвокатів, що призводило до збіднiння і падіння економічного, соціального і морального рівня адвокатів.

Третя частина першого розділу Кодексу (ст. 20-26) регламентує призначення та перехід адвоката з однієї Спілки в іншу.

У Греції адвокати, які щойно отримали звання повинні зареєструватись у Спілці адвокатів і практикувати при суді першої інстанції в місці знаходження Спілки. При цьому перехід адвоката із Спілки у Спілку заборонений, якщо адвокат не працював п’ять років у Спілці, де був зареєстрований.

Четверта частина першого розділу Кодексу (ст. 27-34) регламентує умови здійснення адвокатської практики. Так за ст. 28 Кодексу адвокат, внесений до реєстру Спілки, зобов’язаний щороку до кінця лютого подати в Спілку, членом якої він є, заяву, яка містить наступні дані: 1) прізвище, ім’я, ім’я по-батькові, місце народження, адресу проживання та офісу заявника; 2) підтвердження, що він дійсно займається адвокатською діяльністю, з обов’язковою вказівкою, чи утримує адвокат офіс самостійно чи з іншим адвокатом із зазначенням імені останнього та прізвища; 3) підтвердження, що заявник не порушує ст.ст. 62,63,80 Кодексу адвокатів, які стосуються заборони суміщення професій.

Крім заявника, заява підписується ще двома адвокатами, які підтверджують правдивість відомостей, викладених у заяві. Якщо відомості не відповідають дійсності, то адвокати, які підписали заяву, несуть дисциплінарну відповідальність згідно з Кодексом адвокатів. Заява вважається неприйнятою, якщо до неї не додається копія чека про внесення обов’язкового щорічного внеску в Спілку адвокатів.

Відповідно до ст. 31 Кодексу несвоєчасне подання заяви, а також викладення в ній неправдивих відомостей ведуть до виключення адвоката з Реєстру. Головуючий Спілки адвокатів повинен повідомити всі судові інстанції про виключення адвоката з Реєстру. Адвокат, якого виключено з Реєстру повинен упродовж п’яти днів особисто здати до Спілки своє свідоцтво на право зайняття адвокатською діяльністю. Невиконання вищевикладеного обов’язку карається позбавленням волі на три місяці згідно зі ст. 175 Кримінального кодексу Греції.

Згідно статтею 33 Кодексу Адміністративна Рада Спілки адвокатів повинна реєструвати всі дані, що стосуються адвокатів (підвищення, дисциплінарні покарання, зміна адреси офісу та ін.). Крім того, Спілка адвокатів згідно зі ст. 34 Кодексу повинна мати на кожного адвоката окремий файл, до якого вноситься вся документація про його адвокатську діяльність.

Частина п’ята Кодексу (ст. 35-37) регламентує службові підвищення адвоката. Наприклад, адвокат, який відпрацював три роки при суді першої інстанції, за бажанням має право перейти на роботу до апеляційного суду Греції.

Частина шоста першого розділу Кодексу (ст. 38-61) стосується прав і обов’язків адвокатів Греції. Поряд з іншим тут встановлюється:

- обов’язкова присутність адвоката під час підписання угоди, що стосується відчуження нерухомого майна, кораблів або будь-якого предмета, ціна якого перевищує 300 тисяч драхм;
- обов’язок адвоката утримувати офіс на території розташування Спілки, членом якої є адвокат;
- право адвоката на вільний вхід до міністерств і відомств у робочі години, не передбачені для відвідування громадян, в інтересах клієнта, за умови пред’явлення адвокатського свідоцтва. (ст. 52 Кодексу).

Частина сьома Кодексу (ст. 62-63) встановлює заборону сумісництва професії адвоката з іншою професією. Згідно з вищевказаними статтями, якщо кандидат має відповідну професію і хоче взяти участь у конкурсі на отримання права займатися адвокатською діяльністю, він повинен припинити діяльність за першою професією і взяти участь у конкурсі. Обов'язок несумісності професій є беззаперечним і не передбачає поблажливості. Проте, цей обов'язок ні в якому разі не порушує конституційний принцип професійної свободи і рівності. Законною вважається відмова судовому службовцю чи іншим у проханні про формальну реєстрацію їх як практикуючих адвокатів, бо законом забороняється сумісно займати оплачуване місце адвоката, так як кожне таке місце передбачає надання юридичних послуг у широкому розумінні цього слова.

Восьма частина Кодексу (ст. 64-79) присвячена підставам дисциплінарної відповідальності адвокатів, порядку притягнення до такої відповідальності та визначенню органів, що мають право її застосувати.

Дев'ята частина Кодексу (ст. 80-84) регламентує питання, пов'язані зі звільненням чи повторним призначенням адвокатів.

При цьому повторне призначення забороняється у випадках, якщо пройшло п'ять років з часу припинення адвокатської практики; адвокат досяг віку більше 50 років; кандидата було позбавлено адвокатського статусу в зв'язку із вчиненням дисциплінарного проступку.

Неможливе повторне призначення адвокатом державного службовця, який залишив державну службу з причини фізичної чи психічної нездатності продовжувати службу.

Десята, остання частина першого розділу Кодексу (ст. 85-90), регламентує діяльність адвокатів-стажерів і осіб, що не мають спеціальності адвоката.

Другий розділ Кодексу адвокатів складається з чотирьох частин. (ст. 91-192).

Перша, друга і третя частина другого розділу Кодексу (ст. 91-179) встановлюють основні положення щодо оплати праці адвокатів:

- нижня межа постійної заробітної плати завжди визначається рішенням міністра юстиції;
- передбачається можливість попередньої виплати гонорару у кримінальних справах за рішенням Адміністративної Ради Спілки адвокатів, узгодженим з міністром юстиції.

Четверта частина другого розділу (ст. 180-192) складається зі статей, положення яких спрямовані на забезпечення вирішення проблем, що можуть виникати між адвокатом і клієнтом щодо виплати гонорару. У цій частині встановлюється, що голова суду першої інстанції або мировий суддя (залежно від суми гонорару) розглядають причину розбіжностей щодо витрат та гонорару адвоката незалежно від суду, в якому адвокат надавав правову допомогу клієнту.

Третій розділ Кодексу складається з двох частин.

Перша частина третього розділу Кодексу (ст. 193-206) встановлює структуру і повноваження Спілки адвокатів, а друга частина (ст. 207-215) регламентує скликання і повноваження зборів Спілки адвокатів.

Маючи загальну уяву про структуру Кодексу адвокатів Греції і про основні питання, що ним регламентуються, доцільно звернути увагу на найбільш цікаві, на думку автора, його новели.

1. Згідно зі ст. 2 Кодексу звання адвоката може отримати тільки особа, зареєстрована у списку (Реєстрі) однієї із Спілок адвокатів Греції. Якщо особа після оформлення наказу про призначення склала присягу, але не була зареєстрована у списку Спілки адвокатів і розпочала адвокатську діяльність, то вважається, що ця особа заволоділа званням адвоката, вона буде притягнута до кримінальної відповідальності за ст. 175 Кримінального Кодексу Греції.
2. Адвокат при первинній реєстрації і потім щороку до кінця лютого подає до Спілки адвокатів, членом якої він є, заяву з даними, зазначеними автором раніше.

Завдяки існуванню в Греції такого реєстру і обов'язку щорічних заяв-звітів Спілка адвокаті знає про місце знаходження адвоката у будь-який час і тому має можливість, як заохочувати останнього, так і притягти його до дисциплінарної відповідальності.

На відміну від Греції, в Україні, у разі необхідності зв'язатися з адвокатом зробити це інколи дуже складно, бо серед обов'язків адвоката нема обов'язку повідомляти Колегію адвокатів про зміну місця знаходження.

3. Згідно зі ст. 39 Кодексу надавати консультації та роз'яснення з юридичних питань, здійснювати представництво в суді та в інших державних органах, забезпечувати правову

підтримку в податкових, адміністративних, тарифних справах є виключно правом адвокатів. Інші особи, що надають юридичну допомогу, але не мають звання адвоката, хоча і володіють дипломом юридичного факультету, притягуються до відповідальності згідно зі ст. 175 §2 Кримінального кодексу Греції.

На відміну від цього, Законом України № 2533-III від 21 червня 2001 року "Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України" надане право, окрім адвокатів, іншим фахівцям в галузі права надавати правову допомогу особисто чи за дорученням юридичної особи. На думку автора, ці зміни негативно вплинули і в подальшому впливатимуть на якість правової допомоги. І на підтвердження цього не потрібно наводити багато аргументів, достатньо, наприклад, того, що в Греції, Франції, Німеччині та інших європейських країнах існує, окрім дисциплінарної, відповідальності адвокатів за розголошення адвокатської таємниці, ще й кримінальна. А до якого виду відповідальності буде притягнуто "фахівця в галузі права", якщо ним будуть розголошені дані, що стали відомі йому в процесі надання правової допомоги клієнту? Адвокат повинен керуватися правилами адвокатської етики. А чи є обов'язки у відношенні до клієнта у "фахівця у галузі права"?

4. Згідно зі ст. 3, 4 Кодексу особі, яка бажає зареєструватися у Спілці адвокатів, для проходження стажування з метою подальшого складання іспитів не повинно виповнитись 33 роки. Соціальні та економічні умови дозволять особі такого віку здобути відповідну освітню та наукову підготовку, що, на думку держави, буде запорукою виваженого вибору професії і обумовить відданість обраній справі.

В Україні досить часто отримують свідоцтво на право займатися адвокатською діяльністю особи, що досягли пенсійного віку і звільнились з органів МВС, СБУ, прокуратури. Фахова підготовка для роботи в адвокатурі таких спеціалістів недостатня, специфіка роботи в правоохоронних органах має обвинувальний ухил, що теж може негативно вплинути на якість правової допомоги. А часу отримати відповідну наукову підготовку і застосувати ці знання на практиці такі спеціалісти, вже не мають.

5. Керуючись ст. 4 Кодексу адвокатів, випускник юридичного факультету повинен після отримання диплома вимагати своєї реєстрації у спеціальних книгах Спілки адвокатів з метою отримання місця проходження стажування. Згідно зі ст. 5 Кодексу після завершення п'яти років після отримання диплома реєстрація випускника до книги осіб, що проходять стажування, не допускається. Така особа вважається особою, що не має диплому.

На відміну від цього, в Україні особі, що отримала диплом юриста і бажає стати адвокатом, розраховувати на допомогу держави в отриманні місця стажування не доводиться. Випускник повинен сам шукати таке місце. Виникає бажання, щоб і в Україні було подібне принципове ставлення до кваліфікації кандидатів на отримання свідоцтва на право займатися адвокатською діяльністю, як у Греції за положеннями ст. 5 Кодексу адвокатів. Велика кількість адвокатів, часто з недостатньою кваліфікацією, наприклад, в Києві, і постійне зростання їх чисельності може привести до ситуації, яка склалася раніше в Греції і призвела до збіднiння і падіння економічного, соціального і морального рівня адвокатів. Греція вийшла з цього становища, стабілізувавши кількість адвокатів, що призначаються щорічно по всій країні і в кожному місті зокрема. Крім того, з прийняттям Кодексу про адвокатів змінилось ставлення до конкурсу (аналогічного з іспитами, що проводяться в Україні) з метою отримання свідоцтва на право займатися адвокатською діяльністю.

РОЛЬ СУДУ У ВИКОНАВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Верба О.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Тема виконання рішень судів та інших юрисдикційних органів, чим завершується процес захисту прав і охоронюваних законом інтересів фізичних та юридичних осіб шляхом їх фактичної реалізації, – важлива, складна і дискусійна. Оскільки саме виконавче провадження визначає ефективність здійснення правосуддя у цивільних справах, значимість рішення суду, його загальнообов'язковість, реальність захисту порушених чи оспорюваних прав.

Ця проблематика розроблялася у працях таких вчених: Авдюкова М.Г., Анохіна В.С., Баранкова В.В., Заводської Л.Н., Заворотька П.П., Комарова В.В., Малєшина Д.Я., Тертишнікова В.І., Фурси С.Я., Шерстка В.М., Стефана М.Й., Щербака С.В., Юкова М.К., Яркова В.В. та ін.

Незважаючи на те, що досліджувалися різні аспекти суб'єктів виконавчого провадження, у правовій науці не приділялося належної уваги вивченню ролі суду у виконавчому провадженні.

Участь суду у виконавчому провадженні є гарантією забезпечення законності під час виконання рішень судів та інших юрисдикційних органів.

Метою нашого дослідження є поглиблення знань в аналізованій сфері і запозичення позитивного досвіду зарубіжних країн для подальшого вдосконалення вітчизняного правового регулювання виконавчого провадження. Для повноцінного правового регулювання участі суду у виконавчому провадженні необхідно враховувати не лише доктринальні тлумачення, вимоги практики, але і багатовікові традиції інших держав.

Кожна держава утворює власні органи примусового виконання, формулює національні правила виконання, однак в одних країнах виконавче провадження справді ефективне, а в інших примусова реалізація вимог судових та інших актів істотно ускладнена.

За **українським** законодавством суд у виконавчому провадженні, крім контрольних повноважень (дане наше дослідження не має на меті їх вивчення), наділяється й іншими повноваженнями (як учасник).

У чинному Цивільному процесуальному кодексі України від 18 березня 2004 р. (далі – ЦПК України від 18.03.2004 р.) в VI розділі "Процесуальні питання, пов'язані з виконанням судових рішень у цивільних справах та рішень інших органів (посадових осіб)" законодавець передбачив ширше коло повноважень суду у виконавчому провадженні, порівняно з V розділом "Звернення судового рішення до виконання та поворот виконання" Цивільного процесуального кодексу України від 18 липня 1963 р. (далі – ЦПК України від 18.07.1963 р.).

До компетенції суду входить вирішення таких процесуальних питань, пов'язаних з виконанням судових рішень у цивільних справах та рішень інших органів (посадових осіб): видачі дубліката виконавчого листа або судового наказу (ст. 11^1 Закону України "Про виконавче провадження" від 21 квітня 1999 р. (далі – Закон), ст. 370 ЦПК України від 18.03.2004 р.; ст. 353 ЦПК України від 18.07.1963 р.); поновлення пропущеного строку для пред'явлення виконавчого документа до виконання (ст. 23 Закону, ст. 371 ЦПК України від 18.03.2004 р.; ст. 350 ЦПК України від 18.07.1963 р.); розгляд питання про затвердження мирової угоди та відмови від примусового виконання рішення (ст. 37, 11^1, Закону, ст. 372 України від 18.03.2004 р.; ст. 352 ЦПК України від 18.07.1963 р.); відстрочка або розстрочка виконання, зміна чи встановлення способу і порядку виконання (ст. 33 Закону, ст. 373 ЦПК України від 18.03.2004 р.; ст. 351 ЦПК України від 18.07.1963 р.); вирішення питання про тимчасове влаштування дитини до дитячого або лікувального закладу (ст. 78 Закону, ст. 374 ЦПК України від 18.03.2004 р.; ст. 354 ЦПК України від 18.07.1963 р.); вирішення питання про оголошення розшуку боржника або дитини (ст. 42 Закону, ст. 375 ЦПК України від 18.03.2004 р.; ст. 355 ЦПК України від 18.07.1963 р.); роз'яснення судового рішення (ст. 28 Закону, ст. 221 ЦПК України від 18.03.2004 р.; ст. 215 ЦПК України від 18.07.1963 р.); вирішення питання про поворот виконання (ст.ст. 380 - 382 ЦПК України від 18.03.2004 р.; ст.ст. 420-422 ЦПК України від 18.07.1963 р.).

© Верба О., 2006

Новелами ЦПК України від 18.03.2004 р. є віднесення до компетенції суду: вирішення питання про примусове проникнення до житла чи іншого володіння особи (ч. 3 ст. 5 Закону, ст. 376 ЦПК України від 18.03.2004 р.); вирішення питання про звернення стягнення на грошові кошти, що знаходяться на рахунках (ст. 53 Закону, ст. 377 ЦПК України від 18.03.2004 р.); заміна сторони виконавчого провадження (ст. 11 Закону, ст. 378 ЦПК України від 18.03.2004 р.); визначення частки майна боржника у майні, яким він володіє спільно з іншими особами (ч. 8 ст. 50 Закону, ст. 379 ЦПК України від 18.03.2004 р.)

У ст. 10 Закону України про "Виконавче провадження" суд не згадано серед учасників виконавчого провадження. А з аналізу норм ЦПК України, зокрема розділу VI "Процесуальні питання, пов'язані з виконанням судових рішень у цивільних справах та рішень інших органів (посадових осіб)" випливає, що суд має повноваження учасника виконавчого провадження.

Як ЦПК України, так і Законом України про "Виконавче провадження" передбачені виключні повноваження суду щодо вчинення окремих процесуальних дій, що торкаються виконавчого провадження (хоч він не визнається учасником виконавчого провадження). Таких повноважень державний виконавець не має, а без них виконання рішення стає проблематичним.

Представники правової науки **Англії** надають велике значення ролі суду у виконавчому провадженні і в більшості випадків розглядають виконання винесеного рішення як складову частину цивільного судочинства. Поширеною є думка про те, що "довір'я суспільства до правової системи було б зруйноване, якби суд не мав повноважень виконати рішення". Інші автори також підкреслюють, що "навіть якщо позивач виграє судовий процес, це ще не означає закінчення справи", "... отримання позитивного результату в судовому розгляді не є закінченням історії позивача... позивач повинен перейти до виконання винесеного рішення".

Особливий інтерес викликає реформа виконавчого провадження, що проводиться в даний час в межах загальної реформи цивільного судочинства в Англії та Уельсі.

Серед заходів, спрямованих на підвищення ефективності виконання судових рішень, автори реформи називають: по-перше, підвищення логічної організації процесу виконання судових рішень; по-друге, оскільки загальна спрямованість реформи цивільного судочинства полягає в підвищенні ролі суду, то це, на думку авторів реформи, повною мірою повинно бути здійснено і в процесі виконання судових рішень. Потреба в підвищенні ролі суду в процесі виконання наголошується в багатьох матеріалах щодо підготовки реформи. Так, в одному із звітів підкреслюється, що суд повинен брати якнайактивнішу участь в процесі виконання. Значно впливає на репутацію системи цивільного судочинства можливість сторони, що виграла, повернути свої гроші або інше майно, і суд повинен бути більше зацікавлений в результатах процесу виконання.

В **США**, на відміну від країн континентальної системи, не існує єдиної системи виконання. Служба маршалів, яка є впливовим правоохоронним органом, не лише виконує судові рішення (про конфіскацію на користь уряду США), а й забезпечує безпеку судів та учасників процесу. Рішення за приватними позовами виконують шерифи або інші посадові особи відповідно до законодавства кожного штату. Суд наділений істотними повноваженнями, бо здійснює безпосереднє керівництво виконавчим провадженням. Наприклад, в штаті Нью-Йорк суд за своєю власною ініціативою або за заявою зацікавленої сторони може винести ухвалу щодо будь-якого питання виконавчого провадження.

Результатом реформування виконавчого провадження у **Франції** стало введення нового інституту, як для французького, так і для українського законодавства – інституту судді з виконання судових рішень. Це пояснюється прагненням законодавця до спеціалізації магістратів (тобто посадовців, що наділені судовими, адміністративними або політичними повноваженнями).

Оригінальність інституту судді з виконання судових рішень полягає в тому, що лише суддя з виконання має право одноособово вирішувати спори, що виникають під час виконавчого провадження. До його компетенції належить винесення ухвал про забезпечувальні, захисні заходи по стягненні (забезпеченні позову), вирішення питання про надання відстрочки виконання і т.д. Такий суддя має спеціалізовану компетенцію, що передбачена спеціальними нормативними актами. Проте, йдеться не про надання йому ініціативних повноважень у сфері виконання судових рішень, а про те, що він є спеціалізованим суддею, який вирішує спори, що виникають в процесі і у зв'язку з виконанням рішень. За своїм статусом, цей суддя – магістрат, тобто службова особа, наділена судовими повноваженнями, втручання якої у власне виконавчі дії неприпустиме.

Всі інші судді при виникненні питань у сфері виконавчого провадження повинні заявляти про свою некомпетентність. Діючи в межах своєї родової (предметної) підсудності, суддя з виконання судових рішень компетентний у "вирішенні спорів щодо виконавчих документів і скарг, що виникають в процесі примусового виконання рішень, навіть якщо вони стосуються суті, основ права", за винятком питань, що належать до компетенції адміністративних органів. Суддя з виконання дає дозвіл на застосування заходів забезпечувального характеру і вирішує спори, пов'язані з їх застосуванням; вирішує питання про відшкодування збитків, завданих застосуванням чи незастосуванням заходів примусового виконання або заходів забезпечувального характеру. Він може проголосити про встановлення астрента (пені, що постійно зростає) навіть щодо рішень, винесених іншими суддями.

При розгляді справи суддею з виконання сторони мають право бути присутніми особисто або через представника, як і в суді малої інстанції; участь адвоката необов'язкова.

За правилами територіальної підсудності, заявник має право вибору між суддею за місцем проживання боржника і суддею за місцем виконання (за місцем здійснення виконавчих дій щодо майна боржника). Якщо боржник проживає за кордоном або ж місце його проживання невідоме, компетентним є суддя за місцем виконання. Суддя з виконання судових рішень може "залишити за собою право перевіряти виконання свого рішення і розпорядитися, з цією метою, вжити необхідні заходи". Він також може проголосити своє рішення таким, що підлягає негайному виконанню. Рішення судді може бути оскаржене в апеляційному порядку протягом 15 днів після ознайомлення з ним зацікавленої особи. Оскарження не призупиняє виконавчих процедур. Однак, відстрочку виконання можна отримати шляхом заявлення клопотання першому голові апеляційного суду.

Стабільність, консервативність і одночасно гнучкість норм виконавчого провадження, пристосовність до зміни політичного устрою і соціально-економічних умов життя французького суспільства показують життєздатність і ефективність правових норм, інститутів і цілої галузі "виконавчого права". Представники деяких європейських країн визнають, що саме французька модель виконання взята за основу їх національних систем виконавчого провадження (Нідерланди, Бельгія, а також деякі держави Східної Європи і Прибалтики – Польща, Угорщина, Словаччина, Литва та ін.), або є метою реформування їх національного законодавства.

Про можливість створення аналогічних інститутів в Україні необхідно зауважити, що в цілому передача спеціалізованому судді повноважень на вирішення спорів та інших питань, пов'язаних з ходом виконавчого провадження, є доволі обґрунтованою. Завантаженість судів першої інстанції величезною кількістю справ, відсутність професійної спеціалізації суддів, необхідність для судді бути фахівцем в багатьох галузях юридичних (і не тільки) знань, зумовлює недостатню ефективність вітчизняної системи правосуддя. Надання відповідних повноважень конкретному судді дозволило б підвищити роль органів судової влади в ході виконавчих процедур, встановити реально діючий контроль над ходом примусового виконання юрисдикційних актів, зміцнити гарантії учасників виконавчого провадження.

Підсумовуючи все сказане вище, можна зробити висновок про те, що посилення ролі суду як учасника виконавчого провадження є загальною тенденцією розвитку цього правового інституту як в країнах англо-саксонської, так і романо-германської правових систем. Але слід зазначити, що це чужий досвід; і при реформуванні цивільного судочинства досвід іноземних правових систем потрібно використовувати не копіюючи іноземні інститути в нашому законодавстві, а як показник загальносвітових тенденцій розвитку окремих правових інститутів.

ІНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЯ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА ТА ПОРІВНЯЛЬНИХ ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ В УКРАЇНІ ДО 90-Х РОКІВ XX СТ.

Кресін О.

Інститут держави і права ім. В.М.Корецького НАН України

Попри значний шлях, який пройшли порівняльне правознавство та порівняльні історико-правові дослідження у XIX – XX ст., в Україні вони були слабо інституціоналізовані. До 1917 р. офіційна православно-слов'янофільська ідеологія Російської імперії, яка дістала відображення у державній політиці у сфері вищої освіти, сприяла хіба що тривалому розвитку історичної школи права. За російським університетським статутом 1804 р. передбачалося утворення у кожному університеті кафедри "права найвидатніших як давніх, так і нових народів". Ця кафедра мала забезпечувати викладання історії й сучасності права зарубіжних країн. Це мало створити певні стимули для розвитку порівняльних історико-правових досліджень. Проте насправді, наприклад у Харківському університеті у 1820-х роках, історія зарубіжного права (окрім римського права) не викладалася. У статуті Імператорського університету Святого Володимира у Києві 1833 р. читання курсів з історії зарубіжного права (окрім римського права) взагалі не передбачалося. Не було там і відповідної кафедри. Після європейських революцій 1848-1849 рр. уряд Російської імперії скоротив навчальні плани університетів, заборонивши як "шкідливі" курси, що висвітлювали історію та сучасний стан права зарубіжних країн, "вражених внутрішніми крамолами й бунтами у самих своїх основах". Були здійснені репресії проти викладачів-юристів.

За статутом 1863 р. в університетах мало бути відновлено кафедри "права найвидатніших як давніх, так і нових народів", а також запроваджено нові кафедри "історії слов'янських законодавств". Але за статутом 1884 р., який діяв практично без змін до 1917 р., з навчальних планів університетів були виключені історія зарубіжного права та історія слов'янських законодавств. М.О. Максимейко із сумом зазначав, що кафедра історії слов'янських законодавств у Російській імперії залишилася лише у Варшавському університеті.

У цьому контексті виглядає дещо невиправданим оптимізм О.В. Романовича-Славатинського: "Із скасуванням зарубіжного державного права (припинення викладання цього предмета в університетах у 1884 р. – *О.К.*) порівняльний метод у нашій науці має отримати ще ширше застосування". Так само оцінював стан справ у російській юридичній освіті Ф.В. Тарановський, стверджуючи, що "усі юридичні дисципліни, як історичні, так і догматичні, викладаються у наших університетах порівняльно".

Сучасні дослідження демонструють, що ані історії зарубіжного права, ані порівняльному правознавству в XIX – на початку XX ст. не приділяли серйозної уваги і в західноукраїнських університетах.

Питання про інституціоналізацію порівняльно-правових досліджень було поставлене у часи заснування Української академії наук. Зокрема, у III відділі УАН 14 листопада 1918 р. було засновано кафедру порівняльної історії права на чолі з академіком УАН Ф.В. Тарановським. Як зазначалося у "Записці про відділ соціальних наук" від 4 вересня 1918 р., "порівняльний метод визнається неминучою умовою наукового досліду еволюції установ і правовідношень. В цій царині мається величезний матеріял, ще дуже мало, на жаль, дійсно науково розроблений. Перед цією катедрою стоїть величезна праця як в змислі колективного збірання та систематизування матеріялів, так і в змислі індивідуального синтезу". Цим же документом пропонувалося також заснувати кафедру слов'янського законодавства, яка мала заповнити відповідні прогалини у історико-правових знаннях та стати "посередницею між катедрами: порівняльної історії права та права західноруського й українського".

Опубліковані документи УАН дають підстави розуміти у даному випадку "кафедру" як тематичну одноосібну штатну одиницю академіка УАН, навколо якого міг формуватися науковий колектив на громадських засадах. Натомість основними науково-дослідними структурами у межах УАН були комісії та інститути. Історико-правові дослідження у III відділі УАН здійснювалися

© Кресін О., 2006

насамперед у двох комісіях: звичаєвого права України та західноруського й українського права. Останню, як і III відділ загалом, певний час очолював Ф.В. Тарановський. Порівняльній історії права співробітники комісій уваги практично не приділяли. У 1919 р. Ф.В. Тарановський емігрував з УСРР; після його від'їзду кафедра порівняльної історії права не заповнювалася й припинила своє існування. Ані доповідей, ані значних публікацій співробітників УАН у сфері порівняльної історії права у час існування відповідної кафедри зроблено не було.

Так само нещасливо склалася доля ініціативи М.С. Грушевського щодо розробки науково-дослідною кафедрою історії України ВУАН у 1927-1928 рр. теми "Історія України в зв'язку з загальною історією культури і соціального розвитку" та підготовки першого нарису історії України у порівняльній перспективі.

У 1920-х роках негативне ставлення керівництва СРСР до історії права призвело до виключення відповідних курсів з програм юридичних вузів; лише у 1936 р. було введено курс загальної історії держави і права для студентів-юристів. На юридичних факультетах університетів існували кафедри теорії та історії держави і права, проте поодинокі порівняльні історико-правові дослідження, які виконувалися на них, були здебільшого результатом особистої ініціативи викладачів.

Проблематика правових досліджень ВУАН наприкінці 1920-х – на початку 1930-х років була звужена до вивчення лише радянського права; вивчення зарубіжного права, історії права, юридичної методології фактично припинено. Вчені, які у своїх працях намагалися проводити порівняння із зарубіжними країнами, викликали підозри щодо благонадійності. На цьому тлі закономірно безрезультатним був заклик академіка М.І. Палієнка у 1932 р. вивчати право капіталістичних країн. У 1934 р. академічні юридичні дослідження у Радянській Україні було фактично зупинені з ліквідацією останньої юридичної науково-дослідної установи – Кабінету радянського будівництва і права.

У 1949 р. при утворенні у АН УРСР Сектора держави і права на чолі з В.М. Корецьким постановою Президії АН УРСР серед основних напрямів науково-дослідної діяльності Сектора було визначено й дослідження державного права країн народної демократії. У 1961 р. у складі Сектора було утворено науково-галузеву групу з державного права зарубіжних країн, у 1965 р. – відділ проблем міжнародно-правової діяльності УРСР і порівняльного державознавства на чолі з В.М. Корецьким. У 1969 р. Сектор було перетворено на Інститут держави і права. Серед основних напрямів науково-дослідної роботи Інституту Постановою Президії АН УРСР було визначено: розробку правових проблем розвитку світової соціалістичної системи та найактуальніших питань порівняльного державознавства. Слід зазначити, що відповідні дослідження, і не лише щодо соціалістичних країн та тих, що розвиваються, здійснювалися на порівняльній основі. Серед основних праць такого характеру слід назвати монографії Г.В. Александренка "Буржуазний федералізм" (1962 р.), О.І. Ганусець, Я.Г. Плясуна, В.Ф. Пеньківського "Нариси державно-політичного розвитку африканських країн. Алжир, Малі, Гвінея, Камерун" (1967 р.), В.М. Шаповала "Правове становище профспілок в окремих країнах Африки" (1973 р.), "Розвиток законодавства про працю і соціальне забезпечення в країнах Східної Африки" (1974 р.), "Тенденції розвитку трудового законодавства в країнах Східної Африки" (1974 р.), В.Н. Денисова "Системи права країн, що розвиваються" (1978 р.), Г.І. Чангулі "Конституційні принципи кримінального судочинства зарубіжних соціалістичних держав" (1981 р.) та ін.

Водночас у історико-правовій сфері основним напрямом досліджень Сектора та Інституту постійно визначалася лише історія держави і права України, до того ж – виключно радянського періоду. Порівняльні історико-правові дослідження вченими цієї установи практично не здійснювалися (один з небагатьох винятків – праця В.Н. Денисова "До критики буржуазних концепцій порівняльного правознавства").

На нашу думку, порівняно низький рівень інституіоналізації порівняльно-правових досліджень в Україні аж до проголошення її незалежності був зумовлений насамперед ідеологічними причинами – а саме невигідністю порівняння власного та зарубіжного права як для Російської імперії, так і для СРСР. Навіть офіційна слов'янофільська ідеологія імперського періоду у цьому питанні відступала: адже у деяких слов'янських країнах було реалізовано набагато демократичніші, ніж у Росії, конституційні моделі. Лише з формуванням світової соціалістичної системи, з одного боку, і проголошенням політики "мирного співіснування" соціалістичного та капіталістичного світів, - з іншого, ситуація почала дещо змінюватися, а в період хрущовської "відлиги" найбільш авторитетна наукова юридична установа Радянської України – Інститут держави і права АН УРСР отримав

завдання щодо розробки проблем зарубіжного права, правда, лише соціалістичних країн та тих, що розвиваються.

Можна помітити разючу невідповідність між історією порівняльного правознавства в Україні, яка знала такі імена, як М.Д. Іванишев, М.Ф. Владимирський-Буданов, О.В. Лохвицький, М.М. Ковалевський, М.О. Максимейко, Ф.В. Тарановський, М.О. Чельцов-Бебутов, В.М. Корецький, В.Н. Денисов, П.Ф. Мартиненко та ін., та розвитком інституціоналізації порівняльного правознавства і порівняльних історико-правових досліджень. На жаль, така негативна тенденція спостерігається й нині – на фоні інтенсивного становлення установ та організацій, діяльність яких присвячена науковому дослідженню різних галузей та інститутів права, окремих юридичних наук порівняльне правознавство залишається практично неінституціоналізованим – окрім хіба що існування кафедр, у назвах яких воно поєднується то з міжнародним, то з європейським правом, то з теорією держави і права.

СПЕЦІАЛІЗОВАНІ ФІНАНСОВІ УСТАНОВИ ООН В ІСТОРИКО-ЮРИДИЧНОМУ АСПЕКТІ.

Вільчак Я.

Інститут держави і права ім.В.М.Корецького НАНУ

Після закінчення Великої депресії, котра майже вщент зруйнувала світову економіку виникла нагальна потреба в створенні організації для регулювання валютної системи. На початку 40-х років Харрі Декстер Уайт (США) та Джон Мейнард Кейнс (Великобританія) майже одночасно внесли пропозицію про створення нової світової валютної системи та відповідно постійно діючої організації. У 1944 році фінансова Конференція Об'єднаних Націй в Бреттон-Вудсі розглянула та затвердила Статті угод Міжнародного валютного фонду та Міжнародного банку реконструкції та розвитку. В березні 1946 року в м. Саванна (США) відбулася установча сесія МБРР та МВФ. СРСР брав участь у конференції, підписав заключний Акт про створення Міжнародного Валютного Фонду та Міжнародного Банку Реконструкції та Розвитку (МБРР), але пізніше не ратифікував цих документів.

Бреттон-Вудські угоди встановили та юридично закріпили фундаментальні положення міжнародної фінансової системи. Згідно з ними було створено:

- МБРР як постійно діючий орган, що забезпечує створення сприятливих умов для капіталовкладень, стимулювання міжнародних потоків довгострокових інвестицій, сприяння реконструкції та розвитку територій держав-членів, полегшення конверсії воєнної економіки в цивільну та інше;
- МВФ як центр зі сприяння співпраці та консультаціям між державами-членами з міжнародних проблем регулювання та координації валютно-фінансової діяльності та підтримки розвитку виробничих ресурсів держав-членів.

Станом на 28 грудня 1945 року, тобто на момент вступу в дію Угод про створення МВФ та МБРР, їх членами були 29 держав. Кількість держав-членів постійно зростала. Так, станом на сьогоднішній день членами МВФ та МБРР є 184 держави (дані про кількість членів спеціалізованих установ подані станом на 24 серпня 2005 року).

Всі колишні республіки СРСР, окрім Азербайджану, вступили до МВФ та МБРР у травні-червні 1992 р. Україна стала членом МВФ та МБРР 3 вересня 1992 року згідно із Законом України від 3 червня 1992 року № 2402-XII "Про вступ України до Міжнародного валютного фонду, Міжнародного банку реконструкції і розвитку, Міжнародної фінансової корпорації, Міжнародної асоціації розвитку та Багатостороннього агентства по гарантіях інвестицій".

Статутною ціллю МВФ було оголошено забезпечення впорядкування відносин у валютній сфері, подолання конкурентного знецінення валют, а Міжнародний банк реконструкції і розвитку (МБРР), покликаний надавати допомогу у відновленні та розвитку держав-членів. Україна, вступивши до МБРР стала 167 членом Банку, а станом на сьогоднішній день кількість його членів становить 184 держави. МБРР має форму міжнародного відкритого акціонерного товариства. Основними цілями Банку є сприяння реконструкції та розвитку території держав-членів через заохочення капіталовкладень на виробничі потреби, заохочення приватних іноземних капіталовкладень й надання фінансової допомоги з метою розвитку виробничого сектору економіки, сприяння довгостроковому збалансованому зростанню міжнародної торгівлі та підтримці рівноваги платіжних балансів, що повинно сприяти зростанню продуктивності праці, рівня життя та поліпшення умов праці в державах-членах. Згодом МБРР став основою створення групи організацій Світового банку, до складу якого увійшли три структури, що мають ідентичні механізми і схожі функції, а саме: Багатостороннє агентство з гарантування інвестицій (БАГІ), Міжнародна фінансова корпорація (МФК), ціллю якої є надання допомоги у фінансуванні приватних підприємств, Міжнародна асоціація розвитку (МАР), націлена на надання допомоги країнам, що розвиваються, на пільгових умовах.

МФК було створено у 1956 році з метою сприяння економічному зростанню країн, що розвиваються, через заохочення приватного бізнесу у виробничій сфері. МФК, як вже згадувалося вище, є членом групи Всесвітнього банку, але юридично та фінансово є незалежною від МБРР. До складу організації входять 178 держав. На сьогоднішній день МФК є найбільшим у світі інвестором у приватний сектор.

© Вільчак Я., 2006

МАР було створено 1960 року як філію МБРР. Керівництво МБРР і МАР здійснюється одними й тими ж процедурами, в них спільний персонал, штаб-квартира, очолюються одним президентом та використовують одні й ті ж стандарти, оцінюючи проекти. Різниця лише в джерелах фінансування. Для того, щоб вступити в МАР держава повинна бути членом МБРР. Членами МАР є 165 держав. МАР надає довгострокові кредити по нульовій процентній ставці найбіднішим державам світу. Метою цієї організації є досягнення рівності між державами та всередині держав, особливо в плані доступу до початкової освіти, елементарного медичного обслуговування, водопостачання та каналізації, а також забезпечення доступу більшої кількості людей до суспільних благ за рахунок підвищення продуктивності праці.

БАГІ було створено в 1988 році як організація групи Світового банку, юридично та фінансово незалежна від МБРР. До складу БАГІ входять 165 держав. Метою створення цієї організації було сприяння надходженню інвестицій у держави, що розвиваються. БАГІ виконує три основні функції: надає гарантії від некомерційних ризиків обраним нею інвесторам; консультує уряди держав, що розвиваються, з питань розробки та реалізації стратегій, програм та процедур, що стосуються міжнародного інвестування; пропонує рекламні послуги й виступає як спонсор діалогів між міжнародними діловими колами та конкретним урядом – організатором зустрічей з питань інвестицій.

Всі ці спеціалізовані економічні установи ООН, хоча і є структурними підрозділами МБРР, але формально вони незалежні від нього. Кожен з них має свій установчий акт. Світовий банк функціонує у тісному зв'язку з МВФ, причому всі його організації зв'язані угодами про співробітництво з ООН. Так, Бреттон-Вудські установи в свою чергу можна класифікувати на валютно-кредитні та кредитні. Метою перших є сприяння розвиткові міжнародної торгівлі та валютного співробітництва. Ціллю ж кредитних є надання фінансової допомоги країнам, що розвиваються. Валютно-кредитна спеціалізована установа – це Міжнародний валютний фонд, а кредитна – Всесвітній банк, до складу якого входять решта фінансових установ, окрім МВФ.

Юридично МВФ та МБРР представляють собою міжнародні валютно-фінансові організації міжурядової співпраці. На основі договору з ЕКОСОР та згідно зі статтею 57 Статуту ООН Фонд та Банк є спеціалізованими установами ООН, що відповідають всім вимогам, котрі висуваються до таких організацій, а саме:

1. міжурядовий характер угод про створення таких організацій;
2. широка міжнародна відповідальність в межах їх установчих актів;
3. здійснення співробітництва в спеціальних областях, таких як економічна, соціальна, культурна, гуманітарна та інші;
4. зв'язок з ООН.

Лише сукупність всіх вищезгаданих рис надає міжнародній організації статус спеціалізованих установ ООН. Здійснення ж діяльності у фінансовій сфері відносить МВФ та Групу Світового банку саме до фінансових установ системи ООН.

ПАТЕНТНЕ ПРАВО США: ДО ІСТОРІЇ РОЗВИТКУ

Довгань Г.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Перспективним напрямком історико-правових досліджень є аналіз історії права інтелектуальної власності в Україні. Необхідною складовою такого комплексного аналізу є застосування методів порівняльно-історичного правознавства. При цьому доцільно звернутися до дослідження історії права інтелектуальної власності в інших країнах, досвід яких у сфері правової охорони результатів інтелектуальної діяльності є великим і має тривалу історію.

Законодавство США у сфері патентного права бере початок від британського звичаєвого права. В Англії привілеї почали надавати вже у XII ст. До XV ст. вони надавалися королівською владою. У 1628 р. у Англії було прийнято Положення про монополії, яке встановило принципові засади охорони патентних прав. Положення проголосило, що всі монополії позбавлялися будь-яких привілеїв, а їх надання визнавалося недійсним, за винятком "усіх патентних грамот і надання привілеїв строком на 14 років або менше від того, які будуть вчинені пізніше, на виключне зайняття або створення нових виробництв у цьому королівстві, справжньому і першому винахіднікові таких виробництв, якими не мають права користуватися інші особи на час вчинення таких патентних грамот і надання прав ".

Важливість сприяння виробництву та розвитку винахідництва була визнана на законодавчому рівні шляхом включення наступного положення у Конституцію США 1787 р. "Конгрес повинен володіти повноваженнями ... щоби сприяти розвитку науки та ремесел, гарантуючи протягом певного періоду авторам і винахідникам виключні права на їхні творіння та відкриття" (пункт 8 розділ 8 стаття 1).

Наприкінці XVIII ст. система охорони промислової власності у формі привілеїв почала помітно втрачати своє значення і масштаби. В економічно розвинених на той час країнах рішуче вступає у силу патентна система. Пропрієтарний принцип, що полягає у визнанні за творцем права власності на його творчий результат, був проголошений у законі штату Масачусетс від 17 березня 1789 р. У ньому зазначалося : "немає власності, що належить людині, більшої, ніж та, яка є результатом її розумової праці". У 1791 р. США прийняли перший патентний закон, відповідно до якого патент видавався всім винахідникам, якщо виконувалися певні об'єктивні умови. У 1793 р. до нього були внесені зміни, згідно з якими патенти могли отримати лише громадяни США. Поширення промислової революції в інших країнах зумовило збільшення кількості виданих патентів – у період з 1815 р. по 1820 р. США, Франція та Британія були єдиними країнами, що видавали більш ніж 100 патентів на рік. Пізніше, протягом 1850-1854 р.р. у цих країнах видавалося понад 1000 патентів на рік.

Сьогодні основою патентного законодавства США є розділ 35 Зводу законів США, який було прийнято патентним законом від 19 липня 1952 р. У 1996-1999 роках Конгрес США працював над пакетом законів у сфері інтелектуальної власності. Робота завершилася підписанням Президентом США 29 листопада 1999 р. зведення законів під назвою "Багатоаспектний акт з реформування інтелектуальної власності та комунікацій". Він містить Закон про захист інтересів американських винахідників (розділ IV).

У законодавстві США немає визначення поняття винаходу, натомість перераховані критерії патентоздатності. Перший з них – це критерій об'єкту винаходу. У рішенні Верховного Суду США у справі Kewanee Oil v.Bicron Corp.(1974) наголошується на тому, що патент може бути виданий лише стосовно об'єктів, зазначених у статті 101 Титулу 35 Зводу законів США.

США відноситься до країн, де висувається вимога відносної світової новизни, вимога корисності, неочевидності. Винахід вперше з'являється як умова патентування у 1851 р. у постанові Верховного Суду щодо справи Хочкісс проти Грінвуда. У випадку Хочкісса Верховний Суд визнав, що для поліпшення ручки дверей бракує здібностей і майстерності як невід'ємних складових винаходу. У наступних справах застосовувалися умови винаходу, потім Конгрес прийняв §103. Згідно §103 "патент не може бути одержано ... якщо різниця між предметом патентної заявки і попереднім рівнем техніки така, що суть винаходу була б очевидною в момент винаходу для особи, яка володіє певними навичками в галузі згаданого вище винаходу".

© Довгань Г., 2006

У справі Graham v. John Deere (1966) Верховний Суд постановив, що процедура визначення неочевидності винаходу повинна відбуватися у чотири етапи. По-перше, визначаються межі та зміст попереднього рівня техніки у певній сфері знань та у суміжних з нею галузях. По-друге, встановлюється рівень звичайних знань у галузі, яка стосується предмету винаходу. Третій етап – це співставлення попереднього рівня техніки та патентної формули, що міститься у заявці. Четвертий етап – це встановлення того, чи були би результати такого співставлення очевидними для особи. яка володіє певними навичками у галузі предмета патентування на момент здійснення винаходу.

Цікавим є той факт, що до 1877 р. особа, яка хотіла отримати патент на винахід, повинна була надати модель винаходу одночасно із заявкою. Відповідно до положень Патентного закону 1836 р. розмір моделі не повинен був перевищувати 12 дюймів, а ім'я винахідника повинно було бути надруковано або викарбовано на моделі. До 1850 р. кількість патентних заявок складала дві тисячі на рік, і у приміщеннях Патентного відомства зберігалося понад 17 тисяч моделей. На початку 1865 р. у приміщенні Холлу для моделей знаходилося понад 80 тисяч експонатів. У 1877 р. до закону була внесена заборона щодо надання моделі винаходу при поданні патентної заявки.

Таким чином, патентна система США розвивалася протягом тривалого часу, значною мірою під впливом британського права. Це зумовило становлення її як типу серед патентних систем інших країн. З самого початку становлення патентного законодавства у США, йому приділялася належна увага. Про це свідчить той факт, що у невеликій за обсягом Конституції США прямо вказано на необхідність захисту прав винахідників.

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ВЗАЄМОДІЇ ДЖЕРЕЛ ПРАВА РАДИ ЄВРОПИ ТА УКРАЇНИ

Монастирський О.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Одним із головних завдань реформування сучасної правової системи України є приведення її у відповідність з європейськими правовими стандартами, насамперед, зі стандартами Ради Європи.

Як вітчизняна, так і зарубіжна наука приділяє достатню увагу аналізу низки проблем створення і функціонування Ради Європи, її правової системи, правовим стандартам у сфері захисту прав людини. Ці та інші питання знайшли своє відображення у працях: Л. Луць, Е. Бредлі, Д. Гом'єн, С. Горшкової, С. Глотова, М. Дженіс, В. Денисова, Л. Ентіна, В. Євінтова, Т. Левицького, В. Мармазова, В. Опришко, І. Біляєва та ін. Проте, залишилися не у повній мірі дослідженими проблеми взаємодії права Ради Європи та України, особливо з позицій загальної теорії права. Дослідження в цій сфері є важливими не тільки для забезпечення методологічної основи належної адаптації законодавства України до правових вимог Ради Європи, але й для розв'язання загальнотеоретичних проблем трансформації міжнародно-правових норм в національні.

В правовій системі Ради Європи юридичні норми фіксуються переважно в міжнародних договорах (конвенціях) та деяких юридичних актах інститутів Ради Європи. Особливим різновидом міжнародно-правового договору є Статут Ради Європи. Це установчий, нормативно-правовий договір, що визначає правові основи діяльності Ради Європи, і водночас містить норми, які фіксують права та обов'язки держав-учасниць. В рамках Ради Європи укладаються конвенції, що регулюють суспільні відносини в різних сферах. Особливе місце серед таких конвенцій займає Конвенція про захист прав і основних свобод людини 1950 р., так як саме вона започаткувала ефективний механізм захисту прав людини. Цією Конвенцією створений окремий конвенційний судовий орган, завдяки діяльності якого створений ефективний юрисдикційний механізм захисту прав людини – Європейський Суд з прав людини. Рішення цього юрисдикційного органу класичного прецеденту не створюють. Такі рішення можуть стати інтерпретаційним прецедентом, що містить роз'яснення змісту конвенційної норми і який не створює нових по відношенню до Конвенції 1950 р. норм.

Деякі акти інституцій Ради Європи також мають ознаки форм права. Це рішення з питань внутрішньої організації та рекомендації Комітету Міністрів, а також резолюції Парламентської Асамблеї Ради Європи, оскільки тільки для них притаманна така ознака як обов'язковість.

Рада Європи діє відповідно до загальних принципів міжнародного права та принципів, закріплених в її установчих документах. Крім того, не виключається використання в межах правового поля Ради Європи таких форм права, як міжнародні правові звичаї та праці авторитетних науковців з міжнародного права.

Нормативно-правові приписи, що містяться у джерелах права Ради Європи, є мінімальними правовими вимогами (правовими стандартами) щодо держав-учасниць у сфері, визначеній Статутом Ради Європи, зокрема і щодо України.

В Україні, як правило, застосовуються такі зовнішні форми права, як нормативно-правовий акт та нормативно-правовий договір, інколи – правовий звичай. Найбільшу питому вагу серед всіх джерел права мають нормативно-правові акти: закони та підзаконні нормативно-правові акти. Особливе місце серед них посідає Конституція. До нормативно-правових договорів, які діють на території України, відносяться, зокрема, міжнародні договори, які є складовою частиною національного законодавства.

З моменту вступу до Ради Європи (1995 р.), Україна стала стороною понад трьох десятків конвенцій та угод Ради Європи. Проте, на даний час імплементовано лише частину нормативно-правового масиву Ради Європи (близько 25%) і така імплементація фактично здійснюється шляхом рецепції. Крім того, не було створено належних законодавчих передумов для ефективної взаємодії джерел права Ради Європи та України. При безпосередній взаємодії таких джерел виникають певні проблеми, зумовлені недосконалістю національного правового регулювання та особливостями самих джерел міжнародного права.

Перш за все, в законодавстві України не визначено місце ратифікованих міжнародних договорів в національній системі джерел права. В Конституції України вказується лише на те, що ратифіковані міжнародні договори є частиною національного законодавства. В Законі України "Про міжнародні

© Монастирський О., 2006

договори України" (29.06.2004) передбачається пріоритет чинних на території України міжнародних договорів над актами національного законодавства (звичайно, окрім Конституції). В деяких галузевих законах містяться такі ж положення. Отже, в ієрархії нормативно-правових актів міжнародні договори мали б посідати наступне місце після Конституції. Проте, це положення не знайшло свого відображення у рішенні Конституційного Суду України від 9 липня 1998 р. у частині тлумачення терміну "законодавство", згідно якого місце міжнародного договору в ієрархії джерел права України визначалось після закону.

Такі неоднозначності ускладнюють безпосереднє застосування належним чином ратифікованих міжнародних договорів національними правозастосовчими органами, оскільки норми, які містяться в договорах, можуть суперечити національним законам. Через це спостерігається відсутність посилання на норми конвенцій, які формально стали "частиною національного законодавства", при розгляді справ в судах та інших юрисдикційних органах.

Проаналізувавши чинне національне законодавство України на предмет його відповідності конвенціям Ради Європи, можна побачити, що хоча значна частина стандартів Ради Європи врахована у правотворчій діяльності українського парламенту, зустрічаються випадки, коли норми конвенцій, які ще не ратифіковані, вже переписані в національних приписах. Поряд з цим, норми деяких конвенцій, які впроваджені в національне законодавство ратифікаційним законом, також продубльовані в національному законодавстві. А деякі норми національного законодавства не відповідають правовим стандартам конвенцій Ради Європи.

Для усунення таких розбіжностей та дублювання, перш за все, необхідно доповнити Конституцію чітким положенням про вищу юридичну силу чинних на території України міжнародних договорів по відношенню до національних законів та підзаконних нормативно-правових актів (окрім, звичайно, Конституції).

Узгодженню норм міжнародного та національного права міг би сприяти ефективний механізм впровадження та реалізації норм міжнародних договорів в національне законодавство, за яким:

1. міжнародні договори Ради Європи, які ратифіковані Верховною Радою України, мають пряму дію і не потребують дублювання їх норм в національних законах;
2. неоднозначні і недостатньо конкретні положення цих договорів конкретизуються в законі про ратифікацію;
3. в законі про ратифікацію можуть вноситись застереження щодо тих положень міжнародних договорів, які суперечать особливостям права України (наприклад, не може бути за законодавством України суб'єктом корупційних злочинів юридична особа, хоча така вимога ставиться згідно ст. 18 Конвенції про корупцію у контексті кримінального права);
4. якщо ж положення національного закону суперечать положенням відповідного міжнародного договору, то до такого закону вносяться зміни.

Щодо Статуту Ради Європи, то Україна приєдналася до нього шляхом прийняття окремого Закону (від 31.10.95) у відповідності до положень ст. 9 Конституції України, тому Статут є частиною національного законодавства України і він діє як ратифікований міжнародний договір.

Значні проблеми виникають при взаємодії з національним законодавством таких джерел права Ради Європи, як рекомендації та рішення Комітету Міністрів та резолюції Парламентської Асамблеї Ради Європи. Ні Конституція України, ні Закон України "Про міжнародні договори України" не містять положень щодо взаємодії національного права з такими джерелами міжнародного права як рішення інституційних органів міжнародних організацій. Проте Україна змушена виконувати приписи зазначених актів, виходячи з її членства в Раді Європи, при чому Україна є вільною у виборі конкретних способів досягнення поставлених перед нею завдань.

Щодо рішень Європейського Суду з прав людини, то, очевидно, що немає необхідності закріплювати в національному законодавстві нормативних положень щодо їх введення в національну систему права, оскільки, по-перше, Україна взяла на себе зобов'язання виконувати ці рішення з ратифікацією Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 року, а, по-друге, ці рішення є актами застосування права і вони безпосередньо не взаємодіють з національними нормами. Необхідно закріпити в національному законодавстві лише механізм їх виконання. На основі стандартів, закріплених в цих рішеннях, необхідно вносити зміни в чинні нормативно-правові акти.

Основними засобами взаємодії джерел права Ради Європи та України є, насамперед, засоби нормативно-правової уніфікації, що забезпечує уподібнене правове регулювання, попередження чи подолання юридичних колізій, тобто зближують норми права Ради Європи та України.

ФОРМУВАННЯ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВОГО РОЗУМІННЯ ЗМІСТУ ПОНЯТТЯ "THE EUROPEAN ADMINISTRATIVE SPACE" (ЄВРОПЕЙСЬКИЙ АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОСТІР) У АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІЙ НАУЦІ УКРАЇНИ

Пухтецька А.

Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

Поняття Європейського адміністративного простору (ЄАП) є новелою науки адміністративного права України. Термінологічний зворот "Європейський адміністративний простір" є новим і для вітчизняної галузі адміністративного законодавства. На сьогоднішній день в системі актів законодавства України не закріплено положень щодо визначення поняття, елементів, структури, функцій та взаємозв'язків між компонентами (елементами) ЄАП як багатоаспектного явища, складної диференційованої системи, основними системоутворюючими елементами якої виступають публічні адміністрації європейських держав.

Сучасне законодавство України закріплює пріоритетність входження України до Європейського правового простору (ЄПП), який, відмітимо, виступає мета-системою по відношенню до ЄАП та інших предметних підпросторів ЄПП.

На сьогоднішній день вітчизняними вченими опубліковано декілька наукових робіт, присвячених окремим аспектам формування та функціонування ЄАП. Серед них, в першу чергу, слід відмітити наукові праці В.Б. Авер'янова, Н. Гнидюк, І. Грицяка, та Г.Й. Ткач та деяких інших дослідників. Поряд з цим, слід зазначити, що дане багатоаспектне явище до цього часу не було проаналізовано у вітчизняній науковій літературі з точки зору системного підходу, а також не отримала методологічного обґрунтування необхідність виділення окремого порівняльно-правового інституту – інституту Європейського адміністративного простору.

Слід відмітити, що в європейських країнах проведено комплексні науково-практичні дослідження та розроблені методичні рекомендації щодо входження до ЄАП країн-кандидатів на вступ до ЄС. Всебічне вивчення і використання позитивного досвіду приєднання до ЄС країн Центральної та Східної Європи має становити особливий інтерес для розвитку вітчизняної науки адміністративного права та реформування галузі адміністративного законодавства України.

Особливу увагу має бути приділено працям таких зарубіжних дослідників проблематики європейської адміністративної конвергенції та формування ЄАП, як: Ж. Булуа (J. Boulouis), Р.-М. Шевальє (R.-M. Chevalier), К. Демке (C. Demmke), К. д'Орта (C. d'Orta,), Ж. Фурньє (J. Fournier), Г. Граббе (H. Grabbe), Ж. Гессе (J. Hesse), К. Нілл (C. Knill), К. Ніццо (C. Nizzo), Й.П. Олсен (J.P. Olsen), Ж. Зіллер (J. Ziller). Крім цього, потребують детального аналізу робочі програми та документи, розроблені за участю європейських науково-дослідних установ, інститутів, органів провідних європейських регіональних організацій (в першу чергу: SIGMA; EIPA; DG-1, CD-CJ та ін.).

У вітчизняній науковій літературі ще не склалося єдиної точки зору щодо перекладу українською мовою англійського термінологічного звороту "*The European Administrative Space"* (прийняте скорочення – EAS). З-поміж можливих варіантів перекладу українською мовою слід зазначити: *"Європейський адміністративний простір"*, "*Європейське адміністративне поле*", "*Європейське управлінське поле/простір*", "*Європейська адміністративна площина*".

У наукових роботах вітчизняних вчених найбільшу частотність вживання має термінологічний зворот "Європейський адміністративний простір". Це може бути пояснено уявленнями, які сформувалися у вітчизняній доктрині права щодо розуміння юридичної категорії "простір".

У зв'язку з цим слід коротко нагадати, що термін "простір" у вітчизняній доктрині права використовується у різних аспектах, виконуючи конкретно-наукові, оціночні та пізнавальні функції при дослідженні таких явищ як фізичний простір, географічний простір, державний простір (державна територія), правовий простір і т. ін.

В сучасній вітчизняній юридичній науці даний термін використовується переважно для визначення меж дії нормативних актів у часі, просторі та за колом осіб. Як зазначав С.С. Алексєєв, "Межі дії нормативного юридичного акту встановлюються у трьох основних вимірах: у часі, на

© Пухтецька А., 2006

території та за колом осіб. Основне теоретичне та практично важливе з цих вимірів – дія акту в часі". Проблематика дії нормативно-правових актів в межах державної території обмежується аналізом проблеми дії актів на всій території держави або на її окремій частині, та визначенням ступеню застосування та ролі положень міжнародного права у національній правовій системі.

За результатами проведеного нами порівняльного аналізу загального обсягу поняття "простір" у сучасних вітчизняній та європейській доктринах права можна зробити висновок про те, що в останній дане поняття має більш широкий обсяг, аніж його вітчизняний відповідник. Це, безперечно, впливає і на обсяг змісту похідних, складених термінологічних зворотів "Європейський правовий простір", "Європейський адміністративний простір" та ін.

В європейській адміністративно-правовій доктрині для позначення категорії "простір" використовуються два синонімічні поняття "space" та "area".

Узагальнюючи відомості, подані у довідниково-інформаційних та спеціалізованих юридичних джерелах (словниках та енциклопедіях), можна виділити наступні основні відповідні цілям даного дослідження аспекти змісту зазначених понять:

1. "SPACE" /від старофранц. "espace" та лат. "spatium" – місце, простір/: a) безкінечна тривимірна протяжність, у якій існують всі форми матерії; b) протяжність (відстань) або сфера поширення (розповсюдження) на поверхні або у 3-вимірній площині; c) беззмістовна або пуста площина, місцевість; d) площина або місцевість, яка має спеціальне призначення; e) достатня міра свободи від зовнішнього тиску для розвитку або реалізації потреб, інтересів та індивідуальності особи.
2. "AREA" /від лат. "area" – відкрите місце, простір/:

a) орієнтовно обмежена частина простору на поверхні, регіон; b) земна поверхня, особливо відкрита, не зайнята ділянка землі; c) синонім слова "країна" – географічно відокремлений регіон з визначеними кордонами; d) 2-вимірний простір, обмежений кордонами.

В свою чергу, у вітчизняних та радянських енциклопедично-довідкових джерелах поняття "простір" має наступні визначення: а) одна з основних форм існування матерії, яка характеризується протяжністю та обсягом; б) необмежена протяжність в усіх вимірах, напрямках; в) місце, здатне вмістити щось; г) велика ділянка земельної поверхні.

На визначення змісту юридичної категорії ЄАП опосередковано впливає розуміння поняття "правовий простір" та "Європейський правовий простір" у вітчизняних наукових дослідженнях.

Поняття "правовий простір" широко використовується у вітчизняних нормативних матеріалах, але ще не має загальноприйнятого доктринального визначення. Однак пізнання змісту даної категорії необхідне для загального юридичного аналізу правових явищ, які склалися як результат інтеграційних процесів на Європейському континенті в результаті взаємодії процесів створення та розширення ЄС, нормотворчої діяльності РЄ та в рамках НБСЄ/ОБСЄ.

Ми поділяємо точку зору Ю.О. Тихомирова, який відмічає, що "правильно вживати термін "правовий простір" для позначення меж дії різних правових комплексів і правових режимів, що ними запроваджуються в рамках міждержавних відносин".

Правовий простір обумовлений тим чи іншим державним простором. Цей взаємозв'язок обумовлює перенесення низки основних характеристик державного простору у категорії, які характеризують правовий простір. Серед них такі категорії, як цілісність (державна та правова), суверенітет (держави та державної влади), верховенство (передусім федерального законодавства у складних за складом державах) та ін.

Серед вітчизняних та радянських дослідників немає консенсусу і щодо визначення терміну "Європейський правовий простір" (ЄПП). Так, С.А. Бєляєв під ним розуміє – регіональну політико-правову систему, що знаходиться у стані формування, забезпечує правові основи реалізації загальноєвропейського співробітництва і об'єднує європейські країни, а також США і Канаду, які беруть участь у "загальноєвропейському процесі"(НБСЄ); І.І. Лукашук – єдині загальноєвропейські норми і стандарти, що досягаються сумісністю правових стандартів держав, зміцненням їх правових основ та укладанням необхідних для цього двосторонніх і багатосторонніх договорів; А.Х. Саїдов – в Європі – регіональну правову систему, що об'єднує національні правові системи європейських держав та США і Канади, що беруть участь у загальноєвропейському процесі, та забезпечує правові підстави "загальноєвропейського дому та М.М. Гнатовський – систему юридичних норм та стандартів, вироблених в рамках європейських регіональних організацій (ЄС, Рада Європи, ОБСЄ), а також

міжнародного та національного механізмів їх реалізації у національних правових системах європейських держав.

Формування юридичної категорії ЄАП є тісно пов'язаним з категорією "Європейська адміністративна конвергенція" (ЄАК). "*Європейська адміністративна конвергенція* – як зазначає Й.П. Олсен, - термін, який ще не має чіткого та однозначного розуміння, але конвергенція до єдиної (спільної) моделі призводить до зменшення розбіжностей та невідповідностей в адміністративній структурі ... це сприяє більшій однорідності та налагодженню зв'язків між формально відокремленими публічними адміністраціями". Термін "конвергенція" походить від пізньолатинського "*convergentio*", що означає зближення, наближення до одного центру, похідного слова від "*convergere*" – наближатися, сходитися до одного центру. У радянській правовій доктрині поняття конвергенції набуло широкого використання у 50-60-х рр. XX століття, проте воно вживалося переважно для обґрунтування зближення двох соціальних систем – капіталізму і соціалізму – т. зв. "радянська теорії конвергенції".

В іноземних джерелах, присвячених дослідженню правових аспектів європейської інтеграції, поруч із терміном "конвергенція" вживаються такі її типи як "глобальна конвергенція", "європейська конвергенція", та, зокрема, "європейська адміністративна конвергенція" як видова підсистема останньої.

Сучасна етимологія поняття "європейська адміністративна конвергенція" обумовлена специфікою складних регіональних євроінтеграційних процесів, що відбувалися на Європейському континенті в II половині XX століття, серед яких провідну роль відіграє створення та розвиток ЄС як провідної європейської регіональної організації. Постійні контакти представників держав-членів ЄС та Європейської Комісії, вимоги про розвиток та імплементацію акі комюнотéр (франц. – acquis communautaire – у буквальному значенні – правове надбання) за єдиними стандартами, виникнення європейської системи адміністративної юстиції, а також наявність спільних основних цінностей та принципів державного управління призвели до конвергенції національних публічних адміністрацій, що отримало назву "Європейський адміністративний простір" (ЄАП).

Саме поняття європейської адміністративної конвергенції кладеться в основу формування Європейського адміністративного простору (ЄАП) – нового для української адміністративно-правової науки явища, дослідження змісту якого набуває особливого значення в контексті спрямованості пріоритетів державної політики України на вступ до ЄС.

Концепція ЄАП виникла наприкінці XX століття як результат спеціальних наукових досліджень юридичної природи Європейського правового простору (ЄПП) та місця у ньому нових, удосконалених форм (методів) співробітництва у сфері діяльності публічних адміністрацій європейських держав. Термін "*Європейський адміністративний простір*" у сучасному значенні було вперше вжито у робочих документах Програми SIGMA – Програма підтримки удосконалення систем державного управління і менеджменту в країнах Центральної і Східної Європи, яка є спільною ініціативою Центру співробітництва з країнами перехідної економіки Організації економічного співробітництва і розвитку (ОЕСР) та програми PHARE (ЄС).

К о н ц е п ц і я ЄАП вперше була офіційно представлена у 1999 році на конференції "Європейський адміністративний простір: управління та диверсифікація" у Потсдамі, організованій Міжнародним Інститутом Адміністративних Досліджень, створеному при Європейській Групі Публічної Адміністрації (англ. – European Group of Public Administration). Відповідно до цієї концепції, цитуємо : "*ЄАП – це певна юридична абстракція, загальна правова категорія, що використовується для позначення якісно нової форми Європейського співробітництва з питань діяльності публічних адміністрацій"*. Втім, автори даної дефініції, і це випливає з загального аналізу цитованого документа, мали на увазі не власне "юридичну абстракцію" у розумінні вітчизняної доктрини права, а об'єктивне явище, яке існує та динамічно розвивається у сфері міжнародного співробітництва публічних адміністрацій європейських країн.

На сьогоднішній день існує багато підходів щодо визначення поняття ЄАП. Аналізовані нами підходи зарубіжних та вітчизняних вчених, дослідників, а також публічних діячів можна виділити у наступні групи, які відображають, відповідно, юридичний, політичний та ідеологічний аспекти розглядуваного поняття.

Проведений аналіз визначень ЄАП, запропонованих зарубіжними та вітчизняними вченими, показує, що жодне з них не дає розуміння ЄАП як системи, що складається з певних елементів. А це,

слід відмітити, особливо важливо для розуміння змісту даної правової категорії, її інтегрованих елементів (компонентів) та взаємозв'язків між ними.

Тому вважаємо, що *під ЄАП слід розуміти* юридичну категорію, яка використовується для позначення складної, цілісної, диференційованої та динамічної системи міжнародного співробітництва публічних (державних) адміністрацій європейських держав, покликаної забезпечувати однакову реалізацію прав громадян та юридичних осіб, створених в межах ЄС, а також забезпечувати ефективне та якісне надання адміністративних послуг.

В свою чергу, *необхідними складовими елементами ЄАП* виступають: а) принципи; б) правові норми; в) стандарти (за змістом – поєднання принципів (а) та правових норм (б); г) національні адміністративні традиції; д) спільні соціальні та культурні цінності національних держав та е) спеціальні методи міжнародного співробітництва у сфері діяльності публічних адміністрацій. При цьому національні публічні (державні) адміністрації (є) виступають суб'єктами, в результаті реалізації повноважень яких власне і відбувається практична реалізація програм та планів міжнародного та міжурядового співробітництва (сфері ЄАП), та, одночасно – системоутворюючим елементом ЄАП.

Підсумовуючи вищевикладене, слід зазначити, що ЄАП складається не тільки із спільних стандартів діяльності публічних адміністрацій, а включає низку інтегрованих необхідних компонентів (елементів), які забезпечують цілісність управляючої системи, якою, в свою чергу, і виступає ЄАП по відношенню до діяльності окремих публічних (державних) адміністрацій національних держав. До таких компонентів, на наш погляд, обов'язково слід також віднести щонайменше: правові норми, стандарти, національні адміністративні традиції (тобто традиції управління), спільні соціальні та культурні цінності та спеціальні методи міжнародного співробітництва у сфері діяльності публічних адміністрацій.

ПРАВО ЛЮДИНИ НА ОХОРОНУ ЗДОРОВ'Я У КОНСТИТУЦІЯХ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Сенюта І.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Встановлення світовим співтовариством міжнародно-правового стандарту у сфері охорони здоров'я передбачає необхідність гарантування даних норм – шляхом встановлення державного механізму забезпечення визнаного стандарту. Тому видається цікавим порівняльно-правова характеристика конституційного закріплення міжнародно-правового стандарту у даній галузі. Таке дослідження сприятиме пошуку і закріпленню найбільш ефективних засобів забезпечення права на охорону здоров'я, у тому числі у нашій державі.

Пропонуємо провести аналіз закріплення права на охорону здоров'я у конституціях деяких країн, систематизуючи їх за принципом конкретизації норм, що забезпечують це право. Здійснюючи таке дослідження, видається за доцільне, усі конституції поділити на три групи, де у *першій* розглядатимемо конституції, у яких не міститься конкретного права на охорону здоров'я, у *другій* - конституції, у яких регламентація даного права є у тій чи іншій мірі деталізованою, у *третій* – конституції, у яких чітко визначається право на охорону здоров'я та його гарантії.

Для прикладу, до ***першої групи*** відносимо Конституцію *Австрії* від 10 листопада 1920 року, яка не закріплює конкретного права на охорону здоров'я, але відносить питання законодавчого регулювання і виконавчого забезпечення системи охорони здоров'я і санітарної служби до відання Федерації. При цьому у конституції робиться застереження, про компетенцію Федерації щодо закладів, які надають медичні послуги, регламентується питання здійснення санітарного нагляду. Звід основних законів *Великобританії*, що визначають статус людини у суспільстві, її права і свободи, не містять прямої згадки про право на охорону здоров'я. Серед переліку конституційних прав, якими користуються всі особи на території *Боснії та Герцоговини*, немає у ст. 2 Конституції від 14 грудня 1995 року права на охорону здоров'я, але передбачено право на життя, на свободу і особисту недоторканість. Не визначено це право і у Конституції *Кіпру* від 16 серпня 1960 року, яка містить право громадян на життя і фізичну недоторканість, а також право на гідний рівень життя і на соціальне забезпечення. Конституція *Князівства Монако* від 17 грудня 1962 року теж немає такої норми, а закріплює право на допомогу держави у випадку бідності, безробіття, хвороби, інвалідності, старості і материнства. Основний Закон *ФРН* не включає права на охорону здоров'я, але відносить до компетенції Федерального законодавства врегулювання таких заходів, як боротьба з епідемічними та епізоотичними захворюваннями, допуск до лікарських та інших медичних професій і лікувальної діяльності, поводження з ліками, лікарськими засобами; господарське забезпечення лікарень і встановлення тарифів за допомогу, що ними надається. У Конституції *Швеції* передбачено широке розуміння фізичної недоторканості. До компетенції Уряду Швеції відноситься прийняття постанови про приписи щодо охорони життя, особистої безпеки, здоров'я. Відсутньою є норма, яка визначає право на охорону здоров'я і у Конституціях Данії, Ірландії, Фінляндії, Франції та Ісландії.

З наведеного аналізу робимо висновок, що до компетенції державних органів у зазначених країнах відноситься законодавча діяльність з регулювання відносин у сфері надання медичних послуг, включаючи заходи зі стимулювання ринку у сфері охорони здоров'я; контроль якості послуг, що надаються; оборот лікарських засобів; розвиток системи страхових та інших фінансово-кредитних організацій, що займаються фінансуванням медичних послуг, які надаються населенню. Більшість медичних закладів знаходяться у приватній власності. Медичні послуги є платними, але фінансування їх здійснюється з різних джерел, включаючи спеціалізовані фонди, страхові установи, безпосередню оплату пацієнтами і т. д.

У ***другій групі*** розглядатимемо конституції держав, норми яких не містять чіткого закріплення права на охорону здоров'я і його гарантій. Конституція *Греції* від 11 червня 1975 року передбачає ряд гарантій, що включають обов'язок держави виявляти особливу турботу про хворих, що страждають невиліковними фізичними і психічними недугами, турбуватись про здоров'я громадян, особливо молоді, інвалідів, людей похилого віку. Конституція *Бельгії* від 17 лютого 1994 року містить право на життя, яке відповідає людській гідності, що включає право на соціальне страхування, охорону

© Сенюта І., 2006

здоров'я, соціальну медичну допомогу. Державний захист здоров'я людей і гарантію кожному мінімуму медичної допомоги визначає Основний Закон *Латвійської Республіки* від 15 лютого 1922 року. У Конституції *Литви* від 25 жовтня 1992 року закріплено норму, яка передбачає державну турботу про здоров'я людей і гарантує медичну допомогу і послуги людині у випадку захворювання. У другій главі Конституції *Великого герцогства Люксембург* від 17 жовтня 1868 року, що містить права люксембургців, гарантовано соціальне забезпечення, охорону здоров'я і відпочинок працюючих. Цікавою видається стаття 39 Конституції *Македонії* від 17 листопада 1991 року, яка закріплює право на охорону здоров'я і визначає, що громадянин має право та обов'язок берегти і зміцнювати своє власне здоров'я і здоров'я інших. Конституція *Королівства Нідерландів* від 17 лютого 1983 року передбачає обов'язок державних органів вживати заходів для захисту здоров'я населення, турбуватись про забезпечення населенню достатнього життєвого рівня. Конституція *Турецької Республіки* від 7 листопада 1982 року зазначає, що держава централізовано планує створення організацій охорони здоров'я та організовує їх діяльність з метою забезпечення кожному можливість жити, маючи здорове тіло і дух, використовуючи при цьому заклади охорони здоров'я і соціальної допомоги як державного, так і приватного секторів. До цієї групи можемо віднести також Конституції Князівства Андори, Албанії, Естонії, Хорватії, норми яких закріплюють аналізоване право.

До ***третьої групи*** відносимо держави, Основні Закони яких чітко і детально розкривають право на охорону здоров'я, гарантії цього права, систему охорони здоров'я, умови надання медичної допомоги. Конституція *Іспанії* від 27 грудня 1978 року у ст. 1 закріплює положення, згідно з яким Іспанія конституюється як правова, демократична, соціальна держава. У ст. 43 Конституції визнано право на охорону здоров'я, до відання органів влади Іспанії віднесено організацію і керівництво суспільною охороною здоров'я через проведення профілактичних заходів, а також наданню необхідних послуг і допомоги, а також передбачено, що органи влади сприяють розвитку санітарної освіти, фізичної культури і спорту. З цього приводу ст. 32 Конституції *Італії* від 22 грудня 1947 року говорить, що республіка охороняє здоров'я як основне право особи й основний суспільний інтерес і гарантує безоплатне лікування бідних, а також передбачає, що ніхто не може бути примушений піддаватись визначеним медичним заходам не інакше як на підставі закону, який не може порушувати межі, що диктуються повагою до особи. Конституція *Польщі* від 2 квітня 1994 року гарантує кожному право на охорону здоров'я. Також Основний Закон визначає, що громадянам незалежно від їх матеріального становища органи влади забезпечують рівний доступ до виплат на охорону здоров'я, що фінансуються з публічних засобів. Органи влади зобов'язані забезпечувати особливу турботу про здоров'я дітей, вагітних жінок, осіб з фізичними і розумовими недоліками й осіб похилого віку; передбачено обов'язок державних органів боротись з епідемічними захворюваннями і попереджувати негативні для здоров'я наслідки деградації навколишнього середовища, підтримувати розвиток фізичної культури особливо серед дітей і молоді. Дуже детальну регламентацію дане право отримало у ст. 64 Конституції *Португалії* від 2 квітня 1976 року, що називається "Охорона здоров'я", де визначено, що всі мають право на охорону здоров'я і зобов'язані його охороняти і зміцнювати. Дане право реалізується через: універсальну загальнонаціональну службу охорони здоров'я і в основному на безоплатній основі; створення економічних, соціальних, культурних і екологічних умов, що забезпечують захист дітей, молоді і осіб похилого віку; систематичне покращення умов життя і праці, сприяння фізичній культурі і спорту в навчальних закладах і суспільстві в цілому; розвиток санітарної освіти і практики здорового способу життя. Також ця стаття передбачає заходи яких повинна вживати держава для забезпечення цього права.

Болгарська Конституція від 12 липня 1991 року у ст. 52 регулює дане питання значно детальніше: громадяни мають право на страхування здоров'я, що гарантує їм доступну медичну допомогу, і на безоплатне медичне обслуговування за умов і в порядку, що визначений законом; охорона здоров'я громадян фінансується з державного бюджету, роботодавцями, особистими і колективними страховими внесками та з інших джерел; держава охороняє здоров'я громадян і заохочує розвиток спорту і туризму; ніхто не може підлягати примусовому лікуванню і санітарним заходам, за винятком випадків, передбачених законом; держава здійснює контроль над всіма медичними закладами, а також над виробниками лікарських засобів, препаратів і медичної техніки, як і над торгівлею ними. До цієї групи країн можемо за змістом і повнотою викладу віднести Конституцію Румунії, Словенії, Чеської Республіки, Югославії. На особливу увагу заслуговує Конституція *Швейцарії* від 18 квітня 1991 року, яка крім статті 118, що безпосередньо присвячена охороні здоров'я, містить ще норми, які регламентують страхування від хвороб і нещасних випадків,

питання репродуктивної медицини та генної інженерії людини, проблеми трансплантаційної медицини.

Реформування системи охорони здоров'я у більшості економічно розвинених країн є складником загального процесу структурної перебудови в політиці та суспільному житті, одним з пріоритетних напрямів якого виступає активна спроба змістити межу між державним і приватним фінансуванням, з перенесенням права власності та відповідальності з державного сектора у відповідні компоненти приватного (легалізація приватної практики, поєднання приватної практики з роботою у державних закладах тощо). Характерною є зміна ключових фігур в охороні здоров'я і наданні медичної допомоги зі збереженням прерогативи держави у формуванні політики охорони здоров'я, державного регулювання і контролю за цією сферою. Велику увагу у політиці реформування охорони здоров'я більшості розвинених країн приділяють децентралізації управління та відповідальності лікувально-профілактичних закладів за рентабельність медичних послуг, чіткому контролю за витратами громадян на медичну допомогу, у тому числі на страхування й окремі медичні послуги, орієнтації на внутрішній ринок і керовану конкуренцію тощо.

Конституція України відноситься, як і конституції інших держав СНД, до третьої класифікаційної групи, тобто групи, у якій містяться конституції, що чітко визначають право на охорону здоров'я та його гарантії. Право на охорону здоров'я, виходячи з аналізу регулювання цього права у конституціях численних держав, отримало належне нормативно-правове закріплення у Конституції України відповідно до вимог міжнародно-правових стандартів, у тому числі у сфері охорони здоров'я. Особливо позитивним є те, що Основний Закон нашої держави відображає у повному обсязі стандарти, що визначені у ст. 12 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права. Цей міжнародно-правовий акт закріплює необхідний каталог прав і визначає планку, нижче якої цивілізована держава не повинна опускатись.

Характеристика конституцій зарубіжних держав, дозволила з'ясувати, що нормативні акти, як правило, закріплюють право на охорону здоров'я, але інколи зустрічається, що поряд з правом на охорону здоров'я визначено і право на медичну допомогу. Останнє є вужчим ніж право на охорону здоров'я і входить у його структуру, але, незважаючи на це, все ж відіграє важливу роль у правовому статусі людини і громадянина. Як зазначає А. Глашев, право на медичну допомогу, хоча воно і є складовою права на охорону здоров'я, має відносну самостійність і посідає важливе місце у системі прав людини і громадянина. Закріплення у конституціях права на медичне страхування, як правило не зустрічається. Медичне страхування є складовою механізму фінансування охорони здоров'я і розглядається як система заходів зі створення спеціального грошового страхового фонду, з коштів якого відшкодовуються витрати на медичні послуги, утримання хворих у лікувально-профілактичних установах тощо. Медичне страхування виступає гарантією для права на охорону здоров'я, зокрема, права на медичну допомогу. Тому, на нашу думку, питання медичного страхування потрібно було б закріпити у ч. 3 ст. 49 Конституції України, де регулюється питання медичного обслуговування і надання медичної допомоги. Крім цього хочемо відзначити відсутність уніфікованого підходу законодавців при творенні норм Конституції. Це прослідковується при аналізі ч. 2 ст. 46 Основного Закону, де загальнообов'язкове державне соціальне страхування виступає гарантією права громадян на соціальний захист, а у нормі ст. 49 вже цього не спостерігаємо. Медичне страхування у ч. 1 ст. 49 Конституції України закріплюється як окреме право, а не гарантія права на медичну допомогу.

Важливе значення мають положення, що стосуються проблем профілактики та санітарної освіти, що відповідає вимогам міжнародних актів, зокрема Європейської Соціальної Хартії (п. 2, 3 ст. 11). Слушними видаються ті норми конституцій, де закріплюється не лише право на охорону здоров'я, а й обов'язок берегти й зміцнювати своє здоров'я і здоров'я інших людей. Проблема захворювань і здоровий спосіб життя, особливо боротьба з палінням, алкоголізмом, наркоманією, СНІДом, венеричними захворюваннями є дуже складною і, на жаль, актуальною в Україні. Доречно було б, щоб в Основному Законі нашої держави знайшов своє відображення ще один конституційний обов'язок – берегти і зміцнювати своє здоров'я та здоров'я інших людей.

Право на охорону здоров'я визначається світовим співтовариством як основне невід'ємне право, що належить кожній людині. Право на охорону здоров'я стало невід'ємною частиною комплексу прав людини, що визначаються практично у всіх країнах, навіть у тих, де воно формально не зафіксоване. У багатьох країнах право на охорону здоров'я стало частиною внутрішньодержавного права, закріплене в основних правових актах, надаються широкі можливості для реалізації даного права у відповідності з міжнародно визнаними стандартами.

ПОРІВНЯЛЬНЕ ДЕРЖАВОЗНАВСТВО: ДЕЯКІ ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ.

Тихомиров О.

Національна академія внутрішніх справ України

1. У науковій літературі останнім часом все частіше обговорюються питання виокремлення в сфері гуманітарних наук в якості самостійних наукових дисципліни не тільки державознавства, але й порівняльного державознавства. Це викликане тим, що на сьогодні держава як цілісне соціальне явище не є предметом автономної гуманітарної науки, а її властивості вивчаються окремими науковими дисциплінами – юриспруденцією, політологією, соціологією, економічною наукою, психологією, філософією, кратологією та іншими, причому тільки в тих межах, в яких держава входить до їх предмету. Саме на цілісний підхід до дослідження держави орієнтоване державознавство, предметом якого за В.Е. Чіркиним є тенденції виникнення, розвитку і функціонування держави та її інститутів, взаємовідносини держави з іншими суспільними явищами. Проте в подальшому сам автор звужує предмет державознавства саме через тлумачення держав як особливої універсальної політичної організації в суспільстві, а там самим виключає економічні, соціологічні, психологічні її аспекти як цілісного явища. Ця лінія проглядається і у запропонованій їм структурі державознавства як навчальної дисципліни (про структуру державознавства як науки мова взагалі поки що не ведеться), яка не вносить нічого суттєво нового по відношенню до тих питань, що розглядаються в межах теорії держави та права, і навіть більше обмежує його через використання переважно інституціонального підходу до дослідження держави, а також виділення у внутрішній побудові держави державного апарату та його „матеріальних придатків".
2. Іншого підходу дотримується В.С. Нерсесянц, який в межах запропонованої їм юридико-лібертарної концепції юриспруденції, вважає, що подолання дуалізму її об'єктів – права та держави, можливе на рівні її предмета – поняття права та поняття держави, або, іншими словами, поняття права, що містить в собі відповідне правове поняття держави. Разом з тим, в тому, що В.С. Нерсесянц вважає за предмет юриспруденції, є й предмет іншої науки, а саме державознавства , для якої предметом є поняття держави, а право входить до нього лише в тій мірі в який воно пов'язане з державою (зокрема, за В.С. Нерсесянцем – державна теорія права). Більш того, використовуючи методологічний підхід В.С. Нерсесянца – дуалізм об'єктів та його зняття в предметі науки, в межах юриспруденції можливо поставити питання більш широко – як дуалізм права і суспільства (країни), враховуючи що зв'язок права та держави не є домінуючим в усіх країнах світу, що зафіксоване у порівняльному правознавстві, а в сфері гуманітарної науки - сформулювати додаткову аргументацію стосовно необхідності і доцільності виділення в якості самостійної науки державознавства і порівняльного державознавства.
3. Шлях подолання такого „вузько владного" розуміння змісту держави був закладений В.В. Копєйчиковим в розробленій ним теорії механізму держави, якою він запровадив комплексний підхід до проблем внутрішньої побудови держави в залежності від її місця, призначення та ролі в суспільстві. Як в докторському дисертаційному дослідженні, так в подальших монографіях ним були сформульовані підвалини ще більш значного за обсягом поняття – державної системи, яке охоплює не тільки суб'єктний склад держави на рівні державних організацій, а й інші її складові – державну політику та ідеологію, державну діяльність і процес державного управління, державних службовців, їх професіоналізм, професійну свідомість і культуру тощо. Саме такий системний підхід до аналізу держави дає можливість розглянути і представити державу у багатоманітні її якостей і властивостей – як особливу соціальну систему, а відповідно передбачає і використання різних методів її дослідження порівняльного, системного, гуманістичного, діяльнісного, аксіологічного, функціонального та інших.

Теорія механізму держави дає можливість визначити міру (питому вагу) державного: в політичній системі суспільства на основі аналізу співвідношення управлінського впливу держави і розвиненості інститутів громадянського суспільства; в економічній системі через значення держави як

© Тихомиров О., 2006

власника, національну грошову одиницю, рівень державного управління та регулювання економічною сферою суспільного життя; в соціальній структурі суспільства міру державної організації суспільства по відношенню до його інших форм організації (наприклад, родоплемінної); в ідеологічній сфері через місце державницької ідеї; в правовій системі через визначення держави як суб'єкта права і т.д.

Особливого методологічного значення набуває поняття механізму держави та державної системи як теоретичних моделей, що використовується для проведення порівняльних досліджень в державознавстві. Зокрема, механізм держави як теоретична модель може бути використана для досліджень конкретних держав, загального і особливого між ними; цікавим може бути дослідження особливостей механізму держави у різних теоріях держави – соціальної, правової, конвергенції та інших; враховуючи перспективи розвитку в Україні постіндустріального та інформаційного суспільства, створення „електронного уряду" механізм держави, державна система, державна організація можуть слугувати методологічною основою порівняльних державознавчих досліджень цих проблем тощо.

4. Для порівняльного державознавства як й порівняльного правознавства, важливим є об'єкт і предмет порівняння – так об'єктом є державна система у її зв'язках та взаємодіях з соціальним середовищем (як причина і наслідки), а предметом - власно державна система та її складові, взаємодії з зовнішнім середовищем. Тому виділення в порівняльному державознавстві ключової категорії інституту держави, повинно бути доповнено іншими рівнями структури держави, інакше втрачаються залежності інститутів від цілого – державної системи або його компонентів, а загальновідомим є те, що властивості та закономірності цілого впливають по характеристики його елементів. Крім того тільки інституціональний рівень предмету порівняльного не враховує інших складових держави, а саме державних підприємств, державних установ, державної ідеології, науки про державу, її політологічних, психологічних та інших площин порівняння. Тому не можливо повністю погодитися з В.Е. Чиркіним, який вважає, що на відміну від теорії держави, яка передусім оперує поняттями, ключовою категорією порівняльного державознавство є інститут, тобто відособлена організаційно-функціональна структура державності (наприклад, інститути глави держави, місцевого управління", референдуму і т.д.).

В аспекті диференціації масиву порівняльних досліджень доцільно розрізнювати, зокрема: порівняльне державознавство яке може розглядатися як самостійна наука в системі державознавства (подібно до системи юридичних наук); порівняльні дослідження державознавства як самостійної державницької науки; порівняльні дослідження властивостей та складових держав, тобто ті порівняльні дослідження, які повинні проводитися в межах державницьких наук і які базуються не на окремому предметі дослідження, а на використанні порівняльного методу в системі цих наук.

Подальших досліджень потребує і структура наукових знань, що складає зміст порівняльного державознавства. Зокрема, теорія держави не охоплює системи місцевого самоврядування, тому такі дослідження можливі в межах більшої за предметом теорії соціальних організацій. Власно самі теорії (концепції, доктрини) можуть бути різних рівнів, наприклад, найвищий рівень утворює загальна теорія держави як фундаментальна наука чи метатеорія, остання диференціюється на теорії предметні (теорії соціальної, правової, національної і т.д. держави) чи приватно-наукові теорії (теорія території держави, теорія державної влади і т.д.), та теорії середнього рівня - теорії окремих держав та їх об'єднань (теорія української держави, теорія американської чи французької держави) як теорії реально існуючих державних систем.

МЕХАНІЗМ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗАБРУДНЕННЯ МОРСЬКИХ ВОД НАФТОЮ ЯК ФАКТОР ЗАХИСТУ ПРАВА ЛЮДИНИ НА БЕЗПЕЧНЕ ДОВКІЛЛЯ

Чернявський А.

Українська академія банківської справи

Сучасний стан справ у сфері охорони морських вод від забруднення нафтою та іншими шкідливими речовинами як на регіональному, так і на глобальному рівнях говорить про недостатню ефективність міжнародно-правових механізмів попередження такого забруднення та вимагає невідкладного удосконалення інституційних і організаційно-правових засобів охорони морських вод. Особливо важливим напрямом міжнародного співробітництва в цій сфері є розробка несуперечливого та дієвого механізму міжнародно-правового регулювання юридичної відповідальності за забруднення морських вод, у тому числі нафтою та нафтопродуктами.

Незважаючи на всю гостроту вказаної проблеми, вона залишається недостатньо дослідженою у вітчизняній юридичній літературі. Так, ще за радянських часів здійснювалися дослідження, предметом яких були питання міжнародно-правової охорони морських вод, зокрема, і засоби міжнародно-правового регулювання відповідальності за їх забруднення. Однак, останніми роками має місце суттєвий прогрес як у галузі права міжнародної відповідальності, так і у царині міжнародно-правової охорони навколишнього природного середовища. У 2001 р. Генеральна Асамблея ООН схвалила „Статті відповідальності держав за міжнародно-протиправні діяння", проект яких більше сорока років розроблявся Комісією ООН з міжнародного права; у 1994 р. набрала чинності Конвенція ООН з морського права 1982 р.; поряд із чинною Міжнародною Конвенцією про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою 1969 р. під егідою Міжнародної Морської Організації у 2001 р. було прийнято Міжнародну Конвенцію про цивільну відповідальність за забруднення моря бункерною нафтою тощо. У вітчизняній та зарубіжній літературі найчастіше досліджуються питання цивільної відповідальності приватних осіб за забруднення моря нафтою, тоді як проблемам міжнародно-правової відповідальності держав за подібні забруднення приділяється недостатньо уваги. Наведені чинники зумовлюють необхідність проведення комплексного дослідження механізмів міжнародно-правового регулювання відповідальності за забруднення морських вод нафтою та іншими нафтопродуктами, зокрема, визначення видів юридичної відповідальності за такі забруднення та критеріїв їх розмежування.

В основі сучасних механізмів міжнародно-правової охорони морських вод від забруднення лежать положення Конвенції ООН з морського права 1982 р., відповідно до ч. 1 ст. 235 якої на держави покладається виконання їх міжнародних зобов'язань з охорони та збереження морського середовища, а невиконання цих зобов'язань має тягти міжнародно-правову відповідальність держав-правопорушниць.

У доктрині міжнародного права поширеною є думка про те, що міжнародно-правова відповідальність держави може наставати за шкоду, заподіяну державою в особі її органів та посадових осіб при виконанні покладених на них повноважень, за шкоду, заподіяну органами та посадовими особами внаслідок перевищення ними своїх повноважень, а також за шкоду, заподіяну фізичними та юридичними особами, що перебувають під юрисдикцією держави. Логічним наслідком такого поділу підстав відповідальності держави має бути чітке розмежування принципів та способів міжнародно-правового регулювання різних видів юридичної відповідальності за забруднення морських вод нафтою та нафтопродуктами.

Загальновизнаним у теорії та практиці міжнародного права є підхід, згідно з яким держава має нести матеріальну міжнародно-правову відповідальність лише у випадку, якщо шкода, заподіяна органами чи посадовими особами держави або приватними особами, що перебувають під її юрисдикцією, є значною, тобто перевищує певний мінімальний рівень (межа матеріальної міжнародно-правової відповідальності держави). Вперше поняття такої межі було введене у 1905 р. під час арбітражного розгляду справи *Trail Smelter* за позовом США до Канади, коли арбітраж

© Чернявський А., 2006

постановив, що жодна держава не вправі дозволяти використовувати свою територію таким чином, щоб заподіювати істотну шкоду на території іншої держави. Тобто якщо розмір шкоди, заподіяної на території іншої держави, не перевищує певного граничного рівня, вона має відшкодовуватися тією фізичною чи юридичною особою, яка її безпосередньо заподіяла, а якщо розмір шкоди є істотним, то вона має відшкодовуватися державою, під юрисдикцією якої перебував безпосередній правопорушник. Крім того, державою має відшкодовуватися і шкода, заподіяна на території іншої держави, приватними особами, що перебувають під її юрисдикцією, якщо відсутні національні або міжнародно-правові норми, якими б передбачався обов'язок таких приватних осіб самостійно відшкодувати заподіяну шкоду. При цьому необхідно зазначити, що в першому випадку матиме місце цивільно-правова відповідальність юридичної чи фізичної особи, ускладнена іноземним елементом – потерпілою особою, а в інших – матеріальна міжнародно-правова відповідальність держави, хоча у кожному з цих випадків не виключається також і нематеріальна (політична) відповідальність держави.

Подібна модель розмежування видів та форм відповідальності за транскордонне заподіяння шкоди, в тому числі і за забруднення нафтою морських вод, не суперечить і наявним міжнародно-правовим нормам. Так, ч. 2 ст. 235 Конвенції ООН з морського права 1982 р. покладає на державу обов'язок забезпечити можливість звернення у відповідності з її правовою системою за отриманням належного відшкодування чи іншої компенсації шкоди, заподіяної забрудненням морського середовища фізичними чи юридичними особами під її юрисдикцією.

Відповідно до ст. III Міжнародної Конвенції про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою 1969 р. власник судна, що перевозить товарну нафту або нафтопродукти зобов'язаний відшкодувати шкоду, заподіяну забрудненням нафтою чи нафтопродуктами на території Договірної сторони, включаючи територіальне море, а також у її виключній економічній зоні. На підставі ст. V цієї ж Конвенції та з урахуванням змін до неї, внесених Протоколом 1992 р., судновласник за умови створення ним гарантійного фонду вправі обмежити свою відповідальність загальною сумою, що обраховується виходячи із розрахунку 3 млн. СПЗ (спеціальних прав запозичення) за судно валовою місткістю не більше 5000 тонн та додатково 420 СПЗ за кожну наступну тонну, але в будь-якому разі не більше 59,7 млн. СПЗ. Передбачений цією Конвенцією приватноправовий порядок відшкодування шкоди, заподіяної забрудненням нафтою, зумовлює також її незастосування до військових чи інших суден, що належать державі та використовуються і експлуатуються нею у цілях некомерційної урядової служби (ст. XI Конвенції).

На доповнення до Міжнародної Конвенції про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою 1969 р. було прийнято Міжнародну конвенцію про створення Міжнародного фонду для компенсації шкоди від забруднення нафтою 1971 р. Кошти Міжнародного фонду формуються за рахунок внесків фрахтувальників (замовників перевезень нафти) і спрямовуються на покриття цивільно-правової відповідальності у розмірах, що перевищує поріг відповідальності, встановлений Конвенцією 1969 р., при цьому розмір відшкодування за рахунок Міжнародного фонду не може перевищувати 200 млн. СПЗ. Порядок здійснення цієї компенсації розглядається як додатковий механізм до Конвенції 1969 р., а тому також має приватноправовий характер.

Такий же приватноправовий механізм матеріальної відповідальності за забруднення моря бункерною нафтою, тобто будь-якою мінеральною нафтою та мастильними матеріалами, що використовуються у роботі механізмів судна, передбачає і Міжнародна конвенція про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення бункерною нафтою 2001 р., оскільки для визначення меж відповідальності та винятків із сфери застосування цієї Конвенції вона безпосередньо відсилає до Міжнародної Конвенції про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою 1969 р.

Враховуючи викладене, доцільно виділити такі основні моделі юридичної відповідальності за забруднення морських вод нафтою та нафтопродуктами:

1. цивільно-правова відповідальність власника комерційного судна (суден) за забруднення морських вод товарною чи бункерною нафтою, вчинене на території держави, у її територіальному морі чи виключній економічній зоні у розмірі, що не перевищує 59,7 млн. СПЗ;
2. цивільно-правова відповідальність Міжнародного фонду для компенсації шкоди від забруднення товарною нафтою, заподіяного комерційним судном (суднами) на території держави, у її територіальному морі чи виключній економічній зоні у розмірі, що перевищує пороговий рівень цивільної відповідальності власника судна, але не більше ніж 200 млн. СПЗ;

3. матеріальна міжнародно-правова відповідальність держави за будь-яке забруднення нафтою морських вод, здійснене військовим чи іншим судном (суднами), що належать державі та використовуються і експлуатуються нею у цілях некомерційної урядової служби незалежно від розміру заподіяної шкоди;
4. матеріальна міжнародно-правова відповідальність держави за будь-яке забруднення нафтою морських вод, вчинене комерційним судном, що перебуває під юрисдикцією цієї держави, на території іншої держави, у її територіальному морі чи виключній економічній зоні у розмірі, що перевищує межу цивільно-правової відповідальності;
5. матеріальна міжнародно-правова відповідальність держави за будь-яке забруднення нафтою вод відкритого моря будь-яким судном, що перебуває під юрисдикцією цієї держави;
6. нематеріальна (політична) відповідальність держави за будь-яке з наведених вище видів забруднення морських вод нафтою чи нафтопродуктами.

Із наведених конструкцій юридичної відповідальності за забруднення морських вод нафтою та нафтопродуктами лише перші два регулюються конвенційними міжнародно-правовими нормами, решта ж підпадає під дію переважно звичаєвих міжнародно-правових норм, що потребує міжнародної кодифікації останніх та подальших наукових досліджень у цій сфері.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СПАДКОВОГО ДОГОВОРУ В ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ

Шама Н.

Львівський національний університет ім. І. Франка

Спадкування є одним із найдавніших інститутів цивільного права і, власне, сучасне його розуміння як перехід від однієї особи – померлого до інших осіб майна як цілісного, єдиного комплексу прав та обов'язків, що належали померлій особі, багато в чому завдячує римському праву, яке вперше сформулювало і послідовно розвинуло думку про універсальний характер правонаступництва.

Підставами, в силу яких здійснюється перехід майна від однієї особи до іншої в порядку спадкування, можуть бути заповіт, договір та закон.

Якщо говорити про те, де саме зародився спадковий договір, то можна з певністю стверджувати, що спадковий договір не характерний англо-американській правовій системі. Не був він притаманний і римському спадковому праву, хоча й були спроби обґрунтувати спадковий договір з точки зору римського права.

Римське право принципово не визнавало спадковий договір з ряду причин. Основну причину такого негативного ставлення до спадкового договору можна вбачати в тому, що основоположним принципом римського спадкового права була свобода розпорядження майном на випадок смерті, але лише в одній визначеній формі, а саме у формі заповіту, тобто одностороннього розпорядження, яке може бути скасоване в будь-який час до смерті заповідача. Неможливість же подальшої відміни спадкового договору в односторонньому порядку вважалося негідною римського громадянина, який до того ж сам себе обмежив в цьому праві.

Таким чином, спадковий договір виник і розвивався в рамках німецького звичаєвого права. Факти укладення спадкових договір зустрічалися все частіше, а тому виникла потреба в забезпеченні правового регулювання цих видів договорів.

До першої половини 19 ст. в науці пануючою була концепція, згідно якої предметом спадкового договору вважалася майбутня спадщина, а отже цей договір був підставою виникнення речового права – права власності.

В другій же половині 19 ст. був запропонований і обґрунтований абсолютно протилежний підхід до розуміння спадкового договору на підставі з'ясування його справжньої правової природи.

Згідно цього підходу предмет спадкового договору становило розпорядження на випадок смерті у формі призначення спадкоємця, яке, однак, не давало майбутньому спадкоємцю ніяких гарантій, крім тих, що він і надалі залишиться спадкоємцем за договором. Спадковий договір не міг гарантувати йому отримання спадщини за договором, оскільки спадкоємець міг і не пережити спадкодавця, або міг відмовитися від прийняття спадщини внаслідок того, що остання складалася лише з боргів і, таким чином, не надавала спадкоємцю ніякої майнової вигоди.

Саме така концепція спадкового договору й була прийнята за основоположну при розробці законодавчих положень, що регулюють спадковий договір в Німеччині, Австрії, Швейцарії. Щоправда, законодавство Швейцарії під поняттям спадкового договору об'єднує два види договорів – договір про призначення спадкоємця та договір про встановлення заповідального відказу (ст. 494 Цивільного кодексу Швейцарії).

Законодавство Угорщини, навпаки, формулює положення стосовно спадкового договору таким чином, що останній є підставою виникнення зобов'язання між його сторонами.

Правове регулювання спадкових договорів у названих країнах здійснюється, головним чином, на підставі цивільних кодексів, які у розділах, присвячених спадковому праву, містять правові норми, що регулюють інститут спадкового договору, та деяких інших нормативно-правових актів, які стосуються даного питання. Цивільні кодекси Німеччини та Угорщини містять окремі глави, присвячені правовому регулюванню спадкового договору, натомість, в цивільних кодексах Австрії та Швейцарії (далі – ЦК) правові норми, що регулюють спадковий договір розміщені в різних главах в рамках розділів, що присвячені спадковому праву.

© Шама Н., 2006

Згідно законодавства Німеччини, Австрії та Швейцарії спадковий договір є розпорядженням на випадок смерті, а отже однією із підстав спадкування. Однак, прямо на те, що спадковий договір є однією із підстав спадкування, поряд із заповітом і законом, вказує лише ЦК Австрії (§ 533). Предметом такого договору є призначення спадкоємця.

На противагу цьому, згідно із ЦК Угорщини спадковий договір не є підставою спадкування, оскільки його укладення має наслідком виникнення зобов'язання між сторонами, а договір, який містить зобов'язання, виходить за межі спадкового права. Спрямований такий договір на передачу майна у власність спадкоємця (ст. 655).

Спадковий договір за законодавством Німеччини, Австрії та Швейцарії є підставою універсального правонаступництва, яке завжди має місце при спадкуванні: спадкоємець за договором спадкує як права, так і обов'язки, що належали спадкодавцю, причому переходять вони до спадкоємця як одне ціле, незалежно від того, чи знав спадкоємець про склад спадщини. Внаслідок укладення спадкового договору спадкодавець не втрачає права розпоряджатися за життя належним йому майном, однак таке розпорядження не повинно вчинятися з метою завдання шкоди інтересам майбутніх спадкоємців. Контрагент може бути призначений в якості спадкоємця як щодо всього майна спадкодавця, так і окремої його частини.

За законодавством Угорщини спадковий договір є підставою сингулярного правонаступництва, яке виникає з договору, оскільки внаслідок смерті спадкодавця до спадкоємця переходить лише окреме майно, яке може включати окреме право чи сукупність прав, або певну сукупність прав і обов'язків, що належало спадкодавцю, але аж ніяк не вся сукупність прав і обов'язків як одне ціле. Такий висновок випливає зі змісту ст. 657 ЦК Угорщини, яка встановлює заборону відчуження майна, що є предметом спадкового договору.

Згідно ЦК Німеччини спадкоємцем за спадковим договором може бути будь-яка особа. Крім того, спадковий договір може бути укладений між подружжям, нареченими, а також на користь третьої особи (§ 1941, 2275).

Спадковий договір за законодавством Австрії має ту особливість, що може бути укладений лише між подружжям, а також нареченими і лише за дотримання цієї умови він буде вважатися дійсним. Розірвання заручин з вини однієї із сторін має наслідком недійсність спадкового договору між нареченими. Спадковий договір може бути укладений і на користь третьої особи.

ЦК Швейцарії не містить спеціальних положень щодо того, хто може бути спадкоємцем за договором, а отже можна припустити, що ним може бути будь-яка особа.

Виходячи із поняття спадкового договору, яке дається у ЦК Угорщини, спадкоємцем за договором не може бути другий із подружжя, так само як і не може бути він укладений на користь третьої особи, оскільки спадковий договір завжди є відплатним. Ця відплатність виявляється в наданні утримання на користь спадкоємця або в наданні йому пожиттєвої ренти (ст. 655).

Якщо говорити про види спадкового договору, то законодавство Німеччини передбачає такі з них:

1. односторонній – в такому договорі лише спадкодавець робить одне або кілька договірних розпоряджень на випадок смерті;
2. двосторонній – в такому договорі обидві сторони роблять договірні розпорядження на випадок смерті і, таким чином, кожен із них є спадкоємцем за договором стосовно іншої сторони;
3. відплатний – в такому договорі спадкодавець призначає спадкоємця постільки, поскільки останній здійснив або зобов'язується здійснити на користь спадкодавця певне виконання. Проте така умова про вчинення зустрічного виконання не входить до змісту спадкового договору, а на підставі вказівки закону становить зміст самостійного договору, який може бути поєднаний із спадковим договором і міститися з ним в одному документі;
4. безвідплатний – такий договір має місце, коли призначення спадкоємця за договором здійснюється без зустрічного задоволення зі сторони спадкоємця.

За законодавством Австрії спадковий договір, оскільки його сторонами є подружжя, є двостороннім, оскільки кожен із подружжя робить в ньому розпорядження на випадок смерті. Коли він укладається на користь третьої особи, він може бути і оплатним.

За законодавством Угорщини спадковий договір є завжди двостороннім і оплатним.

Законодавство Швейцарії також передбачає можливість укладення спадкового договору як на платній, так і безоплатній основі.

Передумовами укладення спадкового договору в Німеччині, Швейцарії є наявність у спадкодавця повної цивільної дієздатності. Однак, коли спадковий договір укладається між подружжям, то за

законодавством Німеччини спадкодавець може укласти його, навіть будучи обмежено дієздатним (під обмежено дієздатними німецьке законодавство розуміє осіб, які не досягли віку, з якого набувається повна цивільна дієздатність), однак в цьому випадку вимагається згода його законного представника; якщо ж законний представник є ще й опікуном, то необхідним є також дозвіл суду у справах опіки.

За законодавством Австрії спадковий договір може бути укладений лише між подружжям, тому якщо такі особи ще не досягли повноліття, то для укладення ними договору вимагається не згода законного представника, а лише дозвіл суду. Спадковий договір також може бути укладений обмежено дієздатною особою.

В Угорщині спадкодавцем за спадковим договором може бути особа, наділена повною цивільною дієздатністю. Для укладення спадкового договору обмежено дієздатною особою вимагається згода законного представника та схвалення опікуна.

Що стосується форми спадкового договору, то в різних країнах до неї пред'являються різні вимоги.

В Німеччині спадковий договір підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню, при цьому повинні бути присутні обидві сторони договору. Укладення спадкового договору через представника не допускається (§ 2276 I ЦК Німеччини).

Якщо спадковий договір міститься в тому ж документі, що й шлюбний договір між подружжям чи нареченими, то для такого спадкового договору достатньою є форма, яка вимагається для шлюбного договору (§ 2276 II ЦК Німеччини).

Після укладення спадкового договору в передбаченій законом формі він передається на особливе офіційне зберігання, проте, сторони можуть від нього відмовитися, тоді документ залишається на зберіганні в нотаріуса. Якщо спадковий договір поєднаний з іншим договором, що є допустимим за законодавством Німеччини, то в цьому випадку офіційне зберігання виключається. Сторони договору також можуть через деякий час відмінити офіційне зберігання документа, тоді договір передається не їм, а на зберігання нотаріуса. Коли помирає одна із сторін спадкового договору, оголошенню підлягають лише її розпорядження, розпорядження ж іншої договірної сторони залишаються таємними.

Форма спадкового договору за законодавством Австрії повинна відповідати вимогам, які пред'являються до письмового заповіту. Такий договір також підлягає нотаріальному посвідченню нотаріусом у присутності двох свідків, а за відсутності свідків вимагається присутність другого нотаріуса.

За законодавством Швейцарії для дійсності спадкового договору вимагається дотримання форми заповіту. Договір також посвідчується нотаріусом у присутності двох свідків.

Для дійсності спадкового договору за законодавством Угорщини вимагається дотримання форми письмового заповіту. Законом може бути передбачена необхідність нотаріального посвідчення.

Зміст спадкового договору за законодавством Німеччини, Австрії, Швейцарії можуть становити умови про призначення спадкоємця, встановлення заповідального відказу та покладення на спадкоємця інших обов'язків, причому кожне з цих розпоряджень може бути як одностороннім, так і договірним. Однак щоб констатувати наявність спадкового договору, хоча б одне з цих розпоряджень повинно носити договірний характер, тобто бути акцептованим другою стороною.

За законодавством Угорщини спадковий договір є підставою виникнення зобов'язання, тому зміст такого договору становлять умови щодо надання спадкодавцеві утримання або пожиттєвої ренти та умови щодо майна, право власності на яке після смерті спадкодавця набуде спадкоємець за договором.

Таким чином, проаналізувавши законодавчі положення щодо правового регулювання спадкового договору в зарубіжних країнах, можна дійти висновку, що вони характеризуються наявністю спільних ознак, що дуже чітко проявляється на прикладі Німеччини, Австрії та Швейцарії. Однаковими для них є положення щодо предмету договору, його змісту, частково стосовно сторін та форми. Особливості суб'єктного складу встановлюються за законодавством Австрії.

Що стосується правового регулювання спадкового договору за законодавством Угорщини, то він є абсолютно протилежним за своєю сутністю спадковим договорам, які передбачаються законодавством Німеччини, Австрії та Швейцарії, оскільки є підставою виникнення зобов'язання між сторонами, які його уклали, що згідно доктрини спадкового договору виходить за межі спадкового права.

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА ГРОМАДЯН НА СВОБОДУ ЗІБРАННЯ ТА ГРОМАДСЬКИЙ ПОРЯДОК: ВІТЧИЗНЯНИЙ ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

Яременко А.

Київський юридичний інститут Київського національного університету внутрішніх справ

Процеси демократизації сучасного українського суспільства, формування правової держави обумовлюють подолання відчуження індивіда від влади і власності, висунення прав людини на передній план у сучасному праворозумінні, формування нової моделі правового становища особи, створення ефективного механізму реалізації основних прав і свобод громадян.

Зміни, що відбуваються в житті народу України, пробуджують високу активність та прагнення людей реально брати участь у вирішенні проблем, які торкаються їх загальних інтересів. Все це призводить до постійного зростання кількості масових заходів громадсько-політичного характеру (зборів, мітингів, вуличних походів, демонстрацій тощо), що відбуваються в державі. Право на їх проведення є невід'ємним правом людини, закріпленим Загальною декларацією прав людини. На національному рівні воно гарантовано Конституцією України від 28 червня 1996 року, яка в ст. 39 закріпила право громадян збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи й демонстрації. Але незважаючи на всю важливість саме цього різновиду політичних прав, конституційні положення про свободу зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій й дотепер належним чином не конкретизовані в чинному законодавстві, що нерідко призводить до їх обмеження та порушення, або навпаки - до зловживання цим правом, коли його трактують як вседозволеність, що у підсумку призводить до групових порушень громадського порядку. Спеціальний закон, який би визначав порядок проведення вказаних заходів відсутній. Порядок проведення громадсько-політичних заходів визначається Указом Президії Верховної Ради СРСР від 28 липня 1988 року № 9306 – XI "Про порядок організації і проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій в СРСР". Структура та зміст вказаного документу засвідчує реалії адміністративно-командної системи і аж ніяк не задовольняє потреби сьогодення.

Вказане свідчить, що в сучасних умовах необхідно по-новому вирішити більшість питань, пов'язаних із забезпеченням конституційних свобод зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій, з визначенням прав та обов'язків органів внутрішніх справ щодо забезпечення організації охорони громадського порядку під час їх проведення. Вирішенням поставлених питань було б прийняття Верховною Радою України спеціального Закону, який би визначив: порядок організації та проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій; підстави та порядок обмеження чи заборони їх проведення; повноваження всіх суб'єктів вказаних відносин.

Проекти законів з даного питання неодноразово надавались на розгляд Верховної Ради України. Починаючи з 1993 року і станом на 1 грудня 2005 р. їх подано у кількості 7. Особливо ця діяльність активізувалася з 2000 року, коли було надано 5 законопроектів. Нажаль всі ці проекти далі другого читання не проходили і, або відхилялися, як було з проектом Закону України від 23 березня 2004 року № 5242-2 "Про збори, мітинги, походи і демонстрації" поданим Президентом України Л.Д. Кучмою, або відправлялися на доопрацювання, як сталося з проектом Закону України від 11 березня 2004 року № 5242-1 "Про порядок організації і проведення мирних заходів та акцій в Україні" поданим народними депутатами України Г.Й. Удовиченком, І.І. Миновичем, І.В. Сподаренком та В.В. Тараном.

Головним проблемним питанням, що викликає запеклі дискусії та заперечення народних депутатів і зриває прийняття вказаних законів є процесуальна форма здійснення права на свободу зібрання. В залежності від політичної ситуації в українському суспільстві одні депутати вимагають встановлення ініціативного порядку (обумовленого і реалізуємого самими громадянами, без будь-якого стороннього впливу), інші – дозвільного (надання спеціально уповноваженими органами держави дозволу на здійснення певного виду зібрання або через його легітимацію через незаборонну проведення після отримання повідомлення про нього). При цьому прибічники ініціативного порядку відстоюють свою точку зору тим, що свобода зібрання є природним правом людини і держава не вправі його обмежувати.

Для співробітників органів внутрішніх справ питання процесуальної форми проведення зібрань громадян є надзвичайно актуальним, бо саме на них покладається основний обов'язок по організації

© Яременко А., 2006

охорони громадського порядку під час їх проведення. Основою належного рівня правопорядку під час громадсько-політичних заходів є правильно проведена підготовча діяльність, яка в тому числі передбачає можливість ініціювання в адміністративному суді питання заборони проведення вказаних заходів, якщо це загрожує національній безпеці та громадському порядку. Для здійснення цих дій органам внутрішніх справ потрібен певний проміжок часу, як свідчить аналіз практичної діяльності ніяк не менше трьох діб. Тобто інтереси держави вимагають застосування дозвільного порядку, коли про проведення певного заходу робиться попереднє повідомлення до уповноваженого органу.

Вирішуючи цю суперечку спробуємо враховувати міжнародний досвід розв'язання цього питання. Розглянемо законодавчі акти Австрії, Великобританії, Російської Федерації та Таджикистану щодо порядку проведення зборів, мітингів, походів і демонстрацій.

Закон Республіки Австрія 1867 року "Про порядок проведення зібрань" в параграфі другому зазначає, що кожен, хто має намір організовувати народне зібрання або взагалі будь-яке загальнодоступне зібрання, повинен у письмовій формі повідомити про це орган управління не пізніше ніж за 24 години до запланованого початку його проведення, зазначивши при цьому мету, місце та час проведення зібрання. Цікавим положенням цього Закону є те, що на вимогу заявників орган управління зобов'язаний негайно видати відповідне посвідчення про надання можливості проведення зібрання, яке не обкладається гербовим збором.

Закон Російської Федерації від 19 червня 2004 року № 54-ФЗ "Про збори, мітинги, демонстрації, походи та пікетування" встановлює дозвільний порядок проведення вказаних у назві заходів. Стаття 7 Закону визначає, що повідомлення про проведення публічного заходу (за виключенням зборів і пікетувань, здійснюваних одним учасником) подається його організатором в письмовій формі в орган виконавчої влади суб'єкта Російської Федерації або орган місцевого самоуправління в строк не раніше 15 і не пізніше 10 днів до дня проведення публічного заходу. При проведенні пікетування групою осіб повідомлення про проведення публічного заходу може подаватися в строк не пізніше трьох днів до дня його проведення.

Закон республіки Таджикистан від 2 травня 1998 року № 612 "Про збори, мітинги, демонстрації і мирні походи" встановлює дозвільний порядок проведення перерахованих заходів. Стаття 8 Закону вказує, що організатор демонстрації зобов'язаний направити відповідно Голові автономної області, області, міста, району письмове повідомлення про проведення демонстрації в строк не пізніше п'ятнадцяти днів до дня запланованої дати її проведення.

Аналогічні положення, але не на рівні окремого закону, містить законодавство Великобританії. Англійці мають право приймати участь в публічних зібраннях, маніфестаціях, походах та демонстраціях, якщо вони не будуть порушувати громадський порядок та заважати вуличному руху. Організатори масового зібрання людей повинні надати попереднє повідомлення в поліцейську дільницю не менше ніж за 6 днів до його проведення. Подібне законодавство наявне в ФРН, Франції та деяких інших країнах.

Як свідчить здійснений аналіз правових актів, всі вони встановлюють дозвільний порядок проведення громадсько-політичних заходів. Дозвіл виражається в наданні зібранню легітимності шляхом не заперечення проведення після отримання повідомлення про його проведення. Це вказує на обрання законодавцем цих країн підходу коли в інтересах всього суспільства право виступає, як є соціально необхідний обмежувач свободи.

Таким чином можна зазначити, що при розробці та прийнятті вкрай необхідного нашій державі Закону "Про порядок організації та проведення зборів, вуличних походів, мітингів та демонстрацій" законодавець повинен керуватися інтересами суспільства в цілому. Зазначений Закон обов'язково повинен містити дозвільний порядок проведення згаданих заходів. Щодо порядку надання дозволу то вважаємо, що він повинен надаватися опосередковано – дозвіл вважається наданим, якщо спеціально уповноважений орган держави після отримання повідомлення про проведення заходу не ініціював в адміністративному суді позов про заборону його проведення. Відносно строків подання повідомлення про проведення заходу та вважаємо, що найбільш оптимальним є строк за 5 днів до дня проведення заходу.

На завершення зазначимо, що правова норма тільки тоді життєздатна та ефективно регулює суспільні відносини, коли вона адекватно відображає зміст реально існуючих суспільних відносин і відповідає їм.

SOCIETAS EUROPAEA – SPOSOBY POWSTAWANIA SPÓŁKI EUROPEJSKIEJ

Mgr Piotr Kozioł

Tarnobrzeg, Polska

Niedawno a dokładnie 19 maja 2005r. weszła w życie ustawa z dnia 4 marca 2005 roku o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej. Polska tym samym wywiązała się z obowiązku implementacji postanowień rozporządzenia z dnia 25 lipca 1985r. nr 2137/85/EWG o stworzeniu Europejskiego Zgrupowania Interesów Gospodarczych (EZIG), rozporządzenia z 8 października 2001r. nr 2157/2001/WE w sprawie statutu spółki europejskiej (SE) a także dyrektywy z dnia 8 października 2001 r. nr 2001/86/WE uzupełniającej statut spółki europejskiej w części dotyczącej zaangażowania pracowników.

Wprowadzono w ten sposób do polskiego systemu prawnego tzw. Europejską Spółkę Akcyjną (Societas Europaea - SE). Jest to pierwsza ponadnarodowa forma spółki kapitałowej. Ma ona stanowić instrument prawny ułatwiający przedsiębiorcom podejmowanie działalności gospodarczej na terenie UE. Ma także ułatwiać podmiotom gospodarczym reorganizację swojej działalności na terenie całej WE poprzez trwałe wiązanie się kapitałowe z innymi podmiotami rynku europejskiego. Wprowadzenie instytucji Societas Europaea ma zharmonizować i usprawnić funkcjonowanie jednolitego rynku Wspólnot, co umożliwi unikania niekorzystnych dla samej spółki rozwiązań wprowadzanych przez państwo członkowskie. Mianowicie, zredukowane zostaną koszty administracyjne (np. brak wymogu rejestracji SE w poszczególnych państwach Unii, wystarczy rejestracja w jednym z nich) i prawne (np. zasady prowadzenia księgowości i zarządzania, możliwość bilansowania zysków i strat na obszarze Wspólnoty, będzie to miało przełożenie na płacenie niższych podatków przez SE) ponoszone przy podleganiu wielu reżimom prawnym.

SE może zostać zawiązana w obrębie terytorium Wspólnoty w formie Europejskiej Spółki Akcyjnej (Societas Europaea lub SE). Powstaje ona tylko w wyniku przekształceń podmiotów już istniejących. Nabywa osobowość prawną z chwilą wpisu do rejestru (KRS w przypadku Polski). Rejestrację SE jak i wykreślenie ogłasza się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. SE jest spółką z kapitałem podzielonym na akcje i to akcjonariusze opowiadają do wysokości kapitału subskrybowanego za zobowiązania spółki. Kapitał ten wynosi minimum 120 tys. EURO. Pomimo tego, że SE jest spółką akcyjną to należy ją jednak traktować jako typ spółki odrębny od spółki akcyjnej regulowanej przepisami np. polskimi kodeksu spółek handlowych. Stanowi o tym przede wszystkim sposób tworzenia Spółki Europejskiej.

Wyróżnia się m.in. takie sposoby tworzenia SE jak: połączenie się co najmniej dwóch krajowych spółek akcyjnych w SE; założenie SE jako spółki holdingowej przez co najmniej dwie krajowe spółki akcyjne i/lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością; utworzenie SE jako spółki-córki przez co najmniej dwie spółki w rozumieniu art. 48 ust.2 Traktatu WE lub krajowe osoby prawne prawa prywatnego lub publicznego; przekształcenie krajowej spółki akcyjnej w SE; a także poprzez możliwość założenia jednoosobowej SE jako spółki córki przez już istniejącą Spółkę Europejską.

W sytuacji gdy mamy do czynienia z utworzeniem SE przez połączenie co najmniej dwóch lub więcej spółek akcyjnych warto zaznaczyć, że spółki te musza być założone według prawa państwa członkowskiego; posiadać siedzibę statutową oraz siedzibę zarządu na terenie Wspólnoty; oraz podlegać prawu co najmniej dwóch różnych państw członkowskich(art. 2 ust. 1. rozp. SE). Łączenie to może zostać przeprowadzone w dwojaki sposób. Pierwszy z nich to „łączenie się spółek przez przejęcie". W wyniku tej operacji jedna lub więcej spółek zostaje rozwiązanych bez postępowania likwidacyjnego. Przenosi ona do innej swoje aktywa i pasywa. W zamian emituje dla akcjonariuszy spółki lub spółek przejmowanych akcje w spółce przejmującej oraz dopłatę w gotówce. Dopłata ta jednak nie może przekraczać 10 % wartości nominalnej wyemitowanych akcji a w razie braku wartości nominalnej ich wartości księgowej. Spółka przejmująca przyjmuje strukturę prawną SE a spółka przejmowana ulega rozwiązaniu.Drugim sposobem jest „łączenie się spółek przez zawiązanie nowej spółki". W tym przypadku kila spółek zostaje rozwiązanych bez postępowania likwidacyjnego gdzie przenoszą one na zawiązaną spółkę wszystkie swoje aktywa i pasywa w zamian za akcje wydane jej akcjonariuszom w nowej spółce oraz dopłatę w gotówce. Dopłata ta stanowi 10 % wartości nominalnej wyemitowanych tak akcji a w razie braku wartości nominalnej ich wartości księgowej. W przypadku łączenia się spółek przez zawiązanie nowej spółki, SE będzie nowo powstałą spółką. W sprawach nieuregulowanych w niniejszej sekcji o założeniu SE lub w przypadku gdy jest to uregulowane tylko częściowo, stosować należy, w odniesieniu do każdej spółki uczestniczącej w powstawaniu SE przez łączenie się spółek, właściwe dla nich przepisy prawa państwa członkowskiego stosowane do łączenia się spółek

© Mgr Piotr Kozioł, 2006

akcyjnych zgodnie z dyrektywą 78/855/EWG (art. 18 rozp. SE). Do założenia SE stosuje się przepisy właściwe dla spółki akcyjnej w Państwie Członkowskim, w którym SE ma swoją statutową siedzibę (art.15 ust. 1 rozp. SE). Państwa członkowskie mogą, też wydać na podstawie upoważnień zawartych w rozporządzeniu o SE, szczególne przepisy, znajdujące zastosowanie w przypadku utworzenia spółki europejskiej w drodze połączenia.

Spółka Europejska może również powstać w drodze utworzenia spółki holdingowej. Istotna jest tu wymiana akcji lub udziałów spółek uczestniczących w założeniu SE na akcje spółki nowopowstałej SE. Spółki biorące udział w połączeniu nie ulegają rozwiązaniu ani nie tracą bytu prawnego, lecz stają się spółkami – córkami utworzonej SE. W powstaniu SE w drodze utworzenia spółki holdingowej mogą brać udział obok spółek akcyjnych również spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Musza być utworzone zgodnie z prawem państwa członkowskiego, posiadać siedzibę statutową i siedzibę zarządu na terenie Wspólnoty. Warunkiem alternatywnym przynajmniej dla dwóch uczestniczących spółek w utworzeniu grupy kapitałowej SE jest to, że muszą według art. 2 ust.2 rozp. SE podlegać prawu różnych państw członkowskich, lub posiadać od co najmniej dwóch lat posiadać spółkę – córkę (spółkę zależną), podległą prawu innego państwa członkowskiego lub oddział usytuowany w innym państwie członkowskim. Dokładną procedurę zmierzającą do utworzenia SE jako spółki holdingowej uregulowano w art. 32 i 33 oraz w art. 34 rozp. SE.

Trzecim sposobem założenia SE jest możliwość utworzenia jej jako spółki – córki (spółki zależnej) przez spółki prawa cywilnego i prawa handlowego (art. 48 ust 2 Traktatu WE) lub inne osoby prawne prawa publicznego lub prywatnego powstałe zgodnie z prawem państwa członkowskiego, posiadające siedzibę statutową oraz główny zarząd na obszarze Wspólnoty. Rozporządzenie o SE wymaga jednak aby przynajmniej dwa podmioty spośród uczestniczących w założeniu podlegały prawu różnych państw członkowskich lub od co najmniej dwóch lat posiadały spółkę zależną, podległą prawu innego państwa członkowskiego albo też oddział usytuowany w innym państwie członkowskim. Art. 36 rozporządzenia o SE określa, że spółki lub inne osoby prawne, które uczestniczą w powstaniu spółki córki (spółki zależnej) podlegają przepisom prawa krajowego, które to reguluje ich uczestnictwo w powstaniu spółki – córki (spółki zależnej). Udział spółki cywilnej w powstaniu spółki – córki (SE) będzie możliwy w przypadku, gdy prawo narodowe spółki cywilnej będzie nadawało jej zdolność prawną. W polskim prawie spółek nie przysługuje jej nawet tzw. ułomna podmiotowość prawna w odróżnieniu od spółek osobowych.

Czwartym sposobem powstania SE jest przekształcenie istniejącej spółki akcyjnej w Spółkę Europejską. Warunkiem takiego przekształcenia jest to aby spółka akcyjna (spółka przekształcana) była założona zgodnie z prawem jednego z państw członkowskich, posiadała siedzibę statutową i główny zarząd na obszarze Wspólnoty, jeżeli od co najmniej dwóch lat posiada ona spółkę zależną, podległą prawu innego państwa członkowskiego.

Organ administrujący lub zarządzający danej spółki sporządza plan przekształcenia jej oraz sprawozdanie, które wyjaśnia i uzasadnia aspekty prawne i ekonomiczne przekształcenia. Również wskazuje konsekwencje jakie wywoła przekształcenie w SE dla akcjonariuszy i pracowników. Plan ten jest ogłaszany na co najmniej miesiąc przed walnym zgromadzeniem. Ono to glosuje nad podjęciem uchwały o przekształceniu spółki. Wymagane jest również aby kilku biegłych wyznaczonych lub zatwierdzonych przez sąd lub organ administracji państwa członkowskiego, któremu podlega przekształcana w SE spółka akcyjna zaświadczyło, że majątek netto spółki jest przynajmniej równy kapitałowi powiększonemu o rezerwy, które nie mogą zostać rozwiązane w celu dokonania wypłat akcjonariuszom (art.37 ust. 6 rozp. SE). Walne zgromadzenie zatwierdza plan przekształcenia wraz ze statutem. Przekształcenie to nie powoduje rozwiązania spółki akcyjnej, ani założenia nowej osoby prawnej (art.37 ust.2 rozp. SE). Wszelkie prawa i obowiązki spółki przekształconej obowiązujące w dniu rejestracji, zostają przeniesione na spółkę SE.

A zatem w żadnym z przypadków SE nie powstaje jako spółka ab into, a tylko w wyniku przekształcenia podmiotów już istniejących na rynku. Również warto wspomnieć o możliwości jaką dopuszcza wspomniane rozporządzenie (art. 3 ust. 2 rozp. SE), a mianowicie o możliwości założenia przez Spółkę Europejską, jednej lub wielu spółek – córek (spółek zależnych) mających formę SE. Możliwość taka istnieje również, w przypadku gdy prawo państwa członkowskiego gdzie siedzibę statutową ma mieć spółka - córka – SE przewiduje, posiadanie więcej niż jednego akcjonariusza przez spółkę akcyjną.

Rozporządzenie dopuszcza sytuacje, w której państwo członkowskie może przewidzieć, że spółka której główny zarząd znajduje się poza Wspólnotą, może uczestniczyć w tworzeniu SE. Warunkiem jest, że spółka ta jest utworzona zgodnie z prawem państwa członkowskiego, gdzie posiada swoją statutową siedzibę a także ma rzeczywisty i trwały związek z gospodarką jednego z państw UE (art. 2 ust. 5 rozp. SE). Rejestracja powstałej SE następuje we właściwym rejestrze dla spółek akcyjnych, przy spełnieniu wymagań określonych w ustawie państwa w którym posiada siedzibę statutową. Jeżeli przed zarejestrowaniem SE, w jej

imieniu dokonano jakichkolwiek czynności prawnych a SE nie przejmuje zobowiązań wynikających z tych czynności już po zarejestrowaniu to osoby fizyczne, spółki lub inne osoby prawne, które dokonały tych czynności, odpowiadają z tego tytułu solidarnie i bez ograniczeń. Wyjątek tu może stanowić zawarcie pomiędzy osobą działającą w imieniu SE a osobą trzecią umowy wyłączającej tą odpowiedzialność.

Można przypuszczać, iż w praktyce spółka europejska będzie powstawać drogą połączenia. Ale dopiero czas to pokaże, który ze sposobów będzie najbardziej atrakcyjny dla przedsiębiorców. Bez wątpienia za duży atut SE można uznać zakres terytorialny działania, który obejmuje cały teren Wspólnoty, oraz brak konieczności tworzenia odrębnych podmiotów lub oddziałów. Spowodować to powinno obniżenie kosztów funkcjonowania przedsiębiorców, gdyż nie będą już zmuszeni do utrzymywania złożonych struktur spółek zależnych podlegających różnym prawodawstwom krajowym. Mobilność SE przejawia się w możliwości szybkiego przeniesienia siedziby z jednego państwa członkowskiego do drugiego, co nie skutnkuje to rozwiązaniem dotychczasowej spółki ani zawiązania nowej. Natomiast charakterystyczną cechą SE jest możliwość wyboru przez akcjonariuszy sposobu zarządzania spółką spośród dwóch modeli: monistycznego i dualistycznego. Akcjonariusze swój wybór określają w treści statutu spółki. Dla polskiego systemu prawa spółek uregulowany w ustawie system monistyczny jest zupełnym novum a dopiero praktyka pokaże, czy się przyjmie się i sprawdzi u przedsiębiorców.

Зміст

СЕКЦІЯ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИХ НАУК

Алєксєєнко І.
НАЦІОНАЛЬНА ДЕРЖАВА В КОНТЕКСТІ ПОЛІТИЧНОЇ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ 3

Бочаров Д.
ДО ПИТАННЯ ПРО ОСНОВНІ ФУНКЦІЇ ПРАВОЗАСТОСОВЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ 5

Вершок И.
О ГОСУДАРСТВЕННОМ ПРАВОСОЗНАНИИ 8

Гладун З.
ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВУ ПРИРОДУ МЕДИЧНИХ ПРАВИЛ І НОРМ 10

Горова О.
ОМБУДСМЕН В МЕХАНІЗМІ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ 13

Грабовська Г.
ПРАВОВІ ЗАСАДИ ФУНКЦІОНУВАННЯ ЄВРЕЙСЬКОЇ ВЧИТЕЛЬСЬКОЇ СЕМІНАРІЇ 15

Грищук О.
ОНТОЛОГІЧНА ПІДСТАВА ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ
У ПРАВОВИХ АКТАХ РАДИ ЄВРОПИ 17

Гудима Д.
ДО ПИТАННЯ ПРО РОЛЬ ФІЛОСОФСЬКО-АНТРОПОЛОГІЧНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ
У ПРАВОДЕРЖАВОЗНАВСТВІ 20

Добрянський С.
ПРАВА ЛЮДИНИ ЯК ПЕВНИМ ЧИНОМ ВНОРМОВАНА СВОБОДА
(ДО ХАРАКТЕРИСТИКИ ПОНЯТТЯ ПРАВ ЛЮДИНИ) 23

Калинин С.
ТОРГОВЛЯ ЖЕНЩИНАМИ: МИРОВОЗЗРЕНЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ 25

Гуцуляк В.
ДЕЯКІ МІРКУВАННЯ ЩОДО КОНКРЕТНО-ІСТОРИЧНОГО ПОХОДЖЕННЯ
МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ ПРАВ ЛЮДИНИ. 28

Кузьмінський О.
ПРОБЛЕМИ МЕТОДОЛОГІЇ ДОСЛІДЖЕННЯ СОЦІАЛЬНОЇ ФУНКЦІЇ ДЕРЖАВИ 30

Левицька Н.
ІНСТИТУТ ЗАКОНОДАВСТВА : ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ 32

Луць Л.
ОБ'ЄКТИ ТА ПРЕДМЕТ ЗАГАЛЬНОЇ ТЕОРІЇ ПРАВА 34

Меленко О.
Б.О. КІСТЯКІВСЬКИЙ ЯК МЕТОДОЛОГ І ТЕОРЕТИК ПРАВА
(ДО ПОСТАНОВКИ ПРОБЛЕМИ) 36

Миляускайте К.
СТРОИТЕЛЪСТВО ГОСУДАРСТВА, ПРАВА ЧЕЛОВЕКА И КОНСТИТУЦИЯ.
ПРАВА ЧЕЛОВЕКА В КОНСТИТУЦИИ ЛИТОВСКОЙ РЕСПУБЛИКИ 38

Мудролюбова Н.
ІДЕЯ СОЦІАЛЬНОЇ ДЕРЖАВИ В СУЧАСНІЙ ЗАХІДНІЙ ТЕОРІЇ І ПРАКТИЦІ **40**

Невельська-Гордєєва О.
ВІДЧУЖЕННЯ В НОРМАТИВНОМУ ПОЛІ **43**

Онишко Є.
СТРУКТУРА СИСТЕМИ ЗАКОНОДАВСТВА:
ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА **46**

Рабінович П.
СУЧАСНЕ ЄВРОПЕЙСЬКЕ ПРАВОРОЗУМІННЯ
(З ПОГЛЯДУ СТРАСБУРЗЬКОГО СУДУ) **48**

Рабінович С.
СУБСИДІАРНА ВЗАЄМОДІЯ ПРИВАТНОГО Й ПУБЛІЧНОГО
У СУСПІЛЬНОМУ ЖИТТІ **51**

Серьогін В.
ЗАХИСТ ПРАВА НА НЕДОТОРКАННІСТЬ ПРИВАТНОГО ЖИТТЯ
В ЕПОХУ ІНФОРМАЦІЙНОЇ РЕВОЛЮЦІЇ: ДОСВІД РАДИ ЄВРОПИ **53**

Серьогіна С.
РОЗВИТОК ФОРМ ПРАВЛІННЯ: ДІАЛЕКТИКО-ФОРМАЦІЙНИЙ ПІДХІД **55**

Тодика О.
ПРОБЛЕМИ НАРОДОВЛАДДЯ В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ **58**

Філик Н.
ПРАВОВА ГРОМАДЯНСЬКА КУЛЬТУРА ЯК ФАКТОР СТАНОВЛЕННЯ
ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА В УКРАЇНІ **59**

Яремко О.
ПОГЛЯДИ В. ГУМБОЛЬТА НА ПРИНЦИПИ ІНСТИТУТУ ПОКАРАННЯ **62**

Aldona Domańska
ZASADA POMOCNICZOŚCI (SUBSYDIARNOŚCI) JAKO ZASADA USTROJOWA. **64**

Dorota Ferenc-Kopeć
STOSOWANIE TORTUR WE WSPÓŁCZESNYM ŚWIECIE –
ROZWAŻANIA TEORETYCZNE ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM SYTUACJI
W CHIŃSKIEJ REPUBLICE LUDOWEJ. **66**

Bronisław Majgier
PUBLICZNE I NIEPUBLICZNE, CZYLI SŁÓW KILKA
O PODMIOTOWYM PRAWIE CZŁOWIEKA DO TWORZENIA
UCZELNI NIEPUBLICZNEJ W RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ. **69**

СЕКЦІЯ ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ НАУК

Бойко І.
ІСТОРИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ПРИЄДНАННЯ ГАЛИЧИНИ ДО СКЛАДУ
СЕРЕДНЬОВІЧНОЇ ПОЛЬЩІ У XIV СТ. **73**

Єфремова Н.
РОЗВИТОК КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ДУМКИ В УКРАЇНІ НА ПРИКЛАДІ
„НАЧЕРКА ПРОЕКТУ ДЕРЖАВНОГО ЗАКОНОЛАДУ ДЛЯ
УКРАЇНСЬКОЇ ТРУДОВОЇ РЕСПУБЛІКИ" КОПЦЮХА О. **76**

Качур В.
ПРО СПІЛЬНУ КОМПЕТЕНЦІЮ АВСТРО-УГОРСЬКОЇ МОНАРХІЇ 79

Кобилецький М.
ПОШИРЕННЯ МАГДЕБУРЗЬКОГО ПРАВА В УКРАЇНІ У XIV СТ. 81

Кольбенко А.
СУЧАСНІ МЕТОДИ ТА ПІДХОДИ В ДОСЛІДЖЕННІ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА 83

Коцюруба О.
БЮДЖЕТНЕ ПРАВО УКРАЇНИ ЗА ІСНУВАННЯ УКРАЇНСЬКОЇ НАРОДНОЇ РЕСПУБЛІКИ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ. 85

Кульчицький В., Присташ Л.
ЗАГАЛЬНОДЕРЖАВНА КОНСТИТУЦІЯ АВСТРІЇ 1849 РОКУ ТА КРАЙОВА КОНСТИТУЦІЯ ГАЛИЧИНИ 1850 РОКУ 87

Липитчук О.
СОЦІОЛОГІЧНІ ДОСЛІДЖЕННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ: ДОСВІД ПОЛЬСЬКИХ ВЧЕНИХ МІЖВОЄННОГО ПЕРІОДУ 88

Мисяковський М.
СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ПРОКУРАТУРИ В ГАЛИЧИНІ У СКЛАДІ АВСТРІЇ ТА АВСТРО-УГОРЩИНИ 91

Моряк-Протопопова Х.
НАМІСНИК ГАЛИЧИНИ І ЙОГО ПОВНОВАЖЕННЯ 93

Паславська О.
ПРИЧИНИ ТА СУТЬ КОНСТИТУЦІЙНОЇ КРИЗИ ПОЛЬЩІ (1921-1926 РР.) 96

Попович О.
САМОВРЯДУВАННЯ ВІРМЕНСЬКОЇ ГРОМАДИ КАМ'ЯНЦЯ-ПОДІЛЬСЬКОГО (XIV–XVIII СТ.) 98

Семків В., Блащак Л.
МІСЬКЕ ПРАВО В УКРАЇНІ: ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ 100

Тищик Б.
ДО ПИТАННЯ ПРО УТВОРЕННЯ ТА ДІЯЛЬНІСТЬ УКРАЇНСЬКОЇ ГОЛОВНОЇ ВИЗВОЛЬНОЇ РАДИ (1944-1950 РР.) 102

Ткаченко А.
ФОРМУВАННЯ ФІНАНСОВО-КРЕДИТНОЇ СИСТЕМИ ЯК ФАКТОР ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ (НА ПРИКЛАДІ УКРАЇНСЬКОЇ ЦЕНТРАЛЬНОЇ РАДИ) 104

Ясінська Л.
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ НОТАРІАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В КОДИФІКАЦІЯХ УКРАЇНСЬКОГО ПРАВА XVIII – ПЕРША ПОЛОВИНИ XIX СТ. 107

СЕКЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НАУК

Завгородня В.
ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЕКОЛОГІЧНИХ ПРАВ ГРОМАДЯН У СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ ГЕНЕТИЧНО МОДИФІКОВАНИХ ОРГАНІЗМІВ І МАТЕРІАЛІВ 109

Левицька Г.
РОЛЬ І МІСЦЕ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ У ПОЛІТИЧНІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ 111

Лунь З.
ОФІЦІЙНЕ ТЛУМАЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ ЯК ГАРАНТІЯ ЇЇ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ **113**

Наулік Н.
ОСНОВНІ НАПРЯМИ РОЗВИТКУ ІНСТИТУТУ УПОВНОВАЖЕНОГО ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ З ПРАВ ЛЮДИНИ **115**

Олеськів І.
РОЛЬ ПАРЛАМЕНТУ У ДЕРЖАВОТВОРЧОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ **118**

Сухонос В.
ЗМІНИ У КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОМУ СТАТУСІ ГЛАВИ ДЕРЖАВИ В УКРАЇНІ ВІДПОВІДНО ДО ПОЛІТИЧНОЇ РЕФОРМИ: ДЕРЖАВОТВОРЧИЙ КОНТЕКСТ **120**

Тимошенко І.
РЕАЛІЗАЦІЯ ВИБОРЧИХ ПРАВ ГРОМАДЯН ТА ЇХ ЗАХИСТ ВИБОРЧИМИ КОМІСІЯМИ **123**

Тихий В.
ПРОБЛЕМИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ ТА ПРЕДСТАВНИКІВ ВЛАДИ ЗА ПОРУШЕННЯ ВИБОРЧИХ ПРАВ **126**

Тодика Ю.
КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ В УМОВАХ ТРАНСФОРМАЦІЇ ДЕРЖАВИ І СУСПІЛЬСТВА **129**

Чуб О.
ПРАВО НА СВОБОДУ ОБ'ЄДНАННЯ В СИСТЕМІ ПОЛІТИЧНИХ ПРАВ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ **130**

Чушенко В.
ПРОБЛЕМИ РЕФОРМУВАННЯ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ **131**

Янюк Н.
КОНСТИТУЦІЙНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО: ПРОБЛЕМИ ПРЕДМЕТУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ **133**

Krzysztof Eckhardt
PRAWO DO OCHRONY ZDROWIA W ŚWIETLE WYBRANYCH ORZECZEŃ POLSKIEGO TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO **136**

СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ТА ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ НАУК

Бреян Т.
ПОНЯТТЯ ТА ХАРАКТЕРИСТИКА СУБ'ЄКТА АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН **139**

Бринцева Л.
ЩОДО ДЕЯКИХ ТЕРМІНОЛОГІЧНИХ РОЗБІЖНОСТЕЙ У СФЕРІ АДМІНІСТРАТИВНОГО ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ ПОДАТКОВИХ ОРГАНІВ **141**

Демкова М.
СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ ІНФОРМАЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ **143**

Деркач А.
ФІНАНСУВАННЯ ПУБЛІЧНИХ ВИДАТКІВ ДЕРЖАВИ В УКРАЇНІ: ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ **146**

Завальна Ж.
ВПЛИВ ГРОШОВОЇ СИСТЕМИ НА СУВЕРЕНІТЕТ ДЕРЖАВИ **147**

Камінський А.
НОВІ ПРІОРИТЕТИ У ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ 150

Кравчук В.
РОЗВИТОК АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОСКАРЖЕННЯ ГРОМАДЯНАМИ НЕЗАКОННИХ АКТІВ МІСЦЕВИХ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ ТА ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ 153

Ктіторов М.
ДОКАЗУВАННЯ У СПРАВАХ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ЯК СПОСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРИНЦИПУ ОБ'ЄКТИВНОСТІ ІСТИНИ 156

Левкович В.
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ НЕПОДАТКОВИХ ДОХОДІВ, ЯКІ ВИПЛИВАЮТЬ З ПРАВА ПУБЛІЧНОЇ ВЛАСНОСТІ 158

Мартьянов І.
РЕФОРМУВАННЯ КАБІНЕТУ МІНІСТРІВ УКРАЇНИ 161

Мех Ю.
ДЕРЖАВНИЙ КОНТРОЛЬ – ОСОБЛИВА ФУНКЦІЯ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ 163

Музика О.
АДМІНІСТРАТИВНО-ГОСПОДАРСЬКІ САНКЦІЇ І ПОДАТКОВІ ПРАВОВІДНОСИНИ 165

Нестеренко О.
ЗАКОНОДАВЧЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА НА ДОСТУП ДО ІНФОРМАЦІЇ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ. 167

Палій Є.
СТРУКТУРА ТА МЕХАНІЗМ КРЕДИТУВАННЯ МІЖНАРОДНОГО ВАЛЮТНОГО ФОНДУ 169

Посікіра Р.
БАНКИ ЯК СУБ'ЄКТИ ФІНАНСОВОЇ, КРЕДИТНОЇ ТА БАНКІВСЬКОЇ СИСТЕМ 171

Приймаченко Д.
ФОРМИ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ МИТНИХ ОРГАНІВ УКРАЇНИ: ПИТАННЯ КЛАСИФІКАЦІЇ 173

Старинський М.
РОЛЬ НАЦІОНАЛЬНОГО БАНКУ УКРАЇНИ В ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ЕКОНОМІЧНОЇ СТАБІЛЬНОСТІ КРАЇНИ 176

Стеценко С.
ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ В ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ 178

Ткаченко О.
КОРУПЦІЯ В ОРГАНАХ ВНУТРІШНІХ СПРАВ ЯК ПОРУШЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ 180

Школик А.
ВДОСКОНАЛЕННЯ СИСТЕМИ ЦЕНТРАЛЬНИХ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ 182

Юхимюк О.
ДО ПРОБЛЕМИ ПРО ОРГАНІЗАЦІЙНЕ (ОПЕРАТИВНО-ВИКОНАВЧЕ) ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ 185

СЕКЦІЯ ЦИВІЛІСТИЧНИХ НАУК

Анікіна Н.
АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ АПЕЛЯЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ПОЗОВОМ 188

Бервено С.
УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ (ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ) 191

Беляневич О.
МЕТОДОЛОГІЧНІ ПИТАННЯ ГОСПОДАРСЬКОГО ДОГОВІРНОГО ПРАВА 193

Бондаренко-Зелінська Н.
ДО ПИТАННЯ ПРО ПРОЦЕСУАЛЬНУ ФОРМУ ПІДГОТОВКИ ДО СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ СПРАВ ОКРЕМОГО ПРОВАДЖЕННЯ 196

Бундза О.
ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ РЕЧОВОГО ПРАВА 198

Василечко М.
ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ ТРАНСПОРТНОГО ЕКСПЕДИРУВАННЯ 200

Григоровська-Якубівська Л.
МІСЦЕ ПРОТЕСТУ ВЕКСЕЛЯ 203

Грущинська Н.
ПЕРСОНАЛ – ЕЛЕМЕНТ ПІДПРИЄМСТВА ЯК ЄДИНОГО МАЙНОВОГО КОМПЛЕКСУ 205

Закорецька Г.
ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ СУБ'ЄКТА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ 208

Кохановська О.
ПРАВОВА ПРИРОДА БЕЗДОКУМЕНТАРНИХ ЦІННИХ ПАПЕРІВ: ТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ 211

Кравець І.
ПРОБЛЕМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО СТАНОВИЩА ГОСПОДАРСЬКИХ ОБ'ЄДНАНЬ В УКРАЇНІ 213

Лепех С.
ВИНИКНЕННЯ ГРОШОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА СІМЕЙНО-ПРАВОВИМИ ДОГОВОРАМИ 216

Лукасевич–Крутник І.
ДЖЕРЕЛА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ НА ПРОВЕДЕННЯ ПРОЕКТНИХ ТА ПОШУКОВИХ РОБІТ 218

Мірзоян А.
ЗНАЧЕННЯ ПОСЛУГИ ЯК ПРАВОВОЇ ТА ЕКОНОМІЧНОЇ КАТЕГОРІЇ 220

Навроцька Ю.
ОСКАРЖЕННЯ ЗАОЧНОГО РІШЕННЯ ЗА НОВИМ ЦПК УКРАЇНИ 223

Породько В.
СПІВВІДНОШЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЖИТЛО ТА ІНШИХ МАЙНОВИХ ЖИТЛОВИХ ПРАВ ІЗ ПРАВОМ НА НЕДОТОРКАННІСТЬ ЖИТЛА 226

Пунда О.
ПРАВО НА ОСОБИСТУ БЕЗПЕКУ 228

Ручка О.
ЗАСТАВА ЗА ДОГОВОРОМ РЕНТИ. ЗАСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЧИ ЗАСІБ ПОРУШЕННЯ ПРАВ **231**

Сеник С.
ПРЕДМЕТ ДОГОВОРУ СУБПІДРЯДУ У КАПІТАЛЬНОМУ БУДІВНИЦТВІ **233**

Слома В.
ОСОБЛИВОСТІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ **235**

Статівка А.
ПРО ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ТИМЧАСОВОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЦІН НА СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКУ ПРОДУКЦІЮ **237**

Суслова Є.
ПРО СУТНІСТЬ ДЕРЖАВНИХ ЗАСТАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ ЗЕРНА **239**

Трофімова О.
ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ЕМІТЕНТІВ ЦІННИХ ПАПЕРІВ В УКРАЇНІ **241**

Угриновська О.
ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ ВІДВОДУ СУДДІВ В УКРАЇНСЬКОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ **244**

Чудик-Білоусова Н.
ОКРЕМІ ПИТАННЯ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ ПРИ ПРИТЯГНЕННІ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ ДО МАТЕРІАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ **248**

Якубівський І.
ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ ФІНАНСОВОГО ЛІЗИНГУ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ **250**

Др. Адам Редзік (Adam Redzik)
ТАЄМНІ ТОВАРИСТВА (STILLE GESELLSCHAFT, SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION І НЕГЛАСНОЕ ТОВАРИЩЕСТВО) **252**

Mgr Ewelina Bereziewicz
KILKA UWAG Z ZAKRESU PRAWA AUTORSKIEGO **2524**

Katarzyna Skubisz
SPROSTOWANIE PRASOWE W PRAWIE POLSKIM (UWAGI OGÓLNE) **256**

Mgr Marta Stepnowska – Michaluk
NOVUM W PRAWACH I OBOWIĄZKACH CZŁONKÓW SPÓŁDZIELNI W ŚWIETLE ZMIENIONYCH PRZEPISÓW USTAWY PRAWO SPÓŁDZIELCZE **259**

СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО, АГРАРНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

Балюк Г.
ПРОБЛЕМИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЕКОЛОГІЧНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ В СУЧАСНИХ УМОВАХ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ **261**

Баран О.
КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ ЗЕМЕЛЬНИХ ПРАВ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ **264**

Бек У.
КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ ОХОРОНИ ПРАЦІ В УКРАЇНІ **267**

Бурак В.
ПРАВОВІ ФОРМИ ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ І ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ ПРАЦІВНИКІВ **269**

Бусуйок Д.
ДО ПИТАННЯ ПРО ОБМЕЖЕННЯ ЩОДО РОЗПОРЯДЖЕННЯ ЗЕМЛЕЮ **272**

Ващишин М.
ЮРИДИЧНІ ФАКТИ В АГРАРНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ **274**

Жиравецький Т.
ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ЗЕМЕЛЬ ФЕРМЕРСЬКИХ ГОСПОДАРСТВ **277**

Жолнович О.
ТРУДОВЕ ПРАВО ЯК ЕЛЕМЕНТ СИСТЕМИ ПРАВА УКРАЇНИ **280**

Запара С.
ПІДВИЩЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДИСЦИПЛІНИ ПРАЦІ **282**

Краснова М.
ПРАВОВІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ КОМПЕНСАЦІЇ ШКОДИ ЗА ЕКОЛОГІЧНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ **284**

Кульчицька О.
СУБ'ЄКТИ, ЩО СПРИЯЮТЬ У ОТРИМАННІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ **287**

Кучма О.
ВСТАНОВЛЕННЯ СТАЖУ З ВРАХУВАННЯМ ПОКАЗАНЬ СВІДКІВ **289**

Лещух Д.
ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ВІДНОСИН ПО НАГЛЯДУ І КОНТРОЛЮ ЗА ДОТРИМАННЯМ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА **292**

Парпан Т.
ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВИЗНАННЯ НЕДІЙСНИМИ ТРУДОВИХ ДОГОВОРІВ **295**

Пилипенко Ю.
АКТИ, ЩО РЕГУЛЮЮТЬ ВНУТРІШНІЙ ТРУДОВИЙ РОЗПОРЯДОК НА ПІДПРИЄМСТВІ **297**

Рим О.
МІЖНАРОДНО – ПРАВОВІ АКТИ ПРО ЗАПОБІГАННЯ КОНКУРЕНЦІЇ У ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ **299**

Рослюк Х.
ДО ПИТАННЯ ПРО КЛАСИФІКАЦІЮ РОБОТОДАВЦІВ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ **301**

Синчук С.
ОБ'ЄКТИ СОЦІАЛЬНО-ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН **304**

Федорович В.
ПЕРІОДИЗАЦІЯ РОЗВИТКУ ЗЕМЕЛЬНОГО ПРАВА **308**

Фурик І.
ОПЛАТА ПРАЦІ ПРИ ВИКОНАННІ ОБОВ'ЯЗКІВ ТИМЧАСОВО ВІДСУТНЬОГО ПРАЦІВНИКА **311**

Шлапко Т.
ЮРИДИЧНІ ФАКТИ ЯК ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ ПРАВОВІДНОСИН ПО ПЕНСІЙНОМУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЮ ІНВАЛІДІВ 314

Шмигова О.
ДО ПИТАННЯ ПРО КЛАСИФІКАЦІЮ ПРИРОДНИХ РЕКРЕАЦІЙНИХ РЕСУРСІВ 316

Щербина В.
ЗВ'ЯЗОК МЕТОДУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ З ФУНКЦІЯМИ ТРУДОВОГО ПРАВА 319

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ

Антонюк Н.
ДОЦІЛЬНІСТЬ СПІВІСНУВАННЯ СТ. 188-1 ТА СТ. 192 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ 321

Боднарчук Р.
ПОНЯТТЯ ЕКОНОМІЧНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ У ВІТЧИЗНЯНІЙ ЛІТЕРАТУРІ 323

Брич Л.
ЗАКОНОМІРНОСТІ ВІДМЕЖУВАННЯ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ ВІД СКЛАДІВ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ 326

Будз В.
КРИМІНОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ОСОБИСТОСТІ ЖІНКИ – РЕЦИДИВІСТКИ 329

Бурдін В.
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ СТАНУ СИЛЬНОГО ДУШЕВНОГО ХВИЛЮВАННЯ 332

Василаш В.
ПИТАННЯ, ЩО ВИНИКАЮТЬ В СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ ПРИ ВИЗНАЧЕННІ СУДОМ ОСТАТОЧНОГО ПОКАРАННЯ ЗА СУКУПНІСТЮ ЗЛОЧИНІВ 335

Гордієнко В.
СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИНІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ З БАНКРУТСТВОМ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ 338

Гриниха І.
ВИКОНАВЕЦЬ ТА СПІВВИКОНАВЕЦЬ ЗЛОЧИНУ: НЕОБХІДНІСТЬ РОЗРІЗНЕННЯ ПОНЯТЬ 341

Гулкевич В.
ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ АВТОРСЬКОГО ПРАВА І СУМІЖНИХ ПРАВ У ПОЛЬЩІ ТА УКРАЇНІ 343

Дубчак Л.
ВИВЧЕННЯ ВІКОВИХ ОСОБЛИВОСТЕЙ НЕПОВНОЛІТНІХ ПРАВОПОРУШНИКІВ ПЕДАГОГАМИ ЯК СКЛАДОВА РАННЬОЇ ПРОФІЛАКТИКИ ПРАВОПОРУШЕНЬ НЕПОВНОЛІТНІХ 347

Колб О.
ПРО МЕХАНІЗМ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРЕВЕНТИВНОЇ ФУНКЦІЇ КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА 350

Кучевська С.
ПОНЯТТЯ ГАРМОНІЗАЦІЇ МІЖНАРОДНОГО І НАЦІОНАЛЬНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ТА ШЛЯХИ ВСТАНОВЛЕННЯ ВІДПОВІДНОСТІ МІЖ КК УКРАЇНИ ТА СТАТУТОМ МКС 353

Кучугурный Д.
РАЗГРАНИЧЕНИЕ ПРЕСТУПЛЕНИЙ МЕЖДУНАРОДНЫЙ ТЕРРОРИЗМ, ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ТЕРРОРИЗМ И АГРЕССИЯ 356

Ландіна А.
ПОРУШЕННЯ ПРАВ НЕПОВНОЛІТНІХ ШЛЯХОМ ВТЯГНЕННЯ ЇХ У ЗЛОЧИННУ ДІЯЛЬНІСТЬ 358

Лихова С.
ПОЗБАВЛЕННЯ ВИБОРЧОГО ПРАВА ЯК ПРИКЛАД АНТИКОНСТИТУЦІЙНОЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ НОРМИ (В СВІТЛІ ЗАКОНОПРОЕКТУ „ПРО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО КОДЕКСУ УКРАЇНИ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ, ДО КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ, КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ"). 360

Максимович Р.
ПРОБЛЕМА СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ „СЛУЖБОВА ОСОБА" І „ПОСАДОВА ОСОБА" В НАУЦІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ 363

Марін О.
ОКРЕМІ ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ АНАЛІЗУ СИСТЕМИ ОЗНАК, ЩО КВАЛІФІКУЮТЬ ЗЛОЧИН 366

Маркін В.
"ПІДМІНА ДИТИНИ"(СТ. 148 КК УКРАЇНИ): ХАРАКТЕРИСТИКА ОБ'ЄКТИВНИХ ОЗНАК СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ 370

Остапенко Л.
ПРОБЛЕМИ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ 373

Панчак О.
ПРОБЛЕМИ ДОКТРИНАЛЬНОГО ТЛУМАЧЕННЯ СТАТТІ 127 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ «КАТУВАННЯ» 375

Попович Н.
ПОНЯТТЯ ФОРМИ СПІВУЧАСТІ 378

Прохоренко А.
ТЯЖКІ НАСЛІДКИ ЯК КВАЛІФІКУЮЧА ОЗНАКА СЛУЖБОВИХ ЗЛОЧИНІВ 381

Созанський Т.
РЕГЛАМЕНТАЦІЯ СУКУПНОСТІ ЗЛОЧИНІВ В КРИМІНАЛЬНИХ КОДЕКСАХ ОКРЕМИХ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН 383

Сорока С.
ПРОБЛЕМА ОБ'ЄКТА ЗЛОЧИННОЇ КОНТРАБАНДИ 386

Хилюк С.
РОЗВИТОК ВЧЕННЯ ПРО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВУ ОХОРОНУ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ТА СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ В ДОКТРИНІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА НЕЗАЛЕЖНОЇ УКРАЇНИ 389

Шидловский А.
МЕРА НАКАЗАНИЯ С УЧЕТОМ ПОВЕДЕНИЯ ПОТЕРПЕВШЕГО, ПРИЧИН И УСЛОВИЙ СОВЕРШЕНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЯ 392

Ясеницький В.
ОКРЕМІ ПИТАННЯ ОБ'ЄКТА ЗЛОЧИНІВ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА ПРАВА ПАЦІЄНТА 394

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА КРИМІНАЛІСТИКИ

Ахтирська Н.
ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПОСТАНОВЛЕННЯ ВИПРАВДУВАЛЬНОГО ВИРОКУ 397

Бобечко Н.
ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС ПРОКУРОРА В АПЕЛЯЦІЙНОМУ ПРОВАДЖЕННІ 399

Ващук Б.
ПОДІЯ ЗЛОЧИНУ, ЯК ПІДСТАВА ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ПОЗОВОМ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ 402

Герасимчук О.
ДИСПОЗИТИВНІ НАЧАЛА НАБУТТЯ ОСОБОЮ СТАТУСУ ПОТЕРПІЛОГО 405

Гузела М.
ДО ПРОБЛЕМИ ПРО ЗАХИСТ СВІДКІВ І ПОТЕРПІЛИХ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ 407

Діткун І.
ПОВНОВАЖЕННЯ СУДУ ЩОДО УСУНЕННЯ СУМНІВІВ ТА ПРОТИРІЧ, ЯКІ ВИНИКАЮТЬ ПІД ЧАС ВИКОНАННЯ ВИРОКУ 410

Єзерський Р.
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ ЗНАНЬ В ПРОЦЕСІ РОЗКРИТТЯ І РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ 413

Жолнович І.
ПРАКТИКА ВИКОРИСТАННЯ ОЗНАК ЗОВНІШНОСТІ ОРГАНАМИ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ 415

Калужна О.
СПОСІБ ВИГОТОВЛЕННЯ ПІДРОБЛЕНИХ ГРОШЕЙ, ДЕРЖАВНИХ ЦІННИХ ПАПЕРІВ, БІЛЕТІВ ДЕРЖАВНИХ ЛОТЕРЕЙ ЯК ЕЛЕМЕНТ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ ФАЛЬШИВОМОНЕТНИЦТВА 418

Когутич І.
КРИМІНАЛІСТИЧНА МЕТОДИКИ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ. ЧИ ВОНА ПОТРІБНА? 421

Козьяков І.
ПРОКУРОРСЬКА ДІЯЛЬНІСТЬ У СФЕРІ РЕАЛІЗАЦІЇ ЕКОЛОГІЧНОЇ ФУНКЦІЇ ДЕРЖАВИ: МЕТОДОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ 424

Крикунов О.
ОСКАРЖЕННЯ ДО СУДУ ДІЙ І РІШЕНЬ ОРГАНУ ДІЗНАННЯ, СЛІДЧОГО, ПРОКУРОРА НА СТАДІЇ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ 427

Маланюк А.
СЛІДЧІ ДІЇ У СУДОВОМУ РОЗГЛЯДІ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ 430

Марчук В.
ОСКАРЖЕННЯ ДІЙ (БЕЗДІЯЛЬНОСТІ) ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ОРГАНІВ З ПРИЙНЯТТЯ ОКРЕМИХ РІШЕНЬ У СТАДІЇ ПОРУШЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ 433

Михайлишин О.
ВИДИ СЛІДЧИХ ПОМИЛОК **436**

Навроцька В.
СУБ'ЄКТИ ДИСПОЗИТИВНОСТІ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ **439**

Найда А.
СУДОВО-МЕДИЧНА ЕКСПЕРТИЗА ТЯЖКИХ ТА СМЕРТЕЛЬНИХ ВОГНЕСТРІЛЬНИХ ПОРАНЕНЬ ГУМОВИМИ (ЕЛАСТИЧНИМИ) КУЛЯМИ **442**

Павлишин А.
НАСЛІДКИ ПОРУШЕННЯ ПРАВИЛ ДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ **445**

Палюх Л.
ПЕРСПЕКТИВИ ВПРОВАДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ЗМЕНШЕНОЇ ВІКОВОЇ ОСУДНОСТІ У КРИМІНАЛЬНЕ СУДОЧИНСТВО УКРАЇНИ **448**

Попелюшко В.
ЗАХИСТ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ **450**

Середа Г.
ПРОКУРАТУРА УКРАЇНИ У МЕХАНІЗМІ ДЕРЖАВНОГО ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ **452**

Федорчук Н.
ПРАВО ПОТЕРПІЛОГО НА ІНФОРМАЦІЮ: НОВИЙ ПОГЛЯД **455**

Юрчишин В.
ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ СУДОВО-ЕКСПЕРТНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ **458**

Яворський Б.
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ РОЗМІРУ КОМПЕНСАЦІЇ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ЗЛОЧИНОМ ФІЗИЧНІЙ ОСОБІ **460**

СЕКЦІЯ МІЖНАРОДНОГО ТА ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВА

Баженова Б.
КОДЕКС АДВОКАТІВ У ГРЕЦІЇ **463**

Верба О.
РОЛЬ СУДУ У ВИКОНАВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН **467**

Кресін О.
ІНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЯ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА ТА ПОРІВНЯЛЬНИХ ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ В УКРАЇНІ ДО 90-Х РОКІВ XX СТ **470**

Вільчак Я.
СПЕЦІАЛІЗОВАНІ ФІНАНСОВІ УСТАНОВИ ООН В ІСТОРИКО-ЮРИДИЧНОМУ АСПЕКТІ **473**

Довгань Г.
ПАТЕНТНЕ ПРАВО США: ДО ІСТОРІЇ РОЗВИТКУ **475**

Монастирський О.
ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ВЗАЄМОДІЇ ДЖЕРЕЛ ПРАВА РАДИ ЄВРОПИ ТА УКРАЇНИ **477**

Пухтецька А.
ФОРМУВАННЯ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВОГО РОЗУМІННЯ ЗМІСТУ ПОНЯТТЯ “THE EUROPEAN ADMINISTRATIVE SPACE” (ЄВРОПЕЙСЬКИЙ АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОСТІР) У АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІЙ НАУЦІ УКРАЇНИ 479

Сенюта І.
ПРАВО ЛЮДИНИ НА ОХОРОНУ ЗДОРОВ’Я У КОНСТИТУЦІЯХ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН..... 483

Тихомиров О.
ПОРІВНЯЛЬНЕ ДЕРЖАВОЗНАВСТВО: ДЕЯКІ ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ. 486

Чернявський А.
МЕХАНІЗМ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗАБРУДНЕННЯ МОРСЬКИХ ВОД НАФТОЮ ЯК ФАКТОР ЗАХИСТУ ПРАВА ЛЮДИНИ НА БЕЗПЕЧНЕ ДОВКІЛЛЯ..... 488

Шама Н.
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СПАДКОВОГО ДОГОВОРУ В ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ..... 491

Яременко А.
РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА ГРОМАДЯН НА СВОБОДУ ЗІБРАННЯ ТА ГРОМАДСЬКИЙ ПОРЯДОК: ВІТЧИЗНЯНИЙ ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД..... 494

Mgr Piotr Kozioł
SOCIETAS EUROPAEA – SPOSOBY POWSTAWANIA SPÓŁKI EUROPEJSKIEJ..... 496

Наукове видання

ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ І ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

Матеріали XII регіональної
науково-практичної конференції

(9-10 лютого 2006 р.)

Формат 60x84/8. Папір друк. Гарн. Таймс. Наклад 300.
Віддруковано з готових діапозитивів у ЛА „Піраміда".
м. Львів, вул. Стефаника 11